Numero 3
Anno 2014

Autorizzazione del Tribunale
di Roma n. 374/2010

GAZZETTA AMMINISTRATIVA
DELLA REPUBBLICA ITALIANA

pareristica a cura dell' Avvocatura dello Stato

TRIMESTRALE DI INFORMAZIONE E DI AGGIORNAMENTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Fondatore Enrico Michetti

IN QUESTO NUMERO

- ***AMMINISTRAZIONE CONSENSUALE TRA PRINCIPIO DEMOCRATICO E PRINCIPIO DI LEGALITA': ISTANZE DI PARTECIPAZIONE E INDIRIZZO POLITICO DEI SOGGETTI DI AUTONOMIA NELLO SVILUPPO DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO***
- ***LANGUAGE DISCRIMINATION IN THE EUROPEAN UNION***
- ***RICONOSCIMENTO DEI DEBITI FUORI BILANCIO E INERZIA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE***
- ***L'INQUINAMENTO ELETTROMAGNETICO: ASPETTI, PROBLEMATICHE E SPUNTI DI RIFLESSIONE***
- ***CORTE COSTITUZIONALE E CORTE DI GIUSTIZIA: DIALOGO APERTO O CONFLITTO PERSISTENTE?***
- ***L'AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO SENZA LA PUBBLICAZIONE DEL BANDO DI GARA NELLA GAZZETTA UFFICIALE DELL'UNIONE EUROPEA***
- ***APPLICAZIONE DELL'ART. 38, CO. 1, LETT. B), DEL D.LGS. 12.4.2006, N. 163 A SEGUITO DELL'ENTRATA IN VIGORE DEL D.LGS. 6.9.2011, N. 159***
- ***REGIONALIZZAZIONE DELLA LOTTA ALLA CORRUZIONE***
- ***L'ARMONIZZAZIONE DEI SISTEMI CONTABILI E DEGLI SCHEMI DI BILANCIO DEGLI ENTI TERRITORIALI E LORO ORGANISMI***
- ***DIRITTO E GOVERNO DELL'ECONOMIA: I "MINI BOND" COME INCENTIVO ALLA CRESCITA ECONOMICA***
- ***RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE DELLA P.A.: PRESUPPOSTI E QUANTIFICAZIONE DEL DANNO RISARCIBILE***
- ***DIRITTO E GOVERNO DELL'ECONOMIA: L'"AIUTO ALLA CRESCITA ECONOMICA (ACE)" E IL NUOVO "SUPERACE"***
- ***LA PAR CONDICIO NELL'EVOLUZIONE DEI MEZZI DI COMUNICAZIONE***

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

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

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

CONSIGLIO SCIENTIFICO

Presidente: **Prof. Alberto Romano**

Vice Presidenti: **Avv. Massimo Mari e Dott. Ing. Massimo Sessa**

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

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

COMITATO DI *REFEREE*

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

COMITATO DI DIREZIONE

Direttore: **Prof. Enrico Michetti**

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

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

REDAZIONE

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

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

SOMMARIO

Avvocatura dello Stato

SEZIONE RISERVATA AI SAGGI ED AI CONTRIBUTI SCIENTIFICI

AMMINISTRAZIONE CONSENSUALE TRA PRINCIPIO DEMOCRATICO E PRINCIPIO DI LEGALITA': ISTANZE DI PARTECIPAZIONE E INDIRIZZO POLITICO DEI SOGGETTI DI AUTONOMIA NELLO SVILUPPO DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO
del Prof. Emilio Paolo Salvia..... 5
LANGUAGE DISCRIMINATION IN THE EUROPEAN UNION
by Dr Dimitris Xenos (UEL) 43

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E RIFORME ISTITUZIONALI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 59
REDAZIONALI .....
RICONOSCIMENTO DEI DEBITI FUORI BILANCIO E INERZIA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
dell'Avv. Enrico Gai 62
GIURISPRUDENZA 65
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI DISCIPLINA DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO (L. N. 241/1990) E SUGLI ENTI LOCALI
..... 65
OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE
..... 70
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO 82

USO DEL TERRITORIO: URBANISTICA, AMBIENTE E PAESAGGIO

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 87
REDAZIONALI 89
L'INQUINAMENTO ELETTROMAGNETICO: ASPETTI, PROBLEMATICHE E SPUNTI DI RIFLESSIONE
dell' Avv. Paolo Turco 89
GIURISPRUDENZA 91

UNIONE EUROPEA E COOPERAZIONE INTERNAZIONALE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....99
REDAZIONALI.....101
CORTE COSTITUZIONALE E CORTE DI GIUSTIZIA: DIALOGO APERTO O CONFLITTO PERSISTENTE?
dell'Avv. Michela Montanari.....101
GIURISPRUDENZA.....115

CONTRATTI, SERVIZI PUBBLICI E CONCORRENZA

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....117
REDAZIONALI.....125
L'AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO SENZA LA PUBBLICAZIONE DEL BANDO DI GARA NELLA GAZZETTA UFFICIALE DELL'UNIONE EUROPEA
della Dott.ssa Laura Ferrero e dell'Avv. Daniela Muntoni.....125
APPLICAZIONE DELL'ART. 38, CO. 1, LETT. B), DEL D.LGS. 12.4.2006, N. 163 A SEGUITO DELL'ENTRATA IN VIGORE DEL D.LGS. 6.9.2011, N. 159
dell'Avv. Maurizio Dell'Unto.....129
GIURISPRUDENZA.....133

PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....137
REDAZIONALI.....143
REGIONALIZZAZIONE DELLA LOTTA ALLA CORRUZIONE
del Prof. Vincenzo Musacchio.....143
GIURISPRUDENZA.....148
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO.....154

PATTO DI STABILITÀ, BILANCIO E FISCALITÀ

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI.....158
REDAZIONALI.....162
L'ARMONIZZAZIONE DEI SISTEMI CONTABILI E DEGLI SCHEMI DI BILANCIO DEGLI ENTI TERRITORIALI E LORO ORGANISMI
della Dott.ssa Laura Ferrero e dell'Avv. Daniela Muntoni.....162
DIRITTO E GOVERNO DELL'ECONOMIA: I *"MINI BOND"* COME INCENTIVO ALLA CRESCITA ECONOMICA
del Dott. Sabato Vinci.....165
GIURISPRUDENZA.....171

GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 174
REDAZIONALI 176
RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE DELLA P.A.: PRESUPPOSTI E QUANTIFICAZIONE DEL DANNO RISARCIBILE
della dott.ssa Tiziana Molinaro 176
GIURISPRUDENZA 180

INCENTIVI E SVILUPPO ECONOMICO

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 185
REDAZIONALI 187
DIRITTO E GOVERNO DELL'ECONOMIA: L'*"AIUTO ALLA CRESCITA ECONOMICA (ACE)"* E IL NUOVO *"SUPERACE"*
del Dott. Sabato Vinci 187
GIURISPRUDENZA 192

COMUNICAZIONE E INNOVAZIONE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 196
REDAZIONALI 197
LA *PAR CONDICIO* NELL'EVOLUZIONE DEI MEZZI DI COMUNICAZIONE
della Dott.ssa Bianca Santoro..... 197
GIURISPRUDENZA 228

SANITÀ E SICUREZZA SOCIALE

NOTIZIE ED AGGIORNAMENTI 237
GIURISPRUDENZA 239
PARERI - AVVOCATURA DELLO STATO 241

DICHIARAZIONE SULL'ETICA, SULLE PRATICHE SCORRETTE E REGOLAMENTO SULLE MODALITÀ DI VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI SCIENTIFICI PUBBLICATI IN GAZZETTA AMMINISTRATIVA DELLA REPUBBLICA ITALIANA
..... 245

SEZIONE RISERVATA AI SAGGI ED AI CONTRIBUTI SCIENTIFICI

SOMMARIO

AMMINISTRAZIONE CONSENSUALE TRA PRINCIPIO DEMOCRATICO E PRINCIPIO DI LEGALITA': ISTANZE DI PARTECIPAZIONE E INDIRIZZO POLITICO DEI SOGGETTI DI AUTONOMIA NELLO SVILUPPO DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO
del Prof. Emilio Paolo Salvia 5
LANGUAGE DISCRIMINATION IN THE EUROPEAN UNION
by Dr Dimitris Xenos (UEL) 43

AMMINISTRAZIONE CONSENSUALE TRA PRINCIPIO DEMOCRATICO E PRINCIPIO DI LEGALITÀ: ISTANZE DI PARTECIPAZIONE E INDIRIZZO POLITICO DEI SOGGETTI DI AUTONOMIA NELLO SVILUPPO DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

del Prof. Emilio Paolo Salvia

Una delle principali acquisizioni delle moderne forme di Stato risiede nella subordinazione dell'amministrazione pubblica alla legge.
Per molto tempo il diritto amministrativo - ed ancor prima il diritto pubblico di cui il primo viene descritto come un ramo - è stato concepito come un blocco monolitico di norme ontologicamente distinte e separate, dirette primariamente a disciplinare la funzione di governo della collettività.
La stessa definizione del diritto amministrativo sconta molteplici opzioni interpretative: in senso positivo con riferimento alla sua dimensione pubblica ed alla sua natura strumentale allo sviluppo delle scelte di governo; in senso negativo, come limitazione della sfera privata comportante la fissazione di un sistema di limiti in ordine all'esercizio legittimo del potere.
La dicotomica distinzione pubblico/privato nasconde una pluralità di prospettive politico-culturali e di opzioni in ordine all'uso dell'autorità nell'azione concreta a servizio della collettività. Nella costruzione dello stato democratico sociale la sostituzione della sovranità popolare a quella dello Stato conferisce un nuovo significato al principio di supremazia della legge e, di riflesso, di specialità dell'azione amministrativa che ne persegua gli obiettivi, imponendole, unitamente al presupposto della necessaria base legale, la relativa conformazione secondo i principi ed i precetti in essa contenuti a tutela delle esigenze della comunità che viene così chiamata a servire.
Nel nostro sistema costituzionale, anche alla luce delle integrazioni conseguenti al diritto europeo, l'esercizio di poteri autoritativi è l'eccezione e non la regola, limitata ai casi espressamente previsti, a loro volta limitati alla stretta necessità..
L'impiego di regole speciali viene piuttosto giustificato dall'esigenza di salvaguardare - nella giusta considerazione degli interessi generali alla fruizione dei servizi - valori ed interessi condivisi dalla collettività, che possono essere minacciati proprio dai poteri privati.
Con riguardo all'assetto territoriale, ed alle scelte politico/amministrative in ordine all'uso razionale di risorse in quantità limitata, la cifra amministrativa della cura degli interessi generali non qualifica più la dimensione di una disciplina esclusivamente pubblicistica o imperativa, di perseguimento di aprioristici interessi generali, incidenti sul singolo individuo solo in quanto membro indistinto del pubblico, ed indipendentemente dalla posizione che egli occupa nella società. Il diritto amministrativo persegue spesso interessi parziali, propri cioè di una parte della collettività, che si possono contrapporre a quelli di altri gruppi sociali, la cui visibilità discende dalla forza dei settori societari cui gli interessi medesimi afferiscono. La dimensione amministrativa della problematica del buon governo locale con riguardo all'uso ed alla gestione del territorio transita così dall'arena del confronto tra posizioni antitetiche di autorità e libertà a quella della comprensione degli strumenti più idonei alla formulazione dell'indirizzo politico ed alla sua attuazione, nella consapevolezza che il diritto amministrativo non riguarda soltanto la soluzione del contrasto tra interessi generali, eteronomi ed indisponibili, ed interessi dei singoli, quanto piuttosto si riferisce ad un sistema in cui varie forze hanno diverse influenze, di cui bisogna trovare l'adeguato sistema compositivo, con riferimento al processo di selezione degli obiet-

tivi e di effettuazione delle scelte di rango collettivo, in risposta alle contingenti sollecitazioni provenienti dalla società.

One of the major acquisitions of modern forms of state resides in the subordination of public administration to the law.
For a long time the administrative law - and even before the public law of which the first is described as a branch - has been conceived as a monolithic block of rules, ontologically distinct and separate, directed primarily to regulate the function of the government of the community.
The very definition of administrative law reflects many interpretive options: a positive one, which refers to its public dimension and to its instrumental nature, as being directed to the development of parliamentary decisions; and a negative one, as posing a series of burdening limitations to freedom, which in turn involves and demands that a set of limits be established as having regard to the scope of lawful exercise of administrative power.
In the construction of the modern social democracies, the replacement of popular sovereignty to that of the State adds a substantially new meaning to the supremacy-of-law principle and to the consequently traditionally accepted notion of the special powers and prerogatives entrusted to the administrative bodies so as to imply, alongside with the basic requirement for a lawful ground to their action, also that powers of administration conform to the principles and precepts enacted to specifically protect the needs of the community administration is called upon to serve.
Within the general legal framework the envision of special prerogatives to public authorities does no longer represent the general condition. Supremacy finds its own justification on the necessity to guarantee, on proper evaluation of the general interests to the use of services, the community shared values and interests, and to safeguard and protect them from any sort of threat, even though originated from within the private sector of society.
With regard to planning policies and political/administrative choices referring to the most rational use of resources in limited supply, the public bodies' decision making process, though pursuant the general interests of local communities, does no longer implies the implementation of pre-assessed general set of goals, abiding any individual member regardless of – and independently on –his or her position within the community itself. Rather, local authorities' choices might indeed be biased toward some specific sectorial interests among the many conflicting ones, which are capable of being more strongly voiced because of their supporting groups' better standing and organization.
The administration so particularly related aspect of the general debate about how to assure that local government be good and sound as with regard to the rational use and management of land, so passes from the arena of the traditional confrontation with the overwhelming and unfettered authority of public powers, to the better understanding of the instruments better suited to allow a more flexible decision-making process. One which ought to acknowledge and admit that public administration workouts and set-abouts might indeed concern not only just the settlement of the conflict between general as opposed to individual interests, but rather the very tuning of various and different social interest and forces with their own rather diverse goals. And they all need to be assured the proper way to be fairly tackled within the process by which public choices are made in response to contingent solicitations from society at larg.

Risulta oramai pacificamente acquisito e generalmente riconosciuto che una delle principali acquisizioni delle moderne forme di Stato risieda nella subordinazione dell'amministrazione pubblica alla legge[1], sia con ri-

[1] P. CARETTI-U. DE SIERVO, Diritto Costituzionale e Pubblico, II Ed., Giappichelli, Torino, 2014, p. 283 e ss., p. 321 e ss. La tecnica costituzionalmente esplicitata è la riserva di legge relativa dell'art. 97 Cost. in materia di organizzazione dei pubblici uffici, cui si affianca il principio (costituzionalmente

ferimento all'aspetto dell'assoggettamento del pubblico agire a principi e regole (anche di rango costituzionale) tese ad assicurare il rispetto delle posizioni soggettive che entrano in contatto con l'azione della pubblica amministrazione[2], sia con riguardo – e ciò rappresenta senza dubbio il tratto differenziale che marca la differenza della moderna forma di Stato sociale e la sua distanza dalle precedenti forme di Stato liberale - al profilo della cd. "*democratizzazione*"[3] dell'agire dei pubblici

implicito) di legalità. G. SERGES, *Principi in tema di amministrazione*, in F. MODUGNO (a cura di) Diritto Pubblico, Giappichelli, Torino, 2012, p. 456 e ss. avverte che "*nella prospettiva che discende dalla Costituzione l'amministrazione in genere perde quasi del tutto quella funzione di mera esecuzione della legge che ne aveva caratterizzato la nascita agli albori dello Stato liberale per divenire strumento per il raggiungimento … dell'eguaglianza sostanziale … alla luce del nuovo quadro costituzionale non può concepirsi un'amministrazione come mero apparato servente dello Stato, ed in particolare del Governo, bensì essa rappresenta una struttura al servizio dell'intera comunità statale … per avere un quadro completo di come la Costituzione disciplini l'amministrazione … non ci si deve limitare a leggere quei soli due articoli* (art. 97 e 98 Cost.) *bensì occorre avere presente l'intera Carta costituzionale*". Nello stesso senso G. GUZZETTA-F.S. MARINI, Lineamenti di Diritto Pubblico Italiano ed Europeo, Giappichelli, Torino, 2014, p. 261 e ss.

[2] Secondo alcuni autori la base costituzionale del principio di legalità si ricaverebbe dagli artt. 24 e 113 Cost., che sanciscono la soggezione dell'attività della P.A. al controllo del giudice e la sua non esercitabilità in contrasto con la legge. Secondo altri autori, peraltro, tale base viene rinvenuta nell'art. 97 Cost., che contiene i due principi fondamentali dell'azione amministrativa, applicati con riferimento a qualsiasi potere pubblico, di buona amministrazione e di imparzialità, dal quale ultimo, in combinazione con l'art. 3 Cost., detto principio di legalità deriverebbe nella sua accezione di limite all'arbitrarietà dell'amministrazione mediante la predeterminazione di criteri d'azione volti a scongiurare la violazione del precetto costituzionale di uguaglianza. Peraltro, secondo tali coordinate ricostruttive, il principio di legalità verrebbe ad assumere un contenuto più ampio, in grado di superare le contraddizioni e le carenze di precedenti teorizzazioni, volte a considerarlo per lo più di una generale sottoposizione dell'amministrazione alla legge, col conseguente corollario – affermato come proprio della specialità del diritto pubblico/amministrativo - del vincolo dei pubblici poteri al perseguimento dell'interesse pubblico mediante determinazione dei fini dell'azione amministrativa (in tal senso v CRISAFULLI, PALADIN, BARTOLE, BIN, Commentario breve alla Costituzione, II ed, Cedam, Padova, 2008, p. 885 e ss.). In realtà, evidenziano gli autori da ultimo citati, se da una parte la legge vincola l'amministrazione in misura più forte dei privati, non si può dire che operi esclusivamente nei confronti della prima. Il fondamento del principio di legalità nel combinato disposto degli art. 97 e 3 Cost. avrebbe il pregio di radicare il detto principio nell'esigenza di assicurare, al fine di evitare inammissibili discriminazioni e di assicurare il rispetto del principio di uguaglianza, che i criteri dell'azione amministrativa siano predeterminati sia quando questa agisce con mezzi autoritativi, sia quando operi impiegando gli strumenti del diritto privato.

[3] Sul tema v SORRENTINO, *Brevi riflessioni su sovranità popolare e pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., 2004, 219, secondo il quale "*lo svolgimento delle funzioni [...] di pubblici amministratori deve tener conto che i destinatari dei loro atti, sebbene sottoposti al loro potere giuridico, non sono sudditi ma cittadini, attuali titolari di diritti e potenziali titolari di pubbliche funzioni*", p. 221. Sul tema, però,

poteri, e ciò a sua volta sia sul versante dei moduli organizzativi dell'azione amministrativa medesima, tesi a sviluppare la partecipazione[4] dei consociati nei procedimenti che presiedono allo svolgimento delle funzioni assegnate ai differenti apparati amministrativi che ad ogni modo li coinvolga, sia sul versante più propriamente connesso con quell'obiettivo di uguaglianza sostanziale[5] che connota - lungo i tratti della solidarietà affermata anche a livello costituzionale e delle nuove regole in tema di distribuzione dei sacrifici e benefici sociali - la cifra qualifican-

si registrano diversi orientamenti in ordine alla qualificazione del rapporto tra principio democratico e l'esercizio dell'attività amministrativa. Per un primo profilo, la connotazione del principio democratico – identificata da taluno (LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, 787) - come regola ermeneutica con funzione di avvicinamento alla volontà popolare è stata sottoposta a critica in quanto paradossalmente conduciva, all'opposto dell'intendimento ad essa sottesa, di uno iato tra tale volontà e l'organo deputato ad interpretarla, soprattutto qualora questi dovesse essere identificato non già nel legislatore democraticamente legittimato, quanto negli organi di garanzia (giudici comuni e Corte costituzionale) non democraticamente legittimati (in tema v. M. OLIVETTI, in Commentario alla Costituzione, art. 1, in leggiditalia.it). Ulteriormente, quanto al significato da riconnettere alla democraticità della pubblica amministrazione, alcuni autori negano che per la nostra Costituzione il principio democratico caratterizzi, in modo esclusivo o prevalente, anche gli organi amministrativi, essendo vero al contrario che "*nella Costituzione italiana, come nella maggior parte delle vigenti Costituzioni, il principio democratico non ha carattere assoluto, ma è bilanciato con il principio liberale, il quale impone che la funzione del concreto provvedere sia affidata, di regola, ad organi tecnici*". Così, G. GUZZETTA-F.S. MARINI, Lineamenti di Diritto Pubblico Italiano ed Europeo, Giappichelli, Torino, 2014, p. 262. Sennonché, se è pur vero che quello democratico costituisce un principio di distinzione tra cariche elettive ed uffici della pubblica amministrazione, per i quali la Costituzione prevede di regola l'accesso mediante concorso, e che dunque "*difficilmente può essere considerato principio interno all'organizzazione dell'amministrazione pubblica*" (G. SERGES, *Principi in tema di amministrazione*, in F. MODUGNO, a cura di, Diritto Pubblico, Giappichelli, Torino, 2012, p. 458), tuttavia tale considerazione tende ad offuscare la circostanza che, in applicazione del principio autonomista e pluralista, unitamente a quello di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, che presiede alla distribuzione delle funzioni amministrative sulle autonomie territoriali quali soggetti istituzionali dotati di autonomia politica, si afferma "*un sistema che mira a valorizzare l'effettiva capacità dei diversi ambiti istituzionali di soddisfare le esigenze palesate nei rispettivi contesti sociali, tenuto conto dei tratti specifici mostrati da ogni realtà locale*" (Q. CAMERLENGO, in Commentario alla Costituzione, art 118, in leggiditalia.it). Un sistema, cioè, in cui il meccanismo allocativo delle funzioni amministrative è finalizzato allo scopo precipuo di soddisfare le aspirazioni di partecipazione democratica e di efficienza che la previgente struttura non aveva sufficientemente assecondato.

[4] CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, Milano, 1991, 54 ss. pone in evidenza la valenza democratica della partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo. Però la C. Cost. (sent. n. 460/2000) sulla connessione tra diritto di accesso agli atti amministrativi e sovranità popolare si è espressa nel senso che la sovranità popolare e l'inviolabilità dei diritti "*che permeano di sé ambiti assai vasti dell'ordinamento costituzionale*", dovessero in tal caso rimanere sullo sfondo, per lasciare il primo piano ad altri parametri aventi efficacia qualificatoria più immediata. Per quanto riguarda la partecipazione al procedimento è stato affermato che, attraverso ad essa sia stato finalmente recepito, sia pure a livello di legislazione ordinaria, il principio del *due process of law*, funzionale alla garanzia dei principi di imparzialità e buon andamento (Così CARANTA, FERRARIS, RODRIQUEZ, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, 2ª ed., Milano, 2005). Al proposito si è osservato (R. CARANTA, in Commentario alla Costituzione, art. 97, in leggiditalia.it, che richiama, sul punto,la decisione del C. St., sez. IV, n. 1245/1999) che "*La funzione della comunicazione di avvio del procedimento è [...] proprio quella di rendere possibile la partecipazione dell'interessato alla formazione del provvedimento amministrativo finale, in particolare consentendo all'interessato di rappresentare all'Amministrazione fatti, circostanze, osservazioni e quant'altro di cui essa deve tenere conto per adottare un provvedimento concreto, utile, legittimo e conforme ai principi costituzionali sanciti dall'art. 97 della Costituzione*".

[5] La letteratura in materia è vastissima. Senza alcuna pretesa di esaustività ed al solo limitatissimo fine di individuare primi elementi e spunti di considerazione, anche con riguardo alla letteratura ivi ampiamente richiamata, sul versante dell'evoluzione del diritto europea si rinvia a Aa.Vv., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di BIFULCO R., CARTABIA, CELOTTO, Bologna, 2001; su quello del diritto interno si rinvia a Aa.Vv., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Atti del Convegno in ricordo di Livio PALADIN, Padova, 2002 nonché a A. GIORGIS, in Commentario alla Costituzione, art. 3, co. 2, in leggiditalia.it ed all'amplissima letteratura ivi citata.

te del cambio di direzione del modo stesso di porsi della pubblica amministrazione; la quale, sia pure sempre nel perseguimento di interessi qualificati di natura generale, si muove non più soltanto secondo schemi meramente autoritativi, sibbene secondo traettorie di perseguimento e realizzazione di finalità ed obiettivi di effettiva soddisfazione degli interessi coinvolti dalla sua attività.[6]

Tuttavia, le premesse insite nei richiamati principi qualificanti la detta moderna forma di Stato sociale, con riferimento specifico alle novità incidenti sull'organizzazione e sull'azione degli apparati amministrativi, non sembrano sempre seguire uno sviluppo né lineare, né tantomeno coerente e compiuto, soprattutto in relazione all'effettiva implementazione delle regole costituzionali per cui l'esercizio dell'attività amministrativa deve fare riferimento - ad ogni livello di esplicazione - ad organi politici rappresentativi della volontà popolare.

Per questo aspetto, invero, il retaggio di concezioni tradizionali dell'amministrazione pubblica, inizialmente intesa come attività meramente esecutiva della legge, e della assunta conseguente specialità della disciplina della sua azione, incentrata primariamente su una visione appunto legicentrica[7] dello Stato e sul discendente primato degli interessi generali così fissati dal legislatore, non deflettibili, né altrimenti declinabili da parte della medesima amministrazione pubblica che, nella loro doverosa realizzazione, trova ad un tempo la ragione giustificativa dell'esercizio dei suoi conseguenziali poteri autoritativi, epperò anche il limite del suo potere dispositivo degli interessi medesimi[8], sembra avere

[6] L'obiettivo (e l'effetto) primario del riconoscimento delle diverse pretese all'uguaglianza distributiva è infatti proprio quello di neutralizzare il peso sociale della ricchezza materiale, nonché quello di socializzare il costo di tutti i servizi e gli interventi che mirano ad assicurare ai soggetti più svantaggiati le condizioni per il pieno sviluppo della propria persona e per l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (così A. Giorgis, cit. supra in nota n. 5). Vedi anche BALBONI, *Il concetto di "livelli essenziali e uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Evoluzione dello Stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali. A proposito della riforma del Titolo V della Costituzione*, a cura di CHIEFFI, Padova, 2001; BALBONI, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere*, in *Il sistema integrato dei servizi sociali*, a cura di BALBONI, BARONI, MATTIONI, Pastori, Milano, 2003.

[7] Il principio di legalità, per la sua stretta connessione con il principio della divisione dei poteri, nonché con la tecniche di garanzia delle libertà individuali, è emerso originalmente quale strumento di limitazione della sovranità, mediante la sua soggezione allo strumento della legge del parlamento, che risponde allo scopo di prevedibile e controllabile l'esercizio del potere. Così L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, II Ed., Il Mulino, Strumenti, 2012, p. 9 e ss., che evidenzia come "*la necessità di ricondurre il potere amministrativo … sotto il dominio di una regola ordinatrice ha fatto prevalere per un certo periodo l'impostazione positivistica, secondo la quale la regola ordinatrice deve essere identificata con la legge e la legge deve essere, a sua volta, identificata con la legge dello Stato, ad esclusione di altre possibili fonti di diritto o canoni di azione*". In generale, sul principio di legalità applicato all'azione amministrativa vedi R. GUASTINI, *Legalità (Principio di)*, in Digesto discipline pubblicistiche, vol. IX, Utet, Torino, 1994; B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, ne Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia, Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 20-22 settembre 2007, Giuffré, Milano, 2008, p. 1 e ss.

[8] Il principio di legalità opera, cioè, nei confronti dell'amministrazione sia come indirizzo, sia come limite, secondo una concezione dell'amministrazione intesa in senso servente ed esecutivo del comando legislativo. Concezione da ultimo sottoposta, però, ad intensa revisione critica diretta a coniugare la necessaria tipizzazione del potere pubblico – quanto al suo fondamento, alle modalità ed il fine del suo esercizio – ritenuta inizialmente centrale alla nozione di legalità, con l'esigenza di assicurare la flessibilità necessaria a fronteggiare le concrete interazioni dell'azione amministrativa con i molteplici (ed aprioristicamente inesauribili e, quindi, indefinibili) contesti del suo concreto svolgimento. Sul tema si rinvia a L. Torchia, *L'attività amministrativa fra diritto privato e diritto amministrativo, nazionale ed europeo*, in www.astrid-online.it, 2007. N. IRTI, L'età della decodificazione, Milano, Giuffré, 1979 evidenzia il processo di trasformazione cui è andata incontro la legge, secondo una linea evolutiva che passa dalla selezione degli interessi meritevoli da attuare, al riconoscimento di una pluralità di interessi spesso tra loro confliggenti, la cui realizzazione implica necessariamente il riconoscimento di un sempre più ampio margine di apprezzamento discrezionale in capo all'amministrazione. A ciò si aggiunge, secondo L. TORCHIA, *Lezioni*, cit. supra in nota n. 7, p. 11, anche l'ulteriore fattore per cui "*la legge ha ormai da tempo perso il monopolio di capacità ordinatrice e*

rappresentato un serio ostacolo alla concreta trasposizione sul pianto effettuale di quei principi costituzionali. Questi, anche se in termini non sempre immediatamente decifrabili, implicano pur tuttavia una innegabile evoluzione del modo di porsi dell'amministrazione nei confronti dei consociati, soprattutto per ciò che attiene all'amministrazione di prestazione ed alla connessa applicabilità di moduli operativi non necessariamente autoritativi[9], nonché con riferimento all'ulteriore circostanza che, specialmente con riguardo alla distinzione - sul piano dell'organizzazione degli apparati - tra organi di legittimazione professionale ed organi di legittimazione politica, quelli collocati ai vertici dei molteplici apparati amministrativi, e preposti allo svolgimento delle attribuzioni più tipiche del pluralismo autonomistico, si trovano – allo stesso tempo – non soltanto ad espletare attività amministrativa propriamente detta, bensì anche a svolgere la primaria attività di sviluppo e promozione del proprio indirizzo politico/amministrativo.

Un'attività - quest'ultima – in relazione alla quale, sia pure nel rispetto del menzionato principio di legalità, la doverosa e corretta considerazione del principio democratico, da un lato, e dei principi di autonomia e sussidiarietà, dall'altro, impone di ricomporre la distinzione tra amministrazione e gestione lungo l'asse del rapporto legge/amministrazione, sia sul crinale della rivisitazione dell'asserito primato della legge e del conseguente modulo operativo dell'amministrazione di tipo autoritativo - cui è tradizionalmente connessa l'affermazione dello status particolare di supremazia dell'amministrazione pubblica, con il conseguente portato necessario della indisponibilità degli interessi normativamente eteroimposti dalla legge suprema allo stesso soggetto agente - per muoversi alla ricerca di moduli consensuali di svolgimento dell'azione amministrativa più consoni e coerenti all'esercizio di poteri discrezionali di vasta portata, sia sul crinale dello sviluppo di formule partecipative più idonee ad offrire consistenza a quel principio democratico che, se in parte certamente attuato con riguardo all'introduzione di moduli procedimentali per il coinvolgimento degli interessi coinvolti nell'esercizio di attività amministrative gestionali, tuttavia sembra invece soffrire evidenti limitazioni con riferimento alla formazione della volontà decisionale proprio degli organismi di legittimazione politica al vertice delle istituzioni tipicamente rappresentative a livello territoriale locale.[10]

regolatrice dell'amministrazione e dei diritti ed interessi con i quali quest'ultima interagisce. Accanto e sopra la legge ci sono le norme costituzionali, poste sia con le costituzioni nazionali sia con le carte costituzionali sovranazionali … Alla legalità ordinaria si aggiungono, così, la legalità costituzionale, la legalità europea e la legalità globale, che possono anche entrare, a volte, in contraddizione o in contrasto tra loro".

[9] Sul tema della applicazione delle regole di diritto privato all'azione della pubblica amministrazione per la soddisfazione degli interessi pubblici e sul passaggio dal provvedimento autoritativo ai moduli pattizi nello svolgimento, secondo moduli contrattuali, dell'azione della pubblica amministrazione v. P. STANZIONE ed A. SATURNO, *Pubblica amministrazione tra diritto amministrativo, diritto privato e diritto europeo*, in P. STANZIONE-A. SATURNO (a cura di) Il diritto privato della pubblica amministrazione, Cedam, Padova, 2006, p. 4 e ss. Ivi v. anche G. ALPA, *L'attività negoziale della pubblica amministrazione nella nuova disciplina del procedimento amministrativo*, p. 75 e ss; S. GIACCHETTI, *La nuova via privata al pubblico interesse aperta dall'art. 1, c. i bis, della legge 11 febbraio 2005 n. 15*, p. 113 e ss.; E. PICOZZA, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, p. 130 e ss. Vedi anche F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011.

[10] I poteri pubblici hanno sempre esercitato funzioni di governo del territorio, condivise tra livelli di governo diversi, caratterizzate da un significativo grado di discrezionalità, nell'ambito delle quali l'incidenza della pianificazione pubblica sui diritti e gli interessi dei privati sconta un duplice profilo di conflittualità: non solo quello relativo al contrasto tra interesse pubblico ed interessi privati, bensì anche quello relativo al contrasto tra più scelte pubbliche possibili, con le conseguenze derivanti sull'ordine degli interessi alle stesse sottesi. Tuttavia nell'ordinamento italiano, come evidenzia L. TORCHIA (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, II Ed., Giappichelli, Torino, 2012, p. 39, il processo di sviluppo degli strumenti di partecipazione dal basso e di ascolto da parte del potere pubblico "*è ancora solo agli inizi perché … gli strumenti di partecipazione e di ascolto sono ancora in uno stato embrionale. Alla creazione ed allo sviluppo di meccanismi procedimentali che consentano di gestire e regolare il conflitto, l'ordinamento italiano ha preferito lo*

Per quest'aspetto, in particolare, le determinazioni degli organi collocati ai vertici degli apparati amministrativi più espressivi dell'autonomia locale vengono anzi sottratte agli schemi procedimentali propri dell'attività meramente gestionale, laddove invece le scelte di fondo degli apparati di democrazia sociale e pluralista, nella nuova concezione servente del potere pubblico, maggiormente dovrebbero consentire la corretta rappresentazione degli interessi coinvolti, al fine di garantire la tutela di interessi non egoistici del soggetto agente, secondo una concezione di *amministrazione paritaria*, secondo la quale, nella giusta considerazione degli interessi generali alla fruizione dei servizi, valori ed interessi condivisi dalla collettività - che possono risultare minacciati proprio dai poteri economici privati - la protezione di cittadini trovi fondamento non già in una speciale supremazia del potere pubblico, quanto piuttosto nell'esercizio di una funzione effettivamente partecipata, quale alveo di raccolta e composizione efficace ed efficiente delle diverse posizioni rinvenibili in capo a singoli e gruppi sociali.

Per molto tempo il diritto amministrativo - ed ancor prima il diritto pubblico di cui il primo viene descritto come un ramo - è stato concepito come un blocco monolitico di norme ontologicamente distinte e separate, dirette primariamente a disciplinare la funzione di governo della collettività: le azioni, le operazioni e gli atti dell'amministrazione.

Tale prospettiva, in gran parte, trova la sua origine nella costruzione stessa dello Stato moderno attorno all'idea guida della sovranità[11] - con tutte le conseguenze in ordine alla percezione della volontà del sovrano quale manifestazione di volizione cogente, titolare dell'uso monopolistico della forza - e successivamente, in seguito al verificarsi delle rivoluzioni liberali, all'affermarsi dello stato di diritto[12] ed alla elaborazione della teoria della separazione dei poteri, nella progressiva formazione del primato assoluto della legge[13] quale atto del Parlamento sovrano, diretto all'individuazione dell'interesse generale[14], e quindi pubblico, di tutti i cittadini

sviluppo di strumenti di coordinamento dei diversi livelli di governo". Paradossalmente, dunque, proprio là dove si concede all'amministrazione la più vasta discrezionalità e, quindi, la più ampia facoltà di intervenire, nel rispetto del principio di legalità, sulla concreta configurazione dell'interesse generale da perseguire, gli strumenti di partecipazione e di rappresentazione degli interessi, sia individuali che collettivi, vengono ad essere progressivamente sminuiti e svalutati dal rapporto di proporzionalità inversa che viene ad instaurarsi tra il modulo procedimentale di normale svolgimento dell'attività amministrativa e l'ampiezza del potere di apprezzamento dell'amministrazione.

[11] G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffré, 2003, 5, evidenzia come "*La distinzione tra sfera pubblica e privata è il risultato di una duplice tendenza del pensiero moderno … con l'affermazione dello Stato nazione e delle teorie della sovranità, comincia a definirsi l'idea di una sfera pubblica distinta e sovraordinata*". In tema di sovranità quale principio guida in ordine vicenda relativa allo sviluppo della forma dello Stato moderno europeo vedi M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in M. FIORAVANTI (a cura di), Lo Stato moderno in Europa, istituzioni e diritto, Editori Laterza, Bari, 2002. Secondo A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in A. BARBERA (a cura di), Le basi filosofiche del costituzionalismo, Editori Laterza, Bari, 1997, 13, "*Rinvenire le basi filosofiche del costituzionalismo significa … risalire … alle filosofie che hanno contribuito a fondare la giustificazione razionale dello Stato moderno e cioè in primo luogo all'autonomia della sfera politica e al concetto di sovranità*".

[12] Per un accurata indagine ricostruttiva storico-teorica della nozione dello Stato di diritto, e per una discussione critica delle sue strutture (limitazione del potere, lotta all'arbitrio, divisione dei poteri, tutela dei diritti soggettivi) si rinvia a P. COSTA e D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002.

[13] Distingue tra legge (generale ed astratta) e comando Friedrich A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, Chicago, 1960, ora *La società libera*, Edizioni SEAM, 1998. Il primato della legge nella concezione elaboratasi in Inghilterra era soprattutto strumentale alla difesa delle libertà contro gli arbitri; solo in seguito all'evoluzione subita dai principi liberali inglesi ad opera della Rivoluzione francese – pervasa da concezioni democratiche di sovranità popolare – ed in relazione allo sviluppo che l'amministrazione centrale aveva assunto nel precedente periodo dello Stato assoluto, il principio del primato della legge spostò il suo centro gravitazionale dalla protezione delle libertà individuali e si diresse più marcatamente verso la garanzia del raggiungimento del benessere generale, 221 e ss., 257 e ss.

[14] 14 In tal senso V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Tori-

indistintamente considerati - e diremmo anche egalitariamente percepiti, in base alle teorie contrattualistiche[15] formulate in ordine all'origine ed alla giustificazione della potestà sovrana - cui deve rimanere sottoposta tutta l'organizzazione e l'attività di amministrazione di competenza dell'Esecutivo, funzionalmente diretta al perseguimento degli obiettivi fissati dalla legge generale[16].

---

no, 2011, 1 e ss. A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, III ed., Giappichelli, Torino, 2012, 55, richiamando le tesi esposte da Schmitt in Dottrina della Costituzione, (1928), trad. It. a cura di A. CARACCIOLO, 1948, evidenzia come "*solo nel quadro dello Stato di diritto la legge assume il carattere di un atto rivolto a porre regole … Onde la conclusione che sia proprio lo Stato di diritto a rendere possibile la distinzione fra le leggi e gli altri atti statali*" e come il principio della separazione – nel suo profilo oggettivo di scomposizione del potere in funzioni – costituisca la chiave di volta della contrapposizione tra la predeterminazione degli interessi pubblici ed il loro immediato soddisfacimento, ivi, 56. Sulla detta distinzione e sulla contrapposizione tra il momento, tendenzialmente generale ed astratto, del "*disporre*" e quello invece concreto ed individuale del "*provvedere*" l'A. richiama la fondamentale intuizione di V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in Enc. dir., IV, Milano, 1959, 225; Id., *Fonti del diritto*, ivi, XVII, Milano, 1968, 926 e ss., 949 e ss. Vedi anche D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. COSTA e D. ZOLO, (a cura di), Lo Stato di diritto, cit., 34 e ss. con riguardo alla distinzione, ed al coordinamento e regolazione giuridica, tra le distinte funzioni statali corrispondenti alla posizione di norme (cd. ***legis latio***) ed alla loro applicazione (cd. ***legis executio***) come espressione del principio di "*differenziazione*" del sistema politico-giuridico che, insieme al principio di "*diffusione*" del potere (cioè al criterio di attribuzione di facoltà e poteri, giuridicamente riconosciuti e sanzionati, ai soggetti individuali, nel riconoscimento della loro eguaglianza di fronte alla legge), costituisce i fondamentali principi di affermazione dello Stato di diritto, L. MANNORI e B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, in M. FIORAVANTI, Lo Stato moderno, cit., 59 e ss., evidenziano come la rappresentazione dell'autorità secondo lo schema tripartito della legge, della sentenza e del comando amministrativo diretto al perseguimento dell'interesse pubblico destinato a prevalere su qualunque interesse privato, nei limiti della legge, è propria della definitiva affermazione dello Stato contemporaneo, a partire dalla fine del Settecento. Tuttavia, secondo gli AA., con una forma di "*comprensione retrospettiva*" (definizione attribuita a A. M. HESPANHA, *Storia delle istituzioni politiche*, in Politica. Enciclopedia tematica aperta, Vocabolario, a cura di L. ORNAGHI, Milano, 1993, p 69 e ss.) si è finito per forzare in tale schema ricostruttivo qualsiasi morfologia del potere pubblico, anche riferito ad epoche anteriori, riconducendo "*il grado zero del potere in una forma di comando avente all'incirca la stessa forza imperativa propria dell'odierno provvedimento amministrativo*", benché in assenza delle medesime garanzie che oggi ne circondano l'esercizio legittimo; e, quindi, "*lo sviluppo istituzionale dello Stato occidentale è stato letto perciò molto spesso come il progressivo emanciparsi delle altre due funzioni da questo indistinto tronco primigenio*", che "*avrebbe trovato il suo momento culminante nel trionfo dello Stato di diritto ottocentesco, destinato appunto a sancire la perfetta e definitiva separazione fra le tre forme topiche di autorità pubblica*". Tale schema tradizionale, peraltro, avrebbe resistito anche alle trasformazioni intervenute col passaggio alla forma di Stato sociale, salvando - anche a dispetto delle profonde innovazioni introdotte dal vertiginoso incremento delle attività e dal complicarsi dei profili organizzativi - l'identità tradizionale dell'amministrazione. Solo più recentemente si sarebbe venuta ad elaborare una diversa rilettura del processo evolutivo del paradigma di sviluppo del potere statale, forgiando una "*nuova genealogia del pubblico potere*", secondo la quale la vicenda dello sviluppo statale non è tanto segnata da un iniziale primato dell'amministrazione, da cui muovere per ricondurre a legalità un potere altrimenti libero ed incondizionato, sibbene piuttosto da un diverso primato della giurisdizione per cui – tra il XIII ed il XVIII secolo – in base ai valori medievali "*era del tutto ovvio che il potere di comandare potesse essere pensato soltanto come strumento per la difesa di un ordine già dato*". Pertanto la raffigurazione del potere nella fase proto-moderna "*si è basata in sostanza nella riconduzione di ogni possibile forma di esercizio dell'autorità a un'unica funzione*", indicata come *iuris dictio*, uguale a se stessa in ogni sua manifestazione (secondo gli AA. cit da ultimo anche la potestà legislativa era pensata come recezione di regole già iscritte nell'ordine delle cose), così negandosi alla politica ogni autonomia rispetto alla giustizia e presentandosi il comando come neutro e disinteressato. Laddove, allora, il percorso evolutivo del potere statale "*si presenta … come il tentativo di creare e rendere socialmente accettabile l'idea di una gestione esecutiva, e non più meramente giudiziaria, dell'autorità*".

[15] Con riferimento all'esame del contratto originario e della natura delle leggi nell'ottica dell'uguaglianza vedi E. SOMAINI, *Paradigmi dell'uguaglianza*, Editori Laterza, Bari, 2005, 18 e ss.

[16] Secondo M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. RENNA – F. SAITTA, Studi sui principi del diritto amministrativo, Giuffrè, Milano 2012, 10, "*… la giuridificazione del soggetto amministrativo significa anche individuare l'atto che a tale soggetto si riferisce, come atto sottoposto alla legge*". Ivi, in nota n. 20, O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, ed. fr., Le droit administratif allemand, Parigi, 1903, 72, "*L'idea dell'atto amministrativo … è già indicata tacitamente dalla situazione di subordinazione alla legge*

Del resto, come si è accennato, anche le menzionate teorie contrattualistiche di costituzione dello Stato, basate sul consenso dei consociati ad uscire dal cosiddetto stato di natura - certamente improntate ad una logica e ad una prospettiva di uguaglianza[17] (anche se inizialmente affermata sul piano delle relazioni formali e non ancora elaborata con riferimento alla sfera delle politiche sociali e nell'ottica di una politica di interventi correttivi riferibili a standards di stampo ugualitario[18]), ancorché dirette allo scopo di rendere formalmente omogenee e confrontabili le posizioni formali dei consociati, e così ad eliminare - mediante un processo di astrazione - i tratti di diversificazione propri del precedente sistema feudale di ordini gerarchici e di diritti ineguali; ed ancorché primariamente dirette all'affermazione dei diritti in un regime di uguaglianza e di libertà (libertà negativa, o assenza di opposizione secondo Hobbes, libertà anche positiva di effettiva possibilità di azione secondo Spinoza e libertà anche po-

che occupa l'amministrazione così come la giustizia". Per L. MANNORI e B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., 71 e ss., la costruzione di una sovranità legicentrica, in cui inizia a predicarsi in relazione ai pubblici poteri il nuovo valore della legalità intesa come conformità alla legge, trova significativo presupposto nel processo di progressiva emancipazione del potere di comandare rispetto a quello del giudicare, i cui effetti verso l'affermazione di un autonomo potere amministrativo, però, non possono essere compresi disgiuntamente dall'ulteriore indefettibile elemento della progressiva eliminazione dei corpi intermedi di origine cetual/territoriale e, quindi, dal consolidarsi di una visione della società incentrata sulla semplificazione del rapporto tra lo Stato e l'individuo. Un rapporto in cui muta l'essenza sia della funzione giudiziaria (non più intesa come "*attività di mediazione di interessi strutturalmente configgenti, ma piuttosto come una tecnica meccanica volta a tutelare i diritti legalmente riconosciuti a ogni azionista della nuova impresa sociale*"), sia quella della funzione legislativa ("*non più pensata come uno strumento di mediazione sociale fra i tanti, ma come l'enunciazione … di una volontà generale … che è la sola legittima, l'unica davvero obbligante*"), sia di quella amministrativa (espressione di uno Stato "*non più finalizzato a comporre conflitti, … ma a perseguire i suoi stessi interessi*"). In tale mutato quadro, la successiva centralizzazione e statalizzazione dell'apparato amministrativo ha contribuito al progressivo scorporamento dell'attività amministrativa dalla società civile ed all'affermazione di un'amministrazione/potere abilitata a disporre dei diritti dei cittadini in vista del pubblico interesse.

[17] E. SOMAINI, *Paradigmi*, cit., 4, "*…l'aspetto essenziale del modello contrattualistico sta nel fatto che l'origine dello Stato viene individuata nella convergenza delle volontà di soggetti liberi ed uguali*". Secondo G. ZANETTI, *Eguaglianza*, in A. BARBERA (a cura di) Le basi filosofiche, cit., 53, "*L'esperimento contrattualista ammette diversi esiti, ma … comporta di regola come minimo la possibilità di elaborare la nozione di eguaglianza fra individui*". Sulla problematica dell'eguaglianza si rinvia alla fondamentale ed esaustiva trattazione di C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Jovene, Napoli, 1966. L'uguaglianza cui si ispira il modello contrattualistico, intesa come convergenza di soggetti ugualmente liberi nello stato di natura, e come diretta a conseguire l'omogeneità formale delle loro posizioni in ordine alla titolarità dei diritti in generale, e specificamente di quelli pertinenti alla sfera dei loro interessi particolari, non evidenzia alcun elemento di tensione assiologia con il valore delle libertà, cui è preordinata teleologicamente a fornire maggiore garanzia. Tale rapporto tra i principi ed i valori della libertà e dell'uguaglianza assume invece aspetti problematici in una fase successiva, nel passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale, dopo l'elevazione a rango costituzionale del principio di legalità con l'avvento delle costituzioni scritte, e successivamente all'ingresso sul terreno costituzionale dei cd. diritti sociali e del principio di uguaglianza in senso sostanziale. Sul punto vedi A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, III ed., Giappichelli, 2012,32 e ss. Sul rapporto tra libertà ed uguaglianza, tra un sistema di principi relativi ai diritti dei singoli e l'insieme dei criteri dettati a tutela del benessere generale, e sulla possibilità di coniugare valori e diritti della persona derivandoli non dalla nozione di libertà quanto dalla nozione di uguaglianza, secondo una concezione di cd. *"individualismo etico"* informato al concetto di pari importanza e di responsabilità di ciascuno, vedi R. Dworkin, *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2000. Più in generale, in ordine alla problematica relativa alla conciliabilità dei valori della libertà e dell'uguaglianza, vedi I. CARTER (a cura di), *L'idea di uguaglianza*, Feltrinelli, Milano, 2001.

[18] E. SOMAINI, *Paradigmi*, cit., Introduzione p. VII evidenzia come la sfera delle politiche sociali, di recupero delle ineguaglianze di fatto, venga in rilievo solo per un spettatore moderno, mentre (p. XIII) "*nello Stato costituito (come "Stato di diritto") la libertà trova espressione nella legge e l'uguaglianza nel fatto che la stessa tratta tutti indistintamente e si applica in modo imparziale*". Il che giustifica l'assenza di quelle tensioni assiologiche evidenziate da A. D'ATENA, *Lezioni*, cit. nella nota che precede, e del prevalere, in quella fase, di "*nessi di tipo positivo tra uguaglianza e libertà e la pratica assenza di segni anticipatori di quelle tensioni tra esse che nei secoli successivi diverranno una sorte di luogo comune*"; così SOMAINI, cit., XIII.

litica e partecipativa secondo Locke[19]), fanno comunque riferimento e richiamo ad una legge generale che, per potersi applicare a tutti in modo imparziale, presuppone (ed impone) comunque l'attribuzione dell'uso monopolistico della forza allo Stato che ciò deve garantire, con il corollario che nessuno ha diritto ad opporre resistenza all'uso legittimo di tale forza[20].

Da ciò certamente discende una particolare concezione cogente delle norme giuridiche dello Stato in generale e, vieppiù, di quelle poste nell'interesse generale e pubblico della collettività[21], cui l'amministrazione medesima deve ottemperare proprio in quanto poste non già nell'interesse dell'apparato agente quanto piuttosto nell'interesse altrui, alla soddisfazione del quale l'amministrazione rimane vincolata ed alla realizzazione del quale deve provvedere mediante l'adozione di atti (atti amministrativi) che rimangono differenziati nella loro disciplina dagli atti di diritto comune[22].

Tale distinzione, nel corpo normativo delle società che potremmo definire moderne, tra le norme che definiscono interessi ed obiettivi di carattere generale, ed al cui obbligatorio perseguimento l'azione pubblica è tenuta[23], e quelle che definiscono diritti e obblighi - e la relativa composizione e disciplina - dei soggetti privati non costituisce peraltro ancora, di per sé, una ragione sufficientemente esaustiva della costruzione della distinzione teorica tra norme di diritto pubblico e norme di diritto privato come modernamente, e sino a molto di recente, è stata intesa[24] con riguardo all'i-

[19] Vedi G. ZANETTI, *Eguaglianza*, cit. E. SOMAINI, *Paradigmi*, cit.

[20] D. ZOLO, *Teoria e critica*, cit., 35, sostiene che secondo la prospettiva giusnaturalistica "*si consolida il primato metafisico e sociale del soggetto umano … sia pure entro un contesto sociale che si vuole ordinato dalla ragione, dalla morale e dal diritto … Sul terreno … della teoria del diritto, sono due i principi che fanno da corollario alla tesi del primato ontologico del soggetto individuale e del valore assiologico della sua libertà ed autonomia: … l'idea della pericolosità del potere politico; …la convinzione che sia possibile contrastare la pericolosità del potere attraverso lo strumento del diritto, inteso sia il complesso dei diritti soggettivi costituzionalmente garantiti, sia come la giuridizzazione dell'intera struttura dello Stato moderno*".

[21] Ancor prima della compiuta elaborazione dogmatica, nella seconda metà dell'Ottocento, della categoria dell'interesse pubblico, la forza cogente delle norme giuridiche dello Stato è da ricondurre al nuovo ruolo assegnato al diritto nel periodo post-rivoluzionario del Settecento in esito alla cesura con il modello cetual/corporativo di origine medievale; in cui si consacra, anche in virtù della oggettivizzazione della sovranità e della sua sottrazione al soggetto sovrano ed attribuzione all'unità organica dello Stato, l'idea dell'unità della potestà di comando (della legge statale) per la creazione e difesa del nuovo ordine sociale dalle disgreganti istanze particolaristiche precedentemente presenti nella società. In tal senso G.D. COMPORTI, *Il principio di unità della funzione amministrativa*, in M. RENNA e F. SAITTA (a cura di), Studi sui principi del diritto amministrativo, Giuffré, Milano, 2012, 308.

[22] G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., p. 27 e ss. "*L'amministrazione si configura così come puissance publique, e cioè come corpo dotato di poteri esorbitanti dal diritto comune, al fine di assicurare la cura dell'interesse generale*" e quindi, nella contrapposizione che si viene a configurare tra i valori del diritto amministrativi e di quello privato, "*mentre quest'ultimo è raffigurato quale luogo del libero consenso, il primo è ordinato attorno alla procedura tipica della «décision exécutoire, par la quelle l'Administration force la volonté de l'administré, et commande»*".

[23] L'individuazione e l'indicazione dell'interesse pubblico da perseguire costituisce, nel quadro dell'elaborazione del sistema di valori di libertà ad oggetto centrale dello sviluppo del costituzionalismo, e nell'ambito del paradigma di tutele coniato dal liberalismo, uno strumento di prevedibilità e di limitazione dell'azione pubblica, nel segno del cercato componimento tra i compiti pensati come di pertinenza statale e lo spazio delle autonomie private di cui assicurare il libero dispiegamento, quali espressione di una sfera di vita materiale ed individuale da ritenersi sottratta al potere statale. In tal senso R. NANIA, *Appunti per un bilancio sulla libertà individuale nell'esperienza costituzionale italiana*, in R. NANIA (a cura di), L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali, Giappichelli, Torino, 2012, 3 e ss. Sul paradigma riscontrabile nella concezione liberale del rapporto tra amministrazione e società si rinvia a A. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in Studi in memoria di Vittorio Bachelet, Milano, 1987, I, 523 e ss. e V. OTTAVIANO, *Cittadino e amministrazione nella concezione liberale*, in Scritti in onore di Giuseppe Auletta, Milano, 1988, III, p. 479 e ss.

[24] In proposito v. N. BOBBIO, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, 3 e ss. La dicotomia tradizionale tra pubblico e privato resiste ancora oggi, nonostante i più recenti processi di trasformazione e convergenza, e viene riproposta anche in sede di diritto comparato e nell'analisi del diritto sovranazionale. In merito v. M.P. CHITI,

dentificazione di un corpo di norme e di principi propri della pubblica amministrazione[25].

Invero, pure nelle richiamate teorie contrattualistiche era riscontrabile una distinzio-

Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?, in Riv. trim. dir. pubbl., 2000, 301 e ss. Inoltre, nel campo economico, anche le più recenti occasioni di collaborazione tra poteri pubblici e soggetti privati sono state ricondotte, quali eccezioni, nel quadro di tale tradizionale dicotomia. In merito si rinvia a F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F. GALGANO, I, La Costituzione economica, Cedam, Padova, 1977, 105 e ss.. In ordine all'analisi delle trasformazioni in atto nel rapporto tra pubblico e privato v. M TAGGART (a cura di) *The Province of Administrative Law*, Oxford, 1977; S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2001, 27 e ss; V. CERUTI IRELLI, *Verso la contrazione dell'area del pubblico: l'amministrazione tra diritto amministrativo e diritto comune*, in S. CASSESE e G. GUARINO (a cura di), Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione, Giuffré, Milano, 2000, 25 e ss.; Id., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, 2011.

[25]L. MANNORI e B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., 67 e ss., in ispecie 77 e ss. Gli autori evidenziano come non solo nella precedente esperienza degli Stati assoluti, ma neanche nella successiva prima fase dell'affermazione dei principi rivoluzionari settecenteschi sia dato di poter riscontrare ancora il concretizzarsi di una nuova formula di gestione (esecutiva) del potere che si qualifichi per la caratterizzazione autoritativa degli atti di imperio del suo esercizio. Invero, con riguardo al periodo dell'affermazione delle monarchie assolutistiche europee, la monarchia amministrativa settecentesca"*continua a scontare una differenza incolmabile rispetto ad un autentico Stato amministrativo … Siamo ancora nell'ambito di una concezione regolativa e non attiva della politica*", 71. Gli stessi autori in altra sede (vedi L MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, III ed., 2004, 71) hanno in effetti confermato che "*nel mondo concettuale dello Stato premoderno non esisteva alcunché di simile al diritto amministrativo contemporaneo*". Con riferimento al lavoro indicato in precedenza i medesimi precisano ulteriormente che "*In realtà, ciò che spianò davvero la strada della rifondazione dei contenuti rispettivi di giustizia e amministrazione fu la grande crisi che investì lo Stato di corpi* (di epoca medievale) *alla fine del XVIII secolo … si cominciò a pensare di poter 'costruire' lo Stato secondo una formula diversa da quella storicamente ricevuta … Lo Stato avrebbe così ricevuto una organizzazione finalmente 'sua', progettata per soddisfare i suoi bisogni e calibrata sulle sue specifiche possibilità operative … Le radici della cosiddetta visione 'moderna' delle pubbliche funzioni stanno qui: nella percezione che lo Stato, come soggetto 'organizzato', artificialmente 'costituito', intimamente 'uno', non è più finalizzato a comporre conflitti … ma a perseguire i suoi stessi interessi (tramite l'amministrazione) o a difendere quelli dei suoi cittadini (tramite la giurisdizione). Un edificio la cui chiave di volta è naturalmente costituita dalla nuova concezione della legge, non più pensata come strumento di mediazione sociale fra i tanti, ma come l'enunciazione intensamente politica di una volontà generale che appartiene virtualmente a tutti i membri dello Stato e che è la sola legittima, l'unica davvero obbligante*" (71-73). Tuttavia, secondo gli stessi autori, la Rivoluzione francese, pur portando a termine il superamento del paradigma giustiziale proprio del precedente periodo medievale – contrassegnato da una rappresentazione del potere pubblico nell'atto del giudicare, ossia del preservare un giusto equilibrio tra la congerie dei vari corpi intermedi e soggetti minori di cui lo Stato pre/moderno era contessuto, quale contenitore ordinante dei medesimi per la difesa di un ordine già dato (da cui la "*riconduzione di ogni possibile fattispecie di esercizio dell'autorità a un'unica funzione, indicata col vocabolo di iurisdictio, il cui contenuto consisteva per definizione nel comporre conflitti sociali attraverso il richiamo a un diritto già dato*", 63-65) – e pur accogliendo una definizione della funzione giudiziaria come totalmente soggetta alla legge generale, da applicare e non interpretare (in una visione del giudice privo di alcun potere di produrre nuovo diritto), con l'adozione di una decisiva demarcazione formale tra la nuova funzione amministrativa e l'attività giudiziaria, se pure dà corpo a molti dei caratteri fondanti dello Stato amministrativo sviluppatosi solo nel secolo successivo, di questo lascia comunque ancora fuori il tratto più tipicamente statalista ed autoritario: "*Per quanto la Rivoluzione fosse animata da un'insofferenza profonda verso il caotico pluralismo premoderno, essa non aveva certo in programma di rimpiazzarlo con un monolitico Stato amministrativo. … L'ideale degli uomini dell'Ottantanove era piuttosto quello di una società d'individui che si sarebbero dovuti gestire da soli, liberi tanto dalle maglie della società di corpi quanto dell'abbraccio soffocante di quello Stato paterno che essi avevano dato per morto con la crisi dell'assolutismo borbonico … essi avevano optato per un apparato assolutamente non 'burocratico' … Ciò a cui pensavano era un'amministrazione interamente diluita nella nuova società: onoraria, collegiale, perfettamente trasparente e non professionale – 'nazionale', sì, ma non 'statale'", 76.* Con riguardo ai principi che identificano la specialità del diritto amministrativo v. M. RENNA e F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo, Giuffré, Milano, 2012.*

ne tra le leggi promulgate dallo Stato ed una sorta di funzione legislativa di origine contrattuale svolta dai singoli soggetti limitatamente alla sfera dei loro interessi particolari, della quale la legislazione pubblica rivestiva una posizione complementare e sussidiaria, definendo tipologie contrattuali standard, criteri di interpretazione della volontà dei contraenti e strumenti per la soluzione dei casi controversi.

Tale sfera di rapporti di origine e natura privata, riguardante i rapporti che i soggetti autonomamente stabiliscono tra loro, attiene, in tale costruzione, alla sfera che potrebbe essere definita approssimativamente del mercato in senso ampio[26].

Ma non si assiste - o non si assiste ancora - alla distinzione tra una specifica essenza del diritto pubblico come contrapposta a quella propria del diritto privato.

Semmai, in dette costruzioni contrattualistiche assume primaria importanza la definizione delle nozioni di eguaglianza, giustizia ed equità nei rapporti di mercato con il rifiuto dell'idea che i termini di un contratto liberamente stipulato possano essere oggetto di un giudizio di equità formulato sulla base di un criterio di uguaglianza per così dire oggettivo e cioè riferito a circostanze esterne ed estranee al rapporto di scambio medesimo[27]; rifuggendo, quindi, da una nozione di giustizia commutativa basata sulla identificazione ab externo di un giusto prezzo, il giusto valore dei beni è semplicemente il prezzo che sugli stessi si forma in base a transazioni volontarie e consensuali. In tale sfera di rapporti privati, l'uguaglianza non è invocabile né predicabile in riferimento all'osservanza di criteri esterni, sibbene viene intesa quale predicato proprio dell'autonomia e della libertà delle parti contraenti, nel riconoscimento della loro parità.

E' invece, forse, nella concezione del paradigma dell'uguaglianza in riferimento ai diritti politici di una parte dei pensatori contrattualisti (Spinoza) che la costruzione del potere viene ad assumere una valenza di rappresentatività di interessi generali, secondo una concezione democratica di uguale rappresentanza dei gruppi sociali negli organi di tipo assembleare, per assicurare in ogni momento un numero adeguato di persone capaci ed evitare il formarsi di élite chiuse dirette a perseguire interessi egoistici, onde conseguire il buon funzionamento dello Stato.

Tuttavia ciò non costituisce l'affermazione di una categoria logica ovvero di un catalogo di interessi pubblici come contrapposti a quelli privati, dei quali primi si possa affermare il carattere della relativa cogenza[28]; ciò non è ancora sufficiente ad individuare, cioè, una serie di principi particolari o di regole peculiari dell'azione e dell'organizzazione delle strutture di potere e dei rapporti con i privati cittadini nella disputa delle relative controversie, idonei a definire uno status particolare di supremazia dell'amministrazione pubblica[29].

---

[26] Così E. SOMAINI, *Paradigmi*, cit., 19.

[27] Vedi E. SOMAINI, *Paradigmi*, cit. 22 e ss.:"*Contro tale tesi Hobbes sostiene che il giusto valore dei beni è semplicemente il prezzo che per gli stessi si forma su un mercato sul quale si svolgano solo transazioni volontarie o consensuali*". Sul punto l'A. cita T. HOBBES, *Elementi filosofici sul cittadino*, 1642, in Id., Opere politiche, a cura di N BOBBIO, Utet, Torino, 1971: "*La misura del valore delle cose scambiate per contratto è determinata dal desiderio di possederle dei contraenti e, quindi, il giusto valore è quello che essi sono contenti di dare*".

[28] Secondo G.D. COMPORTI, *Il principio di unità della funzione*, cit., 308, è da ricondurre al periodo della seconda metà dell'Ottocento l'elaborazione della nozione di interesse pubblico "*quale principale e monolitico fattore di legittimazione dell0azione statale e di espressione simbolica della sua volontà unitaria. Stato ed interesse pubblico divengono pertanto espressioni quasi sinonimi che … si vedono proiettati in un rarefatto ed autoreferenziale ambiente concettuale in cui, grazie ad un gioco di rimandi circolari, si celebra la difesa ad oltranza di una prospettiva totalizzante… e si consuma la frattura del mondo amministrativo dal pluralismo e dinamismo che caratterizzano lo svolgimento dei fatti della vita*".

[29] M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo*, cit., 7 ss. e in ispecie 13 e ss. distinguendo tra "*presupposti (cioè condizioni necessarie ma non sufficienti)*" e "*cause determinanti*" della nascita del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto, evidenzia che l'affermazione dello "*Stato di diritto, la separazione dei poteri, la soggettivizzazione del potere amministrativo e così via sarebbero soltanto dei presupposti e non delle cause determinanti dell'avvento del diritto amministrativo*". Invero, secondo l'A. la soggettivizzazione del potere amministrativo prescinde dall'elaborazione ottocentesca dello Stato-persona ed inerisce

La necessaria supremazia della legge statale e la cogenza dei suoi imperativi, predicate però nell'esigenza di assicurare l'eguale applicazione delle norme generali nei confronti dei soggetti posti in posizioni formalmente omogenee e confrontabili, non comporta di per sé l'enucleazione di principi e regole particolari di specialità della capacità giuridica e di agire, come dell'organizzazione, dei soggetti collocati nella sfera dei pubblici poteri[30].

E' da collocare in un momento successivo, quello della prima metà dell'Ottocento, l'elaborazione - nell'ambito culturale giuridico dell'Europa continentale - del modello di un diritto (speciale) amministrativo costruito intorno all'idea centrale che il principio del primato della legge - affermato nell'ambito della forma di governo parlamentare, che vede l'Esecutivo responsabile nei confronti dell'Assemblea rappresentativa, e secondo le linee di una divisione dei poteri che vede le azioni concrete dell'amministrazione assoggettate al parametro fissato nelle norme attributive delle attribuzioni e delle competenze - comporti la configurazione della capacità di agire dei soggetti chiamati al perseguimento degli interessi generali secondo lo schema del potere autoritativo[31]; cioè secondo

all'individuazione di ordine pratico del soggetto giuridico amministrativo contrapposto agli amministrati, resa possibile già dal principio di separazione, senza che ciò comporti che si debba addivenire ad un diritto speciale, che vieppiù assurga ad autonoma branca del diritto; mentre la nascita del diritto amministrativo, quale corpo normativo con caratteri e contenuti di specialità, sarebbe da collegare e ricondurre, quanto agli aspetti più appariscenti di tale medesima specialità, all'origine del giudice amministrativo (nella figura del Conseil d'État francese) ed alla sua appartenenza al potere pubblico, 11. In particolare secondo l'A. tale posizione del giudice amministrativo - e la iniziale confusione tra funzione amministrative e contenziose - consentì in realtà lo sviluppo di "*garanzie che non avrebbero potuto essere coltivate nell'alveo del diritto comune e del suo giudice*"; garanzie che peraltro, stante anche la posizione centrale assunta dal Conseil d'État nel processo di centralizzazione delle fonti giuridiche in genere, e di quelle giurisprudenziali in particolare, diedero progressivamente luogo ad un uniforme regime giuridico che, col passare del tempo, si è venuto ad organizzare e stabilizzare organicamente. Ciò per converso, in ragione appunto dell'assenza di una siffatta giurisdizione speciale centralizzata in Inghilterra, spiegherebbe per l'A. il mancato realizzarsi in questo Paese delle condizioni per l'effettiva costruzione di uno speciale sistema pubblicistico, 14. Sul punto vedi anche G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 24 e ss. L'A. pone in evidenza la sovrapposizione artificiosa che si è venuta a creare – nei modelli culturali in cui il sistema di diritto amministrativo si è venuto a realizzare – tra specialità e privilegio come opposti alla parità di trattamento assegnata al ruolo del diritto comune, complice anche la sottrazione del diritto amministrativo al processo di codificazione che caratterizza l'epoca moderna nell'affermazione dell'uguaglianza formale dei soggetti giuridici. A tale erronea prospettiva – ingigantita dalla critica sviluppata dalla corrente liberale che si rifà al richiamo del regime inglese di diritto comune (per cui si rinvia a S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in S. CASSESE (a cura di) Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale, Giuffré, Milano, 2000, I) – fa eco il suo recepimento proprio nella cultura giuridica d'oltremanica (v. A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), X ed., London, 1961, 328: "*droit administratif … always has given, and still does give, special protection or privileges to the servant of the State*"), che contribuisce alla radicalizzazione della contrapposizione tra diritto amministrativo (incentrato sulla nozione del "*régime administratif*", costruito intorno alla configurazione dell'amministrazione come "*puissance publique*" dotata di "*puvoire exorbitante*", ed elevata a carattere connotante del sistema giuridico dello Stato accentrato, per cui v. M HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général* (1893), VIII ed., Paris, 1914, 6 e ss.) e diritto comune (raffigurato quale luogo del libero consenso).

[30] L. MANNORI e B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., 77: "*Né tantomeno il programma rivoluzionario prevedeva la creazione di qualcosa di simile al futuro acte administratif – intendendo con ciò un atto di imperio unilateralmente emanato dagli agenti dell'amministrazione e abilitato a disporre dei diritti dei cittadini in vista del pubblico interesse*".

[31] Così V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica*, cit., 2. In tal senso anche G.D. Comporti, Il principio di unità, cit., 308. Secondo M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in A. SCHIAVONE (a cura di), Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica, Roma-Bari, 1990, 27, l'affermazione del cd. Stato amministrativo è da collocare verso la fine dell'Ottocento, quando si consacra uno spazio specifico dell'amministrazione che si interpone tra il governo e la società, acquistando un proprio statuto normativo. L. MANNORI e B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., 88 e ss. riconducono la centralità che dimensione amministrativa assume verso la fine dell'Ottocento non soltanto al completamento delle istituzioni dello Stato di diritto,

un modulo dell'esercizio dell'azione amministrativa che si caratterizza per la specialità[32] delle modalità (procedurali) di svolgimento, per gli effetti particolari collegati ai fatti ed agli atti in cui essa si articola e si esprime e per la peculiare configurazione del controllo e del sindacato cui essa rimane assoggettata[33].

La configurazione dell'esercizio dell'azione amministrativa secondo il delineato schema di potere autoritativo costituisce, in tal modo, il portato necessario della indisponibilità degli interessi normativamente eteroimposti dalla legge suprema al soggetto agente[34], come tali sottratti all'autonoma determinazione tanto dei soggetti privati quanto dell'organizzazione amministrativa volta al loro obbligatorio perseguimento[35]; e la cui inderogabilità mal si sarebbe conciliata con la configurazione di moduli consensuali di svolgimento dell'azione amministrativa, invece soggetta a norme cogenti che, nel definire il potere della pubblica amministrazione, da un lato ne qualifica i limiti di esercizio, nella configurazione di una capacità di agire spe-

bensì anche e soprattutto a quella che viene definita una vera e propria esplosione dei compiti pubblici, che peraltro qualificano l'evoluzione del sistema amministrativo verso l'assunzione di compiti di soddisfazione di crescenti bisogni sociali, attraverso la prestazione di utilità collettive e cioè di servizi di cui l'amministrazione assume la gestione, affiancando all'utilizzo dei tradizionali moduli autoritativi anche nuovi moduli operativi privi dei consueti caratteri imperativi e, tuttavia, pur sempre inscritti in un "monolitico" regime di diritto pubblico e percepito come espressione della medesima statualità. M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), ora in Id, *Scritti*, II, 1939-1948, Milano, 2002, 79 e ss., qualifica l'affermarsi di uno spazio autonomo dell'amministrazione condizione necessaria ma non sufficiente della nascita del diritto amministrativo. M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi*, cit., 19 e ss. puntualizza, tuttavia, che anche sul finire del XIX secolo non mancano contributi della dottrina in cui si dichiara espressamente la difficoltà di rappresentare la specialità del diritto amministrativo, quando addirittura non si punta ad un sostanziale dissolvimento – sul piano della teoria generale – della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato; e che la dottrina ottocentesca fin quasi alla fine del secolo non riuscì a fornire alcuna definizione sostanziale del diritto amministrativo, difettando una trattazione organica delle differenze con il sistema del diritto privato. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 29 e ss., riconduce l'affermarsi in Italia di una vasta sfera di azione amministrativa di carattere autoritativo al combinarsi di due fattori: da un lato, quello della rigida distinzione tra pubblico, inteso quale sfera dell'autorità, e privato quale luogo di relazioni paritarie; da un altro lato, quello dello sviluppo delle stesse posizioni liberali tese ad affermare l'idea della soggezione dell'amministrazione a diritto comune. Da cui consegue che la stessa "*configurazione della libertà dell'amministrazione come spazio di autonomia simile a quello in cui si esplica la volontà individuale finisce per riservare alla persona pubblica un'area di potere insindacabile*", affermandosi così una vasta sfera di azione amministrativa priva di controlli.

[32] In ordine alla ricostruzione del potere amministrativo in termini di capacità speciale dell'amministrazione di compiere atti generalmente preclusi alla capacità generale dei soggetti privati cfr. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in Enc. Dir., IV, Giuffré, Milano, 1959, 187. Sul punto vedi anche V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari della pubblica amministrazione*, in Dir. pubbl., 2007, 345 e ss.

[33] M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi*, cit., 24, evidenzia che "*Il diritto amministrativo e il diritto privato, consegnatici dal XIX sec., sono entrambi informati ad un principio superiore di garanzia … precipitato di quella filosofia politico-giuridica dominante che si sintetizzava nella formula dello Stato di diritto*". Soltanto che – avverte l'A. – "*La legalità di diritto privato … volta … a consentire, secondo un tendenziale principio di eguaglianza, la reciproca coesistenze di sfere di libertà private, ha un grado ridotto di intensità, poiché diversamente un eccesso di regolazione finirebbe per sacrificare quelle stesse libertà che si vogliono tutelare …La legalità di diritto pubblico parte invece da un rapporto di tendenziale disuguaglianza tra i poteri pubblici ed i soggetti privati, sicché, sempre per garantire quella stessa sfera di libertà dei cittadini, impone al potere pubblico una legalità di gran lunga più stringente*".

[34] M. MAZZAMUTO, *I principi*, cit., 25, evidenzia il significato garantistico della legalità pubblicistica insita nel principio della eteronima dei fini di cui è imposto all'amministrazione, in termini di delimitazione teleologica, il doveroso perseguimento quale condizione di legittimità delle relative azioni.

[35] G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Giuffré Milano, 1054, 29 e ss. Di una concezione dell'interesse pubblico inteso quale "*sorta di codice operativo predeterminato capace di guidare, ordinare ed orientare in modo unitario e coerente la valutazione degli interessi emergenti nei singoli contesti problematici*", che ha costituito una persistente ipoteca teorica anche nella successiva fase di crisi contemporanea dello Stato-soggetto, parla G.D. COMPORTI, *Il principio dell'unità*, cit., 309.

ciale e pur tuttavia limitata[36], e dall'altro sanciscono l'inderogabilità da parte dei soggetti destinatari dell'azione amministrativa delle norme così poste nell'interesse generale della collettività[37].

Tale corpo di regole e principi speciali, a lungo predicato come proprio delle istituzioni amministrative, ha inoltre incontrato un forte elemento di continuità e di stabilità nell'approccio dogmatico adottato dalla dottrina amministrativistica elaborata in molti Paesi europei, giustificativa proprio di una siffatta costruzione del paradigma di specialità del diritto amministrativo, inteso come blocco monolitico di norme incentrate intorno all'idea del potere imperativo dei soggetti istituzionali chiamati al perseguimento degli interessi generali, espressione particolare del diritto pubblico dello Stato a sua volta inteso quale corpo di norme relative all'organizzazione di governo della collettività[38].

Tale quadro generale di riferimento è stato di recente oggetto di animato dibattito dottrinario in ordine alla sua permanente validità[39] a fronte dei notevoli cambiamenti cui da ultimo sono state assoggettate le istituzioni amministrative in conseguenza di fattori evolutivi che hanno investito non soltanto gran parte della nostra pubblica amministrazione, bensì quella di molti Paesi dell'area europea, come anche alcuni istituti fondamentali dell'azione amministrativa[40] che, sulla scorta di principi ormai condivisi nella legislazione sia europea che degli Stati membri, tracciabili in ragione di radici comuni (principi quale quello di proporzionalità[41], di ragionevolez-

[36] Anche se i principi ed i limiti cui deve ispirarsi e conformarsi l'azione amministrativa
trovano una iniziale limitata elaborazione nella definizione del principio di legalità da parte del giudice amministrativo, che ne disegna i contorni ed i contenuti soprattutto in vista di vincolarne lo svolgimento al doveroso rispetto della legge attributiva del potere, da cui originano e discendono quello di tipicità, nominatività e giustiziabilità degli atti amministrativi.

[37] A. BARTOLINI e A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo ed il principio di legalità,* in M. RENNA e F. SAITTA (a cura di), Studi sui principi del diritto amministrativo, Giuffré, Milano, 2012, 79, sottolineano come la maggior parte dei principi del diritto amministrativo è stata inizialmente elaborata per garantire al potere dell'amministrazione un pieno ed assoluto dispiegamento, anche a discapito dei privati, per garantire la supremazia dell'interesse pubblico e consolidare, così, il privilegio dell'amministrazione.

[38] G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 3-4, evidenzia che la contrapposizione delle categorie di pubblico e privato non ha un carattere meramente tecnico, bensì "*assume valenze culturali ed ideologiche che, spesso anche per enfatizzazioni e fraintendimenti, giocano un ruolo fondamentale nell'edificazione dell'elemento prettamente giuridico*".

[39] V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica*, cit., 10 e ss., evidenzia come "*In questo contesto … ancora tutto in fieri, problematico e complesso, si impone una riflessione sullo stato … del diritto amministrativo come ramo del diritto pubblico, e perciò sulla distinzione … tra diritto pubblico e diritto privato*". Una distinzione alla quale l'A. consegna criticamente un valore "*meramente euristico, evocativo*", 11. La detta distinzione, al più, può dunque essere utilizzata nell'indagine diretta all'analisi di alcuni caratteri distintivi della normativa relativa all'azione ed all'organizzazione dell'amministrazione per valutare quale settore disciplinare essa debba applicare intrattenendo rapporti con soggetti terzi, che è rimesso al legislatore di stabilire anche in ragione della relativa convenienza, utilità ed efficacia di tale utilizzo.

[40] Per una disamina ricostruttiva dei problemi connessi all'incidenza del diritto comunitario sul principio di legalità e, quindi, sull'identificazione del contenuto delle norme che governano l'azione amministrativa e, in definitiva, sui parametri identificativi del potere pubblico, vedi F. SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, Giuffré, Milano, 2010. Per una disamina dei molteplici problemi connessi all'accezione del principio di legalità vedi, anche F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in Dir. pubb., 2007, 427.

[41] Per una valutazione delle origini e della natura del principio di proporzionalità nell'UE v. D. URANIA GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, M. RENNA e F. SAITTA (a cura di), Studi, cit., 393 e ss. Vedi anche S. COGNETTI, *Principio di Proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, sul legame genetico fra uguaglianza e proporzione. L'A., in particolare, si sofferma sull'incidenza che l'applicazione del principio di proporzionalità può produrre nella dinamica del rapporto legalità/discrezionalità, in ordine alla vicenda della comprimibilità dell'interesse pubblico primario da parte dell'amministrazione a fronte di interessi secondari che possano comportarne un'attenuazione ovvero anche impedirne la realizzazione. Sul punto l'A. evidenzia come tale ipotesi (adombrata da M.S. GIANNINI, Diritto amministrativo, vol. I, Milano, 1970, p. 480) "sembra attenere alla legalità – anziché alla discrezionalità – proprio in ragione del fatto che … l'interesse primario – suscettibile di recedere nella ponderazione rispetto agli interessi secondari – è

za[42], del dovere di consentire la corretta rappresentazione degli interessi coinvolti[43], dell'obbligo di motivazione e di esternazione delle ragioni giustificative delle scelte operate[44]), impongono il necessario ripensamento delle ragioni della tradizionale distinzione tra pubblico e privato[45].

Globalizzazione[46], privatizzazioni[47] e li-

affidato dalla legge attributiva del potere alla stessa autorità amministrativa. In definitiva, se il fine è legalmente (im)posto, la sua (mancata) realizzazione dovrà di conseguenza costituire parte integrante della vicenda della legalità, anziché restare imprigionata in quella della discrezionalità", p. 314-315.

[42] Si rinvia a F. ASTONE, Il principio di ragionevolezza, in M. RENNA e F. SAITTA (a cura di), Studi, cit.,371 e ss.

[43] In proposito v. A. ZITO, *Il principio del giusto procedimento*, in M. RENNA e F. SAITTA (a cura di), Studi, cit., 509 e ss.

[44] Sul punto B. MARCHETTI, Il principio di motivazione, M. RENNA e F. SAITTA (a cura di), Studi, cit., 521 e ss.

[45] In ordine alla distinzione tradizionale tra diritto pubblico e privato si rinvia, tra i molti contributi, a S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in Enc. Dir., XIII, Giuffré, Milano, 1964.

[46] Vedi S. GIACCHETTI, Globalizzazione e giustizia amministrativa: due parallele destinate ad incontrarsi, in Cons. Stato, 2001, II, 1357 ss. G. DELLA CANANEA, *I principi del diritto pubblico globale*, in M. RENNA e F. SAITTA (a cura di), Studi sui principi del diritto amministrativo, Giuffré, Milano, 2012, 61 e ss. In ordine all'incidenza della globalizzazione sui sistemi amministrativi nazionali e sui diritti amministrativi domestici vedi S. BATTINI, *L'impatto della globalizzazione sulla pubblica amministrazione e sul diritto amministrativo: quattro percorsi*, in Giornale Dir. Amm., 2006, 3, 339: *"… in un mondo senza barriere doganali la regolamentazione più severa adottata in Europa colpisce in modo diretto ed immediato gli interessi di imprese argentine, statunitensi e canadesi, o comunque gli interessi di imprese multinazionali che utilizzano i governi di tali paesi per contestare la regolamentazione europea. Allo stesso modo, l'applicazione amministrativa di una regolamentazione australiana da parte delle autorità di tale paese colpisce in modo diretto ed immediato produttori ortofrutticoli italiani o francesi, che fanno valere i loro interessi attraverso la Commissione europea. Siamo di fronte, quindi, ad una prima dinamica o percorso della globalizzazione della pubblica amministrazione … Questo primo percorso è connotato da una scissione, potremmo dire, fra la dimensione strutturale e la dimensione funzionale delle autorità che definiscono le regole vigenti in un certo territorio e danno ad esse applicazione. Sotto il profilo strutturale, queste conservano una dimensione territoriale e nazionale, giacché restano collegate ad organi rappresentativi della comunità nazionale e territoriale di cui curano gli interessi. Sotto il profilo funzionale, invece, le regole e le decisioni amministrative adottate da tali autorità assumono un impatto e una rilevanza extraterritoriale e globale, nel senso che esse sono potenzialmente in grado di colpire interessi di membri di qualsiasi altra comunità, e collocati in qualsiasi territorio*". Sul tema del rapporto tra diritto statale ed internazionale nell'ambito del fenomeno della globalizzazione e della comprensione dell'emergente ordine giuridico postnazionale vedi N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

[47] Vedi, tra i primi autori ad evidenziare il fenomeno, S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato*?, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1996, 579 ss. Le incongruenze del sistema della proprietà pubblica sono state oggetto di diffusa critica. Vedi in proposito AA.VV., *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, a cura di Mattei, Reviglio, Rodotà, Torino, 2007. Per una disamina della frammentarietà e desuetudine del sistema vedi M. Renna, *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, in Il diritto dell'economia, 2009, 1, 12 e segg. Da più parti si lamenta, "*l'insufficienza delle basi costituzionali della normativa sui beni pubblici, l'obsolescenza della relativa legislazione, l'insufficienza della tutela prevista per essi*". Così S. CASSESE, *Titolarità e gestione dei beni pubblici: un'introduzione*, in A. POLICE (a cura di), I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione, Milano, 2008, 3. Per un'indagine sulla nozione di pubblica amministrazione nel nostro ordinamento giuridico, e sull'influenza che su tale nozione esercita o potrebbe esercitare l'ordinamento giuridico dell'Unione europea v. B. SPAMPINATO, *La nozione di pubblica amministrazione nell'ordinamento nazionale e in quello dell'unione europea***,** in Giornale Dir. Amm., 2011, 8, 909 e ss., "*in forza del processo di privatizzazione delle imprese pubbliche (e non solo) e di esternalizzazione delle attività un tempo svolte dal settore pubblico e, più in generale, dell'arretramento del 'pubblico' rispetto al 'privato', si registra il fenomeno per cui figure soggettive dalla struttura privatistica sono sempre più spesso chiamate ad 'amministrare' o, se si preferisce, a partecipare alla 'gestione' dell'interesse pubblico*". Sul diffuso fenomeno delle società a partecipazione pubblica, delle società c. d. legali, delle società c. d. *in house*, ma anche delle fondazioni di rilievo pubblico (per esempio, previdenziali, bancarie, culturali) e dei consorzi vedi, tra gli altri: F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Cedam, Padova, 2000; F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010; C. IBBA, *Società legali*, in N. ABRIANI (a cura di), Diritto commerciale-Dizionari del Diritto Privato promossi da N. IRTI, Milano, 2011, 889 e ss.; V. M. SESSA, *Gli enti privati di*

beralizzazioni[48], istanze partecipative, nuove responsabilità (e difficoltà) finanziarie globali, alla luce della richiamata condivisa elaborazione di principi comuni dell'azione delle istituzioni amministrative a livello europeo, impongono addirittura di trascendere i confini del diritto nazionale per la comprensione del nuovo quadro compositivo del diritto amministrativo in una visione integrata dei richiamati principi di portata sovra nazionale[49], alla ricerca peraltro di un'unità sistematica spesso pregiudicata dalla eccessiva frammentazione degli interventi legislativi di settore[50].

Lungo tale linea interpretativa si possono cogliere anche in relazione a sistemi giuridici sino a di recente ritenuti sottratti ad una costruzione di un sistema proprio di diritto pubblico (per esempio l'Inghilterra) – così come ricostruito attorno ad uno speciale corpo di norme asseritamente contrassegnate da una propria differenza ontologica e da una distinta giustificazione semantica - e per i quali solo da ultimo si sono verificati fenomeni idonei a giustificare la proposizione di alcune similitudini nella costruzione di un insieme particolare di norme applicabili agli apparati dell'amministrazione[51] - anche se non pro-

interesse generale, Giuffré, Milano, 2007. In senso critico, contro la tendenza a ricostruire i processi di privatizzazione solo in senso di arretramento del sistema pubblico, e verso una qualificazione del fenomeno in senso di riorganizzazione dell'ambito pubblico, vedi G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in Giornale Dir. Amm., 2011, 6, 677 e ss. L'A. avverte che "*Già all'indomani dell'avvio del processo di privatizzazione, si era rilevato che la riduzione dell'intervento pubblico diretto nell'economia non avrebbe comportato una scomparsa dello Stato, ma una sua riorganizzazione, innanzi tutto attraverso l'istituzione di apposite autorità indipendenti di regolazione poste a presidio di vecchi e nuovi interessi pubblici, come quelli alla promozione della concorrenza, alla tutela di utenti e consumatori, alla protezione dell'ambiente*"; e che "*La riduzione dei beni e dei servizi prodotti direttamente dallo Stato ha poi aumentato il ricorso a moduli convenzionali e contrattuali anch'essi profondamente plasmati dal diritto amministrativo*".

[48] Sul fenomeno della deregulation intesa quale integrale sottrazione di attività private dall'ambito della regolazione pubblicistica, con ricollocazione delle stesse entro gli spazi dell'attività libera in senso proprio, sottratta al potere normativo di fissazione di regole sull'attività ed al potere amministrativo di controllo vedi G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1998, 629. In ordine alla identificazione della soglia al di sotto della quale si registra una irrilevanza ordinamentale dell'attività privata, nell'ambito del modello (di teoria generale) dello "*spazio giuridico vuoto*", vedi G. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004. Il fenomeno viene descritto in termini generali come quello in cui si passa da una regolazione dell'attività economica, a cui lo Stato dichiara di rinunciare definitivamente, ad una mera verifica della compatibilità con interessi pubblici non recessivi di fronte alla libertà di iniziativa economica da E. BOSCOLO, *Il decreto legge liberalizzazioni*, in Urbanistica e appalti, 2012, 5, 501 e ss. Sulla distinzione tra processi di liberalizzazione e di semplificazione dell'azione amministrativa vedi G. VESPERINI, *Le eccezioni al regime di liberalizzazione delle attività private*, in Giornale Dir. Amm., 1996, 12, 1105. Nel complessivo riferimento ai su citati fenomeni di privatizzazioni e liberalizzazioni si è da taluni addirittura preconizzata la fine del diritto pubblico. In proposito, con riguardo alla dottrina anglosassone, v. C. HARLOW e R. RAWLINGS, *Law and Administration*, II ed., London, 1997, 634-635. P. Craig, *Public Law, Political Theory and Legal Theory, in Public Law*, 2000, 238 e ss. J. Freeman, *Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law*, in Adm. Law Review, 2000 (52), 813 e ss.

[49] Vedi al riguardo D. DE PRETIS, I principi del diritto amministrativo europeo, in M. RENNA e F. SAITTA, Studi, cit., 41 e ss. Per una disamina dei profili di incidenza della normativa comunitaria sui principi del diritto amministrativo nazionale degli Stati membri dell'U.E. vedi S. CASSESE, Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali, in M. CHITI, G. GRECO (dir.)Trattato di diritto amministrativo europeo, II ed., Giuffré, Milano, 2007, Parte generale, Vol I; M.P. CHITI, Diritto amministrativo europeo, IV ed., Giuffré, Milano, 2011, G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, I principi dell'amministrazione europea, Giappichelli, Torino, 2011; G. NAPOLITANO (a cura di), Diritto amministrativo comparato, Giuffré, Milano, 2007; P. CRAIG, EU Administrative Law, Oxford University Press, Oxford, 2006.

[50] Per un'ampia ed approfondita analisi delle diverse problematiche connesse alla elaborazione di un quadro sistematico dei valori e dei principi costituzionali relativi ai differenti fenomeni
connessi allo sviluppo della cd. "finanza innovativa", esaminati anche alla luce delle normativa comunitaria ed internazionale di riferimento si rinvia a C. ROSSANO – D. SICLARI (a cura di), Interesse pubblico e controllo della finanza innovativa, Cedam, Padova, 2006.

[51] L. MANNORI e B. SORDI, Giustizia e amministrazione, cit., 91, identificano nella nuova dimensione gestionale acquisita a cavallo tra la fine dell'Ottocento ed il Novecento dall'amministrazione di erogazione di servizi, spinta dalle esigenze di regolazione e di prestazione reclamate da una società

priamente concepito quale separato sistema di diritto amministrativo (se non altro per l'assenza di un separato sistema di giurisdizione amministrativa; il che, peraltro, non vuole necessariamente dire inesistenza di particolari regole di giustizia amministrativa, ovvero elaborate per la soluzione delle dispute coinvolgenti organismi dell'amministrazione) - delle evidenti convergenze di analisi in ordine alla necessità di procedere ad una revisione della dicotomica distinzione tra diritto pubblico e diritto privato[52], attorno alla cui declinazione ruotano le origini e le evoluzioni del diritto amministrativo, onde sfuggire al peso della tradizionale distinzione che ha indotto a rintracciare anche le più recenti metamorfosi del diritto amministrativo entro i limiti concettuali ora della privatizzazione del pubblico[53] (per esempio in riferimento a fenomeni quali la trasformazione in senso contrattuale del pubblico impiego, le privatizzazioni della gran parte degli enti pubblici, le nuove modalità di alienazione dei beni pubblici mediante il trasferimento a società di diritto privato e successive cartolarizzazioni, le liberalizzazioni di alcuni servizi pubblici; e, ancora, la progressiva estensione della responsabilità civile dello Stato e degli enti pubblici, riconosciuta ormai anche nella fase precontrattuale ed anche in riferimento a posizioni di interesse legittimo), ora della pubblicizzazione del privato[54] (in riferimento alla reazione con cui l'ordinamento è venuto ad inserire elementi pubblicistici nei settori così privatizzati: le società partecipate, formalmente configurato come persona giuridica privata, applica solo marginalmente la disciplina del codice civile; la capacità "*negoziale*" predicata in capo a tutti i soggetti pubblici, viene però ad essere comunque procedimentalizzata e sottoposta ad una disciplina sconosciuta al diritto contrattuale privato; il contratto come strumento di amministrazione sostanziale - nell'acquisizione di servizi, lavori e beni - è sottoposto alla disciplina pubblicistica denominata "*ad evidenza pubblica*", comportante una particolare forma di controllo e sindacato delle scelte compiute nella decisio-

complessa e sempre più articolata, un elemento di sicuro "riavvicinamento tra il modello continentale ed il modello di common law, rimasti per tutto il corsodell'Ottocento rigorosamente alternativi".

[52] Vedi D. KENNEDY, *The Stages of The Decline of The Public/Private Distinction*, in Penn. Law Rev., 1982 (130), 1349. P.P. CRAIG, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, London, 1983, 18 e ss., evidenzia come diversi fattori hanno acuito la difficoltà di mantenere fede alla tradizionale distinzione tra pubblico e privato e come nuovi quesiti si pongono all'attenzione degli studiosi con riferimento alla comprensione degli ambiti di utile applicazione di norme e principi particolari in relazione all'allargamento del novero dei soggetti formalmente privati chiamati modernamente ad esplicare attività di rilievo più generale, al massiccio incremento delle ipotesi di intervento pubblico nei diversi settori della vita della società ed all'allargarsi delle aree del diritto privato via via sottoposte a disciplina differenziata nel riconoscimento di un interesse generale a garantire istanze di migliore tutela delle esigenze di uguaglianza sostanziale. A fronte di ciò, l'A. evidenzia l'importanza di dover procedere ad un riassetto complessivo dei principi da applicare in concreto con riferimento all'analisi della dimensione del potere e degli interessi coinvolti, comunque rifuggendo sia da istanze di riaffermazione della tradizionale dicotomia pubblico/privato, sia da atteggiamenti di semplice negazione di tale distinzione: "*What type of constraints we should impose upon the exercise of … power is one of the most important questions facing us today. Answers which advocate a rigid public/private dichotomy, or those which deny any difference between public and private power, are of limited utility*", 21. C. HARLOW and R. RAWLINGS, *Law and Administration*, II ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2006. G. DREWRY, *Chapter 8 The Executive: Towards Accountable Government and Effective Governance*, in J. JOWELL and D. OLIVER (eds.) The Changing Constitution, VI ed., Oxford University Press, Oxford, 2007. V. BOGDANOR, *The consistency of Dicey: a reply to McLean and Macmillan*, in Public Law, Spring, Vol. 8, 19. V. BOGDANOR and S. VOGENAUER, *Enacting a British Constitution: Some Problems*, in Public Law, Spring, Vol. 8, 38. Il definitive superamento della visione dicotomica della contrapposizione semantica tra pubblico e privato è ben evidenziata da G. ALPA, *Diritto privato "e" diritto pubblico. Una questione aperta*, in Studi in onore di Pietro Rescigno, Giuffré, Milano, 1998, 8 e ss.

[53] A tale nozione rimane sottintesa comunque una contrapposizione tra pubblico e privato, la evoluzione dei cui confini viene letta in termini di mera restrizione dell'area del pubblico. Così R. SACCO, *Intervento,* in Il grande abisso fra diritto pubblico e diritto privato. La comparazione giuridica e la contrazione dello Stato, Seminario di studio sul diritto comparato, Roma, 11.4.2000, in Nomos, 2000, n. 1, 77. Vedi anche G. CORSO, *Pubblica amministrazione e diritto privato*, in Riv. giur. Quadr. Pubbl. serv., 2001, n. 2, 30.

[54] V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica,* cit.,

ne di addivenire a contrarre e nella scelta del contraente medesimo, con notevole ampliamento dei vincoli procedurali posti a carico delle amministrazioni contraenti a salvaguardia dei principi di concorrenza; l'estensione, ai fini dell'applicazione di detti vincoli procedurali, del novero delle amministrazioni aggiudicataci sino a comprendere soggetti formalmente privati comunque soggetti ad influenza dominante da parte di pubbliche amministrazioni e riclassificati quali "*organismi di diritto pubblico*")[55].

A fronte di tale intrecci e sovrapposizioni, in relazione ai quali i concetti di pubblico e privato possono intendersi come dinamica di una dialettica tutta interna al diritto amministrativo, il tentativo di tracciare un nuovo quadro compositivo del diritto amministrativo, in una visione integrata dei richiamati principi di portata sovra nazionale, passa attraverso la svalutazione degli schemi ordinanti del pubblico e del privato a più semplici "*tecniche*" privatistiche o pubblicistiche[56] suscettibili di applicazione in tutti gli ambiti di interessi, che si dica di privati ovvero della collettività, quali elementi di un più composito "*diritto comune*" che si sostituisce alla configurazione in sé esaustiva e reciprocamente esclusiva del diritto amministrativo quale ambito del "*pubblico*" contrapposto al "*privato*", riconfigurandone l'identità stessa e quindi rinnovandone la considerazione della connessa specialità, introducendo un connotato di relatività storica alla richiamata dicotomica distinzione tra pubblico e privato.

In tal senso il diritto pubblico, nella convergente analisi della più moderna dottrina giuridica europea sia dei paesi di "*civil law*" sia di quelli di "*common law*", altro non è che una forma sofisticata di "*discorso politico*"; interessi privati ed interessi pubblici dipendono da una "*scelta politica*" e non c'è un essenza propria del diritto pubblico o privato.

Il diritto pubblico è radicato nel suo contesto sociale, politico, storico ed economico ed ogni analisi deve essere calata nella realtà dei tempi; il diritto pubblico è in realtà il prodotto di ideologie e negoziazioni politiche che ruotano attorno alla percezione che differenti gruppi hanno del ruolo dello Stato, dell'estensione da assegnare alla sfera di autodeterminazione individuale e dei valori nella società[57].

E' possibile, cioè, organizzare e governare un Paese in molti differenti modi e le scelte tra essi costituiscono il prodotto di scelte sostanzialmente politiche che attengono, presupponendola, alla configurazione stessa della relazione tra gli individui e lo Stato, dei limiti all'esercizio del potere, dei diritti e dei doveri dei cittadini[58]. La contrapposizione, allora, assume valenze culturali, prive di un reale carattere tecnico.

La stessa definizione del diritto amministrativo sconta molteplici opzioni interpreta-

[55] Per un'esaustiva analisi complessiva e per un inquadramento sistematico dei fenomeni relativi alle trasformazioni delle amministrazioni e delle categorie dell'autonomia pubblica e dei processi di privatizzazione dei rapporti si rinvia a P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza delle funzioni*, Cedam, Padova, 2005. Nel senso del superamento della tradizionale dicotomia tra pubblico e privato a causa della crisi che attraversano entrambi i termini della stessa, che pone il diritto amministrativo in una posizione mediana che ne muta i metodi di analisi e di ricostruzione, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 5.

[56] Così N. IRTI, *Prefazione*, in V. CERULLI IRELLI, Amministrazione pubblica, cit., IX.

[57] G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit. 3. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica*, cit., 17.

[58] M. LOUGHLIN, *Public Law and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992, 2-4: "*… public law is simply a sophisticated form of political discourse*". Lord Bingham of Cornhill, "*Dicey Revisited"*, in Public Law, 2002, 39-41: "*Happily, as I think, it has increasingly come to be recognized that a lawyer without history, as well as literature, is a mechanic, and probably not a very good mechanic at that*". J. GOLDRING, *Administrative Law: Teaching and Theory*, in Melbourne University Law Review, Vol. 15, 1986, 495-496. Sui cambiamenti indotti sul sistema amministrativo inglese dalle riforme di cd. modernizzazione dell'azione amministrativa verso modelli market-based di enfatizzazione dell'attività servente del servizio pubblico nell'ambito del processo di riforma riassuntivamente indicato come "*New Public Management (NPM)*", e sulla diversa percezione del ruolo e dei rapporti tra amministrazione ed utenti, v. G. DREWRY, *Chapter 8 The Executive: Towards Accountable Government and Effective Governance*, in J. JOWELL and D. OLIVER (eds.), The Changing Constitution, VI ed., Oxford University Press, Oxford, 2007, 193-195.

tive: in senso positivo con riferimento alla sua dimensione pubblica ed alla sua natura strumentale allo sviluppo delle scelte di governo[59]; in senso negativo, come limitazione della sfera privata comportante la fissazione di un sistema di limiti in ordine all'esercizio legittimo del potere[60].

La distinzione stessa tra sfera pubblica e privata, peraltro, si nutre dello sviluppo evolutivo dell'idea della sovranità, da collocare in una sfera distinta e sovraordinata, e delle contrapposte pretese al riconoscimento di una dimensione privata libera da ingerenze statali[61], con esiti che variano da paese a paese a seconda del prevalere di concezioni autoritarie della persona giuridica dello Stato (come in Germania) ovvero più improntate a principi liberali (come in Francia) ed a concezioni giusnaturalistiche (come in Inghilterra).

In questa dialettica il diritto amministrativo sconta da un lato l'evoluzione dei confini mobili storicamente tracciabili tra lo Stato e la sua organizzazione e la società e, dall'altro, rimane subordinato all'effettivo sviluppo di un'amministrazione autonoma ed al suo affrancamento dall'apparato politico[62].

Per il primo profilo, è infatti del tutto evidente il cambiamento nella relazione esistente tra la sfera pubblico/statale e privato/societaria nel periodo di dominanza delle idee economiche e politiche della borghesia liberale - che vedono lo Stato in funzione servente delle limitate funzioni di garanzia e di ordine[63] - e nel successivo periodo di espansione dell'intervento statale nell'economia e di ingerenza nella società con la creazione di servizi pubblici, sociali ed economici[64], originato dall'estensione del suffragio universale e dall'applicazione degli stessi principi liberali di uguaglianza e di libertà civili e politiche al mutato quadro della collettività pluriclasse, la soddisfazione dei cui bisogni impone l'azione di pubblici poteri che ne rappresentino l'espressione complessiva[65].

---

[59] Vedi L. MANNORI e B. SORDI, Giustizia e amministrazione, cit., 88, per i quali "La centralità che la dimensione amministrativa assume nel panorama istituzionale di fine Ottocento non dipende comunque soltanto dal completamento dei percorsi dello Stato di diritto, ma anche e *soprattutto da un'incombente trasformazione della stessa tipologia fattuale, frutto di una vera e propria esplosione dei compiti pubblici. Il prorompere della questione sociale e la necessitò di fornire risposte concrete ai bisogni dell'industrializzazione determinano infatti , ovunque,in Europa, l'assunzione di nuove responsabilità pubbliche, con conseguenti trasformazioni degli apoparati e delle loro forme di organizzazione e di attività*". Con riferimento all'avvento del cd. Stato sociale (nozione peraltro sottoposta ad esame critico da M.S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, in Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Studi in onore di Costantino Mortati, Milano, 1977, I, 139 e ss), ed alle trasformazioni del regime di intervento dei pubblici poteri nell'assunzione dei compiti di protezione sociale e di erogazione di servizi vedi, tra gli altri: E. CASETTA, *Profili dell'evoluzione dei rapporti tra i cittadini e la pubblica amministrazione*, in Dir. amm., 1993, 3 e ss; S. CASSESE, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in Riv. trim. dir. pubbl.,1988, 1015 e ss; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in Scritti in onore di Manlio Mazziotti di Celso, Cedam, Padova, 1995, II, 101 e ss; G. LOMBARDI, *Diritti di libertà e diritti sociali*, in Pol. Dir., 1999, 7 e ss. Sulle prospettive di sviluppo del diritto amministrativo inglese vedi M. LOUGHLIN, *The devekopment of public law in the United Kingdom*, in Dir. pubbl., 1988, 621 e ss.

[60] G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 36 e ss. evidenzia che se il diritto amministrativo sorge intorno alle prerogative autoritative dello Stato, "*ben presto il suo mondo di valori si arricchisce in senso garantistico ed egualitario. Una prima direzione è quella del controllo del potere*", ove la specialità del diritto amministrativo registra anche la sottoposizione dell'amministrazione a vincoli sconosciuti al codice civile.

[61] Cfr. J. HABERMAS, *Cultura e critica. Riflessioni sul concetto di partecipazione politica ed altri saggi*, trad. it., Torino, 1980, 53 e ss. M.J. HORWITZ, *The History of The Public/Private Distinction*, in Penn. Law Rew., 1982, 1423. G. NAPOLITANO, Pubblico e privato, cit., 6.

[62] Così S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, III ed. 1912, 1, per il quale il concetto di diritto amministrativo "*presuppone l'altro di amministrazione dello Stato, compiuta da questo direttamente o per mezzo di enti pubblici minori*". Vedi, sul punto, M. MAZZAMUTO, *I principi*, cit., 9.

[63] G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit. 7. G.D. COMPORTI, *Il principio di unità*, cit., 308. M MAZZAMUTO, *I principi*, cit., 24

[64] Per una disamina di tale processo evolutivo vedi M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 69 e ss. Vedi anche L. MANNORI e B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., 90-91.

[65] G. NAPOLITANO, Pubblico e privato, cit., 9. In senso critico, sul peso della nozione tradizionale di

Pertanto ad un Ottocento "*liberista*" si sostituisce un Novecento "*interventista*", accreditando l'idea di una progressiva estensione dei confini del diritto amministrativo[66] di matrice e stampo pubblicistico (anche se, per vero, come affermato dalla più recente dottrina l'interpretazione del fenomeno in termini di espansione della sfera "*pubblica*" e di contrazione della sfera "*privata*" consegue ad una chiave di lettura basata più sull'asserita contrapposizione tra Stato e società, frutto della pregressa qualificazione ideologica della relazione medesima, che su di una concreta analisi degli eventi reali; ed appartiene più all'ordine delle rappresentazioni mitologiche rispondenti alla rigida logica dicotomica del secolo precedente[67] che alla realtà del fenomeno, per cui all'ingrandimento dell'organizzazione pubblica ed all'accrescimento delle sue attività non corrisponde necessariamente l'estensione delle relative tecniche e formule giuridiche[68], stante l'utilizzo di forme proprie del diritto privato, sia pure adattate e modificate alle esigenze collegate al perseguimento dell'interesse generale[69]).

Per il secondo profilo è del tutto evidente che lo sviluppo del diritto amministrativo, come specie del diritto pubblico, rimane subordinato alla realizzazione di uno spazio istituzionale proprio e specifico dell'amministrazione[70], come distinto da quello degli

interesse pubblico, quale espressione della volontà unitaria dello Stato, della quale diviene quasi espressione simbolica, in una prospettiva totalizzante che si pone ad ostacolo dell'aggiornamento delle categorie portanti del diritto amministrativo a fronte dello
sviluppo in senso pluralistico dello Stato liberal-democratico, in ragione della *"equivocità ermeneutica"* con cui si tende ancora a rappresentare l'interesse pubblico quale unitario fattore ordinante dei molteplici e dinamici interessi emergenti nei singoli contesti problematici, vedi
G.D. COMPORTI, Il principio di unità, cit., 308-309.

[66] Vedi M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano* (1986), ora in Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, 2001, I, 405 e ss.

[67] In Tal senso S. CASSESE, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e «deregulation»*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1991, 378 e ss.

[68] U. BORSI, Nuovi orientamenti e nuovi profili del diritto amministrativo italiano, in Riv. dir. pubbl., 1920, I, 2-3. M.S. GIANNINI, Diritto amministrativo, III ed., Milano, 1970, 19.

[69] V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica*, cit., 15 e ss. Secondo l'A. motivi di tutela della finanza pubblica che ispirano la legislazione più recente hanno occasionato l'applicazione anche alle persone giuridiche private che sono state recentemente attratte nell'organizzazione dell'amministrazione di istituti propri della disciplina pubblicistica, sicché le stesse, al pari delle persone giuridiche pubbliche che agiscano secondo moduli consensuali *jure privatorum*, non agiscono "*in una sfera di piena autonomia per la gestione dei propri interessi (di cui abbiano piena disponibilità), ma in una sfera di autonomia che anche laddove è ammessa … è sempre limitata da valutazioni di carattere finalistico … al servizio della collettività alla quale … appartengono le risorse che le organizzazioni pubbliche utilizzano nel loro agire … In questi casi, il modulo negoziale deve necessariamente seguire discipline differenziate rispetto a quelle operanti nell'ambito dei rapporti interprivati, intese ad assicurare che anche in tale ambito, i principi che reggono la funzione di amministrazione, vengano rispettati*", 22. In tal modo l'A. distingue tra un ambito di diritto privato speciale – identificato come quello in cui il modulo di amministrazione consensuale è utilizzato in alternativa al modulo dell'esercizio del potere come strumento di azione amministrativa – ed un ambito di diritto propriamente privato delle pubbliche amministrazioni intese come soggetti di diritto comune. "*Nel primo caso il diritto privato … è disciplina della funzione di amministrazione… nel secondo caso, il diritto privato è diritto privato senz'altro*", 22-23.

[70] L. MANNORI e B. SORDI, Giustizia e amministrazione, cit., 76 e ss riconducono al periodo napoleonico ed all'adozione di norme con cui si sostituirono prefetti e sindaci ai cittadini-amministatori l'avvio di riforme che esitarono nella scorporazione dell'attività amministrativa dalla società civile e nella sua collocazione anche fisica in sede ad essa sovraordinate, trasformate così in amministrazione 'di Stato': "E' Napoleone, insomma, a scoprire che una società di individui «erige lo Stato in istanza di produzione del sociale» e che per realizzare in concreto quella nazione di cui nel 1789 si era appena intravisto il profilo non si poteva che affidarsi ad un'autorità superiore. Di qui, la necessità di un'amministrazione-potere, largamente autonoma rispetto alla legge e destinata a dar corpo – anche visivamente – al grand tout National", 78. In tal modo al primato del giudicare della precedente epoca medievale si sostituisce l'idea di uno Stato "agente", ove amministrare è "agire senza interruzione" e la funzione amministrativa "è dunque l'azione vitale del governo … che provvede incessantemente alla sicurezza generale, al mantenimento dell'ordine pubblico e alla soddisfazione di tutti gli altri bisogni della società", 79. Secondo gli AA., mentre l'individualismo predicato dalla Rivoluzione francese a scapito del particolarismo medievale aveva così dato luogo ad una forma di Stato che era l'esatto "reciproco

apparati politici di governo, che qualifica e giustifica: sia l'autonomia verso la politica - verso la quale si afferma quale "*diritto*" - sia epperò la capacità di proiettarsi con connotazioni pubblico/statali verso la società ed il suo diritto civile, verso i quali si qualifica e si differenzia come "*amministrativo*"[71].

Sulla base della conquistata sfera di autonomia istituzionale, il diritto amministrativo in un primo momento "*gode*" dell'iniziale espansione della sfera di intervento pubblico; successivamente però si fa strada l'idea che all'allargamento di quest'ultimo non corrisponde necessariamente l'estensione del regime amministrativo, anzi spesso essendo il diritto privato a penetrare nel diritto pubblico.

E la crisi che, a seguito dei più recenti cambiamenti, coinvolge entrambi i termini della dicotomia finiscono per imporre un doveroso mutamento dei metodi di analisi e di ricostruzione del diritto amministrativo, nel tentativo di operare una composizione delle forme, tecniche e procedure che disciplinano i diversi settori di contatto tra amministrazione e società in un quadro unitario di un diritto "*comune*" o "*unitario*" dell'amministrare[72], partecipe delle qualificazioni e dei principi connotanti di entrambi i termini della riferita dicotomia: del potere a garanzia della posizione dei terzi, in funzione dell'interesse superindividuale protetto[73], tuttavia espressione di una forza non incontrollata e priva di garanzie verso gli interessi particolari coinvolti[74], da un lato, e dei moduli consensuali propri delle logiche dell'economia e dell'autonomia dell'iniziativa privata[75], dall'al-

dell'ordine plurale e articolato d'antico regime, Inghilterra e America riuscirono a coniugare insieme modernizzazione sociale e morfologia pluralista dell'ordinamento. In questi altri ordinamenti la vocazione prevalente dello Stato continuò a consistere più nel mediare tra interessi divergenti che nell'esprimere valori unitari. Di qui un'immutata centralità della giustizia … una perdurante assenza dell'amministrazione esecutiva", 80.

[71] In tal senso anche G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit.

[72] Vedi in proposito V. CERULLI IRELLI, Amministrazione pubblica, cit.

[73] Con riguardo alla identificazione di un corpo di norme giuridiche particolarmente dirette ed indirizzate a regolare l'azione della pubblica amministrazione, come distinte dalle norme che hanno lo scopo di regolarne l'organizzazione, vedi F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1932, Introduzione al Volume primo.

[74] Nel rapporto tra libertà (degli individui) e autorità (della volontà generale dello Stato) che condensa in sé il nuovo panorama politico uscito dal periodo rivoluzionario, che si sostituisce al particolarismo articolato dell'ancien regime, la problematica della libertà diviene problematica delle tutele. Peraltro, in ragione della nuova centralità assunta dalla legge come manifestazione prima della sovranità statale, si inizia a configurare il profilo del nuovo valore della legalità predicata dei pubblici poteri ovvero della conformità alla legge come unica modalità di esercizio legittimo dell'autorità, elemento imprescindibile per la radicazione del potere all'interno di uno Stato che si proclama giuridico, secondo il modello dello Stato di diritto. Secondo L. MANNORI e B. SORDI, Giustizia e amministrazione, cit., 83, "Lo Stato di diritto sintetizza … le nuove aspettative di garanzia giuridica, ma condensa anche un assetto istituzionale che sottrae alla giustizia ogni potenzialità creativa dell'ordine giuridico e sanziona nel nuovo soggetto amministrativo il monopolio di realizzazione dei compiti pubblici. Lo Stato di diritto è esclusivamente uno Stato retto attraverso leggi, applicate ed eseguite da corpi professionali di giudici e amministratori, corpi separati dal tessuto della società civile".

[75] L. MANNORI e B. SORDI, Giustizia e amministrazione, cit., 97, sottolineano come l'idea di un'amministrazione che si manifesta attraverso l'adozione di atti di disposizione unilaterale abbia costituito l'espressione operativa della originaria costruzione del modello di legalità liberale incentrato sul rapporto servente dell'esecutivo nei confronti della legge e sulla qualificazione dell'interesse pubblico rimesso alla cura dell'amministrazione quale interprete esclusivo degli interessi collettivi. Ma col passare del tempo, in concomitanza con l'evoluzione verso la forma di Stato liberal/democratico ed il conseguentemente ampliamento del novero dei diversi interessi sociali (anche contraddittori e configgenti) ammessi ad essere degnamente rappresentati, *"man mano che questa pretesa di monopolizzare la rappresentanza dell'interesse generale si è fatta meno credibile, anche la vocazione dell'amministrazione a presentarsi come potere originario e sovraordinato a tutte le individualità private è divenuta più problematica"*, venendo sempre più in evidenza *"la sempre più estesa procedimentalizzazione dell'attività amministrativa"*. In tal modo, secondo gli AA. *"anche il farsi dell'atto, il modo di formazione della volontà amministrativa e della decisione racchiusa nel provvedimento diventano giuridicamente rilevanti …l'applicazione unilaterale e imperative dell'interesse collettivo viene … costretta a calarsi nel confronto, processualmente scandito, con la molteplicità degli interessi privati e pubblici coinvolti nell'esercizio concreto della funzione. All'origine, le motivazioni sono di tipo garantistico … però, …*

tro, nell'intreccio di diverse discipline che segna, ad un tempo, il superamento delle dicotomia tradizionale tra pubblico e privato e delle prospettive di una loro reciproca conquista[76], nonché l'affermazione della loro fungibilità in un rinnovato rapporto di integrazione[77].

Il che, peraltro, non costituisce soltanto un occasione per ripensare al rapporto tra norme pubbliche e private limitatamente ai soli ambiti ed sole aree di allargato intervento pubblico nell'economia, nella presunzione comunque di una forma di intangibilità di entrambi i regimi nel proprio dominio di originario riferimento, bensì investe il problema centrale del modo di interpretare ed applicare il diritto con riguardo all'individuazione dei principi che presiedono ai modi di attuazione della volontà democratica in un moderno sistema costituzionale[78] e, dunque,

proprio lungo la direttrice procedimentale si sono sviluppate, sia pure con alterne fortune … nuove prassi cooperative e consensuali: l'accordo informale … tempera l'imperatività e addolcisce i modi di esercizio dell'autorità pubblica". Con riguardo alla problematica relativa alla legittimazione del potere nelle società democratiche ed ai modi ed agli strumenti per assicurare il consenso e l'accordo dei soggetti amministrati in società caratterizzate da profondi contrasti, problemi sociali e enormi complessità vedi J. BOHMAN, Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy, in The Journal of Political Philosophy, Vol 6, n. 4, 1998, 400 e ss. L'A. evidenzia la necessità di procedere oltre i limiti del liberalismo per congegnare i meccanismi e gli strumenti con cui assicurare – al di là del mero principio di maggioranza proprio della democrazia rappresentativa e del primato della legge - che l'azione pubblica incorpori la volontà di coloro che concretamente ne subiscono gli effetti, onde pervenire a decisioni corrette ed affidabili. Su questo profilo, non presentandosi percorribile la strada verso l'acquisizione di un consenso unanime da un punto di vista sostanziale in una società pluralistica e diversificata, l'accento si sposta sui presupposti sui quali fondare un processo decisionale unanimemente condivisibile quanto alla capacità di assicurare che la volontà espressa sia rispettosa dei canoni fondamentali di eguaglianza, libertà, trasparenza e pubblicità. A fronte del contrasto valoriale endemico alle società contemporanee, l'elemento centrale del processo deliberativo è da ricercarsi nella individuazione dei presupposti di giustificabilità delle scelte attraverso meccanismi che possano assicurare la presenza di elementi giustificativi mutualmente accettabili da coloro che ne saranno gravati, 408.

[76] G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 5.

[77] G.F. FERRARI, *Il diritto pubblico dell'economia: oggetto, modelli ed evoluzione storica*, in G.F. FERRARI (a cura di), Diritto pubblico dell'economia, Egea, Milano, 2010, pone in guardia dai facili trionfalismi con cui si è celebrata la contrazione della sfera pubblica in relazione agli eventi della fine del XX secolo ed alla centralità attribuita alle dottrine filosofiche ed economiche del libersimo nell'elaborazione delle informazioni necessarie per l'uso razionale delle risorse in quantità limitata; ed evidenzia come *"la triade di deregulation, liberalizzazione e privatizzazione, non deve far dimenticare i problemi di diseguaglianza economica e sociale … La ricerca di un equilibrio tra … l'ordine spontaneo … del mercato … e … l'ordine sociale perseguito secondo un modello di solidarietà e giustizia sociale, rappresenta forse lo scopo più importante della cultura del costituzionalismo l'ungo tutto l'arco del '900"*. Pertanto, nell'ottica della propugnata necessaria integrazione di principi apparentemente contraddittori, secondo lo stesso A. – che sul punto cita le parole di A. Somma, Mercificare il diritto, La via liberiste alla tutela della differenza, in A. ZOPPINI (a cura di), La concorrenza tra ordinamenti giuridici, Roma-Bari, Laterza, 2004 - *"… non esiste un'alternativa tra rule of law e rule of free markets, ma solo una necessaria convivenza armoniosa. Il mercato è solo una delle istituzioni dell'integrazione sociale … se assolutizzato … e staccato dalla sua relazione biunivoca con il diritto … tende a proporsi come unico parametro dell'organizzazione sociale e contrapporsi alla cornice giuridica anziché armonizzarsi ed equilibrarsi con essa", 4. Specificamente in tal senso K. POLANYI, The Great Transformation, New York, NY, Rinehart and Co., trad. It., Einaudi, Torino, 1981.*

[78] *L'attuazione di principi generali inerenti lo svolgimento dell'azione amministrativa – quale quello di buon andamento - non esprime, secondo A. ANDREANI, Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione, Cedam, Padova, 1979, XI e ss., un problema confinabile nell'ambito della mera esegesi e della dommatica giuridica, "ma si collega direttamente, così come avviene per molti valori costituzionalmente prescritti, alla società civile, incardinandosi nelle sue vive strutture sociali, politiche ed economiche … In questo contesto, anche le previsioni che interessano l'apparato amministrativo pubblico esprimono necessariamente una struttura funzionale al raggiungimento dei valori-fini della Repubblica altrove prescritti; né … possono essere ragionevolmente scisse dal complesso dei compiti che la stessa Carta Costituzionale attribuisce in prospettiva, ed in misura sempre più incidente, all'intervento pubblico … Da questo sviluppo ha origine … un intreccio sempre più complesso ed articolato tra strutture soggettivamente pubbliche e strutture della società civile, favorito altresì dalla stessa tendenza presente nella Costituzione formale, ad attribuire rilievo e ruolo pubblico alle forme di*

alla scelta in ordine alla applicazione delle due discipline e dei criteri alla luce dei quali valutare la validità dei risultati in termini di servizio alla collettività[79].

Per questo profilo il diritto pubblico, e quindi la costruzione del diritto amministrativo, non è un concetto statico ma ha subito certo dei cambiamenti nel corso dei tempi.

Anche nei Paesi di diversa tradizione giuridica - quali l'Inghilterra - ove inizialmente si escludeva l'esistenza stessa di un sistema di norme ontologicamente differenti e riconducibili alla nozione ed alla sfera del diritto pubblico, oggi nessun serio commentatore ed interprete dell'ordinamento potrebbe negare i cambiamenti intervenuti in vasti settori dell'ordinamento, sia nel senso di rendere oggi possibile l'identificazione e l'enucleazione di un corpo di norme, costituenti il sistema di diritto pubblico, correlate in particolare all'esercizio dei poteri particolari che lo Stato possiede in ordine al governo del Paese[80], sia nel senso di evidenziare modifiche ulteriori nella connotazione propria del rapporto tra amministrazione e cittadini, con il progressivo rigetto di tradizionali strutture e metodi di azione burocratica in favore di regime dell'azione amministrativa maggiormante improntato a modelli economici di mercato (market-based and business-like), consolidando e sviluppando l'immagine evolutiva del cittadino/consumatore e dell'amministrazione/produttore dei servizi pubblici, con conseguente cambiamento nella configurazione dei diritti del primo e delle responsabilità e dei doveri della seconda[81].

Nel contesto di tali innegabili cambiamenti la dicotomica distinzione pubblico/privato, e la specialità stessa che su detto crinale è stata storicamente consegnata al diritto amministrativo, in realtà nascondono una pluralità di prospettive politico-culturali e di opzioni in ordine all'uso dell'autorità nell'azione concreta a servizio della collettività, che sottintendono la scelta giustificativa circa gli ambiti e la necessità del mantenimento o meno di una situazione di privilegio dei pubblici poteri e, in ultima analisi, coinvolgono la determinazione delle ragioni non già solo della scelta in ordine agli strumenti di attuazione dell'interesse pubblico, bensì la qualificazione medesima dell'interesse generale[82] cui la pubblica

organizzazione sociale più qualificate … e comunque espressive di aggregazioni collettive, idonee ad esprimere valori sociali di particolare pregio".

[79] Della mancanza "*di una valutazione in termini razionali (anche in una prospettiva di analisi economica del diritto, della capacità rispettiva delle due discipline, di produrre, applicate all'amministrazione, i risultati migliori in termini di servizio alla collettività*", parla V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica*, cit., 8.

[80] P.P. CRAIG, Administrative Law, Sweet & Maxwell, London, 1983, pure se condividendo il presupposto che in Inghilterra non si fosse assistito allo sviluppo di una rigida demarcazione tra diritto pubblico e privato come è avvenuto nei Paesi appartenenti alla famiglia di civil law, tuttavia sottopone a revisione critica l'affermazione tradizionalmente sostenuta dell'assenza di un sistema separato di norme e di regole applicabili alle istituzioni di natura pubblica: "*It is not uncommon to read statements bemoaning the absence of a system of public law in England. Does this mean that we have no public law at all? A good deal of confusion is created by the fact that commentators often conduct the debate as to wether we should or should not have a separate system of public law without making clear precisely what they mean", 12. Nella disamina del significato attribuibile alla dicotomia pubblico/privato (e quindi con riguardo al contenuto nozionale da ricondurre alla categoria del diritto pubblico), l'A. identifica diversi modi in cui la specialità del diritto amministrativo si può manifestare, evidenziando come non si possa negare l'esistenza di un corpo di regole speciali, distinte da quelle proprie dei rapporti interprivatistici, che vengono diversamente applicate alle istituzioni pubbliche con riguardo sia all'identificazione dei limiti – sostanziali e procedurali - all'esercizio del potere discrezionale, sia alla individuazione dei rimedi a tutela della sfera di autonomia privata: "When therefore one reads statements that we have, or had, no separate system of public law in England, such statements must be treated with reserve. There have for over 300 years been particular types of procedures applied to public law cases, and certain rules which have been applied to public institutions … We have not had a separate system of court sto deal with public law cases … We have however always had a distinctive procedure for seeking relief, and a body of rules or principles which apply to public bodies"*, 13-14.

[81] Con riguardo all'evoluzione della contrattualizzazione dei servizi pubblici, vedi A. DAVIES, *Accountability. A Public Law Analysis of Government by Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

[82] Secondo A. ANDREANI, *Il principio costituzionale*, cit., 114 e ss, nell'ambito di un'amministrazione a struttura pluralistica, improntata

amministrazione informa la sua azione.

Va precisato in proposito che la configurazione e la realizzazione di un nuovo sistema del diritto dell'amministrare incontra certamente i limiti fissati dai precetti e principi costituzionali; e la Costituzione italiana (al pari di quelle di molti Paesi dell'area continentale) contiene principi che sono in gran parte permeati dalla concezione organica del diritto amministrativo precedentemente sviluppatasi in esito alla formazione dello Stato di diritto[83].

Va altresì chiarito al riguardo che l'influsso della formazione europea, addirittura di carattere vincolante in alcuni settori, se ha certamente contribuito ad una svolta ed al cambiamento nella disciplina dell'amministrazione pubblica e nello svolgimento della sua azione, inducendo fenomeni di ed. "*privatizzazione*" e di "*liberalizzazione*", tuttavia ha certamente imposto elementi di regolazione particolare nei settori così disciplinati (quali le procedure a ed. evidenza pubblica, tese ad assicurare la massima trasparenza e la concorrenza nella scelta dei contraenti), tali da stravolgere la natura anche degli ordinari istituti privatistici. Inoltre l'ordinamento comunitario non espunge qualsivoglia riconoscimento di alcune prerogative proprie della pubblica amministrazione[84].

---

all'esistenza di rapporti tra molteplici centri di interessi, il tradurre il principio di buon andamento in concetti organizzatori, come composizione strutturale dei diversi interessi, comporta il necessario riferimento alle categorie del procedimento e del coordinamento, intesi non solo da un punto di vista meramente formale, quali criteri di immissione degli interessi rilevanti e di scelta degli interessi prevalenti (il procedimento) e quale criterio di confronto degli interessi compatibili (il coordinamento), bensì anche nella loro qualificazione sostanziale ovvero, nella prospettiva del sistema pluralistico, nella loro valenza di regole di condotta "*idonee a valutare di volta in volta il giusto criterio di composizione di interessi anche nel confronto reciproco di diversi centri soggettivi*", senza che la qualificazione di buono debba ritenersi "*riferibile ad un giudizio di valore di carattere morale e soggettivo, ma ad un giudizio di valore giuridico; il problema è … quello è poi quello di attribuire alla qualificazione giuridico-formale un contenuto anche sostanziale, il modo di attenuare, ridurre e (al limite) estinguere la frattura fra ordinamento formale e esigenze sostanziali*".

[83] V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica*, cit., 17, con riguardo al fenomeno, consolidatosi in Italia nei primi del Novecento, della trasformazione in senso pubblicistico dell'amministrazione (sia dal punto di vista organizzativo che da quello operativo), pone in evidenza che "*… ciò che è diventato diritto pubblico può tornare ad essere entro certi limiti diritto privato, ove ciò sia ritenuto utile e conveniente in base a nuove esigenze e nuovi principi"*, però avverte come "*… su tutta questa problematica … pesano fortemente i principi costituzionali. Ché, del fenomeno della pubblicizzazione generalizzata dell'amministrazione, vi è pieno riscontro nelle Costituzioni oggi vigenti in Paesi della nostra area"; e che "Nelle nostre fonti di rango costituzionale, sembra invero non comparire il diritto privato come quello che può investire l'amministrazione pubblica, sia sul versante dell'organizzazione, sia sul versante dell'attività", 18. Anche se il medesimo A. non omette di rimarcare, con riguardo alla titolarità da parte degli enti locali di funzioni "proprie", che attengono alla loro capacità generale che si esercita mediante atti di diritto comune nell'ambito della loro autonomia costituzionalmente protetta, e con riferimento ulteriore alla pacifica affermazione, anche da parte della dottrina civilistica, della capacità giuridica generale degli enti pubblici, che "… non vi è traccia di una volontà costituente, intesa a superare questa tradizione … E occorre ancora considerare che in Costituzione, della vecchia amministrazione autoritaria non vi è traccia; e nessuna base costituzionale hanno i vecchi istituti che di quella concezione possono considerarsi derivazione … In Costituzione sono piuttosto presenti principi opposti, riguardo all'amministrazione come funzione servente gli interessi della collettività … Solo in qualche caso, sulla base di specifiche disposizioni di legge, è previsto l'esercizio di poteri autoritari … Insomma possiamo affermare che nel sistema costituzionale (corroborato sul punto dal diritto europeo) emerge piuttosto … una concezione dell'amministrazione paritaria … cioè un'amministrazione nella quale l'esercizio di poteri autoritativi … è l'eccezione e non la regola, limitata ai casi espressamente previsti, a loro volta limitati alla stretta necessità", 20.*

[84] Il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea esime dall'applicazione delle regole poste a tutela della concorrenza e del mercato le attività ascrivibili all'ambito dell'amministrazione pubblica, secondo il paradigma della cd. "*partecipazione all'esercizio di pubblici poteri*" disciplinato dall'art. 51 (ex art. 45 del Trattato CEE). La partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri costituisce, insieme alla tutela degli interessi generali dello Stato, uno dei due criteri fondamentali sulla base dei quali la Corte di giustizia ha elaborato, in via interpretativa, la nozione europea di pubblica amministrazione. Sul punto v. S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in Giornale Dir. Amm.,, 1996, 10, 915; J. A. MORENO MOLINA, *Le distinte nozioni comunitarie di amministrazione pubblica*, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 1998, 651 ss. e M.P. CHITI, *The EC notion*

A ciò si deve aggiungere inoltre che l'ordinamento interno, negli anni più recenti, ha inserito via via in questi settori così diversamente disciplinati elementi di indubbio sentore pubblicistico che hanno marginalizzato, o comunque fortemente ridotto, l'utilizzo e l'applicazione delle regole e degli istituti (di organizzazione del soggetto agente, della sua capacità d'agire in forma negoziale) propri del diritto privato.

Ciò precisato, va ad ogni modo rimarcato che l'assoggettamento - a livello europeo - alla medesima disciplina dei soggetti tanto pubblici che privati unitariamente coinvolti, sul piano finanziario, nell'organizzazione complessivamente intesa come utilizzatrice ed erogatrice di risorse economiche pubbliche, se idonea ad introdurre una nuova nozione di amministrazione in senso oggettivo, assoggettando funzionalmente allo stesso regime soggetti pubblici e privati, tuttavia non segna necessariamente la preferenza verso tecniche di disciplina di matrice pubblicistica. Invero, per esempio, i principi della trasparenza e della par condicio tra imprese potrebbero ben essere tradotti in termini di rafforzamento dei principi di buona fede e di correttezza da seguire e rispettare sul piano dell'attività negoziale, anziché in termini di procedimenti (di natura amministrativa) di evidenza pubblica; con le indubbie conseguenze anche in ordine all'individuazione del giudice deputato a conoscere della validità delle scelte e della relativa responsabilità.

Né al riguardo deve ritenersi che, anche a Costituzione invariata, l'opzione preferenziale di traduzione della normativa europea in istituti celebrativi di tecniche di stampo pubblicistico trovi dirimente e vincolante indicazione nel principio di imparzialità di cui all'art 97 Cost[85], che non impone come doveroso il ricorso a moduli di azione improntati all'esercizio di poteri autoritativi di imperio e che ben consente il ricorso anche a strumenti di diritto privato[86] qualora più profìcui al raggiungimento dei risultati sottesi alla realizzazione dell'interesse generale.

Invero l'idea che gli interessi della collettività, in quanto pubblici, debbano imporsi imperativamente ai singoli mediante l'uso di strumenti autoritativi è frutto di una falsa prospettiva che tende a fare necessariamente

of Public Administration: The Case of the Bodies Governed by Public Law, in European Public Law, 2002, 473 ss. Una nozione da taluni definita "*proteiforme*" o "*a geometria variabile*". Così F. SPAGNUOLO, Giornale Dir. Amm., 2011, 12, 1289. L'A. evidenzia in proposito come il suo "*contenuto muta a seconda delle finalità dell'ordinamento europeo e dell'ambito di riferimento: assai ampio nella materia degli appalti pubblici (nella quale il legislatore europeo vi ha fatto rientrare anche i soggetti privati sottoposti ad influenza pubblica); molto meno nel settore dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni, dove, invece, la nozione è stata interpretata in maniera restrittiva, allo scopo, essenzialmente, di delimitare l'area entro la quale non può essere garantito l'accesso ai soggetti privi del requisito della cittadinanza nazionale*".

[85] La letteratura in ordine all'analisi dell'art. 97 Cost. è vastissima. Si segnalano in questa sede alcuni contributi, la cui limitata individuazione è esclusivamente addebitabile alla incapacità dello scrivente di poter abbracciare in termini pressoché esaustivi l'intero panorama dottrinale, peraltro dinamicamente in costante sviluppo, quale fonte di attingimento la cui cristallizzazione ne tradirebbe la natura di scaturigine in continuo divenire. Vedi, fra i molti, U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; Id., *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in Digesto pubbl., VIII, Torino, 1993, 131; P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei, Padova, 1958, 25; CARANTA, *Politica e amministrazione nella Costituzione*, in Studi in onore di Umberto Pototschnig, Milano, 2002, 307; S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), Trattato di diritto amministrativo. Parte generale, I, II ed.., Milano, 2003, 173; B.G. MATTARELLA, *Il principio del merito e i suoi oppositori*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2007, 642; Id., *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007; F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in Enc. Giur., XV, Roma, 1989; . SALVIA, *La buona amministrazione e i suoi limiti*, in Diritto e società, 2004, 551.

[86] V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali*, in Dir. amm., 2003, 244, evidenzia, con riguardo al principio di legalità ed ai principi di imparzialità e buon andamento che costituiscono i canoni fondamentali dell'attività amministrativa, che indipendentemente dalla forma giuridica da questa assunt, "*La presenza di questi principi, rapportabili all'art. 97 della Costituzione [...], tende a configurare l'attività delle pubbliche Amministrazioni come sempre finalizzata alla cura di interessi della collettività; sia che si svolga secondo moduli propriamente procedimentali, che secondo moduli negoziali; pur con accentuazioni diverse*".

coincidere l'esercizio dei poteri pubblici diretti al conseguimento di interessi generali, con l'esercizio dell'autorità[87]; ed origina dal duplice erroneo convincimento - di cui si è alimentata nel passato la tradizionale dicotomia pubblico/privato - che l'interesse pubblico generale, fissato preventivamente nella legge attributiva dei relativi poteri, non possa che imporsi coattivamente alla generalità dei consociati, in virtù del principio (proprio dello stato di diritto) del primato della volontà legislativa[88], cui la stessa amministrazione rimane vincolatamente assoggettata quanto al perseguimento ed alla soddisfazione degli interessi così rimessi alla sua cura, e che ciò sia di ostacolo definitivo alla configurabilità ancor prima che all'esperibilità - di moduli di azione consensuale, complice l'ulteriore "*dogma*" dell'indisponibilità dell'interesse pubblico eteronomamente imposto ab externo dalla legge alla medesima pubblica amministrazione.

Ora, invece, l'azione della pubblica amministrazione (tanto giuridica che materiale) diretta alla cura in concreto degli interessi della collettività, ancorché implicante l'esercizio di poteri, non è sempre improntata all'adozione di atti a carattere necessariamente imperativo, come è il caso del novero degli accordi di diritto pubblico, ovvero degli accordi utilizzati dalla pubblica amministrazione per realizzare scopi di pubblico interesse[89].

Indipendentemente dalla qualificazione di tali accordi quale contratti (è nota, infatti, la disputa in ordine alla natura di tali accordi non solo quali contratti di "*diritto pubblico*", in relazione ed in ragione del ruolo da assegnare all'interesse pubblico nella formazione e nell'esecuzione dell'accordo, sibbene addirittura quali "*contratti*", in base a rilievi inerenti, tra l'altro: alla comunanza e non la con-

[87] Ove il principio di imparzialità della P.A. esplicita, con particolare riferimento all'attività di esecuzione del comando legislativo da parte di apparati pubblici, il principio di eguaglianza di fronte alla legge di cui all'art. 3 Cost. e diviene principio che esclude le determinanti politiche nell'uso del potere amministrativo. Anche se non nel senso che l'amministrazione debba proporsi il perseguimento di interessi obiettivi, il principio di uguaglianza assume il contenuto del dovere dell'amministrazione di adozione di criteri di equità, di buona fede, di parità di trattamento; ciò che qualifica la sua azione come quella di un soggetto teso alla soddisfazione di fini pubblici. In merito v. F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in Scritti in memoria di Enrico Guicciardi, Padova, 1975.

[88] Tale primato è stato recentemente ribadito anche in relazione al principio democraticopresente nelle Costituzioni contemporanee, ed in quella tedesca in particolare, in ragione delle affermate esigenze di legittimazione democratica del potere esecutivo, da un punto di vista tanto funzional-istituzionale, quanto organizzativo-personale e oggettivo-contenutistico. Per questo profilo si è quindi affermato che tra il rapporto da individuare tra il potere legislativo e quello esecutivo è di natura gerarchica, basato sulla guida e sulla programmazione legislativa dell'agire statale. In tal senso vedi H. DREIER, *Il principio di democrazia della Costituzione tedesca*, trd. it., in G. GOZZI (a cura di), Democrazia, diritti, costituzione, Il Mulino, Bologna, 1997,50, il quale ritiene che *"Il principio della conformità alla legge dell'amministrazione nelle sue determinazioni della priorità e della riserva di legge è decisivo per il controllo di contenuto degli atti dell'esecutivo … Non è ancora stato stabilito senza ombra di dubbio, se un applicazione strettamente schematica delle tre (euristicamente validissime) esigenze di legittimazione possa cogliere con sufficiente oggettività e interpretare in modo teoricamente conclusivo le molteplici e dal punto di vista storico costituzionale ammissibili forme fenomeniche dell'amministrazione statale indiretta … Del tutto indipendentemente dalla risposta a questa difficile domanda, rimane da constatare … che la conformità alla legge dell'amministrazione e la sua organizzazione (per lo meno nell'ambito dell'amministrazione statale diretta in senso stretto) gerarchica non sono solo un preconcetto del diritto pubblico e l'espressione di una strutture burocratica consolidata, ma devono essere concepiti come elementi inevitabili di una democrazia parlamentare e rappresentativa"*.

[89] In merito vedi: G. ALPA, *l'attività negoziale della pubblica amministrazione nella nuova disciplina del procedimento amministrativo*, cit.; S. GIACCHETTI, *La nuova via privata al pubblico interesse aperta dall'art. 1, c. 1 bis, della legge 11 febbraio 2005 n. 15*, cit.; R. PROIETTI, *Gli accordi sostitutive ed endoprocedimentali tra P.A. e privati*; P. DE LISE, *Moduli convenzionali della programmazione urbanistica*, tutti in P. STANZIONE e A. SATURNO, (a cura di), Il diritto privato della pubblica amministrazione, Cedam, Padova, 2006, rispettivamente a p. 75, 113, 157 e 679. Vedi anche F. PELLIZZER, *Gli accordi pubblico-privato nel governo del territorio*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo, Giappichelli, Torino, 2011, 131.

trapposizione degli interessi coinvolti[90]; alla mancanza di autonomia negoziale di almeno una delle parti - quella pubblica - che è titolare non di diritti soggettivi quanto di poteri discrezionali, funzionalizzati al raggiungimento del pubblico interesse), tuttavia anche la loro eventuale qualificazione come atti amministrativi propri, come tali soggetti ad un differenziato regime pubblicistico[91], non vale a conferire loro una natura imperativa, mantenendo gli stessi un carattere piuttosto programmatorio[92].

Inoltre l'indisponibilità a configurare nell'esercizio dell'azione amministrativa moduli consensuali di tipo commutativo - ovvero ad interessi contrapposti - limitandone la configurabilità solo in relazione ad ipotesi associative, ovvero a fine comune ed a comunanza di interessi, cela un malintesa percezione dell'interesse pubblico, ancorata ad una sua obsoleta configurazione originata in un pregresso contesto storico, sociale e culturale, in uno con la nascita dello "*Stato amministrativo*"[93], e concepito quale uno ed unitario e diretto a sovrintendere - sempre uguale a se stesso - a qualunque azione della pubblica amministrazione.

Una tale inclinazione a fare del diritto amministrativo il luogo particolare di specialità e privilegi della pubblica amministrazione, in opposizione alla assunta parità di trattamento garantita dal diritto privato, compendia la radicalizzazione della distinzione tra il sistema di *"regime administratìf* realizzatosi in Francia ed elevato a carattere costitutivo del sistema giuridico dello Stato accentrato, ordinato intorno ai principi guida della *"puissance publique"* e della configurazione dell'amministrazione quale corpo dotato di poteri"*esorbitanti*" dal diritto comune, attribuiti allo scopo di assicurare la realizzazione dell'interesse pubblico ed il sistema anglosassone di *"diritto comune"*, cui ripugna la nozione medesima di un'autonomia del diritto amministrativo quale luogo di previsione ed attribuzione di speciali protezioni o privilegi ai funzionari dello Stato[94]; e consegue alla configurazione di un dualismo di valori in base al quale il diritto amministrativo rimane ordinato attorno alla decisione esecutoria della pubblica amministrazione secondo tecniche autoritarie giustificate dalla necessità della realizzazione diretta dell'interesse generale, che si identifica però con quello dello Stato edella sua amministrazione servente[95].

Invece, nell'attuale contesto dello Stato democratico pluriclasse non è più configuratole un unico Pubblico Interesse, che è stato

[90] Vedi A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, 36; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, 858; E. M. MARENGHI, *Il sistema amministrativo locale*, in G. SANTANIELLO (dir.), Trattato di diritto amministrativo, XXIV, Cedam, Padova, 1994, 165.

[91] Così E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Giuffrè, Milano, 1992, 104.

[92] In questo senso E. M. MARENGHI, *Il sistema amministrativo locale*, in G. SANTANIELLO (dir.), Trattato di diritto amministrativo, XXIV, Cedam, Padova, 1994, 166 e ss.,soprattutto con riferimento agli strumenti consensuali tra pubbliche amministrazioni.

[93] Nell'ambito del quale si compie l'elaborazione della nozione di interesse pubblico quale principale fattore di legittimazione dell'azione statale e di espressione simbolica della sua volontà unitaria. Così G.D. COMPORTI, *Il principio di unità*, cit., 308. P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridicì*, Giappichelli, Torino, 2010, 42 e ss. avverte che Stato ed interesse pubblico divengono espressioni quasi sinonime. Il nuovo soggetto rappresentato dallo Stato unitario viene dunque inteso quale garante e custode di un'unità assoluta. In proposito si rinvia a R. GHERARDI e G. GOZZI (a cura di), *I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato in Italia e Germania tra Otto e Novecento*, Il Mulino, Bologna. 1992. Per la nozione di interesse pubblico si veda L. ORNAGHI-S. COTELLESSA, *Interesse*, Il Mulino, Bologna, 2000.

[94] Vedi però la nota n. 61 supra in ordine alla revisione critica circa l'affermazione, tradizionalmente sostenuta in Inghilterra, dell'assenza di un sistema separato di norme di diritto pubblico e di un corpo di regole particolari applicabili alle istituzioni di natura pubblica.

[95] Da ciò, dalla persistente ipotetica teorica rappresentata da tale concezione dell'interesse pubblico, discende secondo G.B. COMPORTI, *Il principio di unità*, cit., 309, la difficoltà del "*coerente aggiornamento delle categorie portanti del diritto amministrativo*", essendo l'interesse pubblico medesimo "*ancora inteso quale sorta di codice operativo predeterminato capace di guidare, ordinare ed orientare in modo unitario e coerente la valutazione degli interessi emergenti nei singoli contesti*", 309.

sostituito da una molteplicità di interessi[96] che, pure pubblici, sono affidati alla relativa cura di una pluralità di organismi che essi devono perseguire anche in opposizione degli uni agli altri; ed addirittura, soprattutto nel campo sociale, detti interessi generali possono essere assegnati all'iniziativa ed alla cura di gruppi di cittadini associati a fini solidaristici, il cui contributo una recente riforma costituzionale invita i pubblici poteri a promuovere e coordinare affidando loro compiti e servizi pubblici, in applicazione di principi di sussidiarietà orizzontale[97] con cui si sostituisce alla tradizionale concezione antagonistica tra Stato e società una nuova dimensione collaborativa in cui si ricompone la precedente frattura, anche in corrispondenza dell'aumento, nello stato pluriclasse, delle attività amministrative al servizio della comunità, e si introducono nuovi principi regolatori dell'azione amministrativa che comportano una pluralizzazione delle forme giuridiche utilizzate nella cura degli interessi pubblici ed una riorganizzazione su nuove basi della sfera pubblica[98].

Nell'ordinamento attuale allora l'interesse generale non è più un entità prestabilita[99],

[96] Del procedimento di formazione degli atti amministrativi come funzione tipica di composizione degli interessi pubblici parla A. ANDREANI, *Il principio costituzionale*, cit., 162 e ss. L'A., da un punto di vista descrittivo, identifica le varie fasi di tale procedimento in quella: i) della formazione della domanda amministrativa (in cui trovano espressione determinati bisogni); ii) della aggregazione degli interessi pubblici (nella quale si canalizzano in una domanda di sintesi più interessi anche contrapposti); iii) quella della trasmissione degli interessi pubblici (nella quale questi vengono canalizzati verso i meccanismi di realizzazione del sistema giuridico). Con riferimento alla possibilità di enucleare le regole prescrittive determinative della composizione degli interessi pubblici l'A. avverte come il modulo di introduzione dei diversi interessi pubblici nei procedimenti complessi vada collegato alla loro esistenza e valore, e specifica – citando F.P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1971, 1505 - che "*nei procedimenti che attengono alla composizione di interessi eterogenei non esiste un interesse pubblico prefigurato dalla norma, e che anzi di solito l'interesse prefigurato dalla norma serve solo a definire la competenza dell'organo legittimato a decidere, e cioè sostanzialmente costituisce solo il fondamento dell'attribuzione di competenza*". Secondo l'A., più precisamente, "*L'evoluzione dell'analisi sugli interessi pubblici peraltro ha fatto luce sulla natura pubblica di molti interessi genericamente sociali o collettivi, o quanto meno, la rilevanza pubblica di interessi espressi a livello sociale, in gruppi più o meno numerosi, ed al tempo stesso la possibilità che interessi pubblici siano espressi anche da entità soggettive di natura non pubblica*", 9 in nota 12.

[97] Sul tema si è sviluppata una vastissima letteratura. Senza prerogative di esaustività si rinvia, in generale, a A.S. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in Dir. pubbl., 2002, 51; G. ARENA, Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione, in Studi in onore di Giorgio Berti, I, Napoli, 2005, 177 ss.; M. ABRESCIA, *Il principio costituzionale di sussidiarietà*, Bologna, Bonomo, 2005; M. CAMMELLI, *Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in Quaderni reg., 2002, 453 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in Enc. Giur., XXX, Torino, 2003; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004; E. FERRARI, *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in Dir. pubbl., 2002, 99 ss.; L. GRIMALDI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno*, Bari, 2006; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in Studi in onore di Giorgio Berti, II, Napoli, 2005, 1749 ss.; SICLARI, *Modelli di sussidiarietà orizzontale*, Padova, 2006; A.M. BALESTRIERI, *Sussidiarietà, territorio, cooperazione tra mano pubblica e soggetti privati. Spunti per un inquadramento giuridico*, in Dir. amm., 1998, p. 615 ss.; G. BERTI, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in *Jus*, 2004, p. 171 ss.; B. CAVALLO, *Sussidiarietà orizzontale e legge n. 241 del 1990 nel governo del territorio*, in Rivista giuridica di urbanistica, n. 3, 2006, pp. 395-408; G.C. DE MARTIN (a cura di), *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, Padova, 2008; D. DONATI, A. PACI, (a cura di), *Sussidiarietà e concorrenza. Una nuova prospettiva per gestione dei beni comuni*, Bologna, 2010.

[98] In sostanza, risulta affermato il principio che impone all'intervento pubblico di svolgersi in modo da essere il più vicino possibile ai cittadini e si ribadisce la sua funzionalità allo sviluppo della personalità degli individui; anziché un approccio quantitativo, volto a definire "quanto pubblico" e "quanto privato", si adotta un approccio qualitativo, volto ad analizzare i modi di svolgimento delle attività che perseguono gli interessi pubblici. Così F. TAMÈ, in Diritto Pubblico, 1/2002, pp. 51-84.

[99] In ordine alla necessità di abbandonare l'assioma della costante prevalenza dell'interesse pubblico sull'interesse privato, nella dovuta considerazione anche degli interessi privati contrapposti quantomeno recanti un evidente profilo pubblicistico, vedi AA.VV., Atti del XXXVII° Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna 1991,

ma scaturisce dal rapporto dialettico tra i tanti interessi pubblici settoriali ed è piuttosto il frutto di coordinamento degli stessi, ma anche di loro relativa comparazione, contemperazione ed altresì di sacrificio.

In tale ottica il ruolo funzionalizzante assegnato alla norma primaria in ordine all'esercizio del potere non solo non presuppone più la previa fissazione dell'unitario Interesse Pubblico affidato all'amministrazione - cui interviene piuttosto a fissare i limiti del corretto esercizio di un potere finalizzato al perseguimento e raggiungimento - peraltro secondo criteri di efficienza ed economicità, oltre che di efficacia e trasparenza - dell'interesse generale, scaturente dalla composizione degli interessi particolari e settoriali coinvolti nella vicenda amministrativa - ma non impone nemmeno più come indispensabile che l'esercizio dei poteri pubblici (ovvero dei poteri discrezionali funzionalizzati al raggiungimento di obiettivi di carattere generale) implichi la dispendita di un "*imperium*" necessariamente ed ineludibilmente autoritativo.

In base a nuove istanze garantistiche di controllo del potere pubblico, all'autorità si sostituisce la nozione di funzione e la specialità del diritto amministrativo si coagula intorno alla previsione di vincoli sconosciuti al codice civile; il quale, al di là dell'affermazione di posizioni formalmente paritarie nelle relazioni ivi disciplinate, inerisce all'esercizio di un potere (di autonomia nell'iniziativa privata) che non trova preclusioni particolari (è noto che su questo versante, anche sulla scorta delle critiche di parte della dottrina civilistica italiana, si è sviluppata una normazione di riequilibrio contrattuale di posizioni di fatto differenziate - anche in applicazione di principi di uguaglianza sostanziale propri dello Stato sociale - nel campo, per esempio, del diritto del lavoro).

Vincoli che invece, anche in considerazione della progressiva espansione e della nuova dimensione sociale dei compiti affidati alla cura della pubblica amministrazione, dell'acquisizione di nuovi valori solidaristici, della configurazione dell'amministrazione medesima quale erogatrice di servizi in funzione servente dei cittadini ai quali, quale popolo, è attribuita la sovranità, e della elevazione a rango di pretese costituzionalmente protette dei diritti alle prestazioni, della cui fruizione si chiede all'amministrazione di rendersi garante, si impongono di necessità all'azione dei pubblici poteri.

Nella costruzione dello stato democratico sociale, allora, la sostituzione della sovranità popolare a quella dello Stato conferisce un nuovo significato al principio di supremazia della legge, identificando in esso più che un elemento giustificativo dell'autorità di imperio, un fattore qualificante della nuova veste di legittimazione del potere pubblico, imponendone unitamente alla necessaria base legale la relativa conformazione secondo i princi-

Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo, Giuffré, Milano, 1994, 9 e ss. Ivi, F. BRIGNOLA, *Relazione Introduttiva*, 10 e ss., evidenzia in proposito come "*Il sacrificio di un interesse per il solo fatto di essere gestito dal privato, confonde l'intrinseca valenza dell'interesse con il fatto organizzativo della esistenza o meno di una gestione pubblica*" e puntualizza che "*… il discorso condotto in questi termini poteva anche trovare una propria giustificazione, quando gli interessi gestiti dalle strutture pubbliche attenevano unicamente a quei beni fondamentali ed irrinunciabili che dovevano in ogni caso prevalere. Esso risulta invece inadeguato quando la struttura pubblica è stata chiamata a gestire anche interessi tradizionalmente riservati alla sfera del privato*". Il medesimo A., allo scopo di trovare una razionale base giustificativa del sacrificio dell'interesse privato, legittimante il corretto esercizio del potere, che valga a sottrarlo alla aprioristica affermazione di supremazia dell'interesse pubblico, pur ritenendo di dover individuare una gerarchia di interessi tra quello pubblico e quello privato, ne sposta il centro gravitazionale dal piano del merito della soluzione adottata dalla P.A. a quello della legittimità, ove il criterio di prevalenza deve essere rielaborato (e la preferenza accordata) con riguardo alla compatibilità delle scelte effettuate con l'ordinamento giuridico. In tal modo il detto profilo gerarchico viene ad essere ridisegnato in modo che possa rinvenirsi nell'ordinamento medesimo di volta in volta il concreto atteggiarsi ed il modo di essere delle priorità così da consentire – nei termini del giudizio negativo (sotto il profilo del difetto di motivazione) degli atti amministrativi in cui si evidenzi la mancata adeguata considerazione delle deduzioni degli interessati ovvero (sotto il diverso profilo dell'illogicità o dell'ingiustizia) dei provvedimenti in riferimento ai quali la soluzione adottata appaia inadeguata rispetto all'esigenza di una ponderata valutazione degli interessi contrapposti – un più penetrante sindacato del potere discrezionale ai fini di maggiore tutela del privato.

pi ed precetti in essa contenuti, sempre nel rispetto di principi di imparzialità e buon andamento a tutela delle esigenze della comunità che viene chiamato a servire.

Funzione (servente) e interessi (anche pretensivi e non solo oppositivi) sono i nuovi termini che disegnano lo spettro entro i quali viene a svolgersi il rapporto tra amministrazione ed amministrati, precedentemente scandito alla luce della contrapposizione tra autorità e libertà, tra pubblico e privato in posizione reciprocamente escludente.

Peraltro, in tale spazio operativo si inseriscono, da un lato i principi derivanti dagli ordinamenti sovranazionali: sia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sia dal diritto comunitario, che impongono il diritto ad un equa procedura, nonché il rispetto dei canoni di eguaglianza, di proporzionalità, di previa audizione degli interessati oltre che di effettività della tutela giurisdizionale e, dall'altro, le riforme intraprese a livello nazionale in direzione di una maggiore protezione dei cittadini e di una più efficace rappresentazione dei loro interessi nell'ambito di una rafforzata tutela procedimentale.

Tutela, questa, che non si esaurisce unicamente in una mera qualificazione del procedimento in funzione strumentale all'emanazione del provvedimento finale, ma esercita la sua forza innovatrice anche nel rafforzare la posizione dell'amministrazione al servizio del cittadino, dando esplicito riconoscimento al modello dell'amministrazione consensuale.

Lungo lo spazio aperto inscritto nello spettro dei rapporti concepibili tra amministrazione ed amministrati, racchiuso tra i nuovi poli della funzione e degli interessi, la funzione servente degli interessi della collettività, cui provvedere con imparzialità e buon andamento secondo la legge nell'esercizio dell'azione amministrativa, implica allora soltanto il ricorso ad un modulo dell'esercizio di potestà fondamentalmente intese alla tutela di interessi dei soggetti terzi e non egoistici dell'organismo agente, magari secondo modalità peculiari distinte da quelle generali regolate dal diritto privato (al quale peraltro non sono sconosciute anche ipotesi di atti compiuti nell'esercizio di poteri funzionalizzati), senza che però ciò implichi la riconduzione del modulo operativo negli angusti schemi del potere autoritario e che la regola dell'azione sia quella propria degli atti imperativi.

Anzi, in proposito, è stato sottolineato come nel *"nostro sistema costituzionale, anche alla luce delle integrazioni conseguenti al diritto europeo, emerga piuttosto una concezione di amministrazione paritaria ... nella quale l'esercizio poteri autoritativi è l'eccezione e non la regola, limitata ai casi espressamente previsti, a loro volta limitati alla stretta necessità"*[100].

Semmai, secondo le linee di tale amministrazione consensuale, ribaltando la tradizionale contrapposizione tra pubblico quale sede di autorità caratterizzata da privilegi e privato quale sede di relazioni paritarie, l'adozione e l'impiego di regole speciali, peraltro dirette a limitare ed a rendere trasparente e responsabile il potere ed ad assicurare protezione al mercato ed agli utenti, viene piuttosto giustificato dall'esigenza di salvaguardare, nella giusta considerazione degli interessi generali alla fruizione dei servizi, valori ed interessi condivisi dalla collettività che possono essere minacciati proprio dai poteri privati.

La protezione dei cittadini, allora, non è più ancillare e subordinata ad un interesse pubblico che si impone d'imperio, ove la specialità del diritto amministrativo trovi legittimazione nella supremazia degli apparati e degli organismi chiamati a darne realizzazione coattiva, bensì trova più adeguata tutela prima nella possibilità di concorrere, in sede di partecipazione procedimentale, alla congrua e proporzionata rappresentazione degli obiettivi concreti da perseguire e così alla equa definizione dei rapporti instaurati con la pubblica amministrazione, e poi nella possibilità di invocare una più effettiva tutela giurisdizionale, nell'ambito della quale i poteri del giudice amministrativo si sono ampliati verso la possibilità della conoscibilità sia delle richieste risarcitorie per la lesione di interessi legittimi, così ricompresi nel novero delle situazioni suscettibili di subire un danno ingiusto risarcibile per equivalente, sia delle pretese di adempimento.

[100] V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione Pubblica e Diritto Privato*, Giappichelli, Torino, 2011.

Non più solo dunque l'esercizio di poteri pubblici esclusivamente autoritativi legati ad una concezione dicotomica dell'interesse pubblico statale astrattamente configurato ed indisponibile alla medesima pubblica amministrazione, secondo l'idea di un diritto amministrativo costruito attorno ad una dimensione di contrapposizione alle istanze dei privati, esclusi da qualsiasi presidio partecipativo, bensì l'esplicazione di funzione partecipata quale alveo di raccolta e composizione efficace ed efficiente delle diverse posizioni rinvenibili in capo a singoli e gruppi sociali, secondo un modulo di azione esperibile secondo forme e tecniche diversificate, implicanti anche il ricorso a formule di amministrazione consensuale[101] in accoglimento di principi di maggiore flessibilità collegati all'utilizzo di strumenti di origine civilistica, giustificati dall'esigenza di assicurare maggiore efficacia all'azione amministrativa e di limitare sprechi ed inefficienze connesse alla rigidità degli strumenti pubblicistici.

Ciò tuttavia non vuole significare una *"fuga"* dal diritto amministrativo, quanto piuttosto un'innovazione delle stesse tecniche pubblicistiche secondo moduli operativi che, pure diversi nelle tecniche di attuazione degli interessi generali, ad ogni modo non rifuggono dall'applicazione di regole speciali dirette a garantire comunque legalità, correttezza, trasparenza, proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa, anche in considerazione che l'eventuale soggezione degli schemi operativi al diritto privato non equivale alla sottrazione a qualsiasi regola e controllo, stante che anche le norme civilistiche non rappresentano comunque più l'affermazione incontrastata della signoria della volontà individuale e conoscono istituti che regolano l'attività svolta nell'interesse alieno, nella salvaguardia delle posizioni deboli.

In tal senso, pertanto, il problema non è già più quello di optare tra un sistema pubblicistico improntato all'autorità ed alla supremazia dell'azione amministrativa in contrapposizione ad un alternativo sistema privatistico incernierato attorno al valore paritario del libero consenso. Ciò, invero, attiene alla configurazione di una dicotomia attualmente non più plausibilmente prospettabile in considerazione dell'evoluzione subita sia dal diritto amministrativo che dallo stesso diritto privato. Quanto piuttosto quello di identificare gli ambiti ed i modi in cui diventa possibile (ed addirittura auspicabile) assoggettare l'azione diretta alla cura degli interessi generali all'applicazione di forme giuridiche maggiormente consensuali e paritetiche, tenendo comunque presente che la scelta non può pregiudizialmente essere condotta in base all'opposizione binaria di elementi autoreferenziali di supremazia/autorità, da un lato, e di parità/libertà dall'altro.

Ma deve tenere conto dell'esigenza fondamentale di salvaguardare comunque il rispetto dei canoni di imparzialità, di ragionevolezza, di non arbitrarietà, di finalizzazione dell'agire rimesso alla titolarità di tutti i soggetti e degli organismi in ogni modo chiamati ad operare nell'utilizzo delle risorse pubbliche e con effetti incidenti sulle pretese prestazionali della generalità.

In tal senso la funzione è pubblica non solo perché ed in quanto riconducibile a soggetti formalmente pubblici, bensì in quanto inerente alla cura di risorse o interessi riconducibili alla generalità dei consociati, anche qualora rimessa all'azione di soggetti formalmente privati; e l'amministrazione (dunque non solo quella soggettivamente pubblica) è servente degli interessi della collettività, in tutte le forme organizzative nelle quali si articola, con l'imposizione di comuni regole di presidio e tutela dei detti interessi generali e di garanzia delle situazioni protette dei soggetti

[101] Per una disamina ed un'analisi delle ragioni e delle implicazioni della diffusione dell'accordo come strumento di azione e di organizzazione dei pubblici poteri, vedi M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere, Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 125 e ss. E.B. LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Giuffré, Milano, 1996, 2, in nota n.1, evidenzia come "*il progressivo affermarsi della visione pluralistica ed autonomistica dell'ordinamento (e di quello amministrativo in particolare) e la graduale svalutazione, nel modo di concepire e di «rappresentare» l'azione dell'amministrazione, del profilo dell'autorità a vantaggio di quello della funzione sembrano in effetti avere avuto un ruolo determinante – anche se certo non esclusivo – nell'espandersi di modelli di attività e di organizzazione delle strutture pubbliche basati sul consenso*".

terzi, in una prospettiva unitaria nella quale pubblico e privato appaiono ispirati a valori comuni di imparzialità, di correttezza e di ragionevolezza.

E la scelta tra le diverse tecniche di intervento e di azione, con l'eventuale opzione verso strumenti consensuali di amministrazione partecipata, allora trova (o dovrebbe trovare) giustificazione (o limitazione) in una valutazione razionale (anche in applicazione delle tecniche di analisi economica del diritto applicata al diritto pubblico) della rispettiva capacità delle diverse discipline di produrre i risultati migliori, anche nella ricerca delle forme di controllo più adeguate, in termini di servizio alla collettività, in un sistema dinamico di garanzia ed equilibrio degli interessi coinvolti, che si presti ad offrire soluzioni diversificate in ragione ed in relazione alla natura delle operazioni da effettuare nonché della sempre diversa percezione delle esigenze di pubblico interesse e della comprensione di quanto sia ad esso esattamente riconducibile.

Ciò si presenta tanto più vero in relazione al settore del governo del territorio per la indefinita molteplicità degli interessi coinvolti e per la compresenza di momenti diversificati di esercizio del potere tanto di natura normativo/conformativo dell'uso del territorio, quanto anche di gestione ed utilizzazione del medesimo (secondo l'accezione più dinamica accolta dalla Costituzione in esito alla riforma del suo Titolo V ed alla sostituzione alla nozione di urbanistica di quella di governo del territorio), che introducono la problematica della individuazione dei caratteri dell'attività amministrativa e degli interessi pubblici che ad esso pertengono, oltre che della giustificabilità e dell'estensione di canali di svolgimento dell'azione amministrativa medesima che, "*orientata al collegamento costante tra le norme astratte e le singole situazioni concrete, possa più agevolmente facilitare l'avvicinamento al territorio delle scelte relative al suo buon governo, attivando circuiti che consentano un'effettiva messa a regime di una sussidiarietà sia verticale che orizzontale, secondo il disposto del nuovo art 118 della Costituzione ... anche in vista di una maggiore responsabilità politica* (ed aggiungeremmo noi, di una maggiore responsabilizzazione) *degli organi che nel concreto tali scelte siano chiamati ad effettuare*"[102]

Con riguardo all'assetto territoriale ed alle scelte politico/amministrative in ordine all'uso razionale di risorse in quantità limitata la cifra amministrativa della cura degli interessi generali non qualifica più la dimensione di una disciplina esclusivamente pubblicistica o imperativa di perseguimento di interessi riguardanti l'individuo in quanto membro del pubblico ed indipendentemente dalla posizione che egli occupa nella società. Diversamente, il diritto amministrativo non è più soltanto la sede dello scontro tra interessi generali e diritti individuali e l'agire dell'amministrazione non abbraccia esclusivamente interessi di tipo collettivo, sibbene persegue spesso interessi parziali, propri cioè di una parte della collettività, che si possono contrapporre a quelli di altri gruppi sociali, la cui visibilità discende dalla forza dei settori societari cui gli interessi medesimi afferiscono.

La dimensione amministrativa della problematica del buon governo locale con riguardo all'uso ed alla gestione del territorio transita così dall'arena del confronto (o scontro) tra posizioni antitetiche di autorità e libertà (terreno su cui si è predicato e stabilito un sistema di limiti all'esercizio del potere discrezionale) a quella della comprensione degli strumenti più idonei alla formulazione dell'indirizzo politico ed alla sua attuazione, con riferimento sia al momento *teleologico* della scelta dei fini, sia a quello *strumentale* della predisposizione dei mezzi, sia a quello *effettuale* del concreto conseguimento dei fini medesimi[103], nella consapevolezza che il diritto amministrativo non riguarda soltanto la soluzione del contrasto tra interessi generali eteronomi ed indisponibili ed interessi dei singoli, quanto piuttosto si riferisce ad un sistema in cui varie forze hanno diverse influenze[104] di cui bisogna trovare l'adeguato

[102] P. LOMBARDI, *Il governo del territorio tra politica ed amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2012.
[103] Secondo la sistematica presentata da T. MARTINES, voce *Indirizzo politico*, in Enc. Dir., Voi. XXI, Milano, 1971, 135.
[104] J. GOLDRING, *Administrative Law: Teaching and Theory*, Melbourne University Law Review, Voi 15, 1986, pp.495-496. Lo stesso favore accordato di recente dal legislatore a strumenti consensuali mostra

sistema compositivo con riguardo al processo di effettuazione delle scelte di rango collettivo in risposta alle contingenti sollecitazioni provenienti dalla società[105].

Tale sistema compositivo della molteplicità di interessi spesso in conflitto tra loro, con la possibilità di addivenire - mediante adeguati meccanismi di amministrazione consensuale e partecipata - alla loro composizione anche secondo moduli commutativi e/o sinallagmatici, pertinenti ad interessi anche contrapposti, deve altresì misurarsi con le problematiche indotte dalle esigenze della finanza pubblica e dei suoi effetti in condizioni di scarsità di mezzi, ove il profilo finanziario della realizzazione delle scelte assume quasi la funzione di misuratore della rilevanza degli interessi selezionati, sì che si assiste ad un ribaltamento tra il momento teleologico della scelta dei fini e quello strumentale di predisposizione dei mezzi, sicché l'individuazione e la fissazione degli interessi generali da perseguire possono essere effettuate soltanto successivamente alla determinazione dei mezzi economici essenziali alla loro concreta attuazione.

L'indirizzo finanziario e non l'indirizzo politico diviene in tal senso la sede della scelta tra fini[106]; inoltre il condizionamento esercitato dalla situazione economica si accresce in relazione ed in ragione del necessario rispetto degli obblighi assunti dall'Italia con l'adesione ai Trattati Europei e dei vincoli dagli stessi derivanti in tema di stabilità dei prezzi e di buona gestione finanziaria; con l'ulteriore profilo problematico che la contrazione della capacità di spesa, nel mentre pone evidentemente in conflitto tra loro gli stessi interessi pubblici da ritenere capaci di assurgere al rango di interessi preminenti, non offre però alcuno strumento regolativo e non individua alcuna regola selettiva che siano idonei a configurare una scala qualitativa di prevalenza degli uni sugli altri.

E ciò - nella constatazione che i detti interessi sono tra loro disomogenei e non gerarchizzabili, e come tali non contemperabili in una scala di valori assume particolare rilevanza nel settore del governo del territorio, ove a tale disomogeneità degli interessi si aggiunge la circostanza della differente competenza tecnica dei rispettivi soggetti di riferimento.

Alla tentazione di reagire a tale contrazioni di spesa semplicemente riducendo la dimensione dell'intervento pubblico (ciò che potrebbe dare luogo a fenomeni di rientro, per quote significative, di tale intervento e, dunque, nella privatizzazione di una corrispondente quantità di attività), si oppone la diversa prospettiva di una ridefinizione nei modi di organizzazione e di funzionamento della pubblica amministrazione per assicurare la tutela di bisogni il cui soddisfacimento si imponga nei confronti della generalità dei consociati secondo determinati standards quantitativi e qualitativi, al contempo agendo ed intervenendo per l'eliminazione dei fattori di inefficacia e di inefficienza dell'azione amministrativa nell'utilizzo delle risorse, muovendo da un approccio di tipo giuridico/formale di gestione delle amministrazioni pubbliche verso uno di tipo economico, più sensibile ai "*bisogni dei cittadini, da soddisfare con la stessa accuratezza e razionale utilizzo delle risorse che la competizione impone alle imprese private*"[107].

Se tale prospettiva impegna la valorizzazione di canoni e criteri di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa,

che egli non ritiene sussistente un interesse pubblico come valore condiviso da tutti. In tal senso P. STANZIONE, A. Saturno, *Pubblica amministrazione tra diritto amministrativo, diritto privato e diritto europeo*, in II diritto privato della pubblica amministrazione, Cedam, 2006, 6.

[105] M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Vol. II, Milano, 1993, p. 49 definisce l'indirizzo politico quale "*scelta di preminenze o di priorità tra i vari interessi pubblici*". A. PATRONI GRIFFI, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica*, Napoli, 2002, p. 85, evidenzia che "*non si può pensare che la scelta dei fini sia frutto di decisioni maturate esclusivamente in sede politica, poiché essa risponde spesso a dialettiche di tipo orizzontale provenienti dalla società civile che, attraverso i propri centri di pressione concorre alla decisione sociale delle scelte politiche*".

[106] Cfr. F. PUGLIESE, Risorse finanziarie, consensualità ed accordi nella pianificazione urbanistica, in Aa.Vv., *Economia diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, a cura di L. IANNOTTA, Torino, 2003, 97.

[107] A. PAVAN, E. REGINATO, *Programmazione e controllo nelle amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2012,44

da svolgere in regime di pubblicità e trasparenza nei confronti del cittadino/utente, del quale ampliare le possibilità di rappresentazione dinamica degli interessi particolari, mediante la valorizzazione di presidi procedimentali atti a consentire un più efficace esercizio del potere discrezionale a mezzo di una più effettiva ponderazione degli elementi e dei fattori condizionanti che l'interesse pubblico subisce in presenza di tali cd. interessi secondari, onde assicurare una più marcata funzionalizzazione dell'agire amministrativo a quegli interessi pubblici che siano maggiormente rispondenti ai singoli episodi di vita, in un assetto complessivo di interessi concorrenti atto a dotare l'interesse pubblico medesimo di una maggiore valenza concreta, allontanandosi da autoreferenziali schemi burocratici, tuttavia a tale posizione dell'amministrazione quale *"mediatrice di interessi"* non sembra fare da riscontro una organica sistemazione sia degli istituti e delle regole di *governance* delle infrastrutture - e, in particolare, della *partecipazione* alle procedure della localizzazione - sia della complessiva regolazione delle infrastrutture in riferimento al tema del partenariato pubblico/privato e dei suoi rapporti con il sistema finanziario.

Da questo punto di vista la ricerca della massimizzazione della qualità tecnica delle decisioni amministrative assunte nel perseguimento dell'interesse pubblico - che, peraltro, ha costituito già nel passato un momento qualificante del processo evolutivo della nozione di pubblica amministrazione nel quadro delle spinte liberali volte a garantire una più corretta attività di regolazione ed ispezione dei requisiti di funzionamento del mercato e, quindi, un nuovo fattore di legittimazione della stessa, verso l'acquisizione di una base più adeguata della regolazione della società[108] - sembra tuttavia tradire un persistente atteggiamento tendenzialmente orientato a mantenere tale maggiore conoscenza in una posizione comunque servente del momento autoritativo dell'azione amministrativa, secondo uno schema ancora tradizionalmente legato ad una visione pur sempre oppositiva e conflittuale dell'interesse pubblico e di quelli privati, nell'ambito cioè di una nozione di interesse pubblico primario rimesso inequivocabilmente alle determinazioni, se non più spiccatamente unilaterali[109], ad ogni modo autoritative dell'organizzazione amministrativa; all'esercizio della cui attività il privato è chiamato allora a partecipare in funzione sostanzialmente limitativa del sacrificio della sua posizione individuale, onde conseguire il minor pregiudizio possibile del suo personale interesse compatibilmente con il soddisfacimento dell'interesse pubblico primario[110], piuttosto che nell'ottica della valorizzazione della dimensione collettiva dei molteplici interessi di cui è portatrice la società, intorno ai quali articolare su basi rinnovate il principio di legalità e, dunque, le norme dell'organizzazione e del procedimento, onde consentire la più effettiva emersione e tutela degli interessi sopra- individuali chiamati ad intervenire per la definizione dell'interesse finale.

In tal modo - con riguardo alla definizione

[108] L. ORTEGA, *L'evoluzione delle basi costituzionali del diritto amministrativo*, in M. D'ALBERTI - a cura di - Le nuove mete del diritto amministrativo, Il Mulino, 2010, 151 e ss.

[109] La recente giurisprudenza amministrativa si è recentemente pronunciata nel senso di sottrarre le convenzioni di lottizzazione al potere dispositivo della pubblica amministrazione di variare o modificare unilateralmente il termine di efficacia delle convenzioni stesse. Sul punto v. G. SABBATO, *Le Convenzioni urbanistiche*, in P. STANZIONE e A. SATURNO (a cura di), Il diritto privato della pubblica amministrazione, Cedam, 2006,709.

[110] Cfr. P. DE LISE, *Moduli convenzionali della programmazione urbanistica*, in P. STANZIONE e A. SATURNO - a cura di - Il diritto privato della pubblica amministrazione, Cedam, 2006, 680. Secondo l'A. lo strumento partecipativo è finalizzato a fornire all'autorità amministrativa i dati conoscitivi necessari per inquadrare il fatto su cui intervenire e prospettare in tal modo soluzioni tese a minimizzare il pregiudizio dall'interesse privato. In tale ottica, sia la maggiore integrazione tra soggetti pubblici e privati nella fase formativa dell'attività amministrativa, sia la possibilità dell'utilizzo di nuovi moduli consensuali, vengono ricondotti pur sempre nell'ambito dell'esercizio della funzione pubblica, in relazione alla quale il momento autoritativo "*esiste e ... esisterà sempre*", 682. Lo spostamento dell'esercizio dell'azione amministrativa ai privati, in tal senso, rappresenterebbe piuttosto l'affermazione di un principio di autoamministrazione che di sussidiarietà orizzontale, per cui "*fermo il tradizionale modello dell'azione amministrativa*" gli interessi dei privati "*continuano ad essere subordinati agli interessi pubblici specifici previsti dalle leggi di settore*".

dei rapporti tra moduli partecipativi e consensuali e principio di legalità - la riconduzione degli strumenti di cd. *amministrazione paritetica* ad atti comunque di esercizio del potere pubblico, oltre a riproporre il dualismo antagonista tra pubblico e privato, induce altresì alla costante soggezione ad uno schema ricostruttivo dell'esercizio dell'azione amministrativa che rimane incentrato sulla nozione di potere autoritativo[111]; il quale, pur consentendosi una maggiore enfatizzazione di principi originati ed elaborati in connessione con la sfera tipica di esercizio dell'autonomia privata (quali il principio di buona fede o quello di affidamento della controparte), ovvero l'ampliamento dei margini della decisione discrezionale per il raggiungimento di risultati migliori di quelli altrimenti ottenibili per via autoritativa (i.e. in assenza di apporto conoscitivo del privato), giustifica la costante soggezione degli accordi sostitutivi dei provvedimenti all'applicazione del principio di tipicità elaborato in relazione a quest'ultimi[112].

Il che finisce con il limitare il significato e la portata dei nuovi istituti di presidio procedimentale ad una mera acquisizione del consenso degli amministrati nell'ambito delle determinazioni amministrative di natura attuativa e servente delle decisioni di tipo politico/teleologico, con l'esclusione della possibilità di un intervento dei gruppi in cui si esprimono i diversi interessi che permeano nel rilevante giuridico, in sede di definizione delle scelte generali di pianificazione e di programmazione (art 13, co. 1, l. n. 241/1990).

Laddove, in coerenza con l'effettiva valorizzazione del ruolo dei cittadini nello svolgimento di attività di interesse generale, anche in base al principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art 118 Cost, la posizione di preminenza costituzionalmente riconosciuta al pieno sviluppo della persona umana dovrebbe condurre ad un maggiore approfondimento del regime giuridico del rapporto tra l'amministrazione ed i soggetti portatori delle diverse istanze in cui si articolano le diverse pretese all'uso il più razionale del territorio (sia nella loro dimensione individuale che come gruppi, ovvero comunque nella considerazione della dimensione collettiva in cui sono immersi molti degli interessi predicabili di tutti i consociati)[113].

Il tutto secondo uno schema partecipativo che sviluppi più efficacemente, oltre ai profili di mera garanzia del singolo cittadino - nella dimensione prettamente individuale della sua sfera di libertà - anche la dialettica di tali interessi di dimensione e natura collettiva, nella loro eterogeneità e anche contraddittorietà, nella constatazione dell'ormai avvenuta sostituzione dell'interesse pubblico dello Stato-Nazione con una serie di molteplici interessi di gruppo, espressione di differenti strati sociali[114], dei quali è necessario assicurare la

[111] La Corte di legittimità si è recentemente pronunciata nel senso che le convenzioni di lottizzazione costituiscono strumenti di pianificazione attuativa del PRG e non atti di pianificazione generale: Cass. SS.UU., 15.12.2000, n.1262. La dottrina, sul punto, ha evidenziato la necessità di distinguere le ipotesi di accordi "*sulle*" prescrizioni e accordi "*attuativi delle*" prescrizioni, P. DE LISE, *Moduli convenzionali*, cit. p. 720.

[112] P. DE LISE, op. cit, 690, ritiene che gli accordi, proprio in quanto atti di esercizio del potere pubblico, sono sostitutivi dei provvedimenti e quindi alternative a questi: essi sono pertanto soggetti al principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi.

[113] G. ARENA, *La democrazia nell'amministrazione ovvero l'«utente sovrano»*, in G. GOZZI (a cura di), Democrazia, diritti, costituzione, Il Mulino, Bologna, 1997, 53 e ss., avverte che "*… per realizzare lo scopo affidatole dalla Costituzione un'amministrazione deve essere citizen oriented, deve cioè finalizzare tutti gli elementi che la compongono … alla piena realizzazione della persona umana. Ma poiché ogni cittadino è diverso dagli altri, un'amministrazione non può avere successo … se non si pone nei confronti di ognuno …in una posizione di rispetto, attenzione e ascolto*". E ciò, puntualizza il medesimo A., non deriva solo dall'esigenza di dare piena attuazione all'art. 3, co. 2, Cost., "*bensì anche dalla necessità di dare alle amministrazioni pubbliche un ancoraggio ulteriore rispetto al principio di legalità, in quanto quest'ultimo è sempre più chiaramente insufficiente ad arginare e finalizzare l'attività di amministrazioni che ormai si configurano come soggetti autonomi*".

[114] L. ORTEGA *L'evoluzione*, cit, 154 e ss. Secondo l'a. "*La comparsa dello Stato pluriclasse pone in evidenza il fatto che gli interessi pubblici sono eterogenei e contraddittori al pari degli stessi interessi dei gruppi sociali che in essi si rappresentano*" e "*la legalità non consiste unicamente nella soddisfazione delle garanzie del cittadino nel procedimento, ma anche nell'adeguata previsione, all'interno del procedimento, di una certa dialettica tra gli interessi pubblici a*

più ampia articolazione nonché la più adeguata espressione e salvaguardia.

Ciò si rende, invece, tanto più necessario nella dovuta constatazione che l'attività amministrativa - e vieppiù quella relativa al governo del territorio, alla disciplina dell'assetto ed alla gestione dell'uso di risorse in quantità limitata, nell'ambito dei quali la dimensione collettiva degli interessi coinvolti impedisce che la soluzione dei connessi problemi relative agli spazi vitali del cittadino si presenti suscettibile di essere affrontata nell'ottica della sola tutela dell'individuo isolato - non si presenta più soltanto come mera scelta dei mezzi per realizzare interessi comunque astrattamente eterodeterminati ed imposti, e quindi come tali indisponibili alla medesima amministrazione agente: sia in quanto la scelta politico/teleologica non è in grado di definire in modo esaustivo i contenuti della missione delle pubbliche amministrazioni (tanto più in considerazione dei vincoli derivanti dalla finanza pubblica), sia perché l'esercizio in tale contesto del potere discrezionale comporta l'effettiva disponibilità dell'interesse da parte proprio del soggetto pubblico cui è consegnata la capacità di orientarne il contenuto concreto in esito alla (ri)considerazione della complessità degli interessi coinvolti ed alla loro equa, congrua e ragionevole composizione, anche in risposta alle esigenze di raggiungimento degli obiettivi prestazionali ed alla determinazione del livello di qualità dei servizi che le mutate condizioni del riconoscimento costituzionale dei diritti sociali pongono in capo all'amministrazione, in tema di concretizzazione degli bisogni essenziali dei cittadini con riferimento alla configurazione degli stessi interessi pubblici di tal guisa, con indubbio incremento del tasso di discrezionalità affidata all'amministrazione[115], al contempo però subordinata ai nuovi canoni di efficacia ed efficienza con i quali si viene a coniugare la nuova dimensione della legalità amministrativa di risultato.

Per questo aspetto la valorizzazione dei momenti partecipativi dei consociati insediati in un contesto territoriale, nel riconoscimento della valenza non meramente conformativa, sibbene massimamente prestazionale dell'attività dell'amministrazione, dovrebbe invece elevarsi dalla fase procedimentale ed istruttoria preordinata all'adozione delle determinazioni amministrative attinenti alla fase *effettuale* di effettivo conseguimento dell'interesse pubblico, anche alla fase *strumentale* di ricognizione dei mezzi disponibili (ulteriormente valorizzando le forme di partenariato pubblico/privato in questo contesto), *anche e soprattutto* in ragione delle ristrettezze e dei vincoli di finanza pubblica.

Tale più effettiva partecipazione[116] alle scelte programmatorie, del resto, non solo trova parziale riconoscimento nelle norme che disciplinano la programmazione negoziata in merito all'intervento nel Mezzogiorno e nelle aree depresse del territorio nazionale

confronto" e, ancora, "*l'esistenza di interessi pubblici contrapposti fa in modo che si affermi una nuova funzione amministrativa, non coincidente con la mera applicazione della legge ...* (che) *non contiene solo regole e ordini che l'amministrazione è chiamata ad applicare, ma l'abilitazione ad articolare e a pacificare gli interessi*"

[115] Il valore della legge quale momento centrale della volizione pubblico/statale di identificazione e determinazione dell'interesse pubblico generale viene ad essere eroso dalla introduzione di Costituzioni rigide e dalla previsione in esse di diritti elevati a rango di fondamentali, quali superiori dichiarazioni di interesse pubblico che si impongono allo stesso legislatore, da cui consegue un maggiore equilibrio fra la posizione del cittadino e quella dello Stato dinanzi all'attività amministrativa, alla quale si impone il principio di buon andamento. Cfr. L. ORTEGA, *L'Evoluzione*, cit. 158-162 e ss.

[116] In tema di partecipazione, e con riguardo al particolare profilo dell'acquisizione del consenso e dell'accordo dei destinatari dell'aziona amministrativa nell'ambito della problematica della legittimazione democratica del potere vedi J. BOHMAN, *Survey Article: The Coming of Age of Delibertaive Democracy*, in The Journal of Political Philosophy, Vo. 6, n. 4, 1998, 400-425. L'A. pone al centro della sua indagine la problematica relativa ai modi di realizzazione di modelli di democrazia partecipata in società caratterizzate da profondi contrasti, problemi sociali di grande complessità e dotate di strumenti inadeguati con riferimento alle istituzioni allo stato disponibili. V. anche J. COHEN, Procedure and substance in deliberative democracy, 1996, in J. BOHMAN and W. REHG (eds.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, MIT Press., Cambridge Mass., 1997: "*outcomes are democratically legitimate if and only if they could be the object of a free and resoned agreement among equals*".

(con l'abbandono di istanze autoritaristiche nello svolgimento della funzione di programmazione, verso un ampliamento degli strumenti consensualistici compositivi di interessi anche contrapposti mediante i quali, al contempo, l'interesse dei privati viene ad essere destinato, in pratica, a fini di utilità sociale), sibbene si rende vieppiù auspicabile in maniera più generalizzata in considerazione che le diverse scelte allocative delle risorse sono in grado di influenzare in modo significativo il benessere collettivo delle comunità di riferimento; alle quali dunque dovrebbe essere consentito di intervenire più efficacemente nelle scelte di fondo, quantomeno su quelle incidenti sui diritti fondamentali e sugli standards prestazionali agli stessi relativi;
la vera sfida semmai rimanendo quella di ricondurre l'utilizzo di nuovi e più organici strumenti di svolgimento consensuale e partecipato dell'azione amministrativa, e del ricorso a forme più duttili di partenariato pubblico/privato, nell'alveo dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento. I quali, se non costituiscono alcun ostacolo pregiudiziale alla configurazione di nuovi e migliori strumenti di conseguimento dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa, impongono pur sempre il rispetto e la salvaguardia del fondamentale principio di uguaglianza ed imparzialità che, sia pure nel rispetto della reciproca posizione dei vari soggetti coinvolti in relazione con l'interesse pubblico perseguito, impongono la necessità della conservazione della purezza del fine che muove la funzione[117] e la non arbitrarietà delle scelte assunte e delle operazioni poste in essere e degli effetti che si producono nel contesto sociale ed individuale[118].

[117] U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 26.
[118] V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011, 21.

«::::::::: GA :::::::::»

LANGUAGE DISCRIMINATION IN THE EUROPEAN UNION

by Dr Dimitris Xenos (UEL)

The most essential means of communication in human societies, that of language, which guarantees access to information and rights which, in turn, guarantees democracy, the participation of the people in policy and decision-making process and the vital corollaries of transparency and accountability, is constantly being undermined in the European Union's institutional and administrative system. The observed restrictions on the use of languages and on the publication of EU documents of general publication, including the Official Journal of the EU, are interrelated issues (how can you publish a document in a language that you do not use?), with the human factor being their common denominator (i.e. EU staff and contractors). The EU Commission's self-asserted, and yet illegal, three-language regime targets the human factor through language criteria for employment in the EU and language restrictions on the publication of employment competition notices. These issues have been examined in C-566/10 P (Italy v Commission) and subsequent case-law. With reference to these cases, the legal framework governing the language regime in the EU is analysed to determine the scope of the relevant EU Regulations and Treaty provisions. It is shown that the language issues surrounding employment and the publication of competition notices, which are documents of general application, impact on the entire language regime of the EU. In practice, it is the calculative, tailor-made selection of EU staff, that is the human factor involved, which implements the language discrimination regime that is arbitrarily practised by the EU Commission and other EU organs.

Contents: 1. Introduction: Creating language restrictions on the publication of EU documents and on the working languages of EU organs through 'objective' criteria of employability; 2. The publication obligation for documents of general application; 3. The publication of the Official Journal of the EU as a document of general application; 4 Choice and restriction in the use of languages (in 'specific cases' only); 5. Conclusion.

1. Introduction: Creating language restrictions on the publication of EU documents and on the working languages of EU organs through 'objective' criteria of employability.

The official languages of the European Union are the official languages of the member states. The member states languages are also the working languages that are used by the EU organs. Treaty provisions and EU Regulations make this clear. In practice, however, EU organs, especially the EU Commission, impose a language discrimination regime. Acting without any legal basis, the EU Commission self-proclaims that its official languages are English, German and French.[1] As a result, a great number of information that is produced and disseminated by EU organs is available in few languages only.

The implications of such a practice are many. First, the use of only three languages,

[1] See, e.g., the EU Commission website on EU internal market, available at, http://ec.europa.eu/internal_market/index_en.htm. EU Commission's Languages website: 'In order to reduce the cost to the European taxpayer, the European Commission is increasingly endeavouring to operate in the three core languages of the European Union; English, French, and German', available at http://ec.europa.eu/languages/policy/language-policy/official_languages_en.htm. See also ft 3, below.

and often one of them, gives an unacceptable political advantage to few countries which are in superior positions to influence important substantive policies, such as EU economic and political programmes that serve their national interests. The literal interpretation of the term 'unacceptable' means that language discrimination practices have not been accepted by other countries and their national parliaments. In addition, since language discrimination operates in defiance of EU Treaties and Regulations, it lacks legal justification and, therefore, is not accepted. Second, as a result of the three-language regime of the EU Commission, important documents that are published by the EU cannot be read and understood by the majority of people residing in the other countries, members of the EU, in which these languages are not spoken.

EU documents may contain information that affect the rights and obligations of individuals and, therefore, access to such information is vital for the development and sustainability prospects of their proprietary and business interests and their personal well-being. In addition, a great deal of information relates to pre-legislative documents, such as policy proposals, legal analyses, impact assessment studies, including those prepared by EU Commission's external contractors. If the public does not have access to such information, because publication is restricted to one or two or three languages, then the participation of the people in EU decision-making process becomes illusory. Considering the fact that the EU has a known democratic deficit problem,[2]it becomes apparent that a three-language system considerably restricts the ability of the people to influence the laws that are imposed on them by EU institutions. As the participation of the people in the decision-making process depends also on the transparency of EU organs' work and on the public's ability to scrutinise the politicians and administrators of the day, access to relevant information cannot be guaranteed if the great majority of European languages are arbitrarily excluded.[3] To the extent that a great number of important laws that affect the lives of the people are negotiated and produced at EU level,[4] it becomes clear that language discrimination undermines considerably the ability of the people to influence the EU decision-making process and the ensuing laws that impact on their lives and economic interests.

In recent years, the language discrimination regime has been found unlawful by the Court of Justice of the EU (hereinafter CJEU) in C-566/10 P (*Italy v Commission*),[5] and subsequent cases upheld the CJEU's decision.[6] At a first glance, the legal complaints

[2] Andreas Follesdal and Simon Hix, 'Why there is a democratic deficit in the EU: A response to Majone and Moravcsik' (2006) 44(3) Journal of Common Market Studies 533–562; Dimitris Xenos, 'Comments on the Composition of EU Commission Expert Groups' (2014), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2498560; See also Mary Jacoby and Glenn Simpson, 'Politics, business mix freely in Europe Parliament: patent-law reversal shows how members' outside jobs may aid corporate interests', Wall Street Journal, 5 July 2005, available at http://online.wsj.com/articles/SB112051964696476902; European Ombudsman's public consultation concerning the composition of European Commission expert groups, available at http://www.ombudsman.europa.eu/cases/correspondence.faces/en/54300/html.bookmark; European Ombudsman's public consultation in relation to the transparency of the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) negotiations, available at http://www.ombudsman.europa.eu/en/cases/correspondence.faces/en/56100/html.bookmark;jsessionid=6B447002C5982F0D6137D3DAF749866E

[3] See, e.g., EU Commission's website on public consultations (consultazioni), http://ec.europa.eu/yourvoice/consultations/index_it.htm, for example, the current topic of 'Effetti dei principi internazionali di informativa finanziaria (IFRS) nell'UE: consultazione pubblica' (Effects of International Financial Reporting Standards (IFRS) in the EU: public consultation) – the link leads to a page saying: 'Le informazioni che cercate sono disponibili nelle lingue seguenti: Deutsch, English, Français' (the information you search is available in the following languages: German, English, French).

[4] 'EU asks journalists to remind voters 'majority of laws' are made in Brussels', The Huffington Post UK, 27 February 2014, available at http://www.huffingtonpost.co.uk/2014/02/27/european-parliament-laws-letter_n_4866074.html?utm_hp_ref=tw.

[5] C-566/10 P *Italy v Commission*, Judgment of 27 November 2012, OJEU (2013/C 26/04).

[6] T-218/09; T-142/08; T-126/09; T-164/08 (12 September 2013) involving Italy v Commission.

have centred on the language criteria of employability in various EU administrative groups and departments and language restrictions on the publication of the competition notices for EU jobs. In essence, however, the legal challenges have exposed the EU Commission's three-language regime, because its regime is carried out, in practice, through language-based recruitment of staff for each department and sub-administrative group of which the Commission's mechanism consists. In addition, the Commission's language discrimination regime is indirectly challenged also because the legal complaint on recruitment practices deals with all legal provisions that apply to the entire language regime of the EU, and hence of the EU Commission's. The main legal issues involved concentrate on two aspects:

First, knowledge of English, German and French as a second language is made an essential criterion of employability which covers also the examination of candidates in these three languages. The choice of these three languages is a core element of the legal challenge. This challenge is important because the choice of language is that which is self-proclaimed and practiced by the EU Commission. Since language discrimination in administrative groups within the Commission and the applicable legal framework of languages are concerned, it is the Commission's three-language regime that is questioned.

The second aspect of the legal challenges centres on language restrictions on the notices announcing employment posts and on the communications with the candidates – again, the three-language regime of the EU Commission is imposed. The competition notice for employment is a document of general application that is addressed to interested individuals residing in all countries that are members of the EU. Such notices form part of the basic and essential EU documents for which their publication are required to be made in the Official Journal of the EU (hereinafter OJEU), that is the document that shows which the official languages of the EU are. In this regard, the second challenge is linked to the entire system of communications and publications of documents produced by EU organs, including the Commission. It directly concerns the issue of access to information and the participation of the public in decision making process and the essential safeguards of transparency and accountability. Accordingly, what is at stake here is not just the publication of competition notices in the official languages of the EU, but access to information regarding the most basic and essential documents, including the OJEU.

Before examining these two aspects of language discrimination, the main argument that the EU Commission submitted to the CJEU can be mentioned to show the relevance of the context within which language discrimination is examined in law. According to the Commission, the choice about the three-languages is justified because its own 10 year-old evidence suggests that in the period 2003-2005, English, German and French were the most used languages by those employed.[7] In 2014, these (very) general internal statistics were used by the European Personnel Selection Office (hereinafter EPSO),[8] the EU's official recruitment body, to justify the language discrimination in the employment criteria that still apply despite the CJEU's ruling in C-566/10 P.[9] There are practical and legal points that can be made about the Commission's and EPSO's references. The practical point is that in 2003, ten states became new members of the EU and, therefore, it is not possible to expect that the composition of the EU Commission's staff can change within a year or two. Also, as the lingua Franca in the world, and in Europe, is now the lingua Inglese (English), this shows that the cultural preferences and choices of people change through the passage of time. This

[7] C-566/10 P *Italy v Commission*, para. 80.

[8] EPSO: *General rules governing open competitions*, OJEU (2014/C 60 A/01) – Annex 2 (General guidelines of the College of the Heads of Administration on the use of languages in EPSO competitions), available at http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2014:060A:TOC.

[9] Ibidem, section 1.3: Eligibility: 'Unless otherwise stated in the competition notice the choice of second language will normally be limited to English, French or German.'

means that there is nothing static in the use of languages which could justify an artificial language regime that locks the people's language preferences for ever. Indeed, English cannot be put on equal footing with German or French because the difference in the knowledge of these languages between, on one hand, English and, on the other, German or French, is very significant. Unlike German or French, the English language is freely chosen and funded by the majority of European states, and far beyond, to be taught in their secondary education curricula.[10] Moreover, the Commission's argument about the use of three languages is circular, because the Commission practices a language discrimination regime that favours the same languages and, therefore, this regime is implemented through the recruitment of its staff. In this regard, the following oxymoron applies: they require three specific languages when employing new staff and, subsequently, they observe that these three languages are mostly used by their staff in order to justify the choice of these three languages in employment competitions (a loop the loop situation).[11] The same applies to the EU Commission's internship programme which operates under its three-language policy.[12] As professional experience (through internship) is also an 'objective' employability criterion, the discriminatory language system continues to live on.

In law, however, the EU Commission's argument is not relevant, as it is not connected to any point of law but raises an argument of general discussion. It was not surprising therefore that the CJEU did not address it at all in its judgment in the C-566/10 P case. The following sections cover the main aspects of the language discrimination system, as examined in that case and affirmed in subsequent case-law by analysing in detail the legal provisions and questions involved.

2. The publication obligation for documents of general application.

A great number of documents that are produced and published by EU organs relate to information about the rights and obligations of individuals whose life and professional interests are affected to a considerable degree by policies and laws that are negotiated and produced at EU level. It is reasonably asserted, therefore, that such information should be communicated to the official languages of the member states which are also the official languages of the EU in order for the content of disseminated information to be understood by the people. This should include documents drafted at preparatory stages of the EU decision-making so that the opinion and evidence of various stakeholders can be expressed to inform the debate of the relevant policy with the view to update, improve, reject or amend the content of the given document and, by extension, the relevant policy and law concerned. Such documents are documents of

[10] EU study: *Key Data on Teaching Languages at School in Europe Education* (Audiovisual and Culture Executive Agency, 2012): 'English is a mandatory language in 14 countries or regions within countries...is by far the most taught foreign language in nearly all countries at all educational levels. German is particularly popular in several central and eastern European countries while French is taught particularly in the countries of southern Europe. Spanish occupies the position of the third or fourth most widely taught foreign language in a significant number of countries, especially at upper secondary level. The same goes for Italian but in a smaller number of countries.', p. 13 (main findings). See also Istat study: 'The usage of Italian language, dialects and other languages in Italy' (2012): '43.7% of the [Italian] population (aged 18-74 years) spoke the English language, while a residual share of people spoke French (21.7%), German (4.8%), Spanish (4.5 %) or other languages (2.1%)', available at http://www.istat.it/en/archive/136517.

[11] See, e.g., European Parliament's job advertisement for research administrators in parliamentary research, OJEU (2014/C 55 A/01): Section IV. Eligibility: 'You must have a thorough knowledge of one of the European Union's official languages…and a very good knowledge of English, French or German.'…'*Moreover, where candidates in competitions and other selection procedures are free to choose their second language, these three [English, German, French] are by far the most common choices.*' (emphasis in the original), available at http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1414492643577&uri=CELEX:C2014/055A/01.

[12] EU Commission's Traineeships website: 'the traineeship program is open to university graduates from all over the world who have a...very good knowledge of English or French or German.' http://ec.europa.eu/stages/about/who_en.htm.

general application. An example is the document that the EU Commission's publishes to announce a call for a public consultation which is organised in order to gather evidence and opinions regarding various laws, policies and practices that fall within its scope of competence.[13] In conformity with the self-proclaimed three-language regime, the Commission announces its public consultations in the three languages only and, therefore, the calls for consultation are only accessible to those who understand these three languages. This language discrimination practice continues despite the criticism that was voiced by the EU Ombudsman and the European Parliament.[14] In C-566/10 P, the documents of general application were notices for employment competitions. Since job advertisements were open to the residents of all member states, the information about the employment competition was of 'general application'. In addition, for certain categories of documents of general application their publication should be made in the OJEU. As each and every type of information that appears in the OJEU concerns 'documents of general application' (e.g. notices of employment competitions), it follows that the OJEU is also a 'document of general application' in its own right. In this regard, the legal issue about the publication of employment competition notices in all official languages of the EU that was examined in C-566/10 P concerns the entire legal regime that governs the publication of documents of general application and the OJEU.

The rules of EU law that govern the language obligations for the publication of EU documents are found in the same legal framework that defines the main language regime in the EU. The main legal instrument is the Council Regulation No. 1 of 15 April 1958, as amended (hereinafter Regulation No. 1).[15] In the first Article (Article 1), it is specified that the official languages of the EU are the official languages of the member states. There are currently 24 official languages, including Irish (Gaeilge), and excluding Turkish, as the reunification of Cyprus has not been realised yet. In addition, the working languages of the EU are all official languages of the member states.[16]

To understand what an 'official' language means and is, a close look at the provisions of Regulation No. 1 is required. The scope, nature and application of the official languages of the EU are defined by the combined reading of the provisions of Articles 7-8 contained therein. The determinative parameter is the addressee of the document produced by EU organs. On this basis, the scope of the publication obligation that is entailed in Regulation No. 1 covers two main categories: a) documents for individual communications – that is documents which are drafted and communicated on individual basis, namely between an EU Organ and an EU resident or between an EU organ and a member state, and b) documents of general applications, that is documents which are addressed to all member states because they contain information that concern stakeholders and individuals residing in all member states. In short, the publication obligation of Regulation No. 1 applies to both documents in individual communications (i.e. inter partes) and those of general application.

The former is clear and simple. When a document or other form of communication is addressed to a member state or an individual

[13] See ft 3, above.

[14] European Parliament resolution of 14 June 2012 on public consultations and their availability in all EU languages (2012/2676(RSP)): The European Parliament 'asks the Commission to ensure that all consultations are understandable to ordinary citizens and are carried out over a sufficiently long period of time to allow for increased participation', available at http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2012-0256&language=EN;
Decision of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 640/2011/AN against the European Commission (4 October 2012): 'the Ombudsman concludes with regret that the Commission has not...shown any real willingness to ensure that all European citizens are able to understand its public consultations, which should, as a mater of principle, be published in all the Treaty languages, available at http://www.ombudsman.europa.eu/en/cases/decision.faces/en/12009/html.bookmark#_ftn34.

[15] Regulation No. 1 was amended by Council Regulations No. 171/2006 (regarding the accession of Bulgaria and Croatia) and No. 517/2013 (regarding the accession of Croatia).

[16] Article 1 of Regulation No. 1.

residing there, the communication is made in the official language of that state.[17] Thus, if the document concerns an EU funding programme that applies to a region in Hungary, it is reasonably expected that the communications from or to Hungary will not be made in German, but in Hungarian. Such inter partes exchanges concern a very narrow context of communications and publications of EU documents. It should be noted that in the judgments of the General Court of the EU in the joint cases of T-166/07 and T-285/07 against which Italy appealed to the CJEU in C-566/10 P, it was specified that Regulation No. 1 lays down only the language rules that apply between the institutions and a member state or a person coming under the jurisdiction of one of the member states.[18] If this interpretation, which was based on 'settled case-law'[19] was correct it would narrow considerably the scope of language plurality in the EU. Indeed, in both law and practice, a language is mainly appreciated as an official language beyond the very narrow context of individual communications.

In general, the concept and relevance of official languages is mainly understood, used and applied to information which is of general application and which concerns all member states. To draft and subsequently publish a document in one or three languages when that document must be communicated to interested individuals in all member states, denies the official status of the rest 21 languages of the EU. The General Court's extremely narrow interpretation of Regulation No. 1 that confined its scope to inter partes communications only was rejected by the CJEU in its C-566/10 P judgment. In fact, the General Court's interpretation was not even addressed, as the CJEU used Articles 4 and 5 of Regulation No. 1 that deal expressly with the publication of documents of general application in all official languages of the member states (including circumstances of enhanced co-operation or otherwise). The magnitude of the error of interpretation by the General Court, that is the institution that self-asserts supremacy over national courts and parliaments, involved the non-examination of the specific legal provisions dealing expressly and exclusively with the matter of the legal case at hand.

The official languages of the EU are mainly considered such in respect to documents that contain information which is addressed to all member states. It is this context that shows the real scope and actual practice of the official languages of the EU and not the inter partes and ad hoc communications that involve one state or one person. Article 4 of Regulation No. 1 is the lex generalis here which provides that 'Regulations and other documents of general application shall be drafted in the official languages' of the EU. Among those 'other documents' is the OJEU, which is expressly covered by Article 5 stipulating that the OJEU 'shall be published in the official languages'. Thus, a good number of documents of general application must be published in the OJEU. In this respect, Article 5 acts as the lex specialis of the documents of general application.[20] Thus, depending on the circumstances concerned, the publication of a document of general application can be covered either by both provisions (i.e. Article 4 = Article 5) or by the broader scope of the term, 'document of general application' of the lex generalis, under Article 4 (i.e. Article 5 ⊆ Article 4).

A great number of documents produced by EU organs take various forms, such as working documents, impact assessment studies, policy papers, executive summaries of EU programmes, public consultations, etc. This information is of great interest to a great number of individuals, stakeholders and policy makers residing in all member states. They would like to know how various issues which affect their lives and proprietary interests are shaped at the EU level in order to prepare their business accordingly and, where possible, to react so as to influence the development of these policies and their regulatory framework. Since these types of documents

[17] Article 3 of Regulation No. 1.

[18] The General Court's opinion in T-166/07 and T-285/07 is summarised in paragraph 29 of C-566/10 P, *Italy v Commission*.

[19] Ibidem, para. 29. See also para. 31.

[20] See also section 3, below.

are of 'general application', they must be published in all official languages of the EU. The classification of a document as a 'document of general application' can be linked to the question of whether a legal effect, actual or potential, can be discerned in the information that is communicated. If this question is answered in the affirmative, then it goes without saying that interested individuals must be able to have access to such documents in the language of the member state in which they reside.

In C-566/10 P, the CJEU did not elaborate much on the scope of Article 4. Since the documents in that case concerned notices of employment competition, which produce a direct legal effect (in contract and employment law) and are addressed to the citizens of all member states, they are in all aspects, documents of general application within the meaning of Article 4. The CJEU's focus is reasonably put on the lex specialis, because employment notices fall also within the categories of documents whose publication must be made in the OJEU in all official languages, as provided for by Article 5. It is common practice in judicial examination for the focus to shift to the specific legal provision that applies to the facts of the case, which explains the CJEU's examination of Article 5 of Regulation No. 1.

The only relevant question at this stage is to see whether there are any limitations to the publication obligation under Articles 4 and 5 of Regulation No. 1. According to the provisions of Regulation No. 1, a limitation to the official languages regime of publications is recognised under Article 7 in relation to the languages used by the European Court of Justice. In particular, the judgments of the General Court are only published in French and in the language of the applicant (e.g. German, Greek, Danish, etc.). This is the most notable language discrimination that is expressly allowed by EU law, considering the fact that the General Court's judgments contain, quite often, important interpretation and application of EU law that affects the interests of other states and individuals being in the same or similar position with the litigant parties in the legal case concerned.[21] This discriminatory practice will not be commented further, as the limitation of Article 7 is made in express terms and applies to a specific context of EU documents.

Another provision of Regulation no. 1 that contains a limitation is Article 6, which allows EU institutions to stipulate in their rules of procedure the languages to be used in 'specific cases' only. Because its provision may only be relevant to a very narrow or ad hoc context of 'specific cases', rather than to documents of general application, the limitation of Article 6 does not apply to Articles 4 and 5. In addition, Article 6 relates only to the '*use*' of a language in specific cases and not to the '*publication'* of information or the document that has been produced. To the extent that there is no provision in Regulation No. 1 (apart from the specific context of Article 7) or elsewhere (including the Treaties) that contains restrictions or conditions on the provisions of Articles 4 and 5, the obligation to *publish* the documents of general application in all official languages of the EU is imposed on EU organs in absolute terms.

Such a conclusion was reached by the CJEU in relation to Article 5 of Regulation No. 1, because employment competition notices concern documents of general application whose publication is required in the OJEU in all official languages. In dismissing the EU Commission's submissions and reversing the General Court's earlier judgments, the CJEU confirmed the obvious that no limitations exist to the scope of Article 5

[21] The General Court's judgment in T-166/07 and T-285/07 of 13 September 2010, which were the subject of appeal in the current case under examination, C-566/10 P, is only available in French (the Court's official language) and Italian (the language of the applicant party, i.e. the Italian Republic). The same applies to the opinions of Advocate General, see, e.g., Conclusions de l'Avocat Général Kokott du 2 Juillet 2010 pour la demande d'avis 1/09 du Conseil à la Cour de justice (NB: the text of this important opinion was not even available in the CJEU's InfoCuria database when this article was submitted). See also UK Parliament (House of Lords, EU Committee): *The Workload of the Court of Justice of the European Union - European Union Committee, 14th Report of Session 2010-11*, section: The language regime of the CJEU, paras 11-16.

which regulates OJEU materials. Accordingly, the same conclusion applies in relation to other documents of general application due to lex generalis-lex specialis relationship that exists between Articles 4 and 5 of Regulation No. 1 (as Article 5 ⊆ Article 4) and the same policy objectives and fundamental values are involved (i.e. access to information, participation in the democratic-decision-making, transparency, accountability, etc.).

3. The publication of the Official Journal of the EU as a document of general application.

Documents of general application include the OJEU and the obligation of the EU to publish it in all official languages is required first by Article 4 of Regulation No. 1 which applies in relation to all documents of general application, and hence the OJEU and, also, more expressly, by Article 5 which is a codification of Article 4. There are some good reasons for examining the OJEU in more detail. First, in C-566/10 P the CJEU examines the publication obligation for the documents of general application through the example of OJEU. As already noted, the standards and interpretation of the publication obligation that apply in relation to the OJEU apply equally to all documents of general application which are produced and published by EU organs. The only difference that exists between Article 4 and Article 5 of Regulation No.1 is that the latter singles out the OJEU as one of the documents of general application. As a result, it is not necessary to (re)examine and evaluate underlying policies and objectives (such as pluralism, access to information, accountability, transparency, participation in the decision-making, the rights and interests of around 500 million people residing in the member states who are affected by EU laws and policies, etc.) to establish that the OJEU is such a document of general application. Second, the OJEU is the classic point of reference that can prove whether the official languages of the member states are the official languages of the EU, as stated in Article 1 of Regulation No. 1. This is because the Official Journal is the document that provides the most authoritative source of citation of the documents that are published in its editions. In view of the nature of information that is covered, the Official Journal has long been recognised as the most official publication that exists. The same can be confirmed for the official journals of the states almost everywhere in the world.

The documents of general application that are published by the OJEU include the texts and the directory of EU legislation (e.g. agreements made and conventions signed by the European Union in the framework of external relations), the L series of the OJEU.[22] EU information and notices about various subjects are published in the C series covering inter alia summaries of the ECJ judgments, parliamentary written questions and answers from the Council or Commission, competition notices for recruitment by the EU institutions; calls for expressions of interest for EU programmes and projects; other documents published pursuant to EU legislation, etc.[23] There is also a supplement, the S series for public procurement. From these lists, it can easily be confirmed that employment competition notices are covered in the C series of the OJEU. In addition, the Staff Regulation of Officials of the European Communities, as amended by Council Regulation (EC, Euratom) No 723/2004 of 22 March 2004 (hereinafter the EU Staff Regulation) includes a reminder in Article 1(2) of Annex III to the EU Staff Regulation that the notice for open employment competitions is

[22] The L series cover regulations, directives, decisions, recommendations, opinions. In addition, the Directory of Community legislation in force is published as part of the OJ L series. This directory lists references to the initial texts and to any subsequent amendments. It also includes references to agreements made and conventions signed by the European Union in the framework of external relations, binding acts under the EU Treaties, complementary acts, such as those of the Council of Ministers and Heads of State or Government, and other non-binding acts which are relevant for the institutions, see also the OJEU website, http://publications.europa.eu/official/chapter1_en.htm.

[23] The C series include also minutes of parliamentary meetings; reports of the Court of Auditors; statements from the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions; public contracts for food aid; the table of contents of the OJEU series, ibidem.

to be published in the Official Journal of the European Communities.

In C-566/10 P, Italy's complaint contested that employment competition notices had been published in the OJEU in three languages only, despite the fact that they were addressed to citizens of all member states. In addition, it had to be examined whether a summary version of the competition notices in all official languages satisfy the publication requirements of Regulation No. 1. The main issue, however, is not the competition notices as such. What is targeted by the EU Commission is a possible legal justification of its language discrimination regime through a strategic alteration of the publication regime (the publication obligations of EU organs) of various documents of general application, including the OJEU. As a result, not only will it be easier to populate the Commission's directorates and other agencies and administrative groups with staff that speak the preferred languages of German and French speaking groups within the Commission,[24] but it will even target the most authoritative reference document, the OJEU, which embodies the official languages of the member states. To the extent that the OJEU is the most official publication of the EU, it is the entire language regime of the EU, and not only of the Commission's, which is at stake.

At a first glance, Italy's complaint in C-566/10 P concerns language restrictions on the publication of employment completion notices which can be called for the purposes of the current analysis, as targeted area (*A*). Because employment notices consist of the information published by the OJEU, the targeted area widens to cover the entire domain of information featuring in the OJEU – this is area (*B*), with $A \subseteq B$. Because the OJEU is an express codification of the documents of general application, the targeted area moves beyond the OJEU to cover all documents of general application, within the meaning of Article 4, that is area (*C*), with $B \subseteq C$, which are produced by EU organs (including documents that the EU commissions to external contractors). Thus, although a competition notice for employment can fall into any of these three areas (i.e. *A, B, C*), the legal questions affect the entire language regime of the EU (as $A \subseteq B \subseteq C$) that is regulated by the provisions of Regulation No. 1. It follows that the legal issues in the C-566/10 P case whether employment competition notices could be published in three languages only or whether it would suffice if only the summary versions of these notices are in all official languages, concern equally the OJEU and, by extension, the EU documents of general application.

The EU Commission claimed before the General Court that there was no need to adjudicate on the matter invoking its own self-asserted policy pointing to the interests of its service – so, no surprises here, as its self-asserted language regime is known.[25] What is surprising, however, is the examination of law by the General Court in the judgment against which the applicant state brought its appeal before the CJEU. The General Court's reasoning is based on three points: a) the applicable law, Regulation No. 1, has a limited scope, in that no language obligation exists to publish documents in all official languages, including the OJEU; b) there is no requirement for employment competition notices to be published in the OJEU; c) amendments to employment competition notices were published in the official languages providing information in a summary form which included a reference to the full versions published earlier in three languages only.

The first point that there is no any publication obligation for the official languages of the EU, has already been examined in section 2 above in relation to the documents of general application under Article 4 of the Regulation No. 1. As the General Court's interpretation is made about the scope of Regulation No. 1 as a whole, its point applies to all articles therein, including Article 5 that deals expressly with the OJEU. As has been noted, the General Court saw the obligations im-

[24] There is no need for a reference to an English speaking group, as the predominance of English language is a world cultural phenomenon, and hence beyond competition.

[25] The EU Commission's opinion is summarised in paragraph 16 of C-566/10 P, *Italy v Commission*.

posed by Regulation No. 1 as applying between the EU institutions and a member state or a person residing in that state in individual communications – the inter partes context.[26] The EU judges' conclusion[27] that the scope of Regulation No. 1 covers only individual communications with EU institutions excludes arbitrarily the express provisions, namely Articles 4 and 5 which also define the scope of that Regulation. It should be considered a very serious error in the judicial examination of any court or tribunal, in any area of law, to interpret the scope of a legal instrument by excluding the relevant provisions contained in its text, and especially, the sole provision regulating the subject under consideration – here, Article 5 which deals exclusively with the OJEU.

In the second point of its legal reasoning, the General Court explains that '[Article] 5 of Regulation No 1 do[es] not apply to the contested notices of competition'.[28] This explanation is supplied by an additional clarification that 'that there is no provision or principle of Community law requiring that competition notices should routinely be published in the Official Journal in all the official languages'.[29]The contradictions in the Court's legal reasoning can easily be exposed. If Article 5 'does not apply' to the competition notices, as stated, then the issue of whether their publication should appear 'routinely' or otherwise in the OJEU does not arise. In addition, a reference is made to Article 5, which means that the European judges were aware of its existence and, therefore, the scope of language regime in the EU, as regulated by Regulation No. 1, is not confined to inter partes communications (as highlighted in the previous paragraph and also in section 2 above). Furthermore, the provisions of Article 5 and Article 4 do not allow for any limitations and, in particular, nowhere in their text is it mentioned that the EU Commission or any other EU organ can discharge their publication obligation for documents of general application only when it is convenient to do so. The same applies to the third point of the General Court regarding the publication of competition notices in summary versions, since no limitation to the publication obligation is permitted under Articles 4 and 5 and as such, their provisions concern the full text of the documents that fall within their ambit.

It should also be stressed that both the content of C series of the OJEU and Article 1(2) of Annex III to the EU Staff Regulation make crystal clear that employment competition notices are required to be published in the OJEU. As the entire edition of the OJEU must be published in all official languages, as required by Article 5 of Regulation No. 1, it easily follows that competition notices of employment must 'routinely' be published in all languages of the member states and in full.

The General Court's mistaken interpretation of the scope of publication obligation under Regulation No. 1 was corrected by the CJEU at the appeal stage. The CJEU was able to easily find that both the provisions of Article 5 of Regulation No. 1 and those of Article 1(2) of Annex III to the EU Staff Regulation 'do not provide for any exception'.[30] The same applies to Article 4 of Regulation No. 1 in relation to documents of general application that are produced by the EU organs, since Article 5 constitutes a codification of Article 4.

In sum, apart from the particular context covered by Article 7 of Regulation No. 1, the publication obligation that exists under the provisions of Articles 4 and 5 does not allow for any limitation to the official languages, including related aspects that have to do with the length of the texts or the frequency of the publication.

[26] According to the General Court, in T-166/07 and T-285/07, Regulation No. 1 'lays down only the language rules applying between the institutions and a Member State or a person coming under the jurisdiction of one of the Member States'. Its opinion is summarised in paragraph 29 of C-566/10 P, *Italy v Commission*.

[27] The judges of the General Court in the joint cases of T-166/07 and T-285/07, which were the subject of appeal in C 566/10 P, were Arjen Meij (rapporteur), Vilenas Vadapalas, and Laurent Truchot.

[28]The General Court's interpretation was made also in relation to Articles 1 and 4 of Regulation No. 1. It is summarised in paragraph 29 of the CJEU's judgment in C-566/10 P, *Italy v Commission.*

[29] Ibidem, para 36.

[30] Ibidem, paras 71-72.

Limitations are only relevant to a very narrow context of specific cases and have only to do with the *use* of language in these specific cases and not with the drafted documents whose *publication* in all official languages is required under Articles 4 and 5. Accordingly, the analysis now turns to the issue of language discrimination as far the use of languages by EU organs is concerned.

4. Choice and restriction in the use of languages (in 'specific cases' only).

Although the *use* of the official languages and the *publication* of documents of general application are separate issues in law and despite the fact that there are no limitations to the publication obligation under Articles 4 and 5, in practice, it is observed that a great number of such documents are not published in the official languages of the EU. The legal case about employment competitions notices is such an example which has become known because member states decided to challenge it. It can be argued that, to a certain extent, the difference that is observed between law and practice is due to the fact that the EU Commission arbitrarily imposes a three-language regime. As a result, the publication of EU documents in the official languages is restricted in practice because of the restrictions imposed in the use of languages by the EU Commission and other EU organs. Indeed, the EU Commission's self-proclaimed language policy is implemented by the employees that staff the various departments and other agencies and administrative groups within the EU who prepare and draft a great number of EU documents. In this respect, the focus of the language discrimination problem shifts to the 'objective' language criteria of the employment competitions for EU posts that restrict the twenty four official languages of the EU to just three languages that reflect the predetermined preferences and interests of certain factions within the EU. The EU Commission's argument of general discussion, which also serves as the main justification for the language criteria set out in EPSO's current employment competitions and its general rules of 2014,[31] as noted in section 1 above, is that the choice of three languages (English, German and French) as employability criteria is based on its own internal evidence suggesting that these three languages are mostly used.[32] This argument is circular, of course, as the staff use these three languages because they were employed for their ability to use these languages. In practice (not law), therefore, as the publication of documents of general application depends on the use of the official languages by the EU organs and this, in turn, depends on the languages used by the EU employees, it transpires that the choice of languages as criteria for selection of EU employees affects the whole language regime in the EU, and by extension, affects the realisation of the very important policy objectives and democratic guarantees involved (e.g. access to information, participation in democratic decision-making, accountability, transparency, etc.).

Accordingly, the analysis moves to the second part of the CJEU's examination of Italy's complaint in C-566/10 P that deals with the EU Commission's choice of the three languages (English, German, French) as an essential criterion of employability, that is the second language used for the tests of the employment competitions and the communications with the candidates.

Starting with a general point, it is noted that in the concluding paragraphs of the judgment, the CJEU summarises its reasoning in the form of a legal question, whether the EU institutions have balanced the legitimate objective justifying the limitation of number of languages of the employment competitions against the opportunities for those recruited of learning, within the institutions, the languages necessary in the interest of service.[33] It also states that is not necessary to rule on the choice of 'second languages' required by

[31] Fts 8 and 11, above.

[32] As English is beyond competition, the only difference in percentages that matters is between, on one hand, German or French and, on the other, Spanish or Italian – and here the differences are small, see, e.g., EU study cited in ft 10, above.

[33] C-566/10 P, *Italy v Commission*, para. 97.

the employment competitions.[34] It should be clarified from the outset that this legal test is a bit floppy – something not unusual in CJEU jurisprudence – since the Court's examination, as seen in twenty consecutive paragraphs (78-98) of the judgment, deals exclusively with the choice and restrictions of languages in the context of EU employment competitions.[35]In addition, that balance test neither reflects nor summarises the legal reasoning of the Court, while the issue of an opportunity of learning a second language within the institutions is rather irrelevant, as it did not reflect the court's reasoning in paragraphs 78-98 that deal with the question of the choice of the second language as an essential criterion of employability.

It should also be pointed out that there is no such a thing as an automatic and general balance of competing interests when the choice and restrictions of languages, in general, and in the context of employment, in particular, are involved. Before such a balance can ever be considered, certain preliminary questions should first be examined and established, such as where, when, and if, restrictions to languages can be permitted in the context concerned and, if yes, under which conditions.

The starting point is the provisions of Article 1 of Regulation 1 which provides that the languages of the member states are both the official and working languages of the EU.[36] It follows that the EU Commission's self-asserted three-language regime constitutes a clear violation of that provision. A limitation to the working languages of the EU is only permitted in a very narrow context under the provisions of Article 6 of Regulation No. 1. According to this Article, EU institutions are allowed to stipulate in their rules of procedure which of their languages are to be used in 'specific cases'. Since it applies to 'specific cases' only, the limitation that is afforded regards a very narrow set of circumstances that concern certain tasks or situations, rather than internal administration, staff policies or entire departments and other administrative groups and sub-groups within the EU and the EU Commission. The restriction of languages that was reflected in the employment criteria in C-566/10 P did not relate to 'specific cases' but to administrative groups in the fields of information, communication, the media, information science (library and documentation)[37] and, in the subsequent complaints submitted by Italy,[38] recruitment was examined in the domains of anti-fraud, food security (policy, legislation, audit, inspection and evaluation), printing services (Offset, Prépresse), health and, even more surprisingly, in relation to administrators of specific nationalities.[39] Cases that concern additional fields of employment are still pending before the General Court of the EU.[40] In other words, what is attempted by the EU Commission is to impose its three-language language policy on entire administrative departments and staff groups. Clearly, since EU Commission's departments and other administrative groups are not 'specific cases', they cannot be justified under the language limitation of Article 6.

In essence, as the EU Commission cannot legally justify its language discrimination regime due to the operation of Article 1 of Regulation No. 1, it attempts indirectly the same thing by imposing its language discrimination on each and every department and sub-administrative group within its various directorates. In law, a change in the language regime that could restrict, and discriminate against 21 languages can only be legally justified if the EU Commission manages the enactment of a new EU Regulation, with the EU Council acting unanimously, as

[34] Ibidem, para. 99.
[35] See, e.g., paras 85, 89, 91, ibidem.
[36] C-566/10 P, *Italy v Commission*, para. 81.
[37] Ibidem, para. 1.
[38] T-218/09; T-142/08; T-126/09; T-164/08 (12 September 2013) involving Italy v Commission.
[39] Bulgarian, Cypriot, Estonian, Hungarian, Latvian, Lithuanian, Maltese, Polish, Romanian, Slovak and Slovenian nationals.
[40] T-124/13, *Italy v Commission* - action brought on 4 March 2013 concerning posts in the fields of audit, finance/accounting, economics/statistics, biology, life and health sciences, chemistry, physics and materials science, nuclear research, civil and mechanical engineering, and electrical engineering and electronics; T-275/13, Italy v Commission - action brought on 23 May 2013 concerning posts in the fields of macroeconomics and financial economics.

is required by Article 342 of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU). An alternative action is the amendment of the Treaties to insert a new Treaty provision which would allow a language discrimination regime for the EU Commission, similar to Article 64 of Protocol No. 3 on the statute of the Court of Justice of the EU, which provides the legal basis for the existing language discrimination system of the European Court of Justice.[41] Outside these two Treaty articles, a general regime of language discrimination cannot lawfully be imposed on the workings of the EU administrative mechanism, seen within the context of an institution (such as the EU Commission's) or as an administrative group within that institution. As the administrative groups concerned in C-566/10 P, that is groups in the fields of communication, information, the media, and information science,[42] are not 'specific cases', the language discrimination that is reflected in the choice of languages as an essential criterion of employability for these groups cannot be justified under the provisions of Articles 1 and 6 of Regulation No. 1 and those of Article 342 TFEU. As this is the preliminary legal question, which cannot be established under the circumstances, other questions, such as a balance test, are not relevant, because, simply, they are not reached – and the examination of the case ends there and then.

For the purposes of the current analysis, the examination can continue on a hypothetical basis that if, and only if, a 'specific case' can be established, the restriction of languages is possible, but the choice of languages needs also a legal justification. In other words, the scope of exception in 'specific cases' is not automatic neither covers a self-announced policy but requires justification under the specific legal rules that apply to the choice of languages. This justification is examined in close relationship to the EU Staff Regulation which also deals with staff recruitment and employment competition notices. The main provision that concerns language requirements for employment in EU organs is Article 28(f) which allows a second language as a condition of employment '*to the extent necessary* for the performance of his/[her] duties'. In addition, under the provisions of Article 1(1)(f) of Annex III to the EU Staff Regulation, competition notices must specify the knowledge of languages required in view of the '*special nature of the posts*', where applicable. It is evident that the necessity of a second language, the choice of language, and the level of linguistic competence can only be justified in relation to the nature of the posts concerned. This means that the general exception of language discrimination in 'specific cases' needs prior justification that is sought in relation to an objective element: 'the nature of the posts'.[43] To the extent that all official languages of the member states can perfectly be used as working languages almost everywhere, it seems that only in extremely rare cases the post concerned should require some special linguistic skills. Such 'specific cases' where posts of a 'special nature' will require knowledge of a second language can mainly be encountered in very narrow circumstances which involve EU projects that are exclusively addressed to specific EU countries (i.e. immigration centres, the collection of data in a given country, etc.) or non-EU countries (aid missions in Africa, research projects in Latin America, etc.).

Additional safeguards exist in the form of a general anti-discrimination principle under Article 1(d)(1) of the EU Staff Regulation that includes language as a form of discrimination. A permissible exception to this principle exists under Article 1(d)(6) of the EU Staff Regulation on objective and reasonable grounds in pursuit of legitimate objectives 'in the general interest in the framework of staff police'. It takes account also the principle of proportionality which requires that the language choices concerned must be relevant and must not go beyond what is necessary to achieve the objective pursued.[44] It is noted that the effect of this general anti-discrimination provision and the attached

[41] See page with ft 21, above.
[42] See also subsequent cases and current complaints that are still pending before the General Court of the EU, fts 38, 40, above.
[43] See also C-566/10 P, *Italy v Commission*, para. 84.
[44] Ibidem, para. 93.

limitation leaves a narrower scope for a possible language discrimination due to the proportionality assessment that is involved and, in any case, it cannot be broader than that afforded by the lex specialis in the form of Article 28(f) (Title I), and Article 1(1)(f) of Annex III to the EU Staff Regulation, as mentioned above, since these two Articles deal exclusively with language issues and criteria.

Moreover, basic procedural safeguards must also be guaranteed. Where restrictions on languages are imposed in 'specific cases', the EU administrative body should specify rules of procedure in advance to indicate the languages that will be used.[45] The CJEU clarified that when employment posts are announced, the procedural rules must specify the criteria governing the choice of a second language.[46] This should also conform with Article 28(f) of the EU Staff Regulation, which limits the requirement of knowledge of the second language to the extent necessary for the performance of the employee's duties. As a corollary, it has been clarified that the relevant EU administrative authority needs to explain why a language restriction is imposed in relation to the 'specific cases' concerned.[47] The procedural obligation to give reasons means also that the reasons should appear on the actual employment competition notices when EU jobs are announced.[48]

Whether or not the reasons provided can justify the restriction on the official languages of member states, this is a question for review by the European Court of Justice when a legal challenge is initiated for this purpose. The reason that the EU Commission put forward is, as already noted, that the three languages chosen were the most used.[49] This is also the reasoning that EPSO uses in its current employment competition notices and its general rules of 2014.[50] This reasoning, however, was not examined at all by the CJEU, since, admittedly, it concerned a point of general discussion (see also section 1 above) which was irrelevant, in that it was not connected to the applicable requirements and questions of law. Taking account also procedural safeguards, it was clear that the explanation provided by the Commission was a circular and *ex post* statement.

In addition, the CJEU has found in C-566/10 P that the EU Commission did not comply with procedural safeguards to state reasons which could explain the choice of languages in the criteria of employability. Such procedural safeguards should be observed on the actual competition notices of employment. If reasons existed, the Court would be able to examine the preliminary question whether the restriction of the official languages was made in relation to 'specific cases', within the meaning of Article 6 of Regulation No. 1. Clearly, no such 'specific case' existed because the jobs were advertised in relation to whole administrative groups within the EU Commission or other EU organs. But even if a 'specific case' could supposedly exist, the choice of language and the level of linguistic competence must be assessed in relation to the nature of the post concerned, as required by both Article 28(f) (Title I), and Article 1(1)(f) of Annex III to the EU Staff Regulation. Consequently, the EU Commission could not justify the language restrictions and the choice of its three-language regime that was implemented through the competition notices for employment in the EU. A continuous monitoring of current practices is required because the language system in the EU, the use of the EU's official languages, and the publication of documents of general application in these official languages are inextricably linked, in both law and practice, to language criteria of employability for EU staff and language restrictions on publications that reflect the three-language self-asserted policy of the EU Commission.

[45] Ibidem, para. 91: 'the institutions concerned by the competitions have never adopted rules of procedure in accordance with Article 6 of Regulation No 1'.
[46] Ibidem, para. 90.
[47] Ibidem, paras. 89-91.
[48] Ibidem, para. 91. For a recent employment competition notice, see ft 11, above – the reasons stated are those submitted by the EU Commission in C-566/10 P, *Italy v Commission* that the CJEU rejected (see discussion in the following paragraphs and in section 1, above).
[49] Ibidem, para. 80.
[50] Fts 8 and 11, above.

5. Conclusion.

From the foregoing analysis, it can be concluded that the EU Commission self-asserts and operates a language discrimination regime which accepts and uses three languages only, English, German and French. This regime is implemented in practice through recruitment of employees for EU jobs who can use these three languages. In addition, the use of three languages only, and often only one, affects the publication of documents that are produced by the EU Commission and other EU organs. This discriminatory regime has been found unlawful in C-566/10 P and subsequent cases, with additional complaints pending (T-124/13; T-275/13), in which Italy has challenged the EU Commission's restriction and choice of languages that are still reflected in EPSO's essential employability criteria and recruitment tests for EU jobs. An additional issue concerns the publication of employment completion notices in three languages only. This issue involves the legal regime of all documents of general application that are produced by EU organs, including the OJEU. What appears, at first glance, to be a narrow course of legal action regarding EU jobs, in fact, the legal cases touch all rules and principles of law which govern the entire language regime of the EU. Considering that language is the most basic means of accessing information that is absolutely essential for sustaining democracy and the individual rights, interests and obligations of almost a half-billion people residing in the member states of the EU, the stakes involved go far beyond the circumstances in which the given cases arose.

The default choice of three specific languages as criteria of employability in the EU cannot be legally justified neither in general, nor in relation to departments and other sub-administrative groups, such as those in the field of information, communication, the media, information science, anti-fraud, food security etc., as seen in C-566/10 P and subsequent cases and complaints. As it is the sum of field-related groups of which the Commission and other EU organs consist or through which their work is carried out, the issue of restrictions of language concerns the EU organs as a whole (e.g. the EU Commission). As all official languages of the member states are the official working languages of the EU, as specified in Article 1 of Regulation No. 1, restrictions and choices of languages by an EU organ can only be justified through the enactment of a new Regulation with the EU Council acting unanimously, as provided for by Article 342, TFEU. For narrower contexts, limitations to the use of the official languages of the EU are possible under Article 6 of Regulation No. 1 but in 'specific cases' only. Accordingly, the restrictions on the use of languages that have been observed in C-566/10 P, subsequent cases and current EPSO's practices, cannot engage the provisions of Article 6, since they do not apply to 'specific cases' but to the workings of entire administrative groups within the EU's mechanism (esp. the Commission's). Therefore, for any change to the language regime of administrative groups that operate within the structure of an EU organ a new EU Regulation has to be agreed and enacted under the conditions stipulated in Article 342, TFEU.

If, and only if, a 'specific case' is involved, such as aid programmes in Africa or Latin America or in an individual member state of the EU, a language restriction may be permitted but the choice of the languages and the level of linguistic competence required by employment candidates are determined in relation to the 'nature of the post' concerned, as specified in the provisions of Articles Article 28(f) (Title I), and Article 1(1((f) of Annex III to the EU Staff Regulation. This requirement is examined also under the standard of proportionality. In addition, there are procedural safeguards in the form of a clear requirement to state reasons explaining the choice and the criteria of language; with such an explanation appearing also in the rules of procedure and on the actual competition notices.

To the extent that the language restriction and choice of languages in the employability criteria for EU jobs through which the EU Commission aims to implement its three-language regime cannot be legally justified in relation to the various administrative groups

operating within its enlarged mechanism, it follows that its self-asserted language discrimination policy and practice operate in clear violation of the applicable rules.

Because employment competition notices are addressed to interested individuals who reside in all member states, such job advertisements constitute 'documents of general application', under Article 4 of Regulation No.1, which requires that their publication be made in all official languages of the EU (i.e. the official languages of the member states). Since such notices must feature in C series of the OJEU edition, as stipulated by Article 1(2) of Annex III to the EU Staff Regulation, their publication in all official languages is required by Article 5 of Regulation No. 1 also. In this respect, what is involved in C-566/10 P, subsequent cases and complaints are not simply employment competition notices but the publication obligation that applies to all documents of general application and the OJEU, that is the most authoritative document which shows in practice the existence of the official languages of the EU. In dismissing the EU Commission's policy arguments and reversing the earlier judgments of the General Court on the ground of errors (on basic points) of law, the CJEU has confirmed that there are no limitations to the publication obligation under Article 5 and, hence that under Article 4, as the former is a codification of the latter. Thus, although the legal complaints are made in regard to some competition notices for employment in the EU, the law that is examined concerns the entire legal framework of publications of documents of general application that are produced by the EU. The CJEU's ruling in C-566/10 P and the subsequent cases that followed have exposed the fact that the documents of general application which are produced by the EU Commission or other EU organs, but are published in one or two or three languages only, infringe the express rules that govern the publication regime of EU documents.

Language discrimination is caused by the fact that the EU Commission and its proxy, EPSO, act ultra vires when they do not comply with express legal rules governing the use of languages and the publication of EU documents of general application. This situation remains problematic because the rules of linguistic pluralism are there to implement essential and important institutional safeguards that sustain democracy. Consequently, the continuous violation of language rules and obligations by the EU Commission and other EU organs seriously undermine the ability of the people and interested stakeholders to have access to information regarding their rights, interests and obligations which are affected by the ever-expanding EU laws and policies.

«::::::::: GA :::::::::»

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E RIFORME ISTITUZIONALI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

SEMPLIFICAZIONE E TRASPARENZA AMMINISTRATIVA: IN GAZZETTA UFFICIALE IL TESTO COORDINATO DEL D.L. N. 90/2014 CON LA LEGGE DI CONVERSIONE N. 114/2014

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 190 del 18.8.2014 è stato pubblicato il testo del d.l. n. 90/2014 coordinato con la legge di conversione n. 114/2014: «Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l´efficienza degli uffici giudiziari.» ***(D.L. n. 90/2014 coordinato con la legge di conversione n. 114/2014 in G.U. n. 190 del 18.8.2014).***

«::::::::: GA :::::::::»

DIGITALIZZAZIONE DELLA P.A.: ENTRO IL 18 SETTEMBRE DOVRÀ ESSERE COMUNICATO ALL'AGID L'ELENCO DELLE BANCHE DATI

La legge obbliga tutte le pubbliche amministrazioni e società partecipate dalle pubbliche amministrazioni (in modo totalitario o prevalente) a comunicare all´Agenzia per l´Italia digitale l´elenco delle basi di dati in loro gestione e degli applicativi che le utilizzano. Tale comunicazione deve avvenire entro il 18.9.2014 (trentesimo giorno dall'entrata in vigore della norma). L'Agenzia per l'Italia Digitale ha messo a punto una procedura on line che – a partire dal 1.9.2014 - consentirà a tutti i soggetti interessati di trasmettere, in modo semplice, l'elenco delle basi dati in loro possesso. Infatti, la trasmissione tempestiva e puntuale dell'elenco delle basi dati è adempimento cruciale per l'intero processo di digitalizzazione della P.A. italiana. Si tratta di informazioni che non servono solo per la valorizzazione del patrimonio informativo pubblico, ma sono necessarie alla realizzazione di un catalogo nazionale che consenta alle pubbliche amministrazioni di comunicare tra loro attraverso la messa a disposizione a titolo gratuito degli accessi alle proprie basi di dati mediante la cooperazione applicativa. La comunicazione dell'elenco delle basi dati rappresenta quindi uno snodo di centrale importanza per l'attuazione di numerose disposizioni del CAD e dell'Agenda Digitale Italiana. È quindi importante che i dati trasmessi ad AgID siano il più possibile completi ed aggiornati. Pertanto, nell'ottica di supportare le amministrazioni e facilitare il processo, l'Agenzia ha altresì predisposto le seguenti FAQ di ordine generale contenenti chiarimenti sull'adempimento richiesto ***(Comunicato AgID settembre 2014).***

«::::::::: GA :::::::::»

RIFORMA DELLA PUBBLICA AMMINISTRATIVA: IL DOSSIER DELLA FUNZIONE PUBBLICA SULLA NUOVA LEGGE

Equità, compensi pubblici, anticorruzione, semplificazioni ed efficienza con mobilità. Con si´ definitivo della Camera dei deputati il decreto "Madia" sulla Pubblica amministrazione è diventato legge. I voti a favore sono stati 303, 163 i contrari, 9 gli astenuti. Nella giornata del 5 agosto il Senato con 160 voti

favorevoli e 106 contrari aveva approvato la fiducia sul maxi-emendamento interamente sostitutivo dell´articolo unico del disegno di legge (AS 1582) di conversione del d.l. 24.6.2014, n. 90, recante "Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l´efficienza degli uffici giudiziari". Il ddl, che recepiva le modificazioni già approvate dalla Camera dei Deputati (AC 2486 approvato il 31.7.2014) e quelle proposte dalla commissione Affari Costituzionali del Senato, è tornato ieri alla Camera in seconda lettura (AC 2486B) per l´approvazione difinitiva. L´obiettivo del Governo, ha detto il ministro Madia intervenuta al Senato nel dibattito sul ddl, è quello di "uscire dalla rappresentazione decadente che oggi travolge la nostra amministrazione pubblica e che travolge anche il tanto di buono che c´è oggi nelle professionalità della pubblica amministrazione". Uscire dalla cultura del certificato per reimpostare il rapporto cittadino-macchina pubblica. Di seguito alcune delle modifiche apportate rispetto al testo varato dal Consiglio dei Ministri. Disciplina in materia di risoluzione unilaterale del contratto Estesa anche ai dirigenti la norma, riformulata dalla Camera, che prevede il pensionamento anticipato d´ufficio per i dipendenti delle P.A., incluse le autorità indipendenti, che abbiano raggiunto il massimo dei contributi pensionistici (attualmente pari a 42 anni e 6 mesi per gli uomini e 41 anni e 6 mesi per le donne) e i 62 anni di età (al di sotto della quale opererebbero riduzioni percentuali del trattamento pensionistico). Resta escluso dall´àmbito di applicazione dell´istituto il personale di magistratura e i professori universitari, metre è innalzato a 65 il limite minimo di età per i responsabili di struttura complessa del Servizio sanitario nazionale. Mobilità obbligatoria e volontaria I dipendenti delle PA, possono essere trasferiti in sedi della stessa Amministrazione, o di un´altra Amministrazione, collocate nel territorio dello stesso comune ovvero a distanza non superiore a 50 chilometri dalla sede in cui prestano servizio. Sono esclusi da tale obbligo i dipendenti con figli di età inferiore ai tre anni, che hanno diritto al congedo parentale, e i soggetto tutelati dalla legge 104/1992. Consulenze e incarichi dirigenziali a personale in quiescenza Esteso anche agli Enti e alle Società partecipate il divieto di conferimento di incarichi di studio e di consulenza a titolo oneroso, a qualsiasi persona in quiescenza, si tratti di lavoratore privato o pubblico, già appartenente a quella o altra amministrazione. Gli incarichi a titolo gratuito sono invece consentiti con una durata non superiore ad un anno, non prorogabile, né rinnovabile, presso ciascuna Amministrazione. Turn over nella Pubblica Amministrazione Per garantire gli standard operativi e i livelli di efficienza ed efficacia del Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco, viene autorizzata l´assunzione di 1030 unità. Divieto di richiedere al cittadino informazioni e dati. Inserito il divieto alle PA di richiedere al cittadino informazioni e dati già presenti entro l´Anagrafe nazionale della popolazione residente ***(Dossier Funzione Pubblica del 7.8.2014).***

«::::::::: GA :::::::::»

ANTICORRUZIONE: IN ARRIVO AGLI ENTI LOCALI IL QUESTIONARIO DELLA PREFETTURA SULL´ATTUAZIONE DELLA TRASPARENZA E LA PREVENZIONE DEI FENOMENI DI CORRUZIONE

Il Ministro dell´Interno ed il Presidente dell´Autorità Nazionale Anticorruzione hanno sottoscritto un protocollo d´Intesa con il quale hanno adottato le Linee guida ANAC - Prefetture - UTG ed Enti Locali per l´avvio di un circuito collaborativo per la prevenzione dei fenomeni della Corruzione e l´attuazione della Trasparenza.In particolare con le linee guida si forniscono i primi orientamenti interpretativi utili per l´attuazione delle previsioni sancite dall´art. 32 del d.l. 90/2014 che consente al Presidente dell´A.N.AC. di richiedere ai Prefetti di adottare straordinarie misure per la gestione ed il monitoraggio dell´impresa che risulti coinvolta nei procedimenti penali per i più gravi reati contro la pubblica amministrazione o di situazioni anomale o sintomatiche di condotte criminali. Le Linee si suddividono in Settore Enti Locali e Settore Appalti Pubblici. Relativamente al Settore Enti locali si è voluto fare il punto

sull´adozione dei Piani Triennali di prevenzione della Corruzione e dei Programmi per la Trasparenza e l´Integrità con i quali le P.A. rispettivamente individuano da un lato i piani istituzionali più esposti a rischio corruzione con le conseguenti contromisure e dall´altro rendono accessibili informazioni essenziali sui servizi erogati, i rispettivi costi (effettivi e di personale) supportati nonchè l´andamento di quest´ultimi nel tempo. Sia per il Piano Triennale che per i Programmi per la Trasparenza l´ANAC con deliberazione n. 50/2013 ha fissato il termine del 31 gennaio di ogni anno per la loro adozione e pubblicazione di guisa che in virtù delle Linee Guida in argomento le Prefetture entro 15 giorni dalla pubblicazione delle Linee Guida invieranno in via telematica agli Enti Locali delle rispettive province (Comuni, Province, Comunità Montane) un apposito questionario che, debitamente compilato, dovrà essere restituito nei 45 giorni dalla pubblicazione delle Linee guida. Nei successivi trenta giorni i Prefetti inoltreranno all´ANAC i risultati dell´iniziativa.Le voci presenti nel questionario sono dirette a far emergere le criticità incontrate nella redazione del Piano anticorruzione e del Programma per la Trasparenza ed Integrità e, quindi, orientare le iniziative dei Prefetti in tutti gli ambiti di intervento a supporto degli Enti Locali e della collettività.Il Protocollo prevede poi ulteriori misure per quanto attiene al settore degli Appalti ***(Protocollo d´Intesa A.N.AC. e Ministero dell´Interno sulle Linee guida per l´avvio di un circuito collaborativo per la prevenzione dei fenomeni della Corruzione e dell´attuazione della Trasparenza Sezione Enti Locali).***

«::::::::: GA :::::::::»

RIFORMA DELLA P.A.: LE OSSERVAZIONI DEL PRESIDENTE CANTONE AL D.L. N. 90/2014

Il Presidente dell´Autorità Nazionale Anticorruzione, Raffaele Cantone in data 3.7.2014 ha partecipato all'audizione della Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati in relazione all'iter di conversione del d.l. n. 90 del 2014 e ha depositato le osservazioni al testo del decreto-legge citato ***(Osservazioni A.N.AC. al dl n. 90/2014 del 3.7.2014).***

«::::::::: GA :::::::::»

REDAZIONALI

RICONOSCIMENTO DEI DEBITI FUORI BILANCIO E INERZIA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

dell'Avv. Enrico Gai

Ai sensi dell'art. 194 del TUEL sussiste un obbligo giuridicamente rilevante per l'amministrazione di provvedere sull'istanza di riconoscimento dei debiti fuori bilancio.

In application of the art. 194 TUEL, the Public Administration is forced to provide on the request for the recognition of off-balance sheet liabilities.

Sommario: 1. I presupposti normativi del riconoscimento dei debiti fuori bilancio degli enti locali: l'art. 194 del TUEL. 2. Il procedimento previsto per il riconoscimento dei debiti fuori bilancio e i possibili rimedi esperibili contro l'inerzia dell'Amministrazione. 3. Sulla configurabilità di danni erariali conseguenti al riconoscimento dei debiti fuori bilancio.

1. I presupposti normativi del riconoscimento dei debiti fuori bilancio degli enti locali: l'art. 194 del TUEL.

Il riconoscimento dei debiti fuori bilancio è un istituto pubblicistico che trova fondamento nell'art. 194 del d. lgs. 18.8.2000, n. 267 (TUEL), il quale impone agli enti locali di valutare ed eventualmente approvare le prestazioni di beni e servizi rese a favore degli stessi, ancorché assunte in violazione formale delle norme di contabilità previste dall'art. 191 TUEL.

Si tratta di una novità rilevante rispetto al precedente assetto normativo della finanza locale (art. 35, co. d. lgs. 77/1995), che invece prevedeva, in caso di acquisizione di beni e servizi in violazione degli obblighi di contabilità, che il rapporto obbligatorio intercorresse, ai fini della controprestazione, tra il privato fornitore e il funzionario o dipendente pubblico che aveva consentito la fornitura: tale eventualità è invece oggi prevista soltanto in via residuale dall'art. 191, co. 3, TUEL, relativamente alla fattispecie di mancato o parziale riconoscimento del debito da parte dell'Amministrazione.

Invero, l'art. 4 del d. lgs. 342/1997, confluito nell'art. 191 TUEL, ha introdotto il principio della validità del rapporto obbligatorio direttamente con l'Amministrazione, a condizione che la prestazione o il bene fornito siano riconoscibili come debiti fuori bilancio e che le acquisizioni di beni e servizi siano passibili di dichiarazione di utilità da parte dell'ente, con conseguente previsione di spesa - anche fuori bilancio - nel caso in cui il relativo impegno di spesa non sia stato ancora previsto.

È stata in tal modo recepita l´elaborazione giurisprudenziale, in particolare della Corte dei conti e della Corte di Cassazione, in tema di ingiustificato arricchimento della P.A., stabilendo che sono permanentemente sanabili i debiti derivanti da acquisizioni di beni e servizi, relativi a spese assunte in violazione delle norme di contabilità, per la parte in cui sia accertata e dimostrata l´utilità e l´arricchimento che ne ha tratto l´ente locale e sempre che tali acquisti rientrino nelle funzioni di competenza dell´ente (art. 194, co. 1, lett. e) TUEL).

Si può invece prescindere dal suddetto accertamento di utilità nel caso in cui il debito assunto dall'Amministrazione fuori bilancio ricada nelle diverse fattispecie previste dal medesimo art. 194 (lett. a, b, c, d,), per le quali il pagamento del debito si configura come atto dovuto al ricorrere dei presupposti

ivi espressamente contemplati, come nel caso di sentenze esecutive.

2. Il procedimento previsto per il riconoscimento dei debiti fuori bilancio e i possibili rimedi esperibili contro l'inerzia dell'Amministrazione.

In merito al procedimento per il riconoscimento del debito fuori bilancio, l'art. 194 del TUEL prevede in particolare che *"Con deliberazione consiliare di cui all'art. 193, co. 2, o con diversa periodicità stabilita dai regolamenti di contabilità, gli enti locali riconoscono la legittimità dei debiti fuori bilancio derivanti da: … e) acquisizione di beni e servizi, in violazione degli obblighi di cui ai coo. 1, 2 e 3 dell'art. 191, nei limiti degli accertati e dimostrati utilità e arricchimento per l'ente, nell'espletamento di pubbliche funzioni e servizi di competenza"*.

La proposta della deliberazione per il riconoscimento dei debiti spetta dunque al responsabile amministrativo del servizio competente per materia, che dovrà accertare l'effettiva utilità che l´ente ha tratto dalla prestazione altrui, intesa in termini di arricchimento funzionale da parte della stessa Amministrazione (Cass., I, 12.7.1996, n. 6332). Si rende quindi necessaria un'attività istruttoria da parte del responsabile del settore formalizzata in una relazione che contenga: a) i riferimenti della situazione debitoria dell'ente in relazione all'eventuale debito da riconoscere ai sensi dell'art. 194, co. 1, lett. e) TUEL; b) la sussistenza dei requisiti oggettivi richiesti per il legittimo riconoscimento di ciascun debito, ovvero l'utilità e l'arricchimento per l'Ente di servizi acquisiti nell'ambito dell'espletamento di servizi di competenza. Sulla relazione istruttoria dovrà poi pronunciarsi l'organo consiliare con propria deliberazione, la cui adozione conclude definitivamente il procedimento.

La giurisprudenza più recente ha peraltro precisato che il procedimento in questione costituisce atto dovuto da parte dell'ente al quale sia pervenuta l'istanza di riconoscimento del debito fuori bilancio, essendo altrimenti pacificamente riconosciuta al privato la possibilità di esperire i rimedi previsti dalla legge nel caso di inerzia dell'Amministrazione, in particolare attraverso la proposizione dell'azione di accertamento dell'obbligo di provvedere prevista dall'art. 31 del d.lgs. 104/2010.

Non osta infatti alla esperibilità della suddetta azione la circostanza che il procedimento di riconoscimento del debito fuori bilancio costituisca attività non vincolata sia sotto il profilo dell'*an*, sia del *quantum*, trattandosi comunque di esercizio di una attività amministrativa discrezionale in relazione alla quale la posizione del soggetto richiedente si sostanzia in un interesse legittimo di carattere pretensivo e pertanto ricadente senza dubbio nell'ambito dell'azione di accertamento di cui all'art. 31 cit., dal quale invece esulano certamente le domande volte all'accertamento di diritti soggettivi (CdS, V, 4.8.2014, n. 4143).

In ogni caso si ritiene che il riconosciuto carattere discrezionale del suddetto procedimento non precluda in assoluto al giudice amministrativo, adito con l'azione avverso il silenzio, di potersi pronunciare anche sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 31, co. 3, del d.lgs. 104/2010 nel caso di attività vincolata o in mancanza di ulteriori margini di esercizio della discrezionalità.

Può infatti darsi il caso concreto che la stessa Amministrazione abbia, con propri atti o comportamenti pregressi, fornito riscontro positivo in ordine alla sussistenza dell'utilità delle prestazioni rese comunque senza titolo dal soggetto istante, per le quali non ci sia quindi da compiere alcuna scelta discrezionale che possa sfociare in soluzioni diverse dall'effettivo riconoscimento del debito.

In tale eventualità, fermo restando il limite dell'impossibilità di sostituirsi all'Amministrazione, ben potrebbe il giudice riconoscere la fondatezza della pretesa in modo tale da evitare che l'ente possa sottrarsi al pagamento di quanto da esso stesso riconosciuto. Tale evenienza risulta del resto riconosciuta dalla stessa giurisprudenza, laddove, alla luce dei fatti accertati in corso di causa, i requisiti dell' *utilitas* e dell'arricchimento siano facilmente riscontrabili nel pregresso comportamento dell'Amministrazione, tanto da riconoscere "*l'esistenza di una prestazione obiettivamente utile per il Comune, ma resa in assenza di titolo negoziale*" (CdS,V, 27.12.2013, n. 6269).

3. Sulla possibile configurabilità di danni erariali conseguenti al riconoscimento dei debiti fuori bilancio.

La legittimazione riconosciuta agli enti locali dall'art. 194 TUEL di poter regolare in via postuma prestazioni affidate senza titolo e fuori bilancio non esclude a priori la configurabilità di un danno erariale al ricorrere dei presupposti della responsabilità contabile dell'ente che riconosca l'esistenza del debito assunto fuori bilancio.

Occorre pertanto evitare che tale strumento, sorto per regolare situazioni eccezionali e saltuarie, sia utilizzato come ordinario mezzo di acquisizione di beni e servizi, suscettibile di pregiudicare gli equilibri economico finanziari dell'ente e i vincoli di bilancio previsti dall'art. 193 TUEL.

In particolare, in giurisprudenza si è ritenuto che non siano normalmente riconoscibili gli oneri per interessi, spese giudiziali, rivalutazione monetaria ed, in generale, i maggiori esborsi conseguenti a ritardato pagamento di forniture, trattandosi di voci di spesa che non comportano alcuna utilità e arricchimento per l'ente, rappresentando quindi un ingiustificato danno patrimoniale del quale devono rispondere coloro che hanno determinato il danno (C. conti, App. I, 7.5.2012, n. 238).

Al riguardo, occorre peraltro ricordare che ai sensi dell'art. 23, co. 5 della l. 289/2002 *"I provvedimenti di riconoscimento di debiti posti in essere dalle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 co. 2 del d.lgs. 30.3.2001 n. 165, sono trasmessi agli organi di controllo ed alla competente procura della corte dei conti"*.

In tale prospettiva di controllo di legittimità sulle deliberazioni assunte per il riconoscimento di debiti fuori bilancio, sarà dunque necessario dimostrare in modo rigoroso la sussistenza dei presupposti richiesti dall'art. 194 TUEL, ovvero l'adeguata copertura di bilancio e le ragioni di utilità e di effettivo arricchimento dell'ente.

Utili parametri di accertamento dell'eventuale danno erariale derivante dal riconoscimento di debiti si possono rintracciare all'interno dell'art. 17, co. 30 *ter* del d.l.. 78/2009 (c.d. decreto anticrisi), il quale stabilisce che *"per danno erariale perseguibile innanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti si intende l'effettivo depauperamento finanziario o patrimoniale arrecato ad uno degli organi previsti dall'art.114 della Costituzione o ad altro organismo di diritto pubblico, illecitamente cagionato ai sensi dell'art. 2043 del c.c.. L'azione è esercitabile da pubblico ministero contabile, a fronte di una specifica e precisa notizia di danno, qualora il danno stesso sia cagionato per dolo o colpa grave"*.

In base alla formulazione della predetta norma, dunque, ai presupposti per l'azione di responsabilità, previsti dalla l. n. 20/94, si aggiungono "*l'effettivo depauperamento finanziario o patrimoniale"* e la *"specifica e precisa notizia di danno"*, in assenza dei quali non è consentito lo svolgimento di attività istruttoria volta alla ricerca degli elementi finalizzati a costruire una azione di responsabilità.

«::::::::: GA :::::::::»

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. IV 3.9.2014, n 4493

Accesso ai documenti dell´Arma dei Carabinieri: al militare può essere concesso l´accesso ai documenti la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici, ma solo in visione senza il rilascio di copie.

Nel giudizio in esame un carabiniere in servizio presso la Compagnia di Vibo Valentia ha chiesto di essere trasferito in Sicilia ai fini di un ricongiungimento al coniuge lavoratore. Il Comando ha opposto un diniego, ed il carabiniere è ricorso al TAR. Ha fatto inoltre domanda di accesso al fine di verificare la situazione degli organici nei Comandi di appartenenza e di invocata destinazione, nonché i motivi per i quali alcuni dei colleghi erano stati trasferiti, prima e dopo. Il Comando ha denegato l'ostensione ritenendola inibita dall'art. 1049 del d.P.R. 90/2010 (atti riguardanti la struttura ordinativa e dotazioni organiche di personale, mezzi, armamento….dell'Arma dei carabinieri). Il TAR ha accolto il ricorso, in relazione agli atti di natura organizzativa, ritenendo sussistere ineludibili esigenze di difesa del ricorrente; lo ha dichiarato invece inammissibile per gli atti riguardanti il trasferimento di altri militari in quanto non notificato ai controinteressati. Avverso la sentenza ha proposto appello l'amministrazione. Gli atti sarebbero riservati ex art. 1049 d.P.R. 90/2010, e comunque non utili alla difesa in giudizio del ricorrente attesa la discrezionalità che connota i trasferimenti. In sede cautelare, il Collegio ha ritenuto non sussistenti i presupposti per un inibitoria della provvisoria efficacia della sentenza gravata, sicché, nelle more della decisione l'amministrazione ha consentito l'accesso, seppur nelle forme della sola visione. La Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha accolto in parte l´appello proposto dal Ministero della Difesa. in primo luogo il Collegio ha ritenuto priva di fondamento la censura in ordine alla violazione dell'art. 1049 co. 2 lett. b) del d.P.R. 90/2010. E' vero che la norma sottrae all'accesso per 50 anni "i documenti concernenti la struttura ordinativa e dotazioni organiche di personale, mezzi, armamento, e munizionamento tecnico dei reparti dell´Arma dei carabinieri, con riferimento alla concreta utilizzazione dei mezzi, dell´armamento e munizionamento tecnico e alla dislocazione delle dotazioni organiche", tuttavia, ciò fa in dichiarata applicazione dell'art. 24 della l. 241/90. E' quindi a tale fonte che occorre guardare per comprendere i limiti entro i quali la deroga opera: essa consente al Governo di prevedere casi di sottrazione al diritto di accesso in relazione (per quanto qui rileva) all'interesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico, della prevenzione e repressione della criminalità, ma ha cura di specificare che "deve comunque essere garantito ai richiedenti l´accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici" (art. 24 co. 7). Il legislatore ha cioè operato a monte un bilanciamento degli interessi, affermando la cedevolezza delle esigenze connesse alla segretezza, dinanzi a quelle alla difesa degli interessi dell'istante, ove i documenti risultino perciò necessari. Non v'è dubbio che, nel caso di specie, le tabelle degli organici fossero necessarie a contestare efficacemente, nella sede giurisdizionale amministrativa (presso la quale già all'epoca della domanda pendeva giudizio), il diniego opposto dall'amministrazione alla domanda di ricongiungimento. Il Giudice dell'accesso, ovviamente, non può che compiere una valutazione in astratto della necessità difensiva evidenziata, e della pertinenza del documento, non potendo giungere sino a sindacare – come perorato dall'appellante - la concreta utilità della documentazione ai fini della vittoriosa conclusione di quel giudizio. Piuttosto, ed in questo si coglie un profilo di fondamento dell'appello principale, la tendenziale segretezza della documentazione deve essere contemperata con le esigenze di difesa, operando, ove ragionevolmente possibile, sulle modalità dell'ostensione (apposizione di omissis, visione senza rilascio di copia, etc.). A motivo di ciò, nel caso di specie, pur

dovendosi affermare il diritto del militare ad ottenere accesso alla documentazione richiesta, deve nondimeno individuarsi, quale modalità idonea ad assicurare il predetto contemperamento, la sola visione del documento senza il rilascio di copie. Le copie, in quando riproducibili e divulgabili, potrebbero infatti arrecare grave nocumento agli interessi pubblici tutelati dall'amministrazione (incolumità, sicurezza), senza al contempo garantire all'istante un'utilità ulteriore, necessaria in chiave difensiva, rispetto a quanto già assicurato dalla conoscenza del dato e dalla sua valorizzabilità in giudizio.

Consiglio di Stato Sez. V 4.8.2014, n. 4143

La procedura del silenzio-rifiuto è applicabile solo agli interessi legittimi e non anche ai diritti soggettivi.

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza del 4.8.2014 ha precisato il limite applicativo dell´ art. 31 del codice del processo amministrativo sul silenzio –rifiuto stabilendo che è "... essenziale che esso riguardi l´esercizio di una potestà amministrativa e che la posizione del privato si configuri come interesse legittimo, con la conseguenza che il ricorso è inammissibile allorché la posizione giuridica azionata dal ricorrente consista in un diritto soggettivo". I Giudici di Palazzo Spada dunque, ritengono che la procedura sia azionabile soltanto in relazione ad interessi legittimi e non nel caso in cui rilevino meri diritti soggettivi, con ciò, operando anche un discrimen tra giurisdizione amministrativa e quella ordinaria. Precisano ancora, che è precluso ai giudici la sostituzione alla pubblica amministrazione nell'azione dell'emanando provvedimento richiesto. Invero, i giudici amministrativi non possono andare oltre il limite dell'interesse legittimo pretensivo e nell'effetto dichiarativo dell'illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione sullo stesso. Altresì, la sentenza lascia spazio anche ad una ipotesi tutt'altro che infrequente, ossia, alla possibilità di ottenere il risarcimento del danno anche in mancanza di una utilitas del provvedimento che per svariate ragioni sarebbe oramai tardivo e non più efficace. Pertanto, la dichiarazione dell'illegittimo silenzio da parte dei giudici aprirebbe la strada per il richiedente alla possibilità di ottenere il risarcimento del danno, benchè non più interessato al provvedimento oggetto di rifiuto perché oramai inutiliter dato.

Consiglio di Stato Sez. IV, 31.7.2014, n. 4047

Commissione per l´accesso ai documenti amministrativi: nell´impugnazione delle decisioni della Commissione la determinazione della competenza territoriale del TAR va individuata con riferimento al provvedimento in ordine al quale è stato proposto ricorso alla Commissione e non alla decisone di quest´ultima.

Nella sentenza in esame la Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha evidenziato come la giurisprudenza, in tema di impugnative delle decisioni della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi (in particolare, TAR Veneto, 13.10.2011 n. 1557), abbia individuato il criterio per la determinazione della competenza territoriale in analogia a quanto valevole in altri casi di procedimento giustiziale interno alla stessa amministrazione (e in particolare, facendo perno sulla giurisprudenza resa nei casi di impugnazione di decisione su ricorsi gerarchici, come in CdS, IV, 29.10.2002, n. 5920; id., sez. VI, 7.2.2002, n. 723; id., sez. IV, 28.11.1994, n. 973). Nel dettaglio, si è ritenuto che la competenza territoriale del TAR vada ritenuta con riferimento al provvedimento avverso il quale è stato proposto ricorso alla Commissione per l´accesso, e non con riferimento alla decisione di quest´ultima, che non costituisce l´atto conclusivo del procedimento, ma un rimedio di tipo giustiziale cui seguono ulteriori fasi procedimentali. Pertanto, essendo fondante il provvedimento amministrativo a monte, il riferimento normativo applicabile è dato dall'art. 13, recante "Competenza territoriale inderogabile" del codice del processo amministrativo che, al secondo periodo del primo comma, recita: "Il tribunale amministrativo regionale è comunque inderogabilmente competente sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni i cui effetti diretti sono limitati all´ambito territoriale della regione in cui il tribunale ha sede." Nel caso in esame, peraltro, il primo giudice, pur avendo cognizione della su indicata giurisprudenza, ha ritenuto di non doverne fare uso in quanto "tale principio non può trovare applicazione laddove - come nella fattispecie in esame - viene in rilievo non già un profilo relativo al rapporto sostanziale dedotto (accesso rispetto ad un determinato atto emanato dalla Autorità locale) quanto, piuttosto, un vizio proprio del procedimento dinanzi alla

Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi che si è riverberato sull'atto conclusivo del procedimento stesso." Osserva tuttavia la Sezione come la soluzione adottata sia assolutamente incompatibile con il piano ordinamentale. Dal punto di vista del rispetto della norma di legge, non è dato rinvenire nella disciplina processuale un aggancio argomentativo che consenta di radicare la competenza in funzione della tipologia di vizio lamentato, in quanto il sistema costruito nel capo IV del libro I del codice si fonda su elementi dell'atto gravato (autorità emanante, luogo degli effetti, soggetti destinatari) oggettivamente percepibili e non condizionati dalle scelte difensive delle parti. Dal punto di vista dell'efficienza del sistema, la modalità usata dal T.A.R. si presta ad una indicazione della competenza territoriale a geometria variabile, in quanto collegata all'accoglimento o meno delle istanze della parte ricorrente, che non si concilia con le esigenze di certezza e di celerità del rito dell'accesso. Conclusivamente, va accolta l'eccezione, ritualmente proposta a norma dell'art. 15, co. 1 secondo periodo, del codice del processo amministrativo, di incompetenza territoriale dell'adito TAR del Lazio, dovendosi indicare come giudice di prime cure competente il TAR della Lombardia.

Consiglio di Stato Sez. IV, 31.7.2014, n. 4046

Accesso ai documenti tributari: l´inaccessibilità agli atti è temporalmente limitato alla fase di pendenza del procedimento tributario, non emergendo esigenze di segretezza nella fase che segue la conclusione del procedimento di adozione dell'accertamento definitivo.

Il principio di inaccessibilità degli atti del procedimento tributario di cui all'art. 24 della l. 241/90 riformulato dalla L. 15/2005 - deve essere interpretato alla luce delle modifiche della l. 27.7.2000, n. 212 "Statuto dei diritti del contribuente" per cui: -- il ruolo del soggetto passivo dell'obbligazione nell'ambito dell'accertamento tributario è infatti passato da una posizione di mera soggezione passiva ad un ruolo di attiva partecipazione; -- vi è stata una progressiva valorizzazione dei canoni di collaborazione e di contraddittorio fra le parti del rapporto tributario, In tale quadro dunque, l´inaccessibilità agli atti che concernono il contribuente deve essere temporalmente limitato alla fase di pendenza del procedimento tributario, non emergendo esigenze di segretezza nella fase che segue la conclusione del procedimento di adozione dell'accertamento definitivo dell´imposta dovuta, sulla base degli elementi reddituali che conducono alla quantificazione del tributo. Né possono rinvenirsi elementi interpretativi di senso contrario nella diversità testuale tra l´art. 24 nella sua formulazione originaria, che stabiliva che non è comunque ammesso l´accesso agli atti preparatori nel corso della formazione dei provvedimenti di cui all´art. 13, tra i quali erano contemplati anche quelli tributari, e quella introdotta per effetto della sostituzione operata dall´art. 16 co. 1 lett. b), l. 11.2.2005 n. 15, tenuto conto che la ratio della modifica è da ricercarsi nell´esigenza di armonizzare dal punto di vista lessicale i due articoli (CdS, IV 28.3.2012 n. 1816; CdS, IV, 21.10.2008, n. 5144, CdS, IV, 13.1.2010, n. 53). Una volta concluso il procedimento di accertamento, il diritto di accesso non può essere ulteriormente differito di talché la parte pubblica deve, su istanza della parte privata interessata, rendere disponibili tutti gli atti di riferimento dato che, di norma, deve riconoscersi in capo al contribuente un interesse giuridicamente rilevante ad accedere agli atti relativi al procedimento tributario che lo vede coinvolto. Diversamente opinando, risulterebbe difficile comprendere come la parte privata possa altrimenti far fronte alla necessità di difendersi concretamente in altra sede giudiziaria se non le venisse consentito di accedere agli atti tributari che la riguardano. In linea di principio quindi, ai sensi dell'art. 24, co. 1, lett. b) della l. 241/90, il diritto di accesso è esperibile da parte del contribuente,o di qualsiasi altro titolare di un interesse qualificato anche nei procedimenti di natura tributaria, ancorché la disciplina fiscale – cui rinvia espressamente la legge in materia di procedimento amministrativo – nulla disponga al riguardo. Quanto poi all'asserita non suscettibilità dei documenti de quibus di essere oggetto di accesso si ricorda che i requisiti d'interesse richiesti dalla legge per legittimare l'accesso agli atti sussistono implicitamente, e senza necessità di dimostrazione, in tutti i casi in cui il soggetto richiedente è direttamente interessato dal provvedimento amministrativo adottato.

Infatti,fatte salve le ipotesi tassative di attività segretate, coloro nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti (ex art. 10, l. n. 241/1990), o che per

legge debbono intervenirvi (ex art. 7, 1 co., l. n. 241), ovvero comunque tutti i soggetti ai quali possa derivare un pregiudizio dal provvedimento (ex art. 9, l. n. 241) hanno diritto di accedere ai documenti amministrativi. Nel caso in questione, sia la nota prot. 54071 del 7.12.2012 della Direzione Regionale del Veneto dell'Agenzia delle Entrate, sia la presupposta richiesta di parere dalla Direzione Provinciale di Treviso sull'ipotesi di definizione degli accertamenti emessi nei confronti della società, erano relative ad un procedimento di accertamento con adesione che si è concluso infruttuosamente, per decorrenza dei termini. Dunque si deve ritenere sussistenti nel caso di specie un interesse giuridicamente rilevante alla conoscenza degli atti e delle determinazioni che hanno portato l'Agenzia delle Entrate a rinunciare alla conclusione del procedimento di adesione avviato da parte contribuente, se ed in quanto tali atti esistono.

Infatti se l'Ente non aveva alcun dovere di concludere necessariamente con un provvedimento formale, il procedimento di accertamento con adesione ma ben poteva semplicemente far spirare i termini per la conclusione, ciò non toglie il suo dovere di ostensione dei relativi atti istruttori sulla cui base aveva ritenuto che non vi erano i presupposti per raggiungere una composizione bonaria della vertenza. Infine deve anche respingersi l'argomentazione per cui il parere richiesto fosse un "parere legale" in senso tecnico del termine e come tale dovesse essere escluso dall'accesso in quanto era stato formato nell'ambito dell'iter procedimentale. Come è noto, sono coperti da segreto professionale (artt. 622 c.p. e 200 c.p.p.) solo i "pareri legali" che attengono al diritto di difesa in un procedimento giurisdizionale: come è confermato anche dagli artt. 2 e 5 del d.P.C.M. 26.1.1996, n. 200. Quindi, se è vero che in virtù del principio di salvaguardia della strategia processuale della parte, questa non è tenuta a rivelare ad alcun soggetto e, tanto meno, al proprio contraddittore, attuale o potenziale, gli argomenti in base ai quali intende confutare le pretese avversarie, è anche vero che questo principio non vale con riferimento ai pareri legali interni richiesti nell'ambito dell'attività istruttoria prodromica all'adozione del provvedimento amministrativo (si veda sul punto CdS, VI, 30.9.2010 n. 7237).

Consiglio di Stato Sez. V, 7.7.2014, n. 3446

Consiglieri comunali: l'omissione o il ritardo nel fornire ai consiglieri dell'ente locale la copia di atti presupposti ad una proposta di delibera non costituisce lesione delle prerogative inerenti l'ufficio.

Nel giudizio in esame la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha ribadito quanto già evidenziato dal CdS. tato, sez. V, 19.4.2013, n. 2213): a) la legittimazione dei consiglieri dissenzienti ad impugnare le delibere dell'organo di cui fanno parte ha carattere eccezionale, dato che il giudizio amministrativo non è di regola aperto alle controversie tra organi o componenti di organi di uno stesso ente, ma è diretto a risolvere controversie intersoggettive, per cui essa rimane circoscritta alle sole ipotesi di lesione della loro sfera giuridica, come per esempio lo scioglimento dell'organo o la nomina di un commissario ad acta, in cui detto effetto lesivo discende ab externo rispetto all'organo di cui fa parte (CdS, V, 31.1.2001, n. 358 e più recentemente 19.2.2007, n. 826; 9.10.2007, n. 5280; 29.4.2010, n. 2457; 24.3.2011, n. 1771; 21.3.2012, n. 1610); b) la legittimazione ad agire del consigliere non risiede nella deviazione dell'atto impugnato rispetto allo schema normativamente previsto, quando da essa non derivi la compressione di una sua prerogativa inerente all'ufficio, occorrendo in ogni caso aver riguardo a questo fine, "alla natura e al contenuto della delibera impugnata" e non già delle norme interne relative al funzionamento dell'organo (CdS, V, 15.12.2005, n. 7122); c) la contestazione del componente di un organo collegiale non può limitarsi a censurare l'oggetto o le modalità di formazione della deliberazione del medesimo organo, senza dedurre che da esse ne sia derivata una lesione delle sue prerogative, giacché questa non discende automaticamente da violazioni di forma o di sostanza nell'adozione di un atto deliberativo (CdS, V, 29.4.2010, n. 2457); d) l'omissione o il ritardo nel fornire ai consiglieri dell'ente locale la copia di atti presupposti ad una proposta di delibera non costituisce lesione delle prerogative inerenti l'ufficio di consigliere comunale, rimanendo la sua tutela circoscritta in un ambito esclusivamente politico, all'interno dell'organo di cui fa parte, affidata all'espressione a verbale del proprio dissenso in quanto corollario del più generale principio sopra affermato (CdS, 21.3.2012, n. 1610).

Consiglio di Stato Sez. V, 7.7.2014, n. 3435

Processo amministrativo: le perizie di parte - quando sono poste a supporto dei motivi di primo grado - costituiscono mezzi di prova sottoposte alla valutazione del giudice.

Come già affermato dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato (sentenza 5.3.2014, n. 1058), le perizie di parte - quando sono poste a supporto dei motivi di primo grado - costituiscono mezzi di prova sottoposte alla valutazione del giudice: in loro assenza, il giudice deve decidere in base alle acquisite risultanze probatorie, con statuizioni che sono sindacabili in sede di appello in ordine alla loro logicità e condii visibilità: per il complessivo quadro degli elementi probatori, in sede d'appello si applica il divieto di cui alla citata disposizione, che può essere superato in caso di indispensabilità della nuova prova, come prevede il medesimo co. 2 dell'art. 104, sempreché questa non venga offerta allo scopo di integrare le acquisizioni probatorie per le quali vi era il relativo onere nel giudizio di primo grado (cfr., tra le altre, Sez. III, 13.9.2013, n. 4546, 12.4.2013, n. 1987; Sez. IV, 13.12.2013, n. 5995, 5.11.2012, n. 5622; Sez. V, 31.10.2013, n. 5251, 26.9.2013, n. 4793, 21.6.2013, n. 3427; 14.6.2013, n. 3319, 14.5.2013 n. 2607).

«::::::::: GA :::::::::»

- OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE -

Responsabile scientifico: Dott. Marco Benvenuti

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

Corte costituzionale, 25.7.2014, n. 224
Bilancio e contabilità - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 25, l. Prov. Bolzano 19.7.2013, n. 10 *(Modifiche di leggi provinciali in materia di urbanistica, tutela del paesaggio, foreste, aree per insediamenti produttivi, miglioramento fondiario, attività ricettiva, espropriazioni, associazioni agrarie, alimenti geneticamente non modificati, protezione degli animali, commercio e inquinamento acustico)* - art. 81, co. 4, Cost. - accoglimento.
Il Presidente del Consiglio dei ministri ha censurato la norma indicata in epigrafe per violazione dell'art. 81, co. 4, Cost., perché il legislatore provinciale non avrebbe indicato la copertura finanziaria dei vari interventi previsti nella stessa norma (in materia urbanistica, tutela del paesaggio, foreste, aree per insediamenti produttivi, miglioramento fondiario, attività ricettiva, espropriazioni, associazioni agrarie, alimenti geneticamente non modificati, protezione degli animali, commercio e inquinamento acustico). La Corte ha accolto il ricorso, chiarendo che il legislatore provinciale ha provveduto alla riorganizzazione di una serie rilevante di funzioni senza individuare analiticamente gli effetti finanziari attivi e passivi e senza valutare dettagliatamente l'influenza complessiva sul bilancio di competenza e sugli esercizi futuri, ponendosi così appunto in contrasto con l'art. 81, co. 4, Cost. V. precedenti conformi: C. cost. 19.7.2012, n. 192; 10.5.2012, n. 115; 23.4.2010, n. 141; 18.5.1959, n. 30 (Red. Alessia Auriemma).

Corte costituzionale, 18.07.2014, n. 212
Tutela dell'ambiente - Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - artt. 6, co. 1 e 28, co. 1 e 2, l. reg. Sicilia 6.5.1981, n. 98 (*Norme per l'istituzione nella Regione siciliana di parchi e riserve naturali*) - art. 117, co. 2, lett. s), Cost. - accoglimento.
Le norme impugnate stabiliscono che le aree protette regionali siano istituite con decreto dell'Assessore per il territorio e l'ambiente, previo parere del Consiglio regionale, senza che sia necessaria la partecipazione al procedimento dei Comuni interessati, che potranno eventualmente presentare delle osservazioni come qualunque altro soggetto terzo.
La Corte ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme regionali de quibus, chiarendo che la previsione che esclude la necessità del parere dei Comuni interessati, limitandosi a consentire che questi ultimi possano presentare osservazioni come qualunque altro soggetto interessato estraneo all'amministrazione regionale, contrasta con l'art. 22 della l. 394/91, che impone che l'istituzione delle suddette aree avvenga a seguito di apposite conferenze dei servizi in cui partecipino, appunto, i Comuni stessi. Il suddetto art. 22 della l. 394/91 deve infatti considerarsi come vincolante per il legislatore regionale, trattandosi di ambiti da ricondursi alla materia tutela dell'ambiente attribuita alla potestà legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. s), Cost. (Red. Alessandra Dominici).

Corte costituzionale, 18.7.2014, n. 210
Usi civici - ambiente - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 1 l. reg. autonoma Sardegna 2.8.2013, n. 19 (*Norme urgenti in materia di usi civici, di pianificazione urbanistica, di beni paesaggistici e di impianti eolici*) - artt. 9 e 117, co. 2, lett. s), Cost. - accoglimento.
La norma regionale indicata in epigrafe stabiliva che «la Giunta regionale, mediante un Piano straordinario di accertamento demaniale, provvede alla ricognizione generale degli usi civici esistenti sul territorio regionale e alla individuazione su cartografia aggiornata di dati e accertamenti già esistenti riportati su cartografie antiche», precisando altresì che i Comuni

delegati ad effettuare le relative ricognizioni avrebbero potuto «proporre permute, alienazioni, classificazioni e trasferimenti dei diritti di uso civico secondo il principio di tutela dell'interesse pubblico prevalente».
La Corte ha innanzi tutto precisato, da un lato, che la regolamentazione degli usi civici deve essere ricondotta alla materia della tutela dell'ambiente, riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. s), Cost.; dall'altro, che lo Statuto speciale per la Regione Sardegna attribuisce al legislatore regionale la competenza legislativa primaria in materia di usi civici (art. 3, co. 1, lett. n). Pertanto, la coesistenza dei due suddetti ambiti competenziali impone la ricerca di un modello procedimentale che permetta la conciliazione degli interessi che sono ad essi sottesi. Nel caso specifico la Corte, muovendo da tali premesse, ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma in questione per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. s), Cost., chiarendo che la suddetta conciliazione degli interessi non era assicurata dalle modalità di approvazione del piano stabilite dal legislatore regionale. Ad avviso della Corte, infatti, un'efficace tutela dell'interesse ambientale avrebbe reso necessaria l'anticipazione dell'intervento statale alla fase della formazione del piano di accertamento straordinario previsto dalla disposizione censurata. In sostanza, si sarebbe dovuto consentire che lo Stato potesse far valere gli interessi di cui è portatore sin dal momento della formazione del piano straordinario di accertamento demaniale. V. precedenti conformi: C. cost., 24.7.2012, n. 207; 23.3.2012, n. 66; 22.7.2009, n. 226; 29.5.2009, n. 164; 10.2.2006, n. 51 (Red. Massimiliano G. Maffei).

Corte costituzionale, 16.7.2014, n. 207
Tributi - regioni a statuto speciale - art. 21, co. 3, lett. a), d.l. 4.6.2013, n. 63 (*Disposizioni urgenti per il recepimento della Direttiva 2010/31/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19.5.2010, sulla prestazione energetica nell'edilizia per la definizione delle procedure d'infrazione avviate dalla Commissione europea, nonché altre disposizioni in materia di coesione sociale*) - art. 116 cost. - accoglimento.
La Regione siciliana ha impugnato la norma in epigrafe per violazione degli artt. 36 e 37 dello Statuto, nonché dell'art. 2 del d.P.R. n. 1074 del 1965, nella parte in cui prevede che gli aumenti di gettito riscossi nel territorio regionale confluiscano nel bilancio statale. La Corte ha accolto il ricorso, chiarendo che, sulla base degli artt. 36 e 37 dello Statuto Regionale, il legislatore statale possa derogare al principio di attribuzione alla Regione siciliana di tutte le imposte statali riscosse nell'Isola solo nel caso in cui vi sia la presenza di tutte le seguenti condizioni: a) natura tributaria dell'entrata; b) novità dell'entrata; c) destinazione del gettito alla copertura di oneri diretti a soddisfare particolari finalità contingenti o continuative dello Stato. Nel caso specifico, la Corte ha chiarito che la norma impugnata non disciplinava il regime di "nuove entrate tributarie", ma si limitava a regolare il maggiore gettito previsto dall'aumento delle aliquote e che, pertanto, non vi erano le condizioni previste dalla normativa statutaria affinché il legislatore statale potesse limitare il diritto della Regione siciliana ad incamerare il gettito derivante dalla sua capacità fiscale. V. precedente Corte cost. n. 204, 21.10.2004 (Red. Francesco Nardi).

Corte costituzionale, 9.7.2014, n. 209
Acque reflue - caccia - tutela dell'ambiente - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 1, co. 250, l. Reg. Campania 15.03.2011, n. 4 - art. 1, co. 19, lett. a), l. Reg. Campania 4.08.2011, n. 14 - art. 117, co. 2, lett. s), Cost. - accoglimento.
L'art. 1, co. 250, della l. Reg. Campania 4/2011 fissava il termine entro cui l'Amministrazione dovesse pronunciarsi sulla domanda di autorizzazione allo scarico di acque reflue in fognatura in sessanta giorni e stabiliva che,, scaduto detto termine, l'autorizzazione si intendesse provvisoriamente concessa per sessanta giorni, salvo revoca. La Corte ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'incostituzionalità della norma per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. s), Cost., chiarendo che la disciplina degli scarichi in fognatura attiene alla materia della tutela dell'ambiente, attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Di conseguenza, alle Regioni non è consentito intervenire in tale ambito, specie se l'effetto è la diminuzione dei livelli di tutela previsti dalla legislazione statale. Nel caso specifico, l'introduzione del silenzio assenso per la decisione su istanze di autorizzazione determina livelli inferiori di tutela in materia ambientale rispetto a quelli previsti dalla legislazione statale di riferimento, cosa

che non è ammessa. Il Presidente del Consiglio dei ministri ha poi sollevato questione di legittimità costituzionale sull'art. 1, co. 19, l. reg. n. 14/11, nella parte in cui prevede che la Giunta regionale sia autorizzata a disciplinare con validità triennale il calendario venatorio della Regione Campania, sentita la Commissione consiliare permanente competente per materia. La Corte ha accolto il ricorso ed ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma in questione sempre per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. s), Cost. Ad avviso della Corte, infatti, la disciplina dell'attività venatoria deve essere ricondotta alla materia della tutela dell'ambiente attribuita dalla suddetta norma costituzionale alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. La Corte ha ricordato di essersi ripetutamente occupata di leggi regionali che consentono alle rispettive Giunte di fissare un calendario venatorio con cadenza triennale e di aver ravvisato in tali casi un contrasto con l'art. 18, co. 4, della l. n. 157/1992, secondo cui le «Regioni, sentito l'Istituto nazionale per la fauna selvatica pubblicano, entro e non oltre il 15 giugno, il calendario regionale e il regolamento relativi all'intera annata venatoria)». La Corte ha ribadito che, con tale formula, la disposizione statale «esige che il calendario venatorio sia pubblicato entro il 15 giugno di ogni anno, vale a dire con cadenza annuale», da ciò discendendo l'illegittimità costituzionale della norma impugnata che stabiliva in tre anni la validità del calendario venatorio. V. precedenti conformi: C. cost. 10.5.2012, n. 116 e 9.2.2012, n. 20 (Red. Francesco Corvisieri).

Corte costituzionale, 11.7.2014, n. 197

Edilizia e urbanistica - tutela dell'ambiente - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 33 e 34, l. Reg. Piemonte 25 marzo 2013, n. 3 (*Modifiche alla legge regionale 5.12.1977, n. 56, Tutela ed uso del suolo, e ad altre disposizioni regionali in materia di urbanistica ed edilizia*) - art. 117, co. 2, lett. *s)* Cost. - accoglimento.

L'art. 33 della legge regionale indicata in epigrafe escludeva dal processo di valutazione ambientale strategica (VAS) le varianti «che determinano l'uso a livello locale di aree di limitate dimensioni, ferma restando l'applicazione della disciplina in materia di VIA», nonché le varianti che: a) non riducono la tutela relativa ai beni paesaggistici prevista dallo strumento urbanistico o le misure di protezione ambientale derivanti da disposizioni normative; b) non incidono sulla tutela esercitata in materia di beni culturali ambientali; c) non comportano variazioni al sistema delle tutele ambientali previste dallo strumento urbanistico vigente.

La Corte ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. s), Cost. Ad avviso della Corte, infatti, con tale norma il legislatore regionale aveva introdotto un'arbitraria limitazione del campo di applicazione della disciplina statale contenuta nel d.lgs. n. 152/2006, attuativo dei principi comunitari contenuti nella direttiva 2001/42/CE, che disciplinano l'applicazione e la verifica di assoggettabilità alla procedura VAS. La disposizione impugnata, dunque, esulava dallo spazio lasciato aperto alla legislazione regionale dallo stesso d.lgs. 152/2006, invadendo la competenza statale esclusiva in materia di tutela dell'ambiente e così integrando, come detto, una violazione dell'art. 117, co. 2, lett. s), Cost.

La Corte ha poi dichiarato l'incostituzionalità, sempre per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. s), Cost., anche dell'art. 34 della stessa legge regionale, nella parte in cui non prevedeva la partecipazione del Ministero per i beni e le attività culturali al procedimento di approvazione delle varianti ai piani regolatori, così come previsto invece dalla legislazione statale di riferimento (art. 145, co. 5, d.lgs. 42/2004). La Corte ha chiarito che la regolamentazione del procedimento di approvazione dei piani regolatori attiene alla materia della tutela dell'ambiente, attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi del summenzionato art. 117, co. 2, lett. s), Cost,. e che, quindi, non è consentito al legislatore regionale adottare regole difformi rispetto a quanto stabilito dal legislatore statale.V. precedenti conformi: C. cost., 5.5.2006, n. 182; 1.12.2006, n. 398; 23.12.2008, n. 437; 22.7.2009, n. 225; 29.10.2009, n. 272; 26.3.2010, n. 120; 8.4.2010, n. 127; 4.6.2010, n. 193; 2.2.2011, n. 33; 13.4.2011, n. 129; 15.6.2011, n. 192; 22.7.2011, n. 227; 22.7.2011, n. 235; 23.3.2012, n. 66; 29.3.2013, n. 58; 20.6.2013, n. 145; 18.7.2013, n. 211; 24.10.2013, n. 245; 11.12.2013, n. 300 (Red. Marta Capesciotti).

Corte costituzionale, 4.7.2014, n. 190

Telecomunicazioni - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 20. co. 2 e 21, co. 3 e 4, legge della Provincia autonoma di Bolzano 19.7.2013, n. 11 (*Norme in materia di artigianato, industria, procedimento amministrativo, promozione delle attività economiche, trasporti, commercio, formazione professionale, esercizi pubblici, aree sciabili attrezzate, guide alpine-guide sciatori, rifugi alpini, amministrazione del patrimonio, trasporto pubblico di persone nonché agevolazioni per veicoli a basse emissioni e provvidenze in materia di radiodiffusione*) - art. 117, co. 1 e 81, co. 4, Cost. - accoglimento.

Le norme impugnate disciplinavano l'erogazione (e la relativa copertura) di contributi alle emittenti radiotelevisive e ai portali informativi online con sede legale o redazione principale all'interno del territorio provinciale.

La Corte ha accolto il ricorso proposto dal Presidente del Consiglio dei ministri e ha dichiarato l'incostituzionalità della norma per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. Ad avviso della Corte, infatti, subordinando la concessione dei contributi al requisito della sede legale o della redazione principale nel territorio provinciale, la norma impugnata si pone in contrasto con il principio della libertà di stabilimento sancito dall'art. 49 del TFUE e produce altresì un trattamento discriminatorio a svantaggio di altre società con sede legale fuori dal territorio suddetto. L'art. 21, co. 3, della norma impugnata prevedeva poi che la Provincia avrebbe assicurato la copertura finanziaria per i contributi in questione attingendo dal fondo di riserva per spese impreviste. Anche su questo punto la Corte ha accolto il ricorso proposto dal Presidente del Consiglio dei ministri, chiarendo che il suddetto fondo non può essere utilizzato per coprire le spese intenzionalmente pianificate dal legislatore provinciale ma solo, appunto, per le spese impreviste. La Corte ha quindi ritenuto la legge priva di copertura finanziaria e, conseguentemente, l'ha dichiarata incostituzionale per violazione dell'art. 81, co. 4, Cost. V. precedenti conformi: C. cost. 28.3.2014, n. 62; 26.2.2013, n. 28; 15.2.2013, n. 26; ; 10.5.2012, n. 115; 28.3.2012, n. 70 (Red. Marta Capesciotti).

Corte Costituzionale, 2.7.2014, n. 189

Regioni - energia - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 30, l. reg. Basilicata 29.5.2007, n. 2 (*Assestamento del bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2013 e del bilancio pluriennale 2013/2015 della Regione Basilicata*) - art. 117, co. 3, Cost. - accoglimento.

La norma impugnata prevedeva, nelle more dell'approvazione del Piano Paesaggistico Regionale e della individuazione delle aree non idonee, allo scopo di meglio salvaguardare le valenze paesaggistiche ed ambientali della Basilicata, un parere obbligatorio reso dal Comitato Tecnico Paritetico Stato-Regioni, nell'ambito del procedimento nell'ambito del procedimento unico previsto dall'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 per il rilascio delle autorizzazioni per l'installazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili.

La Corte ha accolto il ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri e ha dichiarato l'incostituzionalità della norma per violazione dell'art. 117, co. 3, Cost., nella parte in cui ha previsto che nel suddetto procedimento unico fosse obbligatorio tale parere .

La Corte ha innanzi tutto ricordato, da un lato, che la disciplina degli impianti di energia da fonti rinnovabili debba essere ricondotta alla materia di competenza legislativa concorrente della «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia», di cui all'art. 117, co. 3, Cost.; e, dall'altro, che l'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003, nel regolare l'installazione di detti impianti attraverso un procedimento che si conclude con il rilascio di un'autorizzazione unica, reca un principio fondamentale vincolante per il legislatore regionale, finalizzato a rendere più rapida la costruzione degli impianti di produzione di energia alternativa. Non può, pertanto, il legislatore regionale introdurre, nell'ambito del suddetto procedimento di autorizzazione, nuovi o diversi adempimenti rispetto a quelli indicati dalla norma statale.

Pertanto, poiché l'obbligatorietà del parere del Comitato Tecnico Paritetico non è prevista dalla summenzionata legislazione nazionale di riferimento (art. 12 del d.lgs. n. 387/2003), la Corte ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'incostituzionalità della norma regionale impugnata. La Corte ha poi incidentalmente rilevato che l'introduzione di un aggravio procedurale non previsto dalla normativa statale si porrebbe comunque in contrasto con le esigenze di celerità e semplificazione amministrativa, sottese al principio fondamentale di leale collaborazione tra Stato e Regioni.

V. precedenti conformi: C. cost., 6.12.2012, n. 275; 11.10.2012, n. 224; 15.6.2011, n. 192; 26.11.2010, n. 344; 1.4.2010, n. 124; 6.11.2009, n. 282 (Red. Massimiliano G. Maffei).

Corte costituzionale, 2.7.2014, n. 188

Bilancio e contabilità - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 10, co. 2, della l. Prov. Bolzano 11.10.2012, n. 18 *(Approvazione del rendiconto generale della Provincia per l'esercizio finanziario 2011 e altre disposizioni)* - art. 119, co. 6, Cost. - accoglimento.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, co. 2, della l. prov. Bolzano 11.10.2012, n. 18. La norma in questione stabilisce che l'assunzione di anticipazioni di cassa è disposta dall'Assessore provinciale alle finanze avvalendosi del tesoriere, ai sensi delle norme sul servizio di tesoreria, o di altri istituti di credito, e che il relativo ammontare costituisce il limite entro il quale possono essere disposti pagamenti nei casi di temporanee deficienze di cassa; che l'Assessore provinciale alle finanze dispone le conseguenti variazioni nelle partite di giro; e che tali operazioni non costituiscono indebitamento, in quanto sono finalizzate al superamento di momentanee carenze di liquidità e sono destinate a spese per le quali è già prevista idonea copertura di bilancio. La Corte costituzionale ritiene tale disposizione in palese contrasto con l'art. 119, co. 6, Cost., sotto il duplice profilo dell'illegittima autonoma applicazione del regime di anticipazione di cassa e della altrettanto illegittima sua regolamentazione sulla base di regole diverse rispetto a quelle stabilite dal legislatore nazionale. Ad avviso della Corte, quindi, il legislatore provinciale, omettendo ogni riferimento alla disciplina nazionale di settore attinente alle anticipazioni di cassa, ha violato il principio di uniformità in materia di contabilità che in più occasioni la stessa Corte ha chiarito essere irrinunciabile. La Corte ha infine rilevato che lo stretto collegamento funzionale sussistente tra la necessaria uniformità contabile, i vincoli comunitari e gli altri principi costituzionali, quali il coordinamento della finanza pubblica, la tutela degli equilibri di bilancio e l'ordinamento civile, di cui all'art. 117, co.2 lett. l), Cost., comporta che sia riservata al legislatore statale, entro il perimetro costituzionalmente delimitato, la determinazione dei requisiti soggettivi ed oggettivi delle anticipazioni. V. precedenti conformi: C. cost., 29.12.2004, n. 425 (Red. Alessia Auriemma).

Corte costituzionale, 2.7.2014, n. 187

Esproprio - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 13 l. Prov. Aut. Trento 19.2.1993, n. 6 (*Norme sulla espropriazione per pubblica utilità*), come mod. dall'art. 58, co. 1, l. Prov. Aut. 29.12.2006, n. 11 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale 2007 e pluriennale 2007-2009 della Provincia autonoma di Trento – legge finanziaria 2007*) - art. 117, co. 1 Cost. - accoglimento.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione provinciale in epigrafe, per aver disciplinato i criteri per l'esproprio delle aree non edificabili in contrasto con quanto previsto dalla CEDU e, quindi, per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. Nello specifico, la Corte ha rilevato che la norma impugnata ancorava il calcolo dell'indennità di espropriazione al valore agricolo medio del suolo secondo i tipi di coltura praticati; di conseguenza, essa non prendeva in considerazione gli altri dati valutativi caratterizzanti il bene espropriato, come ad esempio le caratteristiche di posizione del suolo, il valore intrinseco del terreno. La Corte, richiamando la propria giurisprudenza in materia, ha ritenuto che tale criterio avesse un carattere "inevitabilmente astratto", poiché eludeva sia il "ragionevole legame" con il valore di mercato, richiesto dalla Corte di Strasburgo, sia il "serio ristoro", imposto dalla giurisprudenza costituzionale, come indennità per l'espropriato. Pertanto, ha dichiarato l'incostituzionalità della norma per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 1 del primo protocollo addizionale della CEDU, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo. V. prec. conformi: C. cost., 10.6.11, n. 181 (Red. Francesca Fontanarosa).

Corte Costituzionale, 18.06.2014, n. 178

Turismo - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 62, co. 1, 63, co. 1, lett. b), e 2, 68 e 73 della l. reg. Umbria 12.7.2013, n. 13 (Testo unico in materia di turismo) - art. 117, co. 1, co. 2, lett. e), e co. 3, cost. - accoglimento.

L'art. 62, co. 1, della legge regionale impugnata individuava i requisiti professionali necessari per ricoprire il ruolo di gestore di agenzia di viaggi in termini differenti rispetto a quanto stabilito dalla normativa statale di riferimento (art. 20 dell'Allegato 1 del d.lgs. 23.5.2011, n. 79). La Corte ha accolto il ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri ed ha dichiarato l'incostituzionalità della norma, per violazione dell'art. 117, co. 3, Cost. Ad avviso della Corte, il legislatore regionale, intervenendo nella materia delle "professioni", attribuita dal suddetto art. 117, co. 3, Cost. alla potestà legislativa concorrente di Stato e Regioni, non aveva rispettato il principio fondamentale dettato dalla richiamata normativa statale di riferimento, secondo cui l'individuazione delle figure professionali, con i relativi profili e titoli abilitanti, è riservata - atteso il suo carattere necessariamente unitario - alla medesima normativa statale. Per gli stessi motivi, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale anche dell'art. 63, co. 2 della legge regionale de qua, nella parte in cui aveva equiparato, esclusivamente per i titolari di agenzia e i loro dipendenti, il periodo lavorativo svolto presso un'agenzia di viaggi al periodo di formazione professionale richiesto dal d.lgs. 6.11.2007, n. 206, ai fini del conseguimento dell'abilitazione professionale.
La Corte ha accolto il ricorso anche con riferimento all'art. 68 della medesima norma regionale, per violazione dell'art. 117, co. 2 lett. e), e co. 3, Cost. nella parte in cui introduceva una nuova figura professionale non prevista espressamente dalla legislazione statale, consistente nell'esperto di organizzazione, produzione e gestione di manifestazioni congressuali, simposi, conferenze e convegni. Ad avviso della Corte, il legislatore regionale, nell'introdurre la suddetta figura professionale, aveva posto indebite limitazioni alla libera concorrenza, invadendo dunque la relativa potestà legislativa esclusiva dello Stato di cui all'art. 117, co. 2, lett. e) Cost. Per le stesse ragioni, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale anche dell'art. 73, co. 4, della norma impugnata, nella parte in cui stabiliva che le le guide turistiche, ie quali hanno conseguito l'abilitazione all'esercizio della professione presso altre Regioni e che intendono svolgere la propria attività nella Regione Umbria, devono sottoporsi ad un accertamento da parte della Provincia, finalizzato a verificare l'effettiva conoscenza del territorio regionale. Anche in questo caso, la Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 117, co. 2, lett. e), Cost. che attribuisce alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la materia della "tutela della concorrenza". Infatti, con la norma de qua il legislatore regionale aveva introdotto una barriera all'ingresso nel mercato, in contrasto con il principio di liberalizzazione introdotto dal legislatore statale con l'art. 3 l. n. 97/13, secondo cui l'abilitazione alla professione di guida turistica è valida su tutto il territorio nazionale. Precedenti conformi: C. cost., 20.7.2007, n. 300; 11.4.2008, n. 93; 29.5.2009, n. 167; 29.5.2009, n. 167; 29.4.2010, n. 152; 8.7.2010, n. 247; 22.7.2011, 230; 26.4.2012, n. 108; 23.5.2013, n. 98 (Red. Massimiliano G. Maffei).

Corte costituzionale, 18.6.2014, n. 177.
Imposte e tasse - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 1, co. 5, l. Reg. Lombardia 18.12.2001, n. 27 (*Legge Finanziaria 2002*) - art. 117, co. 2, lett. e), Cost. - accoglimento.
La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione regionale indicata in epigrafe, nella parte in cui ha previsto l'aumento di un punto percentuale dell'aliquota IRAP dovuta dagli istituti bancari, ai sensi dell'art. 45 del d.l. 15.12.1997, n. 446. La Corte ha chiarito che la facoltà di variazione delle aliquote IRAP, riconosciuta alle Regioni, riguarda solo l'aliquota IRAP base e non quelle c.d. speciali, tra le quali rientra l'aliquota aumentata dalla disposizione regionale impugnata, riferita appunto agli istituti bancari. Di conseguenza, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma de qua per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. e) Cost., che attribuisce alla potestà legislativa esclusiva la materia del sistema tributario.V. prec. conformi: 26.09.2003, n. 296; 14.07.2009, n. 216; 15.12.2010, n. 357; 13.02.2014, n. 26 (Red. Francesca Fontanarosa).

Corte Costituzionale, 13.6.2014, n. 173
Sanità pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - artt. 5, e 7, co. 2, l. reg. autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste, 15.4.2013, n. 13 (*Disposizioni per la semplificazione di procedure in materia sanitaria*) - art. 117, co. 2, lett. q), e co. 3, Cost.; l. cost. 26.2.1948, n. 4 (Statuto speciale per la Valle d'Aosta) - accoglimento.

La norma censurata modificava alcune disposizioni e misure stabilite dal Regolamento di Polizia veterinaria, di cui al d.P.R. 8.2.1954, n. 320 (artt. 1, 2, 31, 41 e 42), provvedendo – tra l'altro – all'abolizione delle certificazioni del veterinario dell'ASL competente in materia di movimentazione del bestiame ed eliminando sia la vigilanza sanitaria dell'ASL sugli allevamenti, sia l'obbligo di denuncia di una malattia infettiva e diffusiva per alcune malattie degli animali.La Corte ha accolto il ricorso promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri ed ha dichiarato l'incostituzionalità della norma impugnata, per violazione dell'art. 117 co. 2, lett. q), Cost. e dell'art. 3, co. 1, lett. l) dello Statuto speciale della Valle d'Aosta. Ad avviso della Corte, infatti, il legislatore regionale ha travalicato le competenze legislative attribuite alla Regione dall'art. 3, co. 1, lett. l), dello Statuto speciale valdostano in materia di "igiene sanità, assistenza ospedaliera e profilattica". La disciplina impugnata, infatti, non era di mera integrazione o attuazione della normativa statale di riferimento, ma apportava modifiche legislative in una materia riconducibile a quella della "profilassi internazionale", riservata alla legislazione statale esclusiva dall'art. 117, co. 2, lett. q), cost., proprio al fine di assicurare un'indispensabile uniformità di disciplina su tutto il territorio nazionale. La Corte ha ricordato che, alla luce della propria giurisprudenza, è pacifico che la disciplina dei controlli veterinari sul bestiame di allevamento vada attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di "profilassi internazionale", coinvolgente anche i profili riguardanti la "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema", anch'essa riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Precedenti conformi: C. cost., 31.1.2004, n.12; 3.11.2005, n. 406; 23.4.2013, n. 72 (Red. Massimiliano G. Maffei).

Corte costituzionale, 11.6.2014, n. 169

Ambiente - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 43, co. 8, d.l. 6.12.2011, n. 201 (*Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*) - artt. 8, co. 1, n. 13, 9, co. 1, n. 9 e 14 d.P.R. 31.8.1972, n. 670, nonché artt. 5 e 8 del d.P.R. 22.3.1974, n. 381 - accoglimento.

La norma statale indicata in epigrafe, impugnata dalla Provincia Autonoma di Trento e Bolzano, stabilisce che «ai fini del mantenimento delle condizioni di sicurezza, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e d'intesa con le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, individua… le grandi dighe per le quali, accertato il concreto rischio di ostruzione degli organi di scarico, siano necessarie e urgenti l'adozione di interventi nonché la rimozione dei sedimenti accumulatisi nei serbatoi». La Corte ha chiarito che la norma impugnata attiene alle materie delle "opere di prevenzione e di pronto soccorso" e dell'"utilizzazione delle acque pubbliche", che lo Statuto della Provincia Autonoma di Trento e Bolzano riserva alla competenza legislativa esclusiva della medesima provincia. La Corte ha pertanto accolto il ricorso e ha dichiarato l'incostituzionalità della norma impugnata, per violazione del suddetto Statuto provinciale.V. precedenti conformi: C. cost., 7.12.1994, n. 412; 1.4.2011, n. 109 (Red. Alessia Auriemma).

Corte costituzionale, 18.6.2014, n. 168.

Edilizia e urbanistica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 19, co. 1, lett. b), l.r. Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste, 13.2.2013, n. 3 (*Disposizioni in materia di politiche abitative*) - artt. 117, co. 1 e 3, cost. - accoglimento.

Il Presidente del Consiglio ha impugnato la norma regionale indicata in epigrafe, nella parte in cui subordina l'accesso all'edilizia pubblica abitativa a chi sia stato residente nella Regione Valle d'Aosta per almeno otto anni anche non consecutivi. La Corte ha chiarito che il legislatore regionale può certamente introdurre una disciplina differenziata con riferimento ai requisiti di accesso alle prestazioni assistenziali, al fine di conciliare la fruibilità dei benefici con la limitatezza delle risorse finanziarie disponibili; ma tale disciplina non deve manifestarsi come arbitraria e irragionevole. Ad avviso della Corte, invece, nel richiedere un tempo di permanenza nella Regione molto prolungato, la norma impugnata pone dei requisiti di accesso palesemente sproporzionati ed incoerenti con le finalità stesse dell'edilizia residenziale pubblica, dal momento che tali limitazioni possono ragionevolmente impedire l'accesso a tale servizio proprio a coloro che si trovino in condizioni di maggiore difficoltà e disagio abitativo. Pertanto, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma per violazione dell'art. 3 Cost. La Corte

ha poi dichiarato l'incostituzionalità della legge regionale impugnata anche per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., atteso che la norma si poneva in contrasto anche con il diritto dell'Unione europea di riferimento. Ad avviso della Corte, infatti, il legislatore regionale ha determinato «un'irragionevole discriminazione sia nei confronti dei cittadini dell'Unione, ai quali deve essere garantita la parità di trattamento rispetto ai cittadini degli Stati membri (art. 24, par. 1, della direttiva 2004/38/CE), sia nei confronti dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, i quali, in virtù dell'art. 11, paragrafo 1, lettera f), della direttiva 2003/109/CE, godono dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda anche l'accesso alla procedura per l'ottenimento di un alloggio». V. precedenti conformi C. cost., 16.2.2011 n. 40; 12.6.2013 n. 133; 24.7.2013 n. 222 (Red. Francesco Nardi).

Corte costituzionale, 11.6.2014, n. 167
Edilizia ed Urbanistica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 10, l. Reg. Abruzzo 16.7.2013, n. 20 (*Modifiche alla legge regionale 10 gennaio 2013, n. 2 recante «Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2013 e pluriennale 2013-2015 della Regione Abruzzo - Legge Finanziaria Regionale 2013», modifiche alla legge regionale 10 gennaio 2013, n. 3 recante «Bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2013 - bilancio pluriennale 2013-2015» e ulteriori disposizioni normative*) - art. 117, co. 3, Cost. - accoglimento.
Il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato, in riferimento all'art. 117, co. 2, lett. s), e co. 3 Cost., una questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 della l. della Reg. Abruzzo 16.7.2013, n. 20. Secondo il ricorrente, la disposizione impugnata, nell'escludere la necessarietà dell'acquisizione del parere dell'ufficio tecnico regionale, di cui all'art. 89 del d.P.R. 6.6.2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia – Testo A), per le varianti urbanistiche che non comportino un aumento della densità edilizia e/o modifiche della tipologia edilizia, ove tale parere sia stato acquisito in sede di pianificazione generale, si sarebbe posta in contrasto con il medesimo art. 89 d.P.R. 380/2001.
La Corte, ha ritenenuto la questione fondata, per violazione dell'art. 117, co. 3, Cost. Ad avviso della Corte, infatti, la norma regionale in questione doveva essere ricondotta alla materia della protezione civile, attribuita alla potestà legislativa concorrente di Stato e Regioni. Il legislatore regionale aveva però introdotto una deroga al principio espresso dall'art. 89 del d.P.R. n. 380 del 2001, che assume la valenza di «principio fondamentale» della suddetta materia; di qui, appunto, l'incostituzionalità della norma regionale in questione. V. precedenti conformi: C. cost., 27.7.2005, n. 336; 5.5.2006, n. 182; 9.11.2006, n. 364; 24.7.2009, n. 248; 6.11.2009, n. 282; 15.7.2010, n. 254; 20.7.2012, n. 201; 12.4.2013, n. 64; 29.5.2013, n. 101; 11.12.2013, n. 300 (Red. Alessia Auriemma).

Corte costituzionale, 28.05.2014, n. 141
Amministrazione Pubblica - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 1, co. 27, 34, 44, 123, 124, 135, 136, 137, 138, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 164, 165, 166, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 203, 207, 215 e 263 della l. Reg. Campania 15.3.2011, n. 4, (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale 2011 e pluriennale 2011-2013 della Regione Campania − legge finanziaria regionale 2011*) - artt. 81, co. 4 e 117, co. 1, 2, lett. e), l) e s), e co. 3 Cost. - accoglimento.
Il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato una questione di legittimità costituzionale in via principale di numerose disposizioni dell'art. 1 della legge indicata in epigrafe. La Corte ha innanzi tutto dichiarato l'illegittimità costituzionale del co. 34, a tenore del quale le maggiori entrate derivanti dal recupero dell'evasione fiscale, realizzate nel corso dell'esercizio finanziario, erano destinate ad incrementare il fondo di riserva per spese obbligatorie e per la reiscrizione di residui perenti, nonché il fondo di riserva per spese impreviste. La disposizione in parola è stata, infatti, ritenuta lesiva dell'art. 81, co. 4, e conseguentemente dell'art. 117, co. 3, Cost., in relazione alla competenza legislativa in materia di «armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario», per aver implementato le spese obbligatorie e le spese impreviste in assenza di copertura finanziaria specifica e sufficientemente sicura. Del pari, la Corte ha dichiarato incostituzionale anche il successivo co. 44 che, nel disporre la copertura del finanziamento dei piani

di forestazione tramite le economie e le risorse di cui all'art. 18, co. 4, della l. reg. n. 1 del 2009, in assenza di un certificazione dell'avanzo di amministrazione e della approvazione del rendiconto dell'esercizio precedente, ha violato gli artt. 81, co. 4 e 117, co.3, Cost. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità anche del co. 123, per violazione degli artt. 117, co. 2, lett. e), e co. 3, ed 81, co. 4, Cost.: infatti, la norma impugnata, nello stanziare «la somma di euro 200.000,00 per prevenire le frodi sui fondi comunitari» ha previsto una spesa per la quale non è stata indicata una chiara copertura finanziaria, in violazione appunto dei parametri costituzionali di cui sopra. La Corte ha altresì accolto il ricorso in relazione al co. 66, che è stato dichiarato incostituzionale per violazione dell'art. 117, co. 1 e 2, lett. s), Cost. La disposizione regionale de qua, nel prevedere la necessaria automatica collocazione di stazioni di misurazione della qualità dell'aria presso tutti gli impianti per la produzione di energia termoelettrica ubicati nel territorio dei Comuni della Regione Campania, «indipendentemente da una verifica tecnica circa l'utilità di tali stazioni e circa il rispetto dei criteri di ubicazione su macro scala e su micro scala», è intervenuta in un ambito materiale da ricondursi alla «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema», riservato alla competenza legislativa esclusiva dello Stato ed ha altresì eluso i vincoli derivanti dal diritto dell'Unione europea e dagli obblighi internazionali, non essendo suscettibile di garantire un livello di tutela ambientale più avanzato di quello prescritto dalla normativa comunitaria recepita da quella nazionale (d.lgs. 3.4.2006, n. 152 - Norme in materia ambientale). La Corte ha poi ritenuto fondate anche le questioni di legittimità sollevate in relazione ai co. da 135 a 138, per violazione dell'art. 81, co. 4 Cost., ovverosia per mancanza di copertura finanziaria. Ancora, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei co. da 142 a 154, ritenendo la disciplina ivi introdotta di nuovi incentivi ed investimenti produttivi alle imprese, mediante agevolazioni di crediti di imposta e contributi in conto interessi, priva di copertura finanziaria e, di conseguenza, in contrasto con l'art. 81, co. 4 Cost., giacché sulla pertinente unità previsionale di base non sussistono risorse finanziarie per le finalità sopra esposte. Per la stessa ragione, la Corte ha ritenuto incostituzionale anche il co. 207, che autorizzava la Giunta regionale «ad utilizzare alcune economie per il finanziamento delle attività previste dalle l. 328/2000 e 431/1998 (Disciplina delle locazioni e del rilascio degli immobili adibiti ad uso abitativo); questo perché non è stata prevista alcuna certificazione che comprovi l'effettiva disponibilità delle contemplate economie nell'ambito del conto consuntivo 2010 (non ancora approvato).

La Corte ha poi dichiarato l'incostituzionalità del co. 263, a tenore della quale «la Regione Campania istituisce il distretto industriale denominato Caianello-Capua per migliorare la mobilità ferro gomme dei comuni interessati al predetto asse territoriale. Il relativo finanziamento di euro 150.000,00 è iscritto sulla relativa UPB». Anche in questo caso la Corte ha ritenuto violati gli artt. 81, co. 4, e 117, co. 3, Cost. per l'omessa indicazione sia dell'unità previsionale di base su cui far gravare gli oneri, sia della relativa copertura finanziaria.

Venendo al secondo blocco di questioni (attinenti nel loro complesso alla materia del disavanzo sanitario), la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del co. 27 per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. l), Cost. Ad avviso della Corte, la norma regionale impugnata, nello stabilire che «tutti i contratti assunti in contrasto con il Piano di cui al comma 26 sono inefficaci», va ad incidere sulla materia dell'«ordinamento civile», riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Ancora, la Corte ha ritenuto fondate le censure formulate in relazione ai co. da 164 a 166, da 176 a 191 e 203. Infatti, le norme anzidette, nel disporre l'istituzione di fondi straordinari, prevedevano esplicitamente o implicitamente spese non obbligatorie, in contrasto con il divieto posto dall'art. 1, co. 174, della l. n. 311 del 2004, così da porre misure lesive della competenza statale in materia di «coordinamento della finanza pubblica», di cui all'art. 117, co. 3, Cost.

La Corte ha, infine, dichiarato l'incostituzionalità del co. 215, per contrasto con gli artt. 81, co. 4 e 117, co. 3, Cost. La norma de qua stabiliva che «la Regione Campania assicura le convenzioni a favore degli Hospice mediante l'istituzione di apposito capitolo di spesa». Secondo la Corte, oltre ad interferire con il Piano di rientro, la norma era priva di copertura finanziaria. V. precedenti conformi: C. Cost., 1.2.2006, n. 29; 14.4.2006, n. 153; 22.7.2009, n. 225; 29.10.2009, n. 271; 15.6.2011, n. 187; 13.7.2011, n. 209; 28.3.2012, n. 70; 25.5.2012, n. 131; 30.7.2012,

n. 214; 18.1.2013, n. 2; 18.1.2013, n. 4; 14.2.2013, n. 18; 3.5.2013, n. 79; 4.7.2013, n. 178; 9.7.2013, n. 180; 19.7.2013, n. 222 (Red. Alessia Auriemma).

Corte costituzionale, 21.5.2014, n. 136.
Ambiente - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 2, co. 3, l. Reg. Piemonte 25.6.2013, n. 11 (*Disposizioni in materia di aree contigue alle aree protette. Modifiche alla legge regionale 29.6.2009, n. 19*) – Art. 117, co. 2, lett. s) Cost. - accoglimento.
La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione indicata in epigrafe, nella parte in cui consente la caccia nelle cosiddette aree contigue alle aree protette anche a cacciatori non residenti nelle aree medesime. La Corte, richiamando la propria precedente giurisprudenza, ha chiarito che la disposizione impugnata viola la competenza esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e, nello specifico, le previsioni dell'art. 32 co. 3, della l. n. 394 del 1991. Tale ultima disposizione, infatti, limitando la caccia nelle aree protette e contigue ai soli cacciatori residenti in tali aree, esprimono uno standard ambientale che il legislatore regionale, con la norma censurata, ha evidentemente disatteso, con conseguente violazione dell'art. 117 co. 2, lett. s), Cost. V. precedente conforme: C. Cost. 11.11.2010, n. 315 (Red. Francesca Fontanarosa).

Corte costituzionale, 9.5.2014, n. 119
Regioni - energia - localizzazione impianti energetici - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 2, l. reg. Abruzzo 7.6.2013, n. 14 (*Interpretazione autentica dell'art. 11, co. 1, lett. c, l. reg. 20.3.2007, n. 5 «Disposizioni urgenti per la tutela e la valorizzazione della costa teatina» e modifiche alla l. reg. 41/2011 «Disposizioni per l'adeguamento delle infrastrutture sportive, ricreative e per favorire l'aggregazione sociale nella città de L'Aquila e degli altri comuni del cratere»*) - art. 117, co. 3, Cost. - accoglimento.
La norma regionale impugnata consentiva la costruzione di centrali di compressione a gas soltanto al di fuori delle zone sismiche classificate di prima categoria. La Corte ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, co. 3, Cost. Infatti, la norma disciplinava materie, quale la produzione, il trasporto e la distribuzione nazionale dell'energia, nonché il governo del territorio, ascrivibili alla competenza legislativa concorrente ai sensi del suddetto art. 117, co. 3, Cost., senza tener conto dei principi fondamentali dettati nelle medesime materie dal legislatore statale.
Così, nel consentire la localizzazione delle centrali di compressione a gas soltanto al di fuori delle zone sismiche classificate di prima categoria, la norma regionale produceva l'effetto di limitare la realizzazione di impianti di interesse nazionale in determinate aree del territorio regionale, ponendosi appunto in contrasto con i principi posti dal legislatore statale nella materia V. precedente conforme: C. cost., 22.7.2010, n. 278 *(Red. Gabriele Magrini).*

Corte costituzionale, 7.5.2014, n. 111
Edilizia e urbanistica - barriere architettoniche - livelli essenziali delle prestazioni - artt. 26, co. 1, l.r. Valle d'Aosta/Vallée d'Aosta, n. 8, 8.4.2013 (*Assestamento del bilancio di previsione per l'anno finanziario 20013, modifiche a disposizioni legislative e variazioni al bilancio di previsione per il triennio 2013-2015*) - art. 117, co. 2, lett. m), Cost. - accoglimento.
Il Presidente del Consiglio ha censurato la norma indicata in epigrafe, nella parte in cui ha introdotto, per alcuni esercizi commerciali, una deroga in materia di superamento delle barriere architettoniche, non prevista dalla normativa statale di riferimento (art. 82, d.P.R. 380/2001). La Corte ha accolto il ricorso ed ha dichiarato l'incostituzionalità della norma, chiarendo che la regolamentazione delle barriere architettoniche degli esercizi commerciali attiene alla materia dei livelli essenziali delle prestazioni, attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello stato dall'art. 117. co. 2, lett. m, Cost. La Corte ha poi ripetuto che la materia "livelli essenziali delle prestazioni" non deve essere considerata una materia in senso stretto, quanto una competenza del legislatore statale ad investire tutte le materie, per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, «il godimento di prestazioni garantite», che sono il contenuto di tali diritti. V. precedenti conformi, Corte cost. n. 207, 1.8.2012 (Red. Francesco Nardi).

Corte costituzionale, 5.5.2014, n. 110

Sanità - giudizio di legittimità costituzionale in via principale – art. art. 1, co. 1, 2 e 3, l. reg. Calabria 29.3.2013, n. 12 (*Provvedimenti per garantire la piena funzionalità del Servizio sanitario regionale)* - artt. 117, co. 3, e 120, co. 2, cost. - accoglimento.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 co. 1, 2 e 3, l. reg. Calabria 29.3.2013, n. 12, per violazione degli artt. 120 e 117, co. 3, Cost. In particolare, la Corte ha richiamato il proprio orientamento, secondo cui nell'ambito sanitario le funzioni amministrative del Commissario ad acta devono essere poste al riparo da ogni interferenza della legge regionale e quest'ultima deve comunque rispettare i vincoli alla spesa corrente, al fine di assicurare il raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica stabiliti dal legislatore statale. Essa ha poi stabilito che la disposizione regionale impugnata, prevedendo la stabilizzazione del personale non dirigenziale in servizio a tempo determinato presso le Aziende sanitarie e ospedaliere della Regione Calabria, si poneva in contrasto sia con i principi fondamentali in materia di finanza pubblica, dettati dal legislatore statale ai sensi dell'art. 117, co. 3, Cost., che stabiliscono che in costanza del piano di rientro è preclusa alla Regione l'adozione di nuovi provvedimenti che ostacolino la sua attuazione; sia con l'art. 120, co. 2, Cost., costituendo una indebita interferenza con le funzioni commissariali dirette a garantire l'esecuzione del piano di rientro del disavanzo sanitario regionale. Cfr. precedenti conformi C. cost., 14.2.2013, n. 18; 26.2.2013, n. 28; 3.5.2013, n. 79 (Red. Gabriele Magrini).

Corte costituzionale, 23.4.2014, n. 107

Ambiente - interventi di contenimento della fauna selvatica - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - art. 2, co. 3, l.r. Veneto 23.4.2013, n. 6 (Iniziative per la gestione della fauna selvatica nel territorio regionale precluso all'esercizio della attività venatoria) - artt. 117, co. 2, lett. s), Cost. - accoglimento parziale.

La norma regionale impugnata stabiliva che i cacciatori abilitati potessero rientrare tra i soggetti idonei ad eseguire gli interventi di contenimento della fauna selvatica sul territorio regionale. La Corte ha accolto il ricorso ed ha dichiarato l'incostituzionalità delle norma, per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. s), Cost. chiarendo che la disposizione regionale impugnata incideva sulla materia della "tutela dell'ambiente", attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. La Corte ha poi sottolineato che, contrariamente a quanto aveva disposto il legislatore regionale nella norma in questione, la legislazione statale di riferimento (art. 19, l. 157/1992) attribuisce esclusivamente alle guardie venatorie provinciali, ai proprietari e ai conduttori di fondi e alle guardie forestali e comunali il potere di eseguire gli interventi in questione. V. precedente conforme Corte cost., n. 392, 26.10.2005 (Red. Francesco Nardi)

Corte costituzionale, 10.04.2014, n. 87

Impiego Pubblico - giudizio di legittimità costituzionale in via principale - art. 2, l. Reg. Sardegna 21.02.2013, n. 4 (*Modifiche all'articolo 1 della legge regionale n. 1 del 2013, all'articolo 2 della legge regionale n. 14 del 2012 e disposizioni concernenti i cantieri comunali*) - artt. 117, co. 3, e 119 Cost. - accoglimento.

La disposizione regionale censurata stabiliva che «i cantieri comunali per l'occupazione e i cantieri verdi costituiscono a tutti gli effetti progetti speciali finalizzati all'attuazione di competenze e di politiche regionali, non hanno carattere permanente e pertanto le assunzioni di progetto in essi previste non costituiscono presupposto per l'applicazione dei limiti di cui all'art. 9, co. 28, del d.l. 31.5.2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito con modificazioni dalla l. 30.7.2010, n. 122» e successive modifiche ed integrazioni. La Corte ha accolto il ricorso promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri ed ha dichiarato l'incostituzionalità della norma de qua, per violazione sia dell'art. 117, co. 3, che dell'art. 119 Cost. Ad avviso della Corte, infatti, il legislatore regionale non ha rispettato il principio di coordinamento di finanza pubblica sancito dall'art. 9, co. 28, del d.l. n. 78 del 2010, posto che l'utilizzo di prestazioni lavorative per il tramite di «cantieri di lavoro» deve essere effettuato nel rispetto di quanto stabilito dal suddetto art. 9, rappresentando una forma di lavoro temporaneo del quale l'Amministrazione si avvale, anche indirettamente, per la realizzazione di opere o attività di interesse pubblico

locale. V. precedenti conformi: C. Cost., 6.7.2012, n. 173; 28.11.2012, n. 262; 14.2.2013, n. 18; 6.12.2013, n. 289 (Red.Alessia Auriemma).

Corte costituzionale, 10.4.2014, n. 86.
Ambiente – Tutela delle acque – Giudizio di legittimità costituzionale in via principale – Art. 25, co. 1, l. prov. aut. Trento, 4.10.2012, n. 20 (*Legge provinciale sull'energia e attuazione dell'art. 13, della direttiva 2009/28/CE del 23.4.2009 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione della direttiva 2001/77/CE e della direttiva 2003/30/CE*) - art. 117, co. 2, lett. s), Cost. - accoglimento.
La norma impugnata stabiliva che i concessionari di piccole derivazioni a scopo idroelettrico potessero ottenere l'aumento della portata massima derivabile, prescindendo dalla valutazione dell'interesse ambientale prevista dall'art. 8, co. 16, delle norme di attuazione del piano di tutela delle acque. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma de qua, per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. s), Cost., chiarendo che la disposizione regionale in questione andava ad incidere sulla materia della "tutela dell'ambiente", attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Nel caso specifico, la normativa statale di riferimento prevede che il provvedimento di concessione possa essere rilasciato solo ove siano garantiti il minimo deflusso vitale e l'equilibrio del bacino idrico. V precedente conforme: C. cost., 21.4.2011, n. 151 (Red. Gabriele Magrini).

«::::::::: GA :::::::::»

PARERI

Avvocatura dello Stato

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

DOMANDA

Con nota del 29.4.2014 prot. 16788, pervenuta il 6.5.2014, codesto Ministero, successivamente al parere reso dalla Scrivente con nota del 26 marzo u.s., prot. 137564 con cui, dopo avere chiarito alcuni aspetti in ordine alla procedura da seguire per la nomina del Presidente dell'Autorità portuale di Napoli, ci si riservava un più ampio approfondimento sugli aspetti di massima, ha nuovamente richiesto l'avviso di questo G.U. Con la nota da ultimo pervenuta, in particolare, codesto Ministero - premesso di dover procedere con ogni consentita urgenza alle nomine di taluni Presidenti e Commissari di Autorità portuali - ritiene necessario acquisire il parere di questo G.U. in ordine al corretto iter procedurale da seguire in relazione alle menzionate nomine, "anche tenendo conto degli indirizzi tracciati dalle pronunce del Consiglio di Stato relativamente ai requisiti di idoneità dei candidati ed ai limiti attinenti le prerogative di selezione del predetto Ministero". (Parere 24.5.2014-226901, CS 11837/2014, Sez. VII, Avv. Paola Palmieri)

RISPOSTA

I) Sui requisiti dei Presidenti delle Autorità portuali.

Come già osservato in occasione della precedente consultazione, la giurisprudenza consolidata, in analogia con la posizione assunta in relazione alla nomina di organi di vertice delle Amministrazioni statali, ha costantemente affermato che il provvedimento di nomina del Presidente dell'Autorità portuale, ai sensi dell'art. 8, co. 1, della l. n. 84 del 1994, è riconducibile nell'alveo proprio della c.d. alta amministrazione in quanto:

- non necessita di una valutazione comparativa tra gli altri aspiranti, rendendosi necessario che sia comprovato il possesso dei requisiti prescritti;

- è informato a criteri eminentemente fiduciari, essendo comunque espressione della complessa potestà di indirizzo e di governo delle autorità preposte alle amministrazioni stesse;

- presuppone solo la previa definizione dei soggetti individuati in ragione del possesso dei titoli previsti dalla norma;

- è pur sempre assistito dalle garanzie generali e dai limiti propri degli atti amministrativi, essendo sempre volto alla cura degli interessi pubblici.

Il provvedimento in questione, quale atto di alta amministrazione, ha dunque, una funzione di raccordo tra il momento politico e quello amministrativo.

Diversamente dagli atti politici tuttavia, non è altrettanto libero nei fini ed è, pertanto, assoggettato ad un sindacato sia pure c.d. "debole", ovvero limitato al profilo della ragionevolezza e logicità della scelta effettuata (CdS, VI, n. 1783 del 2007; CdS, 13.5.2013, n. 2596).

Le considerazioni che precedono rispondono ai principi generali già costantemente affermati dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento alle nomine dei più alti vertici delle amministrazioni statali. Ex multis: CdS. n. 2706 del 2005: "Le nomine degli organi di vertice delle amministrazioni sia centrali che locali, si configurano certamente come provvedimenti da adottare in base a criteri emi-

nentemente fiduciari, riconducibili nell'ambito degli atti di "alta amministrazione", in quanto espressione della potestà di indirizzo e di governo delle autorità preposte alle amministrazioni stesse; tuttavia il singolo provvedimento di nomina, comportando una scelta nell'ambito di una categoria di determinati soggetti in possesso dei titoli specifici, deve esporre le ragioni che hanno condotto alla nomina di uno di essi, anche se la motivazione della scelta - effettuata intuitu personae - da formularsi all'esito di un apprezzamento complessivo del candidato e senza alcuna valutazione comparativa rispetto agli altri aspiranti, comporta soltanto la necessità di comprovare la avvenuta valutazione del possesso dei prescritti requisiti del prescelto, in modo che possa dimostrarsi la ragionevolezza della scelta effettuata (cfr. CdS,IV, 5.2.1999, n. 120; 1.9.1998, n. 1139)". Nel medesimo senso, con riferimento ai più diversi settori delle Amministrazioni statali, CdS, VI, 1.3.2005, n. 810; CdS,IV, 26.9.2001, n. 5050, TAR del Lazio, sez. II, 15.12.1997, n. 13361, TAR del Lazio, Sez. I, 5.3.2012, n. 2223. Proprio per l'ampia discrezionalità che innegabilmente connota la nomina, la stessa si configura come una scelta tra tutti i soggetti che potenzialmente siano dotati dei requisiti prescritti dalla legge, scelta che deve basarsi su presupposti congrui ed essere adeguatamente motivata come richiesto, in linea generale, dalla legge sul procedimento e dalla giurisprudenza ormai consolidata, con riferimento anche agli atti connotati da elevata discrezionalità (In tal senso, da ultimo, anche CdS., n. 1321 del 2014). Tali generali premesse sono state sostanzialmente riaffermate dalla recente sentenza n. 4768 del 2013 con cui il Giudice di appello, tornando ad occuparsi delle nomine dei Presidenti delle Autorità portuali ha, tuttavia, affermato principi parzialmente difformi rispetto alla giurisprudenza finora invalsa in subiecta materia.

La decisione, in particolare, nel pronunciarsi sulla legittimità della nomina del Presidente dell'Autorità portuale di Cagliari, non si è limitata a valutare la scelta effettuata dal Ministro (di intesa con la Regione), sul mero piano della logicità e della ragionevolezza, ma ha indagato i contenuti dei requisiti richiesti, spingendosi ad affermare che, pur in assenza di una espressa previsione normativa, "è di norma necessario il possesso di una laurea connessa, affine, collegata o collegabile con la materia portuale" per poter definire il nominato quale esperto del settore, oltre che una "specifica qualificazione culturale teorica e pratica nelle materie indicate dalla legge". Nel caso sottoposto alla attenzione del Consiglio di Stato, pertanto, tanto il titolo di studio posseduto dal designato (laurea in medicina), quanto le esperienze svolte quale parlamentare all'interno delle competenti Commissioni, secondo i Giudici di appello, non sono state ritenute sufficienti al fine di integrare quel massimo grado inderogabilmente richiesto dall'art. 8 co. 1, giungendo ad una declaratoria (di illegittimità) del provvedimento di nomina opposta a quella cui il medesimo Giudice era pervenuto in un caso del tutto analogo, solo pochi anni prima (CdS, 1783/2007). Il Consiglio di Stato, oltre a ricollegare in modo espresso la elevata qualificazione professionale ad uno specifico titolo di studio, si è inoltre spinto fino ad esaminare, in modo più pregnante, i contenuti e la rilevanza della esperienza professionale del candidato. Essendosi ravvisato nella decisione in esame un travalicamento dei limiti propri di quel sindacato "debole" solitamente ammissibile per casi analoghi, la decisione sopra richiamata, come è noto, è stata impugnata in sede di legittimità da questo G.U. (oltre che dalla Provincia di Cagliari) per difetto assoluto di giurisdizione. La discussione del ricorso risulta fissata per il 19 giugno p.v.

Tenuto conto dei principi così affermati, in linea generale, si osserva che, indubbiamente, l'art. 8, co. 1, della l. n. 84 del 1994, nel disciplinare la nomina del Presidente dell'Autorità portuale, fa riferimento ad una terna di "esperti" tra i quali deve essere operata la scelta, i quali devono essere in possesso della "massima e comprovata qualificazione professionale nei settori dell'economia dei trasporti e portuale". La nomina, dunque, già alla stregua del dato letterale della norma, impone che i designati siano in possesso di una specifica qualificazione che deve essere massima e comprovata. Come già osservato nel parere già reso il 26.3.u.s., pertanto, è possibile ribadire che, indubbiamente, la scelta discrezionale del Ministro, benché ca-

ratterizzata da una elevato tasso di discrezionalità, deve svolgersi necessariamente nel confine segnato dall'art. 8, ovvero nei confronti di candidati in possesso dei richiamati requisiti. Ciò, tuttavia, a parere della Scrivente, non consente di concludere, necessariamente, che tali requisiti comunque presuppongano un titolo di studio "connesso, affine collegato o collegabile con la materia portuale", trattandosi di presupposto non contemplato dalla normativa, come del resto affermato in tempi non troppo lontani dal medesimo Consiglio di Stato, sez. VI, con sentenza n. 1783 del 2007 ove si legge che "ai fini del riconoscimento ai soggetti qualificati della qualifica di esperto di massima e comprovata qualificazione professionale, la richiamata norma non richiede che il candidato sia munito di specifico titolo di studio né che abbia svolto un particolare percorso pro fessionale, imponendo soltanto che l'esperienza sia maturata nei settori, anche essi genericamente indicati, dell'economia dei trasporti e portuali". D'altra parte, come la stessa decisione n. 4768/2013 evidenzia, le competenze affidate all'Autorità portuale e al suo Presidente sono molteplici e tali da coinvolgere profili che richiedono non solo una determinata preparazione culturale ma anche competenze tecniche ed esperienze gestionali, oltre che la conoscenza dei settori di riferimento e delle problematiche, tecniche, giuridi che e economiche che ad essi solitamente si ricollegano. Rientra, pertanto, nella discrezionalità riconosciuta all'Amministrazione valutare la sussistenza di tali aspetti in capo al possibile candidato in modo, comunque, da poter pervenire ad un giudizio complessivo di massima e comprovata qualificazione.

Se è, dunque, vero - come affermato dalla più recente decisione - che, di norma, l'esperienza nel settore si ricollega al possesso di una laurea connessa, affine o collegata con la materia portuale, è vero anche che la scelta possa concentrarsi anche su soggetti che, seppur privi di un titolo di tal fatta, siano dotati di una innegabile e particolare esperienza nello specifico settore, tale da far ritenere, secondo una valutazione ampiamente discrezionale, che l'interessato possieda la necessaria idoneità a svolgere le funzioni richieste. In ogni caso, l'esperienza e la qualificazione necessaria, dovranno essere riconducibili ai settori dell'economia dei trasporti e portuale, come chiaramente indicato dal Le gislatore nella legge istituiva delle Autorità, il dato normativo impedendo la possibilità di valorizzare esperienze gestionali e manageriali - sia pure fornite di caratteristiche di eccellenza - ma svolte in settori diversi da quelli indicati. Va, inoltre, considerato che, pur essendo precluso al Giudice amministrativo un penetrante sindacato delle scelte effettuate, le stesse ben potranno essere valutate sul piano della logicità e della ragionevolezza e che il possesso di un titolo di studio totalmente estraneo al tipo di funzioni che il designato è chiamato a svolgere, può essere considerata di per sé - e in assenza di un bagaglio culturale comunque fornito da una significativa esperienza professionale nel settore - possibile sintomo di illogicità ed irrazionalità della scelta, oltre che costituire violazione diretta dell'art. 8 della l. n. 84 del 1994.

Pertanto è bene sottolineare che, nel caso in cui si voglia prescindere da un percorso culturale ad hoc o meglio, quanto più ci si allontani dallo stesso, l'esperienza maturata dovrà essere di livello tale da far presumere che, pur in assenza di laurea o altro titolo connesso o affine, il soggetto prescelto sia pienamente idoneo ad adempiere ai rilevanti compiti che lo attendono e di ciò dovrà essere dato atto con congrua motivazione, nel provvedimento di nomina, anche attraverso gli opportuni richiami ai contenuti del curriculum presentato. Non possono ignorarsi, al riguardo, i delicati compiti rimessi dall'art. 8, comma terzo, della L. n. 84/1994 al Presidente, tenuto conto che detto organo, non solo ha la rappresentanza dell'ente, ma, solo per indicare alcune delle funzioni principali, presiede il Comitato portuale, sottopone al Comitato portuale il piano operativo triennale, il piano regolatore portuale e le più rilevanti delibere riguardanti la vita dell'Ente, oltre a provvedere al coordinamento delle attività svolte nel porto dalle pubbliche amministrazioni, nonché al coordinamento e al controllo delle attività soggette ad autorizzazione e concessione. Richiamando le parole della Corte costituzionale è possibile affermare che il Presidente è, in effetti, posto "al vertice di una complessa organizzazione, che vede

coinvolti e soggetti al suo coordinamento anche organi schiettamente statali (presiede, tra l'altro, il Comitato Portuale, del quale fanno parte il Comandante del Porto e, in rappresentanza dei Ministeri delle Finanze e dei Lavori Pubblici, un dirigente dei servizi doganali ed uno dell'ufficio speciale del genio civile) e gli è assegnato un ruolo fondamentale, anche di carattere propulsivo, perché il porto assolva alla sua funzione (di rilevanza internazionale o nazionale, secondo la classe di appartenenza) comunque interessante l'economia nazionale" (in tal senso Corte Cost. n. 378 del 2005; v. anche CdS 13.5.2013, n. 2596). Si ritiene, pertanto, che la nomina debba comunque garantire la elevata professionalità richiesta, in modo da far presumere che il nominato sia in grado di assolvere le delicate funzioni attribuite dalla legge oltre che gli eventuali obiettivi di volta in volta indicati. Si osserva, infine, che, nell'attesa di un possibile consolidarsi della posizione espressa dal Consiglio di Stato con la più recente decisione, occorre prendere atto che la giurisprudenza sembra avviarsi verso una più rigorosa interpretazione dei requisiti indicati dalla legge oltre che verso un più penetrante controllo dell'azione amministrativa per cui - allo stato - si sottolinea l'opportunità di un atteggiamento prudenziale, già suggerito in occasione della precedente consultazione, che, pur non ritenendoli vincolanti, tenga conto dei titoli culturali oltre che professionali del candidato.

II) Con la nota che si riscontra, codesta Amministrazione ha chiesto anche di conoscere l'avviso di questo G.U. in ordine alle nomine dei Commissari delle Autorità portuali, sempre in relazione ai requisiti richiesti dalla normativa ed agli ambiti di discrezionalità riservati al Ministro.

L'art. 7, co. 3, della l. n. 84/1994, si limita a prevedere la possibilità, per il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di disporre, nei determinati casi ivi previsti, la revoca del mandato del Presidente e lo scioglimento del Comitato portuale nonché di nominare, con il medesimo decreto, un commissario che eserciti, per un periodo massimo di sei mesi, le attribuzioni conferitegli con il decreto stesso.

Al di là delle espresse previsioni di cui alla norma da ultimo richiamata, la sussistenza di un potere di vigilanza individuato dall'art. 12 della menzionata legge in capo al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, consente di affermare che detto potere di vigilanza può essere esercitato anche attraverso la rimozione degli organi direttivi dell'Autorità portuale e la successiva nomina di organi straordinari, ancorché al di fuori delle due ipotesi espressamente indicate all'art. 7 della l. n. 84/1994, costituendo tale potere esplicazione dei cosiddetti "poteri impliciti" che l'ordinamento attribuisce alla Pubblica Amministrazione, pur in difetto di una esplicita previsione di legge (TAR Lazio, III 23.6.2011, n. 5623, CdS, IV, 13.5.2013, n. 2569).

Autorevole fondamento alla teoria dei "poteri impliciti" è stato rinvenuto nella sentenza di Corte Cost., 20.1.2004 n. 27, laddove si afferma che "il potere di nomina del Commissario straordinario costituisce attuazione del principio generale, applicabile a tutti gli enti pubblici, del superiore interesse pubblico al sopperimento, con tale rimedio, degli organi di ordinaria amministrazione, i cui titolari siano scaduti o mancanti".

Tale potere - afferma la Corte Costituzionale - è volto ad assicurare "il soddisfacimento delle esigenze di continuità della azione amministrativa ed impedire stasi connesse alla decadenza degli organismi ordinari" (Corte Cost. 27.7.2005, n. 339) e "non è esercitabile liberamente" (C. Cost. 20.1.2004, n. 27).

In assenza di riferimenti normativi nonché di una specifica autoregolamentazione da parte di codesto Ministero volta ad individuare i criteri di nomina di tali organi, sulla base dei principi generali è, dunque, possibile affermare che la nomina di un Commissario straordinario, in sostituzione del massimo organo di vertice di un ente pubblico, riveste la natura di atto di alta amministrazione, al pari della nomina del Presidente e che, pertanto, ne condivide la natura di provvedimento ampiamente discrezionale, connotato da tratti di fiduciarietà e, di conseguenza, è sottoposto al sindacato del giudice amministrativo sotto l'esclusivo profilo della logicità e della ragionevolezza della scelta effettuata (in ordine al profilo della fiduciarietà della nomina dei Commissari delle Autorità portuali: TAR del Lazio, III ter, 9.2.2011, n. 1260). Individuata la natura giuridica del provvedimento di no-

mina e venendo allo specifico profilo qui in discussione occorre chiarire, analogamente alla problematica trattata sub I), quali siano i requisiti richiesti ai fini della nomina a Commissario straordinario nominato ai sensi del richiamato art. 7, co.3, l. n. 84/1994, ovvero in tutte quelle ipotesi in cui occorra assicurare la continuità dell'azione amministrativa nell'esercizio del potere ministeriale di vigilanza. Avuto riguardo a tale specifico profilo, va preliminarmente rilevato che la legge istitutiva delle Autorità non prevede, per il caso della nomina di un Commissario, specifici requisiti culturali o professionali né, allo scopo, il Legislatore ha ritenuto di dover richiamare i medesimi requisiti richiesti dall'art. 8 ai fini della nomina del presidente dell'Autorità portuale. Tale mancato richiamo, a parere di questo G.U., potrebbe far ritenere che, nella scelta del Commissario, il Ministro non sia direttamente vincolato dagli stringenti requisiti di "massima e comprovata qualificazione" richiesti con riferimento espresso alle nomine del solo organo di vertice ordinario dell'Ente. Il procedimento di nomina di un Commissario straordinario ai sensi della l. n. 84/1994, in effetti, costituisce una procedura diversa ed autonoma rispetto al procedimento di nomina del Presidente, quest'ultima interamente ed espressamente disciplinata dall'art. 8 della medesima legge (in tal senso la già menzionata sentenza del TAR del Lazio, III ter n. 1260 del 2011). Tuttavia, non vi è dubbio che il Commissario straordinario - in particolare nei casi in cui la nomina consegua ad una cattiva gestione o ad un malfunzionamento dell'ente - è investito di tutta la attività di gestione, quanto meno per il tempo necessario al completamento delle fasi di rinnovo degli organi ordinari, oltre che dei poteri straordinari al medesimo attribuiti, e che, pertanto, tale scelta presuppone una attenta valutazione del curriculum del candidato, con particolare riferimento alle competenze professionali ed alle esperienze maturate, in coerenza con i principi sopra indicati per la nomina a Presidente.

Pertanto, la relativa istruttoria andrà necessariamente svolta secondo criteri di professionalità e di competenza - elementi, questi, che andranno opportunamente richiamati a sostegno della motivazione del provvedimento tenendo conto dei compiti che il Commissario è chiamato a svolgere e ciò, sia in relazione alla situazione fattuale che ha determinato l'esigenza della nomina, sia in relazione ai compiti che la legge demanda al Commissario, sia, infine, agli obiettivi di volta in volta attribuiti dal Ministro in relazione al caso concreto, in modo da far concludere - secondo l'indicato parametro di logicità e di ragionevolezza - che il designato sia un soggetto pienamente idoneo allo svolgimento dei compiti per i quali è stato nominato.

Trattandosi di questione di massima il presente parere è stato sottoposto all'esame del Comitato consultivo, ai sensi dell'art. 26 della l. 3.4.1979, n. 103, che si è espresso in conformità nella seduta del 22.5.2014.

«::::::::: GA :::::::::»

USO DEL TERRITORIO: URBANISTICA, AMBIENTE E PAESAGGIO

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

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 :::::::::»

ASSERVIMENTO DI UN FONDO: 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 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

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato 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, A.P. 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 utilizzazione 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).***

«:::::::::: GA ::::::::::»

REDAZIONALI

L'INQUINAMENTO ELETTROMAGNETICO: ASPETTI, PROBLEMATICHE E SPUNTI DI RIFLESSIONE

dell' Avv. Paolo Turco

Inquinamento elettromagnetico. Principi informatori. La disciplina legislativa interna e comunitaria. Gli orientamenti giurisprudenziali.

Electromagnetic pollution. Guiding Principles. The legislative framework and internal commonindustry. The case law.

Sommario: 1. L'inquinamento elettromagnetico. La legge quadro 36/2001. La normativa comunitaria. Il principio di prevenzione, precauzione e correzione. Il ruolo della giurisprudenza.

1.L'inquinamento elettromagnetico.

La tutela dall'inquinamento elettromagnetico rappresenta una delle più recenti frontiere del diritto ambientale, oggetto di vivaci dibattiti sociali e di controversie giudiziarie. Il fenomeno comunemente detto *"elettrosmog"* è causato dalla esposizione ai campi elettrici e magnetici. Questi campi sono generati da linee elettriche, dalle apparecchiature di emittenza radio e radiotelevisiva, di telefoni cellulari, da elettrodomestici casalinghi e dispositivi elettrici di vario genere.

L'allarme lanciato già molti anni fa ha fatto eco nella comunità europea, tanto che in materia si applica il principio precauzionale elaborato in dottrina, al fine di contenere le onde elettromagnetiche dannose per la salute. Studi scientifici hanno dimostrato la possibilità di danni gravi ed irreversibili. In particolare ,sulla scia anche dell'organizzazione mondiale della sanità è stato elaborato un principio informatore della politica ambientale nella comunità europea ed è stato codificato nell'art 174 (ex 130 R) secondo paragrafo del Trattato che istituisce la Comunità Europea, a mente del quale "la politica della Comunità in materia ambientale mira ad un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità ed è fondata sul principio della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio di correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente nonché sul principio di chi inquina paga. "Nonostante ciò v'è una legislazione frammentaria sia a livello europeo che internazionale. Alcuni paesi, infatti, come la Svizzera, per citarne alcuni, hanno di fatto preso posizioni, ma di certo non risolto l'auspicato problema. Soprattutto alla luce del fatto che ci fossero delle mere raccomandazioni al riguardo e non atti puntuali. La prima disciplina in Italia è rappresentata dalla l. quadro 36/2001 proprio in attuazione delle indicazioni comunitarie e dove per la prima volta si parla di valori di attenzione, obiettivi di qualità e si richiama l'art 32 della Costituzione quale parametro di riferimento ossia la tutela della salute. Tuttavia, mentre lo Stato si limita a dettare principi in materia, sono le Regioni e gli enti locali a regolamentare anche urbanisticamente il territorio, spesso con richiami normativi non sempre chiari e uniforrmi.

La giurisprudenza, poi, ne ha fatto materia di studio tanto che è stata quasi alluvionale la produzione di sentenze in merito. Si ricorda come baluardo la cassazione che aveva ricondotto l'inquinamento elettromagnetico nell'ampia fattispecie dell'art. 674 c.p. (getto pericoloso di cose). Ma è la giurisprudenza

amministrativa che sotto la scure di sentenze *ad hoc* limita il campo dell'inquinamento elettromagnetico (cfr. TAR Veneto II, 29.7.1999, ord. n. 927 confermata dal Consiglio di Stato). Ruolo primario viene svolto oggi dagli enti locali. Ed infatti, la giurisprudenza ha osservato: Il potere delle regioni - attribuito dall'art. 9 della l. 22.2.2001, n. 36 (legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici) - di adottare piani di risanamento ambientale al fine di adeguare, in modo graduale, gli impianti radioelettrici già esistenti alla data della entrata in vigore della legge ai limiti di esposizione, ai valori di attenzione ed agli obiettivi di qualità stabiliti secondo le norme della stessa legge non priva le ordinarie competenze comunali, come desumibili dalla legislazione generale per quanto riguarda l'adozione di ordinanze contingibili ed urgenti a tutela della salute cittadini e, per ciò che riguarda la specifica materia dell'inquinamento elettromagnetico, dalle disposizioni normative del settore. (Cfr. CdS, VI, 4.3.2013, n. 1260).

Altresì, in materia di disciplina comunale degli impianti che creano inquinamento elettromagnetico, va osservato che, con riguardo alla localizzazione degli impianti di telecomunicazione, ai comuni spetta, alla luce delle competenze urbanistiche e edilizie inerenti il governo del territorio e tenuto conto della competenza aggiuntiva e diversa relativa alla minimizzazione del rischio per la salute della popolazione, disciplinare con regolamento la localizzazione ottimale degli impianti di telecomunicazione, potendo dettare regole diverse, rispetto a quelle prescritte per la generalità degli altri impianti, nella misura in cui esse siano volte a contemperare ragionevolmente gli opposti interessi coinvolti, senza violare i valori di campo stabiliti dallo Stato e gli obiettivi di qualità definiti dalle Regioni; poiché i regolamenti comunali di minimizzazione di cui all'art. 8 co. 6, l. quadro n. 36 del 2001 debbono limitarsi a dettare prescrizioni urbanistico-edilizie di mero carattere integrativo, volte ad imporre ubicazioni specifiche o caratteristiche tecniche determinate, risultano compatibili con i limiti delle competenze comunali: l'indicazione d'accorgimenti tecnici particolari da adottare nella realizzazione degli impianti, quali ad esempio schermature idonee a neutralizzare o ridurre l'emissione di onde elettromagnetiche all'esterno; l'indicazione di siti idonei, nel rispetto della zonizzazione prevista dal piano regolatore generale, tenuto conto dell'esigenza di evitare l'esposizione alle onde elettromagnetiche di soggetti fragili (bambini, anziani, ammalati) e di ridurre l'impatto sul territorio dal punto di vista urbanistico-edilizio**.** (cfr TAR Catania, sent. n.2286/2013).

Tuttavia, se la giurisprudenza si è occupata più volte del fenomeno dell'inquinamento elettromagnetico vuol dire che ci troviamo in una situazione già patologica mentre si auspica che solo un'adeguata informatizzazione, partecipazione, educazione ed accesso aia documenti della P.A. con la partecipazione della agenzie ambientali possono aiutare a limitare gli effetti dalle esposizioni ai campi elettrici di cui siamo continuamente bersaglio.

«::::::::: GA :::::::::»

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. VI 4.9.2014, n 4505

Dichiarazione d´interesse culturale: il Ministero dei beni culturali ed ambientali può estendere il vincolo ad intere aree in cui siano disseminati ruderi archeologici particolarmente importanti, purché i ruderi costituiscano un complesso unitario ed inscindibile.

Il d. lgs. 22.1.2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell´art. 10 della l. 6.7.2002, n. 137), disciplina il procedimento amministrativo per la dichiarazione di interesse culturale di beni specificamente indicati, i poteri di vigilanza e controllo del Ministero competente, le modalità di protezione diretta dei beni stessi (si vedano, in particolare, gli articoli 10, 18, 19 e 20 e seguenti). La giurisprudenza di questo Consiglio, con orientamento formatosi nella vigenza della l. 1.6.1939, n. 1089, ma con affermazioni estensibili al nuovo sistema, ha già avuto modo di rilevare che, ai fini della tutela vincolistica su beni archeologici, «l'effettiva esistenza delle cose da tutelare può essere dimostrata anche per presunzione e che è ininfluente che i materiali oggetto di tutela siano stati portati alla luce o siano ancora interrati, essendo sufficiente che il complesso risulti adeguatamente definito e che il vincolo archeologico appaia adeguato alla finalità di pubblico interesse al quale è preordinato» (CdS, VI, 1.3.2005, n. 805).

La stessa giurisprudenza ha specificato che «l'amministrazione dei beni culturali ed ambientali può estendere il vincolo ad intere aree in cui siano disseminati ruderi archeologici particolarmente importanti: è necessario, però, in tal caso, che i ruderi stessi costituiscano un complesso unitario ed inscindibile, tale da rendere indispensabile il sacrificio totale degli interessi dei proprietari e senza possibilità di adottare soluzioni meno radicali, evitandosi, in ogni caso, che l'imposizione della limitazione sia sproporzionata rispetto alla finalità di pubblico interesse cui è preordinata» (CdS, VI, 25.9.2005, n. 5069). Gli atti amministrativi espressione di valutazioni tecniche sono suscettibili di sindacato giurisdizionale nei soli casi in cui l'amministrazione abbia effettuato scelte che si pongono in contrasto con il principio di ragionevolezza tecnica. Non è sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile. Il giudice amministrativo, infatti, non può sostituire - in rispetto al principio di separazione dei poteri - sue valutazioni tecniche a quelle effettuate in sede propria dall'autorità pubblica (CdS, VI, 2.5.2012, n. 2521). Nell'effettuare tale sindacato può essere necessario ricorrere al giudizio di un tecnico nella forma della consulenza tecnica o, come è avvenuto nella specie, della verificazione.

Consiglio di Stato Sez. IV 3.9.2014, n 4483

Mutamento di destinazione d´uso e costo di costruzione, i principi del Consiglio di Stato.

L´art. 19 co. 3 del d.P.R. 6.6.2001, n. 380 dispone, in modo affatto chiaro, che "Qualora la destinazione d´uso delle opere indicate nei commi precedenti...venga comunque modificata nei dieci anni successivi all´ultimazione dei lavori, il contributo di costruzione è dovuto nella misura massima corrispondente alla nuova destinazione, determinata con riferimento al momento dell´intervenuta variazione". La disposizione si riferisce in modo omnicomprensivo al contributo di costruzione, come definito dal precedente art. 16, senza distinzione tra le sue componenti, e quindi tanto alla quota parte riferibile agli oneri di urbanizzazione, quanto a quella relativa al costo di costruzione, e trova giustificazione nel diverso regime, più favorevole per gli immobili a destinazione industriale o artigianale (per i quali ai sensi del precedente comma 1 è dovuto contributo limitato ai soli oneri urbanizzativi) e più gravoso per gli immobili a destinazione turistica, commerciale, direzionale e a servizi (per cui invece ai sensi del comma secondo, oltre agli oneri urbanizzativi è dovuto un contributo commisurato anche al costo di costruzione, sebbene nella più ridotta misura ivi specificata, pari al 10% del costo

di costruzione documentato). Ne consegue che, come chiarito da questa Sezione, la quota parte relativa al costo di costruzione è comunque dovuta "...anche in presenza di una trasformazione edilizia che, indipendentemente dall´esecuzione fisica di opere, si rivela produttiva di vantaggi economici ad essa connessi, situazione che si verifica per il mutamento di destinazione o comunque per ogni variazione anche di semplice uso che comporti un passaggio tra due categorie funzionalmente autonome dal punto di vista urbanistico" (CdS, IV, 20.12.2013, n. 6160; vedi anche 14.10.2011, n. 5539, quest´ultima peraltro nel senso che anche la sola variazione di destinazione d´uso all´interno di una stessa categoria, da commercio all´ingrosso a commercio al dettaglio, giustifica il pagamento del contributo, anche per la quota afferente al costo di costruzione). D´altro canto, è indiscutibile che il mutamento di destinazione d´uso, ancorché senza opere edilizie, da una tipologia utilizzativa artigianale ad altra commerciale implica un mutamento del carico urbanistico, connesso ai ben diversi flussi di traffico e clientela, nonché della redditività, e quindi dei vantaggi economici connessi alla destinazione e all´attività. In relazione all´incontestato mutamento della destinazione d´uso comportante passaggio da una ad altra tipologia e/o categoria edilizia, d´altra parte, il Comune non era tenuto a supportare la propria richiesta con alcuna motivazione specifica, essendo sufficiente il richiamo al presupposto giuridico-fattuale, ciò che implica il superamento anche dei rilievi introdotti con la memoria di replica a prescindere dalla loro ritualità, contestata dal difensore dell´amministrazione in sede di discussione.

Consiglio di Stato Sez. IV 3.9.2014, n 4479

Espropriazione illegittima: il Consiglio di Stato ribadisce l'impossibilità che il provvedimento ex art. 42 *bis* del Testo Unico espropriazioni possa essere emesso dal commissario ad acta eventualmente nominato per l'ottemperanza.

La Quarta sezione del Consiglio di Stato nella sentenza in esame ha evidenziato (seguendo Consiglio di Stato, sez. IV, 2.9. 2011 n. 4970) come "la realizzazione dell´opera pubblica sul fondo illegittimamente occupato è in sé un mero fatto, non in grado di assurgere a titolo dell´acquisto, come tale inidoneo a determinare il trasferimento della proprietà, per cui solo il formale atto di acquisizione dell´amministrazione può essere in grado di limitare il diritto alla restituzione, non potendo rinvenirsi atti estintivi (rinunziativi o abdicativi, che dir si voglia) della proprietà in altri comportamenti, fatti o contegni. "Ne discende che, tranne che l'amministrazione intenda comunque acquisire il bene seguendo i sistemi che di seguito saranno evidenziati, è suo obbligo primario procedere alla restituzione della proprietà illegittimamente detenuta."

Pertanto, ove l'amministrazione non intendesse procedere alla restituzione del bene, rimanendo in piedi l'obbligo di ricondurre a diritto la situazione di illegittima apprensione del bene privato, "l'amministrazione può legittimamente apprendere il bene facendo uso unicamente dei due strumenti tipici, ossia il contratto, tramite l'acquisizione del consenso della controparte, o il provvedimento, e quindi anche in assenza di consenso ma tramite la riedizione del procedimento espropriativo con le sue garanzie. L'illecita occupazione, e quindi il fatto lesivo, permangono quindi fino al momento della realizzazione di una delle due fattispecie legalmente idonee all'acquisto della proprietà, indifferentemente dal fatto che questo evento avvenga consensualmente o autoritativamente. "A questi due strumenti va altresì aggiunto il possibile ricorso al procedimento espropriativo semplificato, già previsto dall'art. 43 del d.P.R. 8.6.2001, n. 327 "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità" ed ora, successivamente alla sentenza della Corte costituzionale, 8.10.2010, n. 293, che ne ha dichiarato l´illegittimità costituzionale, nuovamente regolamentato all'art. 42 bis dello stesso testo, come introdotto dall'articolo 34, comma 1, del d.l. 6.7.2011 n. 98 "Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria", convertito in legge 15.7.2011 n. 111". A tale ricostruzione va solo aggiunto che la Sezione si è espressamente pronunciata in relazione all'impossibilità che il provvedimento ex art. 42 bis possa essere emesso dal commissario ad acta eventualmente nominato per l'ottemperanza (CdS, IV, 13.3.2014 n. 1221 e n. 1222), evidenziando che

"se è vero che, in sede di ottemperanza, il giudice amministrativo può sostituire l'amministrazione anche nelle scelte che toccano il merito dell'azione, è anche vero che il giudizio di ottemperanza altro non è che il portato esecutivo del giudizio di cognizione.

Quindi, se è pacifico che il giudice dell'ottemperanza è vincolato dal contenuto della sentenza da eseguire, è del pari evidente che la sentenza di cognizione ottemperanda è a sua volta legata ai limiti dati dalla domanda proposta dalla parte in sede di ricorso introduttivo. Si tratta cioè di un rapporto di successiva delimitazione e progressiva messa a fuoco, dal quale non si può prescindere se non dimenticando le interconnessioni tra i vari momenti del processo. "Trasponendo tali lineari considerazioni nel caso concreto dell'esecuzione di sentenza di annullamento di una procedura espropriativa, si è di fronte ad una vicenda così riassumibile: la domanda posta è una domanda demolitoria degli atti espropriativi; l'accoglimento della domanda, cui consegue l'annullamento della procedura e il contestuale riconoscimento della mancata acquisizione alla mano pubblica della proprietà, comporta l'obbligo della restituzione del bene illegittimamente sottratto; stante l'inerzia dell'amministrazione, il giudice dell'ottemperanza deve muoversi con i poteri di merito e nell'ambito dei limiti della domanda proposta e accolta. "Appare quindi arduo immaginare che, di fronte alla domanda introdotta in giudizio e ivi considerata fondata, ossia alla domanda di declaratoria d'illegittimità della procedura espropriativa, il giudice dell'ottemperanza, chiamato dal ricorrente insoddisfatto a conseguire quanto ha diritto, decida nel senso di ordinare all'amministrazione di provvedere ex art. 42 bis. Si assisterebbe alla singolare situazione per cui lo stesso giudice, che in sede di cognizione ha ritenuto che il bene dovesse essere restituito al legittimo proprietario, in sede di ottemperanza ordinerà invece all'amministrazione di impossessarsi dello stesso bene, anzi addirittura la sostituirà, mandando un suo ausiliario a mettere in atto tale proposito. "Un tale anomalo esito, della cui coerenza con l'art. 24 della Costituzione è lecito dubitare, può essere invece superato se si tiene presente che l'unico obbligo scaturente dalla sentenza è quello di restituzione del bene, mentre le altre opzioni (come esaurientemente indicate nella citata sentenza n. 4969 del 2.9.2011) sono rimesse alle scelte dell'amministrazione, visto che si pongono su un piano diverso da quello dell'esecuzione del giudicato (in questo senso, CdS, IV, 30.9.2013, n. 4868)." L'eventuale giudizio di ottemperanza comporterà quindi l'intervento del commissario ad acta ai soli fini della restituzione del bene ai privati illegittimamente ablati. Venendo ora alle questioni risarcitorie, la Sezione ha di recente osservato (CdS, IV, 27.1.2014 n. 359) come la possibilità di un provvedimento ex art. 42 bis impedisca o renda quanto meno prematuro l'accoglimento della domanda di congrua liquidazione dell´indennizzo o di rettifica dei criteri liquidatori indicati nella sentenza gravata, "poiché l´art. 42 bis, a differenza di quanto prevedeva l´art. 43 previgente, non prevede più, né la possibilità per il giudice di 'escludere la restituzione senza limiti di tempo' né, conseguentemente, l´obbligo per l´amministrazione di emanare il provvedimento di acquisizione a seguito di un vaglio giurisdizionale di siffatto tenore. Nel nuovo schema dell´art. 42 bis, il provvedimento di acquisizione rimane nell´ambito della piena discrezionalità dell´amministrazione ('valutati gli interessi in conflitto' recita l´incipit della disposizione normativa), conscia che in ipotesi di mancato esercizio del potere dovrà restituire il suolo al legittimo proprietario, nonostante sul medesimo sorga un´opera pubblica". Nel caso in esame, si verte tuttavia in un'ipotesi risarcitoria, del tutto correlata alla situazione di apprensione del bene, già dichiarata illegittima, per cui, ferme rimanendo le opzioni rimesse alla discrezionalità dell'amministrazione, la mancata pronuncia sulla domanda ricadrebbe nel divieto del non liquet. Anche in questa situazione, quindi, si possono prendere a modello le decisioni precedentemente intervenute (in particolare, CdS, IV, 27.1.2012 n. 427) evidenziando modi e tempi della liquidazione del danno patito. Trattandosi di fattispecie che non ha determinato la traslazione del diritto dominicale, tanto da comportare l'obbligo di restituzione dell'immobile, non può certamente esserci spazio per il risarcimento del danno da perdita della proprietà, evento mai realizzatosi. "Il ri-

sarcimento del danno deve allora operare in relazione alla illegittima occupazione del bene, è illecito permamente, e deve pertanto coprire le voci di danno da questa azione derivanti, dal momento del suo perfezionamento fino alla giuridica regolarizzazione della fattispecie. "Ciò impone quindi la individuazione del momento iniziale e di quello finale del comportamento lesivo. "In relazione al termine iniziale, questo deve essere identificato nel momento in cui l'occupazione dell'area privata è divenuta illegittima, il che significa che decorre dalla prima apprensione del bene, ossia dalla sua occupazione, qualora l'intera procedura espropriativa sia stata annullata, oppure dallo scadere del termine massimo di occupazione legittima, qualora invece questa prima fase sia rimasta integra. "In relazione al termine finale, questo deve essere individuato nel momento in cui la pubblica amministrazione acquisterà legittimamente la proprietà dell'area." Ne consegue che l'illecito, e il conseguente obbligo di risarcimento, continueranno a sussistere fino al momento della conclusione di una legittima fattispecie acquisitiva. "Venendo ai profili quantificatori, stanti le premesse appena svolte, possono riferirsi unicamente a due diverse fattispecie: quella dell'acquisto del bene tramite moduli consensuali e quella della quantificazione del danno dovuto per l'occupazione illegittima avutasi medio tempore. "Come già la Sezione ha avuto modo di precisare (CdSo, IV, 28.1.2011, n. 676) in relazione al valore da corrispondere al privato, dovrà tenersi conto di quello di mercato dell´immobile, individuato 'non già alla data di trasformazione dello stesso (non potendo più individuarsi in tale data, una volta venuto meno l´istituto della c.d. accessione invertita, il trasferimento della proprietà in favore dell´Amministrazione), e nemmeno a quella di proposizione del ricorso introduttivo (non potendo, come detto, ravvisarsi in tale atto un effetto abdicativo), bensì alla data in cui sarà adottato il più volte citato atto transattivo, di qualsiasi tipo, al quale consegua l´effetto traslativo de quo'. "In relazione poi al danno intervenuto medio tempore, e quindi a quello conseguente dall'illegittima occupazione, intercorrente tra i termini iniziali e finali sopra precisati, 'i danni da risarcire corrisponderanno agli interessi moratori sul valore del bene, assumendo quale capitale di riferimento il relativo valore di mercato in ciascun anno del periodo di occupazione considerato; le somme così calcolate andrano poi incrementate per interessi e rivalutazione monetaria dovuti dalla data di proposizione del ricorso di primo grado fino alla data di deposito della presente sentenza'.

Consiglio di Stato Sez. IV 3.9.2014, n 4468

Abusi edilizi: l´epoca remota di realizzazione dell´abuso non determina la legittimità dell´opera colpita da sanzione edilizia.

Nel giudizio in esame l'appellante si duole che il primo giudice abbia rilevato l'inesistenza di una significativa risalenza dell'abuso; ma osserva il Collegio che l'epoca remota dell'abuso, quand'anche fosse affermata, non determinerebbe la legittimità dell'opera colpita dalla sanzione edilizia (inficiando quindi la sentenza sul punto) di cui si discute, atteso che in tali fattispecie il provvedimento edilizio repressivo emesso a seguito del diniego di condono, opera in stretta attuazione dei presupposti di legge e non necessita quindi (a differenza dell'ordinanza repressiva emessa in esercizio del potere generale di vigilanza dell'autorità) di un congruo apprezzamento del pubblico interesse in rapporto al lungo tempo trascorso rispetto all'abuso ed all'affidamento che si sia conseguentemente creato nel soggetto responsabile.

Consiglio di Stato Sez. V 4.8.2014, n. 4133

Edilizia: e´ in palese contrasto con la legge ogni tesi che voglia sottoporre all'esame dell'amministrazione o del giudice amministrativo la verifica della situazione dei luoghi, al fine di escludere la necessità del piano attuativo.

Più volte, sin dagli anni Novanta, il Consiglio di Stato ha affermato che – quando uno strumento urbanistico subordina il rilascio di un titolo edilizio alla previa approvazione di uno strumento attuativo – né in sede amministrativa né in sede giurisdizionale possono essere effettuate indagini sulla situazione dei luoghi per verificare se l'area sia urbanizzata. Una tale regola – già desumibile dalla l. n. 1150 del 1942 – è stata espressamente prevista dall'art. 9 del testo unico sull'edilizia. E' dunque in pa-

lese contrasto con la legge ogni tesi che voglia sottoporre all'esame dell'amministrazione o del giudice amministrativo la verifica della situazione dei luoghi, al fine di escludere la necessità del piano attuativo, previsto dallo strumento urbanistico e che l'art. 9 del testo unico sull'edilizia ha espressamente qualificato come presupposto legale per l'edifiicazione. Neppure risulta fondata la tesi dell'appellante, secondo cui rileverebbe nella specie una 'pressoché completa edificazione della zona' addirittura incompatibile con un piano attuativo. In primo luogo, per definizione la previsione della necessità di un piano di recupero mira proprio a far sì che tutte le modifiche della zona in questione si ispirino a criteri omogenei e a una ordinata modifica dei luoghi, per migliorare la vivibilità degli abitanti e per evitare che ognuno faccia ciò che voglia, senza attenersi alle regole volte al miglioramento dell'area. Come ha già rilevato questo Consiglio, l'esistenza di una 'edificazione disomogenea' non solo giustifica la previsione urbanistica che subordina la modifica dei luoghi alla emanazione del piano di recupero, ma impone che questo piano vi sia e sia concretamente attuato, per restituire ordine all'abitato e riorganizzare il disegno urbanistico di completamento della zona (cfr., da ultimo, CdS, IV, 27.4.2012, n. 2470). In secondo luogo, questo Consiglio di Stato non può che ribadire quanto già chiarito più volte: è consentito derogare all´obbligo della previa emanazione dello strumento attuativo soltanto nell´ipotesi - per lo più di scuola - in cui per un'area complessivamente edificabile sia satura e si tratti "dell'ultimo lotto" integralmente inserito nel tessuto urbano, vale a dire di un'area di dimensioni limitate e totalmente inserita tra altri edifici. L´esonero dal piano attuativo o da quello di lottizzazione, previsto dal P.R.G. e dalle relative N.T.A., non può avvenire, pertanto, in un caso come quello di specie, esposto al rischio della compromissione di valori urbanistici e in cui la pianificazione urbanistica può ancora conseguire l´effetto di correggere e compensare il disordine edificativo in atto (cfr. CdS, IV, 15.5.2002, n. 2592).

Consiglio di Stato Sez. V 7.7.2014, n. 3439

Procedura espropriativa: non è necessaria la comunicazione dell´avvio del procedimento per l´emanazione del decreto di occupazione d´urgenza.

Nel giudizio in esame, tra l´altro, viene lamentata la mancata instaurazione del contraddittorio procedimentale mediante apposita comunicazione dell´avvio della procedura espropriativa prima della decretazione dell´occupazione d´urgenza.La doglianza e´ stata ritenuta infondata dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato risulta in considerazione del principio, più volte enunciato dalla giurisprudenza, per la quale non è necessaria la comunicazione dell´avvio del procedimento per l´emanazione del decreto di occupazione d´urgenza, dal momento che questo è atto di mera attuazione del provvedimento dichiarativo della pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza dei lavori: di conseguenza, le garanzie procedimentali relative alla partecipazione sono proprie solo di quest´ultimo (CdS, Ad.Pl., 15.9.1999, n. 14; IV, 8.6.2007, n. 2999; 5.2.2009, n. 676; V, 26.9.2013, n. 4766; VI, 2.3.2011, n. 1312).Peraltro, comunque la previa comunicazione dell´avvio del procedimento non è richiesta, dall´art. 7, co. 1, della l. n. 241/1990, ove "sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento" (CdS, IV, 15.7.2013, n. 3861), come avviene in re ipsa nel caso della occupazione d´urgenza.

Consiglio di Stato Sez. V, 7.7.2014, n. 3438

Tettoie per il riparo degli animali: le notevoli dimensioni e le funzioni integrano una trasformazione urbanistico – edilizia del territorio, con perdurante modifica dello stato dei luoghi che esclude la possibilità del ricorso alla mera autorizzazione edilizia.

Secondo un ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale, l'ordine di demolizione conseguente all'accertamento della natura abusiva delle opere realizzate, come tutti i provvedimenti sanzionatori edilizi, è un atto dovuto: l'ordinanza va emanata senza indugio e, in quanto tale, non deve essere preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento, trattandosi di una misura sanzionatoria per l'accertamento dell'inosservanza di disposizioni urbanistiche, secondo un procedimento di natura vincolata precisamente tipizzato dal legislatore e rigidamente disciplinato, che si ricollega ad un preciso presupposto di fatto, cioè

l'abuso, di cui peraltro l'interessato non può non essere a conoscenza, rientrando direttamente nella sua sfera di controllo (tra le più recenti, CdS, IV, 28.4.2014, n. 2194; 26.8.2008, n. 4659). Non può poi ragionevolmente dubitarsi della necessità della concessione edilizia per la realizzazione delle opere di cui si discute, trattandosi non già di meri impianti precari e provvisori, come dedotto dagli appellante, bensì di due tettorie (per il riparo degli animali allevati) di notevoli dimensioni (una di circa 200 metri quadrati, con struttura portante in pilastri di ferro quadro 12x12, ancorati su dati di fondazione in cemento e copertura in lamiera; l'altra di oltre cinquanta metri quadrati, con struttura portante in pilastri di ferro quadro e rettangolare e copertura in pannelli isolanti e predisposta per la chiusura perimetrale; entrambe con altezza ai lati di metri 2,50 e d in colmo di metri 3,50), saldamente ancorate nel terreno e dunque neppure facilmente rimobivili. Per dimensioni e funzioni esse integrano sicuramente una trasformazione urbanistico – edilizia del territorio, con perdurante modifica dello stato dei luoghi, il che esclude la possibilità del ricorso alla mera autorizzazione edilizia, come sostenuto dagli appellanti. Deve aggiungersi poi che, come risulta dalla documentazione in atti, l'area interessata agli interventi abusivi in questione - in base alla variante generale al piano regolatore generale adottata con deliberazione di consiglio comunale n. 62 del 2.10.1996, modificata a seguito delle osservazioni accolte con la successiva deliberazione consiliare n. 14 del 10.3.1997 - era "soggetta a vincolo protettivo ambientale di intangibilità assoluta con divieto di ogni alterazione dello stato ambientale", che precludeva quindi qualsiasi attività edilizia (fatti espressamente salvi, per i soli edifici esistenti alla data di adozione del P.R.G., il restauro statico e conservativo a condizione che fossero rimasti immutati i volumi, i prospetti, la sagoma e le strutture murarie esterne, nonché le destinazioni d'uso e le superfici delle singole unità abitative); peraltro, anche a voler prescindere dal fatto che non è stato neppure provato che le opere abusive accertate fossero state realizzate prima dell'adozione della predetta variante, in nessun caso le stesse avrebbero potuto essere oggetto di una concessione sanatoria, proprio per la ricordata successiva previsione urbanistica che precludeva qualsiasi opera.

Consiglio di Stato Sez. IV 7.7.2014, n. 3425

Oneri di urbanizzazione: la determinazione del contributo di concessione in sanatoria deve effettuarsi con riferimento alle tariffe vigenti al momento della domanda, risultando irrilevante la verifica della regolare formazione del silenzio – assenso sulla relativa domanda.

Nel giudizio in esame il Comune appellante lamenta violazione o falsa applicazione dell'art. 37 della l. n. 47 del 1985 e del principio di corrispondenza tra oneri di urbanizzazione e carico urbanistico indotto dall'edificazione. Premesso che la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di evidenziare che sulla questione della definizione del momento cui ancorare la determinazione degli oneri di concessione non è ravvisabile un orientamento interpretativo consolidato da cui possa ricavarsi un principio fondamentale della legislazione statale secondo cui gli oneri stessi debbano essere determinati con riferimento alle tariffe vigenti alla data di entrata in vigore della legge di sanatoria, il Comune evidenzia come rispetto alla pluralità di soluzioni possibili non può non tenersi in considerazione l´interesse pubblico all´adeguatezza della contribuzione ai costi reali da sostenere rispetto a quello, a esso antitetico, del cittadino alla sua piena previsione dei costi al momento della formazione del consenso alla realizzazione dell'opera, facendo quindi prevalere la disciplina esistente in tale momento. La censura non può essere accolta. La posizione teorica espressa dal Comune ha sicuramente un suo fondamento, anche in relazione alla valutazione operata dal giudice delle leggi sulla situazione in esame. Infatti, la Corte costituzionale ha affermato (sentenza 17.3.2010 n. 105) "che, invero, gli oneri di concessione potrebbero, in teoria, essere ancorati alle tariffe vigenti, alternativamente, al momento in cui l´abuso è iniziato, al momento in cui l´immobile abusivo è completato, al momento dell´entrata in vigore della normativa statale sul condono, al momento dell´entrata in vigore della normativa regionale sul condono, al momento in cui è stata effettuata la richiesta di condono o, infine, al momento del perfezionamento del procedimento di sanatoria" e "che, in tale contesto di pluralità di soluzioni, la scelta del legislatore regionale di privilegiare l´interesse pubblico all´adeguatezza della contribuzione ai costi reali da sostenere rispetto a quello, ad esso anti-

tetico, del cittadino alla sua piena previsione dei costi al momento della formazione del consenso - ugualmente meritevole di protezione - sembra essere il frutto di una scelta discrezionale implicante un bilanciamento di interessi che può solo essere effettuato dal legislatore". Sulla scorta di tali parametri, è quindi del tutto coerente il richiamo a una giurisprudenza amministrativa che afferma (CdS, IV, 24.5.2011, n. 3116) che l'obbligazione di pagamento degli oneri concessori sorge con il rilascio della concessione edilizia e la giurisprudenza è concorde nel ritenere che la determinazione del contributo dovuto per gli oneri in questione debba essere riferita al momento in cui sorge l'obbligazione, dove si prosegue affermando che "in tale contesto, il considerevole lasso di tempo decorso tra la presentazione della domanda di sanatoria ed il rilascio della concessione non può essere utilmente valorizzato nell'ottica della individuazione di decorrenze del termine per la formazione del silenzio-assenso (e, così, del decorso della prescrizione) diverse da quelle normativamente indicate né per sollecitare una non meglio specificata 'giusta mediazione' che tenga conto delle tariffe eventualmente più favorevoli esistenti all'epoca della presentazione della domanda di sanatoria (quanto a quelle vigenti al momento di realizzazione dell'opera abusiva, lo stesso ricorrente riconosce che sarebbe ingiusto agevolare il responsabile)". Occorre peraltro evidenziare come appaia ardua l'omologazione tra l'obbligazione nascente dal rilascio del titolo abilitativo in via ordinaria e quella derivante dalla sua adozione in sanatoria, come espressamente notato dalla giurisprudenza. Si è così affermato (da ultimo, CGARS, 27.5.2008 n. 466) che "I contributi di cui all'articolo 11 della L. 10/1977, ed all'art. 1 della L.R. 71/78, a differenza di altre fattispecie normative, non vengono determinati in via dichiaratamente provvisoria al momento della domanda dell'interessato e quindi non sono necessariamente richiesti salvo conguaglio, come ad esempio nella fattispecie della domanda di concessione in sanatoria (art. 35 l. 47/1995). "La determinazione dei contributi de quibus è stato infatti collocato temporalmente dal legislatore al termine di un lungo e complesso procedimento che ha alla base una espressa dettagliata e circostanziale domanda del privato, cui fa seguito una complessa istruttoria da parte dell'Amministrazione nel corso della quale l'Amministrazione stessa può chiedere all'interessato tutti i chiarimenti e gli ulteriori elementi di cui abbia bisogno. "Il momento del rilascio della concessione non è quindi equiparabile sotto nessun profilo al momento della domanda di concessione in sanatoria. "In quest'ultimo caso l'Amministrazione si trova di fronte ad una attività già posta in essere dal richiedente e ad una richiesta di legittimazione a posteriori di tale attività e non può quindi che riservarsi ad un momento futuro il controllo sulla corrispondenza tra il fatto compiuto e la domanda. "Del tutto diversa è la situazione della concessione in via ordinaria in cui si tratta di legittimare una attività allo stato ancora inesistente ed in cui l'Amministrazione, prima di rimuovere l'ostacolo a tale attività, ha il potere ed il dovere di verifica e di accertamento sotto ogni profilo della legittimità della richiesta del privato." Sulla scorta di tale ontologica differenza, la posizione più recente della Sezione è andata nel senso di escludere un automatismo nell'adeguamento temporale alle tariffe successive. Si è allora detto (CdS, IV, 3.10.2012 n. 5201) che la determinazione del contributo di concessione in sanatoria, in adesione al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui "ai sensi dell´art. 37 l. 28.2. 1985 n. 47 e dell´art. 3 l. 28.1.1977 n. 10, la determinazione del contributo di concessione in sanatoria deve effettuarsi con riferimento alle tariffe vigenti al momento della domanda, risultando irrilevante la verifica della regolare formazione del silenzio – assenso sulla relativa domanda." A tale impostazione si è attenuto il primo giudice, espressamente evidenziando come "nel caso di condono edilizio, gli oneri di concessione vanno rapportati al momento di ultimazione dell'opera e della presentazione della domanda di sanatoria, e non al momento del rilascio del titolo concessorio". Le ragioni così espresse vanno anche in questa sede valorizzate, in quanto coerenti con le differenti funzioni delle obbligazioni collegate al rilascio, in via ordinaria o di sanatoria, del titolo abilitativo e legate alla posizione rispettiva delle parti, anche per valorizzare la prevedibilità degli oneri connessi all'edificazione.

Consiglio di Stato Sez. IV 7.7.2014, n. 3417

Manutenzione straordinaria, risanamento conservativo e ristrutturazione edilizia: il frazionamento di immobile realizza un aumento dell'impatto sul territorio incompati-

bile con il semplice restauro.

Per consolidati principi giurisprudenziali affinché sia ravvisabile un intervento di ristrutturazione edilizia, è sufficiente che risultino modificati la distribuzione della superficie interna e dei volumi ovvero l´ordine in cui erano disposte le diverse porzioni dell´edificio, per il solo fine di rendere più agevole la destinazione d´uso esistente.

Ciò determina il rinnovo degli elementi costitutivi dell´edificio ed un´alterazione dell´originaria fisionomia e consistenza fisica dell´immobile, incompatibili con i concetti di manutenzione straordinaria e di risanamento conservativo, che presuppongono la realizzazione di opere che lascino inalterata la struttura dell´edificio e la distribuzione interna della sua superficie (CdS, V 17.3.2014, n. 1326). In questo ambito si pone senza ombra di dubbio il frazionamento di immobile (nella specie da sei a tredici unità) che, stante l'autonoma utilizzabilità, realizza anche un aumento dell'impatto sul territorio incompatibile con il semplice restauro (CdS IV, 17.5.2012, n. 2838).

«::::::::: GA :::::::::»

UNIONE EUROPEA E COOPERAZIONE INTERNAZIONALE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

DIRETTIVA EFFICIENZA ENERGETICA, PUBBLICATA SULLA G.U. IL D. LGS. 102/2014

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 165 del 18.7.2014, è stato pubblicato il d. lgs. n. 102 di recepimento della direttiva sull'efficienza energetica (dir. 2012/27/UE) che stabilisce il quadro di misure per la promozione e il miglioramento dell'efficienza energetica che concorrono al conseguimento dell'obiettivo nazionale di risparmio energetico.
Attuazione della dir. 2012/27/UE sull'efficienza energetica, che modifica le dir. 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le dir. 2004/8/CE e 2006/32/CE. Art. 1 Finalità 1. Il presente decreto, in attuazione della dir. 2012/27/UE e nel rispetto dei criteri fissati dalla l. 6.8.2013, n. 96, stabilisce un quadro di misure per la promozione e il miglioramento dell'efficienza energetica che concorrono al conseguimento dell'obiettivo nazionale di risparmio energetico indicato all'art. 3. Il presente decreto, inoltre, detta norme finalizzate a rimuovere gli ostacoli sul mercato dell'energia e a superare le carenze del mercato che frenano l'efficienza nella fornitura e negli usi finali dell'energia.

«::::::::: GA :::::::::»

DIRETTIVA 2014/85/UE DELLA COMMISSIONE DEL 10.7.2014 RECANTE MODIFICA DELLA DIRETTIVA 2006/126/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO CONCERNENTE LA PATENTE DI GUIDA (TESTO RILEVANTE AI FINI DEL SEE).

LA COMMISSIONE EUROPEA,
visto il trattato sul funzionamento dell'Unione europea,
vista la direttiva 2006/126/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, concernente la patente di guida (1), in particolare l'art. 8, considerando quanto segue:
(1) Nell'Unione è stata migliorata considerevolmente la sicurezza delle gallerie, anche in virtù della dir. 2004/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (2). Per garantire la piena efficacia di questo miglioramento, è necessario garantire che i conducenti conoscano e comprendano i principi della guida sicura in galleria e possano applicarli al proprio comportamento nel traffico. I requisiti per le prove teoriche e pratiche di cui alla dir. 91/439/CEE (3) del Consiglio sono pertanto state modificate in conformità alla dir. 2008/65/CE (4) e ciò deve avvenire anche per quelli della dir. 2006/126/CE (rifusione).
(2) Dall'adozione della dir. 2006/126/CE, le conoscenze scientifiche sulle patologie che influiscono sull'idoneità alla guida si sono evolute, in particolare per quanto concerne la stima dei rischi per la sicurezza stradale e l'efficacia delle misure atte a scongiurare tali rischi. Di recente sono stati pubblicati studi e ricerche che confermano come la sindrome delle apnee ostruttive da sonno sia uno dei principali fattori di rischio negli incidenti automobilistici. Pertanto questa patologia

non dovrebbe più essere ignorata nell'ambito della legislazione unionale in materia di patente di guida.
(3) La dir. 2006/126/CE deve pertanto essere modificata per adeguare l'allegato III ai progressi scientifici e tecnici.
(4) Nell'allegato II della dir. 2006/126/CE sono stati individuati alcuni errori editoriali in seguito alle modifiche apportate dalla dir. 2012/36/UE della Commissione (5). Detti errori devono essere corretti.
(5) Conformemente alla dichiarazione politica comune del 28.9.2011 degli Stati membri e della Commissione sui documenti esplicativi (6), gli Stati membri si sono impegnati ad accompagnare, in casi giustificati, la notifica delle loro misure di recepimento con uno o più documenti che chiariscano il rapporto tra gli elementi costitutivi di una direttiva e le parti corrispondenti degli strumenti nazionali di recepimento.
(6) Le misure previste dalla presente direttiva sono conformi al parere del comitato per le patenti di guida, HA ADOTTATO LA PRESENTE DIRETTIVA: Art. 1 Gli allegati II e III della dir. 2006/126/CE sono modificati conformemente all'allegato della presente direttiva.

«::::::::: GA :::::::::»

REDAZIONALI

CORTE COSTITUZIONALE E CORTE DI GIUSTIZIA: DIALOGO APERTO O CONFLITTO PERSISTENTE?

dell'Avv. Michela Montanari

L'ordinanza n. 207 del 2013 della Corte Costituzionale di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea si inserisce in un contesto difficile di crisi del concetto e del processo di integrazione europea e in un momento storico in cui il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia assume valenza innovativa sia per la difesa dei diritti sociali, essenziali ed irrinunciabili di ogni Stato Membro, sia per la vacanza di responsabilità degli organi politici in tema di politica europea monetaria ed economica.

The Decision taken by the Constitutional Court n. 207 of 2013 with the Court defers a precondition juridical question to the EU Justice Court is to be assessed in a difficult context of crisis of EU integration process and in a historic moment in which the precondition deferment to the EU Justice Court has been utilized to defend social, fundamental and inalienable rights of any State and also to fill an empty space left by the Politicians as to European Economic and Monetary Administration.

Sommario: 1. Funzione del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia - obbligatorietà o discrezionalità; 2. L'Ordinanza del Consiglio di Stato n. 1255 del 5.3.2012 e la sentenza della Corte di Giustizia del 18.3.2013 C-136/12; 3. Gli altri ordinamenti europei ed i rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo; 4. La tutela dei diritti sociali secondo la giurisprudenza delle corti costituzionali nazionali. – Il caso del Portogallo - Conclusioni.

1.Funzione del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia - obbligatorietà o discrezionalità.

Notorio che la funzione principale del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea consista nella realizzazione in tutti gli Stati membri dell'Unione Europea di un'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione Europea stessa che gli organi giudiziari nazionali sono chiamati ad applicare, al fine di garantire ovunque la stessa efficacia (dunque parità di trattamento).

Il rinvio pregiudiziale, dunque, nell'ottica teleologica sopra evidenziata, rappresenta il meccanismo istituzionale fondamentale a presidio, sia dell'effetto diretto, che del primato del diritto dell'Unione Europea sul diritto nazionale qualora incompatibili attraverso il ricorso - in caso di necessità - all'intervento nomofilattico della Corte di Giustizia[1].

L''importanza che riveste il ruolo del meccanismo del rinvio pregiudiziale nell'evoluzione del sistema giuridico comunitario può essere meglio compreso soprattutto in funzione teleologica di ausilio alla realizzazione de-

[1] Cfr. la nota sentenza Simmenthal, C.G.UE. 9.3. 1978 C-106/77 e sentenza Kelly, C.G.UE 21.7.2011 C-104/10 in cui viene affermato che "*secondo costante giurisprudenza della Corte l'art. 267 TFUE istituisce un meccanismo di rinvio pregiudiziale volto a prevenire divergenze interpretative del diritto dell'Unione che i giudici nazionali devono applicare e tende a garantire quest'applicazione, conferendo al giudice nazionale un mezzo per eliminare le difficoltà che possa generare il dovere di dare al diritto dell'Unione piena esecuzione nella cornice dei sistemi giurisdizionali degli Stati membri*".

gli obiettivi di integrazione europea.

In quest'ottica pertanto il rinvio diviene uno strumento di cooperazione attraverso cui la Corte di giustizia fornisce ai giudizi nazionali la chiave interpretativa del diritto dell'Unione in virtù della quale si possa tentare di risolvere controversie interne sottoposte alla disamina dei giudici nazionali.

Il rinvio pregiudiziale così come inquadrato riesce ad incentivare il dialogo tra organi giurisdizionali e perciò solo diviene tanto più centrale nell'attuale situazione di intricata giustapposizione tra norme di rango giuridico diverso (internazionali, comunitarie e nazionali), al fine di evitare un vero e proprio *"cortocircuito"*.

Ciò ci porta a considerare una rivisitazione dello stesso strumento del rinvio pregiudiziale quale mezzo a disposizione non tanto e non solo per le corti di ultima istanza in generale, ma proprio per le Corti costituzionali in particolare.

Infatti sono numerosi oggi i tribunali costituzionali che hanno messo in moto un tale tipo di rinvio e da ultimo anche il *Bundesverfassungsgericht* (Tribunale Costituzionale Federale Tedesco) con la sentenza sulle OMT, che sta scatenando e che forse continuerà a scatenare ulteriori *"effetti domino"*.

D'altronde già storicamente l'istituto del rinvio pregiudiziale nella giurisprudenza comunitaria viene definito come un fenomeno di *"cooperazione giudiziaria"* volto all'elaborazione ed all'applicazione di un diritto comune uniforme.

Deve essere contestualmente evidenziato che il rapporto tra la Corte di Giustizia ed i giudici nazionali non è mai stato connotato da profili gerarchici essendo di converso un rapporto basato su una formale ripartizione di competenze atteso che i giudici nazionali sono deputati ad applicare il diritto comunitario nell'ambito delle controversie sottoposte alla loro disamina, mentre la Corte di Giustizia ha il compito di fornire un'interpretazione vincolante in forma autoritativa.

Certo è però che nella prassi alla Corte di Giustizia i giudici nazionali con il rinvio pregiudiziale chiedono qualcosa di più rilevante: una interpretazione della norma UE tale da dissipare ogni dubbio di incompatibilità della norma interna con essa unitamente alla statuizione se via sia o meno un contrasto tra le norme dei due sistemi. Così ragionando, nella prassi, il giudizio della Corte di Giustizia viene rivisitato dai giudici nazionali che possono trasformare detta sentenza comunitaria in una vera e propria decisione sulla legittimità comunitaria di una norma di diritto nazionale.

Per i motivi di cui sopra lo strumento del rinvio pregiudiziale è stato altresì e di fatto utilizzato quale strumento a tutela dei diritti dei singoli qualora dinanzi al giudice nazionale la parte sostenga che una disposizione di diritto interno debba essere disapplicata in quanto in contrasto con gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione Europea.

Il suindicato collegamento anche se indiretto tra rinvio pregiudiziale e tutela dei diritti che i singoli vantano in forza del diritto comunitario è stato anche individuato dalla stessa Corte di Giustizia nella sentenza Van Gend en Loos del 5.2.1062 C-26/62 in cui si evidenzia che il rinvio pregiudiziale rappresenta "*la chiave di volta dell'intero processo di integrazione giuridica contemplato dal Trattato CE non solo quale strumento di difesa dell'unità/coerenza dell'ordinamento comunitario, ma anche a tutela dei diritti direttamente attribuiti al cittadino da norme dei Trattati e degli atti di diritto comunitario derivato*".

L'obbligo di rinvio è però escluso laddove il giudice nazionale giunga a statuire che l'interpretazione della Corte di Giustizia non può influire in alcun modo sull'esito della controversia, nonché laddove vi sia giurisprudenza costante della stessa Corte di Giustizia su casi similari che non lasci residuare alcun dubbio sulla corretta interpretazione della norma in questione.

L'omesso rinvio pregiudiziale ha comportato però negli ultimi anni sanzioni e responsabilità a carico degli Stati membri inadempienti per inadempimento agli obblighi derivanti dal diritto comunitario. Ciò a partire dal noto caso Kobler del 30.9.2003, C-224/01sino ad arrivare alla sentenza Traghetti del Mediterraneo s.p.a. del 13.6.2006, C-173/03. Infatti l'omesso rinvio nei casi succitati ha comportato danni ai singoli per violazione del diritto comunitario imputabile se-

condo un messo eziologico ad una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado.

Dunque se corrisponde al vero che il giudice nazionale non ha un vero e proprio obbligo di rinvio pregiudiziale ma un onere/potere discrezionale in tal senso, è altresì vero che la Corte di Giustizia ha tentato e sta tuttora tentando di porre in atto un sistema di reazione agli eventuali inadempimenti perpetrati dai giudici di ultima istanza, disegno animato dalla volontà di garantire il monopolio interpretativo del giudice comunitario attraverso la svalutazione progressiva del ruolo del giudice decentrato.

In questa ottica teleologica si inquadra la rilevanza del tema dell'obbligo di rinvio per i suoi evidenti riflessi a cascata nei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale anche in relazione alla tutela risarcitoria dei diritti dei singoli legata alla procedura del rinvio pregiudiziale.

Obbligatorietà o discrezionalità del rinvio pregiudiziale è al centro di una recente ordinanza della VI Sezione del Consiglio di Stato n. 1244 del 5.3.2012 cui è seguita la pronuncia interpretativa della Corte di Giustizia del 18.7.2013. Il Consiglio di Stato nella sua ordinanza di rimessione ha richiesto alla Corte di Giustizia alcune questioni pregiudiziali relative alla stessa interpretazione dell'art. 267 par. 3, TFUE per ottenere chiarimenti sulla portata dell'obbligo di rimessione.

La *ratio* che ha condotto i Giudici di Palazzo Spada a rimettere la questione in parola è insita proprio delle problematiche e dei nodi irrisolti che si agitano intorno al rinvio pregiudiziale obbligatorio.

2. L'Ordinanza del Consiglio di Stato n. 1255 del 5.3.2012 e la sentenza della Corte di Giustizia del 18.7.2013 C-136/12.

La questione portata dinanzi al Consiglio di Stato originava da una sentenza del Tar del Lazio che aveva respinto due ricorsi proposti dal Consiglio nazionale dei Geologi contro i provvedimenti con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aveva sanzionato la lesione della concorrenza in riferimento all'art. 101 TFUE in relazione ad alcune norme del codice deontologico dei geologi per la determinazione del compenso professionale.

Il Consiglio di Stato ha deciso di sottoporre alla Corte di Giustizia diverse questioni pregiudiziali per comprendere quanto e se il rinvio pregiudiziale fosse da considerasi come "*obbligatorio*".

Ciò che ha spinto i giudici a detto rinvio è stato infatti proprio il problema dell'estensione del potere di valutazione della rilevanza e del grado di chiarezza della norma sovranazionale spettante al giudice nazionale a fronte della responsabilità extracontrattuale che incombe sullo Stato- giudice.

Lo spettro della giustizi abilità/sanzionabilità o meno dell'omissione del rinvio pregiudiziale obbligato che potrebbe rilevare come responsabilità dello Stato membro de del singolo giudice si radica come centrale e determinante nella decisione di rimettere alla Corte di Giustizia la questione interpretativa.

Ciò anche e soprattutto in considerazione del dilagare di azioni di responsabilità per violazione manifesta del diritto comunitario.

La Corte di Giustizia con la sentenza del 18.7.2013 risponde confermando che tra la Corte di Giustizia ed i giudici nazionali intercorre una cooperazione diretta attraverso un procedimento estraneo ad ogni iniziativa delle parti.

Si ribadisce che il giudice nazionale di ultima istanza ha un potere autonomo di apprezzare la rilevanza della questione sottopostagli escludendo ogni automatismo nel rinviare la questione dietro istanza di parte.

La Corte di Giustizia con la sentenza in parola pone al centro del proprio ragionamento giuridico la natura istituzionale del rinvio pregiudiziale, confermando lo stesso quale strumento di raccordo fra giudici in vista di una uniforme interpretazione ed applicazione del diritto comunitario.

Se questo è il postulato, illogico corollario giuridico che ne consegue è nel ruolo attribuito al giudice nazionale che è *dominus* assoluto dell'iniziativa pregiudiziale.

Ma la Corte di Giustizia non risponde sulla domanda relativa all'esistenza o meno di uno stretto rapporto tra azione di responsabilità extracontrattuale dello Stato e omissione del rinvio pregiudiziale.

Il giudice nazionale come *dominus* della questione ha un ampio potere interpretativo e non è obbligato al rinvio pregiudiziale qualora l'atto sia chiaro e non si abbia alcuna necessità di interpellare la Corte di Giustizia per avere una interpretazione dell'atto stesso conforme al diritto comunitario.

In altre parole il giudice della Unione Europea non possiede alcun monopolio della gestione dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario.

Non esiste dunque *"un diritto soggettivo al rinvio pregiudiziale"*[2]: nonostante questa asserzione ad oggi non è stato ancora chiarito quando e quali circostanze possano provocare la violazione manifesta del diritto comunitario scaturente da un omesso rinvio pregiudiziale obbligatorio.

D'altro canto non esiste nel nostro ordinamento una tutela avverso il diniego di rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultima istanza: la Cassazione ha espressamente escluso detta tutela statuendo che sia inammissibile un ricorso innanzi alla Corte di Cassazione per motivi di giurisdizione ai sensi dell'art. 111, co. 8, cost.[3] La questione pregiudiziale pertanto non è in grado di divenire oggetto di giudizio autonomo, ma resta interna al processo stesso.

Di converso, in altri ordinamenti che consentono un ricorso diretto al giudice costituzionale la violazione dell'obbligo di rinvio si può azionare qualora sia in grado di causare una lesione del diritto al giudice naturale o alla tutela giurisdizionale effettiva.

E' il caso dell'ordinamento tedesco che sottende una diversa concezione del rapporto tra giurisdizione nazionale e comunitaria: il giudice costituzionale in questa prospettiva è deputato a verificare il rispetto della regola del riparto di competenze tra giudice interno e giudice comunitario la cui inosservanza può determinare una violazione della garanzia costituzionale del giudice naturale precostituito per legge.

Il singolo in questa prospettiva può dunque ottenere una maggiore tutela e non solo risarcitoria come nell'ordinamento italiano, atteso che il fruttuoso esperimento del rimedio può far annullare la statuizione emessa senza ricorrere all'intervento del giudice comunitario.

Da ultimo si potrebbe prospettare la violazione dell'art. 6 co. 1 della CEDU per il diritto fondamentale ad un equo processo ed a un giudice precostituito per legge con conseguente ricorso alla CEDU per violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale.

La CEDU in pronunce recenti ha confermato che il mancato rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultima istanza potrebbe integrare violazione dell'art. 6 CEDU chiarendo però nel contempo che ciò non garantisce un diritto incondizionato al rinvio pregiudiziale limita dosi ad affermare che i giudici nazionali che non intendono rinviare debbano motivare dettagliatamente le ragioni alla base di detto diniego[4].

Dunque nell'ordinamento italiano la tutela offerta al singolo in caso di omesso rinvio è solo risarcitorio-indiretta e sotto il profilo del rapporto tra giudici ne potrebbe scaturire la responsabilità dello Stato per i danni causati dalle decisioni dei giudici di ultima stanza introducendo in tal modo un elemento di alta rigidità e frizione che potrebbe inficiare ed alterare la serena discrezionalità del giudice nella sua decisione di rinvio pregiudiziale.

3. Gli altri ordinamenti europei ed i rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo.

3.1.1 La Germania.

La Germania è tra i Paesi che ammettono il primato del diritto comunitario ma che nel contempo pongono a detto diritto alcuni limiti materiali (i cd. *"contro limiti"*).

La Legge Fondamentale contiene una cd. *"clausola europea"* che funge da parametro offerto dalle Corti costituzionali, federale e dei Lander per sindacare il diritto comunitario.

La clausola è nell'art. 23, denominato anche *"articolo Europa"*[5] che ha subito profon-

[2] L'espressione è di G. Strozzi, *Responsabilità degli Stati membri per fatto del giudice interno in violazione del diritto comunitario* in Dir. Un. Eur. , 2009, 881 ss.

[3] Così Cass. sez. un. 25.5.1984, n. 3223; Cass. 1.3.2012, n. 3236

[4] Corte Eur. Dir. Uomo, Seconda Camera, 20.9.2011, *Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio*.

[5] *"Al fine di realizzare un'Europa unita, la Repubblica Federale di Germania concorre allo sviluppo*

de modificazioni nel 1992, nel 2006 e nel 2009.

L'art. 23 della Legge Fondamentale completa ed integra quanto previsto al successivo art. 24 il quale consente limitazioni ai diritti di supremazia della Federazione al fine di assicurare un ordine pacifico in Europa e tra i popoli ed il mondo.

L'art. 23 dunque prevede la partecipazione della Repubblica Federale Tedesca all'Unione Europea ed al suo sviluppo ma sempre nel rispetto di alcuni cd. *"contro limiti"* che sono rappresentati dai *"principi federativi sociali, dallo stato di diritto democratico, dal principio di sussidiarietà e dalla tutela dei diritti fondamentali come indicati nell'art. 79 LF ai coo. 2 e 3. Detti principi fondamentali indicati nell'art. 79 sono da ritenersi immodificabili in virtù del cd. "principio di eternità*".

Proprio dalla lettura degli artt. 23 e 79 della Legge Fondamentale si evidenzia l'esplicita patente di legittimità dei contro limiti in contrapposizione alla prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale.

Il Tribunale Costituzionale Federale ("*BVerfG*") qualifica l'ordinamento comunitario come giuridico autonomo e per questa ragione ha spesso declinato la propria competenza sulla decisione di controversie in merito alla compatibilità di una norma di diritto nazionale (non costituzionale) con le norme comunitarie.

Il giudice comune ha il compito di risolvere il conflitto tra noma interna e norma comunitaria nel rispetto della prevalenza del diritto comunitario e nei casi dubbi deve rinviare in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Però, qualora si debba verificare il rispetto dei diritti e principi fondamentali tedeschi da parte dell'Unione Europea allora il Tribunale Costituzionale Federale ha il compito di verificare che il diritto comunitario sia conforme alla Legge Fondamentale. Inizialmente il Tribunale sostenne l'assoluto primato dei diritti fondamentali sul diritto comunitario e successivamente, mitigando l'originaria sua impostazione dualista, ha sostenuto che il diritto comunitario non può mai prevalere sul contenuto essenziale di detti diritti fondamentali tedeschi diritti, utilizzando questi ultimi come contro limiti alla prevalenza - che fino a quel momento sembrava indiscussa - del diritto comunitario.

Il Tribunale - che inizialmente era stato considerato come il garante dei diritti fondamentali e custode della Costituzione – è divenuto il custode della tutela dei contenuti essenziali e standard (e dunque minimi) degli stessi diritti fondamentali tedeschi.

3.1.2 I limiti del primato del diritto comunitario nella giurisprudenza tedesca.

Di seguito si evidenzia l'*excursus* giurisprudenziale tedesco in materia di rinvio pregiudiziale.

- **A)** Solange I del 1974: Il Tribunale Costituzionale Federale rivendica il suo ruolo di garante dei diritti fondamentali in senso pieno sancendo la prevalenza della Legge Fondamentale in caso di contrasto con il diritto comunitario.
- **B)** Con Solange II del 1986 il Tribunale però modifica il suo precedente orientamento sancendo la prevalenza della Legge Fondamentale solo qualora il diritto comunitario avesse leso i diritti fondamentali tedeschi.
- **C)** Con la sentenza Maastricht del 1993 il Tribunale ha iniziato ad invocare un rapporto di cooperazione tra esso e la Corte di Giustizia costruendo il proprio controllo come controllo cd. "di riserva" in via sussidiaria solo qualora fossero stati lesi i contenuti minimi ed irrinunciabili dei diritti fondamentali.
- **D)** Con la successiva sentenza relativa alla "Disciplina del mercato delle banane" del 2000 il Tribunale ha confermato l'ultimo orientamento del 1993.

dell'Unione Europea che è vincolata al rispetto di principi democratici, dello Stato di Diritto, sociali e federativi e del principio di sussidiarietà, garantendo una tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente equivalente a quella assicurata da questa Legge fondamentale. Il Bund può a tal fine, mediante legge che richiede l'assenso del Bundesrat, conferire poteri sovrani. Alla fondazione dell'Unione Europea, ai mutamenti delle sue basi pattizie e alle disposizioni analoghe che comportino o consentano modifiche o integrazioni del contenuto di questa legge fondamentale si applicano i commi 2 e 3 dell'art. 79".

E) Nella sentenza del 18.7.2005 sul Mandato di Arresto Europeo il Tribunale ha sostenuto che gli organi legislativi degli Stati membri debbano mantenere un potere politico di conformazione anche rifiutando l'attuazione di decisioni quadro, rivelando un aperto scetticismo da parte del Tribunale Costituzionale alla soluzione europea.

F) Con la sentenza Lissabon del 2009 relativa al Trattato di Lisbona il *BVerfG* ha ritenuto che la legge di accompagnamento alla legge di ratifica del trattato fosse incostituzionale e ha dunque subordinato la ratifica del Trattato di Lisbona all'adozione di quelle misure necessarie a rinforzare la posizione del *Bundestag* e del *Bundesrat* sulle problematiche relative all'Unione Europea.

La sentenza Lissabon è di rilevanza in quanto rivisita la posizione della Germania riguardo l'integrazione europea affermando con vigore che vi è il primato del diritto comunitario solo laddove lo stesso abbia rispettato i limiti posti dall'ordinamento nazionale, escludendo l'efficacia di atti comunitari *ultra vires* o tali da violare l'identità costituzionale dello Stato tedesco.

Il principio democratico, l'identità costituzionale tedesca assurgono di conseguenza a controlimiti in quanto rientranti tra i principi fondamentali dell'ordinamento tedesco. Logico corollario del precedente postulato è che il processo di integrazione europea ha ora dei limiti, invalicabili, tra cui quello del rispetto dell'identità costituzionale dell'ordinamento tedesco.

In conclusione se il Tribunale Costituzionale Tedesco ha rinunciato ad effettuare un controllo costituzionale sul diritto comunitario, è altresì vero che però ha sancito il proprio controllo sul rispetto dei diritti o principi fondamentali la cui tutela non può mai cedere e/o affievolirsi dinanzi al diritto comunitario.

La sentenza Lissabon del 2009 si è rivelata uno strumento volto a reagire contro indebite invasioni di ordinamenti sovranazionali e ciò ha comportato che i rapporti tra *BVerfG* e la Corte di Lussemburgo non fossero caratterizzati da una pacifica ed indiscussa cooperazione.

Detta sentenza del 2009 ha funzionato come "trampolino di lancio" anche per il successivo rinvio sulle OMT (di cui si parlerà nel prosieguo) nonché ha attirato atti di emulazione da parte delle Corti Costituzionali di molti altri Stati membri dell'Unione Europea.

G) Infatti, successivamente nel 2014 con l'importante ordinanza del 14 gennaio la Corte Costituzionale Federale Tedesca (*Bundesverfassungsgericht* – BverfG) ha sollevato per la prima volta - sulla scia di un crescendo ampliarsi di dialoghi diretti tra le Corti degli Stati Membri e la Corte di Giustizia UE - un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

È un rinvio che si inserisce in un processo che aveva per oggetto alcuni ricorsi di accademici e politici eurocritici contro l'acquisto di titoli di Stato di alcuni Stati membri dell'Eurozona da parte della Banca Centrale Europea.

Le OMT (Outright Monetary Transactions), il cui utilizzo è poi rimasto sulla carta, sono state concepite per consentire alla BCE di garantire il corretto funzionamento dei meccanismi di trasmissione delle decisioni di politica monetaria adottate dal Consiglio dei governatori all'economia reale, mantenendone l'unicità degli effetti in tutti i paesi dell'Eurozona. Ma l'annuncio di detta delibera sulle OMT ha offerto agli operatori economici una nuova chiave di lettura del ruolo della BCE, che di fatto è diventata prestatore di ultima istanza nel caso in cui uno Stato membro abbia difficoltà nel finanziare il proprio debito pubblico ricorrendo al mercato.

Il rinvio pregiudiziale *de quo* si articola in due domande entrambe relative alla delibera del 6.9.2012 con cui il Consiglio della BCE avviò il programma OMT (Outright Monetary Transactions) e dispose l'acquisto sul mercato secondario di alcuni titoli di Stato emessi da membri dell'Eurozona. Il quesito riguarda la compatibilità di detta delibera con il diritto comunitario e con il mandato della BCE come definito dagli artt. 119, 123 e 127 del TFUE e dal protocollo sullo statuto del Si-

stema Europeo delle banche centrali.

Si evidenzia che secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale tedesca (momento iniziale con la sentenza Maastricht del 1993) l'Unione Monetaria era stata ricostruita come Comunità della stabilità e di questo concetto faceva parte l'indipendenza della BCE ed il divieto di finanziamento degli Stati da parte della medesima BCE.

Inoltre la Corte di Karlsruhe aveva osservato che fosse vietato alla BCE anche ogni acquisto di titoli di Stato sul mercato secondario.

Di converso la BCE con la delibera sulle OMT avrebbe violato il suo mandato (limitato alla politica monetaria) intromettendosi nella politica economica che invece rientra nella sovranità di ogni Stato Membro (vizio di invasione di competenze).

Ciò sarebbe comprovato proprio dalla natura peculiare delle OMT le quali prevedono finalità direttamente connesse alla politica economica della UE e si muovono parallelamente ai programmi di aiuto del Fondo Europeo di stabilità finanziaria e del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES). Il problema consiste nel fatto che però contrariamente ai programmi di aiuto le OMT comportano misure prive di legittimazione delle assemblee parlamentari.

La delibera sulle OMT violerebbe anche l'art.123 TFUE che pone il divieto di acquisto diretto di titoli di debito degli Stati membri ed è volta ad aggirare il divieto di finanziamento monetario. Neanche le invocate circostanze eccezionali possono legittimare detta delibera in quanto qualora si ritenesse ammissibile l'acquisto di titoli di Stato si giungerebbe ad autorizzare la BCE a superare qualsiasi peggioramento della solvibilità di uno Stato membro dell'Eurozona tramite proprio l'acquisto di titoli di debito di questo Stato.

L'interpretazione qui offerta è in linea con gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia in tema di manifeste violazioni del principio di attribuzione di competenze e l'obbligo di sollevare in tal caso rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia.

La *BVerfG* nella sua interpretazione suggerisce alla Corte di Giustizia che il ricorso alle OMT potrebbe avvenire solo qualora venissero rispettate tre condizioni: (i) il divieto di riduzioni del debito pubblico dello Stato membro beneficiario; (ii) la limitazione al volume di titoli del debito acquistabili ed (iii) il rispetto di un dato lasso temporale tra l'emissione del titolo ed il suo acquisto da parte della BCE per evitare distorsioni nella formazione dei prezzi sul mercato. É evidente che tali condizioni, se accolte, sarebbero tali da stravolgere la natura e la funzione delle OMT, pregiudicandone gli effetti.

Inoltre, proprio i suggerimenti inoltrati alla Corte di Giustizia dai giudici di *Karlsruhe* rivelano l'intenzione dei giudici tedeschi di sostituirsi in qualche modo all'operato del organo competente in politica monetaria, travalicando le proprie di attribuzioni, così come messo in evidenza dall'opinione dissenziente del giudice Lübbe-Wolff.

La pronuncia rappresenta indubbiamente una tappa storica nella costruzione dei rapporti tra ordinamento tedesco e processo di integrazione europea atteso che la questione del rinvio pregiudiziale non è l'unico elemento rilevante in quanto lo è altresì l'interpretazione delle condizioni di ammissibilità dei ricorsi.

Entrambi gli elementi hanno una forza dirompente tale da incidere sia in una prospettiva di effettivo e duraturo dialogo tra le Corti ma nel contempo pongono inquietanti interrogativi su quello che potrà essere il futuro dell'Unione Economica e Monetaria (UEM).

Qualificare la delibera sulle OMT come atto *ultra vires* dell'Unione non può infatti non avere effetti dirompenti e non solo nei rapporti tra Germania e UE ma anche nei rapporti tra gli altri Stati membri e la Unione Europea Infatti, se venisse riconosciuta la qualifica di atto *ultra vires* a detta delibera, ossia di atto adottato al di fuori delle competenze attribuite all'Unione, la stessa delibera non sarebbe più vincolante non solo per lo Stato tedesco ma anche per gli altri Stati Membri dell'Unione Europea.

Questo in linea e sulla scia della sentenza del 12.9.2012 sulla compatibilità con la Legge Fondamentale della legge di autorizzazione alla ratifica del trattato istitutivo del Meccanismo Europeo di Stabilità in cui si è evidenziato come l'autonomia finanziaria del

Bundestag faccia parte dell'identità costituzionale della Germania, autonomia che verrebbe compromessa qualora, attraverso forme di mutualizzazione del debito sovrano, le decisioni in materia di bilancio venissero sottratte alla sovranità del Parlamento nazionale per esser portate avanti in maniera esogena da organi dell'Unione Europea o da altri Stati Membri.

Con l'accusa dell'atto *ultra vires* si manifesta da parte della Germania un atteggiamento certamente più ostile all0integrazione dell'unione Europa di quanto sia stato manifestato con la dottrina Solange atteso che mentre la constatazione di una lesione di un diritto fondamentale da parte dell'unione comporta solo che l'atto in oggetto non possa avere piena efficacia nell'ordinamento nazionale, senza produrre però conseguenze nell'applicazione del diritto dell'Unione Europea anche in altri Stati membri, se si dimostra che un atto è viceversa stato adottato fuori delle competenze della Unione Europea ("*ultra vires*"), detta decisione non può non investire ed incidere anche sugli altri Stati membri, atteso che *l'Ultra-vires – Kontrolle* comporta un vizio originario dell'atto che non potrà esser valido in nessuno Stato Membro.

Ad ogni modo, dopo che la Corte di Giustizia si sarà pronunciata in merito, l'ultima parola spetterà al *Bundesverfassungsgerich*t il quale avrà poi il compito di stabilire se il programma OMT violi il principio di attribuzione e dunque se sia capace di ledere l'identità costituzionale della Germania.

Riaffermando così il primato del diritto nazionale passando per il veto del *"controlimite"*.

3.2. La Spagna - Il caso Melloni.

Il Caso Melloni e il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE da parte del Tribunale Costituzionale Spagnolo

Il caso consisteva nel fatto che il sig. Melloni, cittadino italiano era stato condannato dal tribunale di Ferrara ad una pena restrittiva della libertà al termine di un processo svoltosi con la contumacia dell'imputato.

Il Tribunale Italiano aveva emesso un mandato di arresto europeo: di conseguenza le autorità spagnole avevano provveduto all'arresto del condannato residente in Spagna e all'adozione di un provvedimento di autorizzazione alla consegna dello stesso alle autorità italiane senza però prevedere tra le condizioni della consegna la possibilità di impugnare la sentenza. Per questo motivo il sig. Melloni sollevava ricorso di *amparo* dinanzi al Tribunale Costituzionale per la tutela dei suoi diritti fondamentali. Il Melloni richiedeva al Tribunale Costituzionale la concessione dell'*amparo* considerato che la legge italiana non consente di impugnare le sentenze di condanna pronunciate in assenza . Il Tribunale Costituzionale decide di sospendere il procedimento e rinviare in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE tanto con riferimento alla validità della Decisione Quadro quanto in correlazione alla corretta interpretazione dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta di Nizza.

Si sta parlando del cd. Mandato di arresto europeo: la relativa Decisione quadro fu attuata nell'ordinamento spagnolo con la legge n. 3 del 2003 che non prevedeva limiti né condizionalità alcuna per il riconoscimento e l'esecuzione del mandato di arresto europeo.

Il Tribunale Costituzionale Spagnolo ha elaborato la propria ricostruzione dei limiti all'eseguibilità del mandato di arresto affermando che i diritti fondamentali vincolano in modo incondizionato l'esercizio del potere pubblico non solo *"ad intra"* ma anche *"ad extra"*.

Oggetto dell'esame della questione all'esame del Tribunale Costituzionale non è tanto la compatibilità di un atto dei poteri pubblici spagnoli (il provvedimento di estradizione) con il diritto UE (la decisione quadro), ma la sussistenza di una indiretta violazione della Costituzione Spagnola. Questa violazione indiretta non riguarda in via diretta la violazione della decisione quadro né la sua incidenza sulla tenuta degli strumenti costituzionali di integrazione del diritto UE nell'ordinamento spagnolo.

Secondo il Tribunale Costituzionale il parametro del controllo non è qui il diritto europeo ma l'art. 24 della Costituzione Spagnola: la rilevanza costituzionale della questione si fonda sull'indiretta violazione dell'art. 24 co. 2 Cost. Ritorna l'utilizzo dello strumento del

controlimite come *"veto"* alla supremazia del diritto comunitario.

Anche il Tribunale Costituzionale spagnolo dunque decide di percorrere il cammino del dialogo/scontro tra Corti ai fini di un'integrazione più intensa tra diritto comunitario e diritti nazionali.

La rilevanza costituzionale del problema atterrebbe qui alla relazione tra le fonti e pertanto al conflitto tra diritto derivato della UE (la Decisione Quadro) ed il contenuto essenziale di un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione spagnola. Questa prospettazione rinvia dunque alla teoria dei controlimiti ancora una volta ed anche per la Spagna e dunque alla possibilità di un conflitto costituzionale e alla portata dei contro limiti stessi riguardo l'efficacia del diritto comunitario.

In questo contesto la sollevazione del rinvio pregiudiziale può essere interpretata come un adempimento preliminare per la verifica di una eventuale condotta "*ultra vires*" da parte della UE come affermato dal Tribunale Costituzionale federale tedesco nel 2010. Il Tribunale Costituzionale spagnolo sin dal 2006 ha elaborato la dottrina della "violazione indiretta" anche per le dinamiche interne allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia sostenendo pertanto la eventuale sussistenza di un conflitto tra il diritto derivato UE e la tutela dei diritti fondamentali.

La dottrina della violazione indiretta venne elaborata al fine di controllare e limitare il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni in caso di estradizione internazionale.

3.3 L'Irlanda.

Il ricorso che ha avuto maggiormente la forza di inaugurare un dialogo tra corti costituzionali nazionali e Corte di giustizia è stato quello presentato da *Pringle*, parlamentare irlandese.

Pringle **s**i rivolse alla *Supreme Court* della Repubblica d'Irlanda per impugnare la decisione del proprio governo di partecipare al Meccanismo Europeo di Stabilità (MES), ratificandone il trattato istitutivo.

Nel ricorso è stata eccepita la presunta illegittimità della decisione del Consiglio europeo (2011/199/Ue) di modificare l'art. 136 TFUE, introducendovi il § 3, in quanto così operando gli Stati Membri, e con loro ovviamente anche l'Irlanda, avrebbero dovuto conseguentemente assumersi alcuni obblighi incompatibili con il diritto europeo.

La questione fu rinviata in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, ed i giudici irlandesi posero due principali quesiti, ossia se la decisione 2011/199/Ue del Consiglio europeo del 25.3.2011 fosse valida, atteso che era stata utilizzata la procedura di revisione semplificata di cui all'art. 48, § 6, del Tue e se la modifica dell'art. 136 TFUE comportasse un'estensione delle competenze attribuite dai trattati all'Unione.

Si richiedeva ancora una volta alla Corte di Giustizia se l'atto comunitario fosse o meno "*ultra vires*".

Inoltre si chiedeva ai giudici di Lussemburgo se fosse legittimo che uno Stato dell'eurozona concludesse e ratificasse un accordo internazionale come il Trattato MES, considerando alcuni dubbi circa la sua conformità con gli artt. 2, 3, 4, c. 3, e 13 del Tue e delle disposizioni contenute nel titolo VIII della parte III del TFUE, nonché con la Carta dei diritti fondamentali, in particolare con il suo art. 47, di cui si è domandata perciò la corretta interpretazione.

Anche in tale rinvio si è posto un problema di contro limiti come barriera all'efficacia di un atto del diritto comunitario, in linea con quanto era stato richiesto dai giudici in Germania.

3.4. L'Italia.

3.4.1. L'Ordinanza n. 207 del 3.7.2013 e la doppia legittimazione al rinvio pregiudiziale.

Con l'ordinanza n. 207 del 3.7.2013 La Corte Costituzionale sembra per la prima volta aprire un dialogo diretto con la Corte di Giustizia dell'Unione Europea nell'ambito di un giudizio in via incidentale utilizzando la via del rinvio pregiudiziale per risolvere un dubbio interpretativo su una direttiva europea parametro del giudizio di legittimità costituzionale *ex* art. 117 co. 1 Cost..

La questione di costituzionalità è stata sollevata dal Tribunale di Roma con due ordinanze del 2.5.2012 e dal Tribunale di Lamezia Terme con due ordinanze del 30.5.2012

aventi ad oggetto la compatibilità costituzionale dell'art. 4 co. 1 e co. 1 della l. n. 124 del 2009 (disposizioni urgenti in materia di personale scolastico) nella parte in cui non prevede una durata massima dei contratti di lavoro a tempo determinato né la previsione del numero massimo dei rinnovi possibili e ciò potrebbe essere in contrasto con la normativa europea n. 1999/70/Ce del Consiglio che di converso fissa in trentasei mesi il periodo massimo nel quale il lavoratore può essere impiegato con successivi contratti a termine.

I Giudici italiani nel ritenere di non essere in grado di fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa nazionale e non potendo disapplicare la norma nazionale difettando la normativa europea del cd. "effetto diretto", hanno deciso di sollevare questione di legittimità costituzionale ed a sua volta la Consulta si è rivolta alla Corte di Giustizia Europea sottoponendole due quesiti:

a) Se la disciplina europea osti all'applicazione delle norme oggetto del giudizio di costituzionalità e
b) Se le esigenze di flessibilità del sistema scolastico italiano consentano deroghe all'applicazione della direttiva europea.

3.4.2 Sul rinvio pregiudiziale in Italia: percorso evolutivo dal 1976 ad oggi.

Occorre considerare come punto di partenza l'ordinanza n. 206 del 1976 in cui la Corte Costituzionale rimise gli atti al giudice *a quo* sancendo che fosse lo stesso - qualora lo avesse ritenuto necessario - a rinviare alla Corte di Giustizia in caso di dubbio interpretativo su una norma comunitaria.

Evidente dunque l'iniziale chiusura della Corte Costituzionale la quale poi ha mostrato una timida apertura con la sentenza n. 168 del 1991, sancendo invece di avere la facoltà di sollevare anch'essa la questione pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell'art. 177 dell'allora Trattato CEE.

Con la successiva ordinanza n. 536 del 1995 la Consulta ritorna alla sua originaria posizione facendo un passo indietro e sostenendo di non avere legittimazione per rivolgersi direttamente alla Corte di Giustizia UE proprio a causa della peculiarità delle proprie funzioni che esercita e che non la fa includere tra gli organi giudiziari ordinari o speciali.

Per la Consulta dunque è il giudice *a quo* che doveva aprire un dialogo con la Corte di Giustizia non la Corte Costituzionale. La decisa presa di distanza dal rinvio pregiudiziale presente in questa ordinanza è stata secondo parte della dottrina indotta dalla consapevolezza che la Corte, qualora si fosse riconosciuta legittimata al rinvio, si sarebbe assoggettata ad un vero e proprio obbligo di dialogo diretto con la Corte di Giustizia, laddove la Consulta voleva evitare nettamente qualsiasi raffronto forzato e/o obbligato con la Corte di Giustizia.

Lasciando di converso al solo giudice comune *"a quo"* la detenzione di porre alla Corte di Giustizia questioni pregiudiziali sulla validità o interpretazione della norma comunitaria, la Corte Costituzionale poteva continuare a svolgere il proprio ruolo di guardiano dei diritti fondamentali evitando di esporsi però direttamente in prima persona con la Corte di Giustizia.

Detta scelta di campo fu dettata probabilmente dal timore per la Consulta di perdere la propria autorevolezza nel dialogo con la Corte di Giustizia in favore del primautè del diritto comunitario su quello nazionale.

Pertanto la sottomissione ai principi fissati dalla Corte di Giustizia era una paura troppo forte che portò la Consulta alla necessaria scelta di *"autoemarginazione"* anche per un altro motivo, quello della cd. *"doppia pregiudizialità"*.

Infatti è notorio che nei casi di doppia pregiudizialità (comunitaria e costituzionale) i giudici sono tenuti a rivolgersi prima alla Corte di Giustizia e dopo se residuano ancora le condizioni necessarie alla Corte Costituzionale.

Il giudice deve rispettare questa priorità altrimenti gli devono essere restituiti gli atti perché effettui prioritariamente comunque il rinvio pregiudiziale. E qualora il giudice comune sollevi contestualmente le due questioni pregiudiziali la Consulta deve pronunciarsi nel senso dell'inammissibilità. Il risultato di questo meccanismo prioritario comporta che le questioni comunitarie sono di solito allontanate dal giudizio costituzionale atteso che

spesso, dopo la pronuncia della Corte di Giustizia, la questione di legittimità costituzionale non viene più prospettata anche in quanto spesso non vi sono più le condizioni per richiedere l'intervento della Consulta.

Ma nel 2008 la Consulta sembra modificare la propria decisione di isolamento con l'ordinanza del 2008.

Infatti l'ordinanza n. 103 del 2008 rappresenta una svolta nei rapporti tra Corte Costituzionale e Corte di Giustizia: per la prima volta la Corte Costituzionale si rivolge alla Corte di Giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale al fine di dirimere un contrasto interpretativo su una legge della Sardegna (la legge n. 4/2006 istitutiva delle cc.dd. *"tasse sul lusso"*).

L'apertura della Consulta alla Corte di Giustizia fu salutata nell'immediato in maniera positiva dalla dottrina maggioritaria pur se il Giudice delle Leggi si rivelò prudente motivando la proprio *"svolta"* giurisprudenziale sul fatto che la questione fosse sorta in un giudizio di azione e non in un giudizio incidentale.

La Consulta si preoccupò infatti di puntualizzare tre aspetti (ponendo nel contempo precisi paletti): A) il fatto che la Corte Costituzionale costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234 terzo paragrafo del Trattato CE e precisamente una giurisdizione di unica istanza; B) nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale e non in quelli promossi in via incidentale, la Corte Costituzionale è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia e C) qualora non fosse possibile effettuare un rinvio pregiudiziale nei giudizi di legittimità promossi n via di azione risulterebbe leso l'interesse all'applicazione uniforme del diritto comunitario come interpretato dalla Corte di giustizia.

In altre parole con detta ordinanza del 2008 la Consulta ha riconosciuto in capo a se medesima la qualifica di *"giurisdizione nazionale"* sottolineando nel contempo la sua particolare posizione di organo supremo di garanzia costituzionale nell'ordinamento nazionale.

La Corte Costituzionale con tutta probabilità non ha voluto utilizzare il rinvio pregiudiziale nei giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale per mantenere il suo ruolo autonomo dalla Corte di Giustizia (ritorna nella corte Costituzionale l'atavico timore di perdere la propria autonomia di giudizio), autonomia che avrebbe altrimenti perso in quanto si sarebbe dovuto assoggettare alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in caso di rinvio pregiudiziale anche nei giudizi in via incidentale.

L'effetto di questa decisione della Consulta è stata quella di restare però isolata ed autoemarginata, rinunciando così a far valere la propria autorevolezza ed influenzare di conseguenza la giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Effetto di detta scelta è stato che la Corte Costituzionale si è vista così costretta a dover rispettare le decisioni della Corte di Giustizia senza aver in alcun modo potuto partecipare alla formazione della stessa decisione.

Successivamente con l'ordinanza n. 207 del 2013 ed il rinvio pregiudiziale della Consulta alla Corte di Giustizia lo stesso rinvio è stato da taluni interpretato come un nuovo cambiamento di pensiero nella Consulta e come punto di arrivo per il consolidamento di un dialogo futuro e costante tra le due Corti.

Secondo altri detto rinvio è stato considerato come un ulteriore ripensamento della Corte Costituzionale per poter effettuare un rinvio pregiudiziale anche nei giudizi di legittimità promossi in via incidentale al fine di evitare che solo il giudice *a quo* avesse la possibilità di dialogo con la Corte di Giustizia.

La Corte Costituzionale con questa ordinanza rileva la necessità di rinviare alla Corte di Giustizia per interpretare il parametro sovranazionale atteso che sussiste un dubbio sulla puntuale interpretazione della disposizione comunitaria e la conseguente compatibilità della normativa nazionale.

Ecco la ragione per la quale in tale caso la Consulta decide di non restituire gli atti al giudice *a quo* ma di sospendere il giudizio e, affermata la sua natura di giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 267 comma 3 TFUE anche nei giudizi in via incidentale, decide di formulare essa stessa i quesiti interpretativi per il rinvio pregiudiziale.

Come deve essere interpretata questa decisione della Corte Costituzionale?

Ci si interroga se in tal modo sia finito il periodo del dialogo interposto con il giudice *a quo* per aprirsi un confronto diretto della Consulta con il giudice comunitario.

Sicuramente si è rotto quello che fino al 2013 era stato un punto di equilibrio tra principi costituzionali e i principi sovranazionali e la nostra struttura costituzionale.

Con la rinuncia al radicamento in capo al giudice comune del rinvio pregiudiziale la Corte Costituzionale ridefinisce il quadro complessivo delle regole che disciplinano i rapporto tra le diverse giurisdizione ma con effetti a cascata nel lungo periodo che potrebbero essere negativi per la Consulta stessa la quale, invece che recuperare spazi ermeneutici ed interpretativi, potrebbe ritrovarsi sempre più dipendente ed asservita alle decisioni della Corte di Giustizia.

Quale effetto nel breve termine si ha sicuramente la rottura dell'uniformità delle regole processuali sull'accesso in via incidentale alla giustizia costituzionale, introducendo questioni di legittimità costituzionale con profili sovranazionali con l'effetto di scriminare coloro che accedono alla giustizia costituzionale per ragioni interne rispetto a quelli che vi accedono per profili solo o anche sovranazionali.

La Corte Costituzionale in tal caso, per eliminare le disparità di trattamento, dovrebbe solo eliminare la norma interna limitativa dei diritti riconosciuti dalla norma sovranazionale[6].

Il cambiamento indotto dall'ordinanza n. 207 del 2013 potrebbe consistere nel fatto che se prima il rinvio pregiudiziale spettava ai giudici comuni con riferimento a tutto il diritto comunitario sia dotato di effetti diretti che indiretti, adesso di fronte al diritto comunitario privo di effetti diretti è la Corte Costituzionale che effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per risolvere problemi di compatibilità con il diritto nazionale.

Il giudice comune rimane competente ad effettuare il rinvio pregiudiziale se si tratta di normativa comunitaria con effetti diretti .

La doppia legittimazione al rinvio pregiudiziale così intesa ed in una prospettiva ottimistica dovrebbe produrre un incremento delle occasioni di confronto diretto con la Corte di Giustizia al fine di raggiungere un obiettivo prioritario consistente nel favorire un interscambio costate tra i due ordinamenti giuridici.

In questo contesto la Corte Costituzionale ha un andamento altalenante ed oscillante in quanto è molto cauta anche se ormai ha senza dubbio compreso che il dialogo tra le Corti è elemento imprescindibile e presupposto indefettibile per l'integrazione tra gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento comunitario, tant'è che è strumento sempre più diffuso anche in altre Corti Costituzionali europee[7].

4. La tutela dei diritti sociali secondo la giurisprudenza delle corti costituzionali nazionali. Il caso del Portogallo.

In un contesto di rapporti tra ordinamento comunitario sovranazionale e ordinamenti nazionali assumono sempre più rilevanza e ruolo centrale le giurisdizioni costituzionali dei singoli Stati membri al fine di proteggere i diritti sociali nel contesto delle misure di *spending review* imposte dall'esterno.

Questa tendenza viene altresì comprovata e confermata da quanto è avvenuto in Portogallo. In Portogallo infatti è stato fatto ricorso al *Tribunal constitucional* da parte di alcuni deputati che hanno ritenuto di dover agire a tutela di determinati diritti sociali riconosciuti

[6] Sul punto Matteo Losanna, *"la Corte Costituzionale ed il rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale: il diritto costituzionale (processuale) si piega al dialogo tra le Corti"*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2014, n. 1.

[7] A tal proposito si evidenzia che le prime Corti Costituzionali Europee che effettuarono un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia sono state il Belgio e l'Austria (rispettivamente nel 1997 e nel 2000) e poi sono state seguite dalla Corte di Lituania (nel 2007). Gli ultimi due casi sono stati quelli sollevati dal Tribunale Costituzionale Spagnolo nel 2011 (di cui si tratta nel presente saggio),dal Conseil Constitutionell nel 2013, entrambi con riferimento al mandato di arresto europeo e da ultimo nel gennaio 2014 dalla Corte Costituzionale Federale tedesca relativamente alle cd. "Outright Monetary Transactions".

dalla costituzione, impugnando alcuni articoli contenuti nella legge finanziaria per il 2013, la legge 31 dicembre 2012, n. 66-B/2012 32 . L'atto normativo conteneva disposizioni attuative delle misure di rigore contenute nel Programma di aggiustamento economico adottato come condizione per l'erogazione degli aiuti finanziari tramite gli strumenti (Efsm ed Efsf) per l'assistenza reciproca dei paesi dell'Eurozona.

Il Tribunale costituzionale con la sentenza del 5.4.2013, n. 187, ha accolto in parte il ricorso con riferimento a quelle misure che avevano provocato una diminuzione proporzionata ed diseguale dei suddetti diritti, per consentire allo Stato quel risanamento del bilancio pubblico pattuito negli accordi internazionali. Gli articoli in questione (artt. 29, 21 e 77) che prevedevano la sospensione del pagamento delle ferie ai lavoratori dell'amministrazione pubblica, agli insegnanti ed ai ricercatori nonché del pagamento del 90% della indennità per ferie ai pensionati, sono stati ritenuti lesivi del principio di eguaglianza e di proporzionalità, sanciti rispettivamente agli artt. 13 e 117, § 1, della costituzione portoghese. Anche in questa occasione i giudici costituzionali portoghesi hanno rivendicato il loro ruolo di garanti per la difesa dei diritti fondamentali del Portogallo riaffermando che spetti comunque in ultima istanza, solo al legislatore nazionale il compito di compiere quelle valutazioni che assicurino la sostenibilità del sistema, determinando il contenuto minimo di prestazioni positive che lo Stato deve assicurare ai cittadini.

I giudici non bocciano tutti li obblighi assunti con i protocolli d'intesa stipulati con la Commissione europea, la Bce ed il Fmi, ma utilizzano il veto del controlimite per salvaguardare, attraverso un giudizio di bilanciamento effettuato dal legislatore, un nocciolo duro di diritti costituzionali, come quello all'eguaglianza, che si riflette anche nel principio di capacità contributiva al bilancio dello Stato. Così operando il Portogallo si riappropria di parte della propria sovranità sociale restituendola ai propri rappresentanti.

Conclusioni.

Da quanto appena esposto emerge con forza che recentemente si è assistito ad un crescente coinvolgimento del potere giudiziario in questioni attinenti il governo dell'Unione Monetaria Europea in relazione alla profonda crisi che ha investito l'Eurozona e che ha avuto il suo culmine nell'estate del 2012.

Probabilmente il coinvolgimento massiccio del potere giudiziario è stato l'effetto della pesante intervenuta crisi economica e dei conseguenti strumenti di assistenza finanziaria e monetaria che sono stati adottati, o solo preannunciati come per le OMT.

Tutto ciò non ha fatto altro che mettere fortemente in discussione le basi della costituzione economica europea così come scaturita dal Trattato di Maastricht e di fatto confermata, con assai modeste modifiche, dal Trattato di Lisbona. In questa fase difficile gli organi giurisdizionali hanno tentato e tentano di compensare eventuali squilibri provocato dalle nuove politiche comunitarie economiche e monetarie dei paesi dell'Eurozona.

Tutto questo in un contesto in cui non sono chiare le rispettive competenze e responsabilità soprattutto nei settori di politica economica e monetaria laddove si invoca da tutti un coinvolgimento netto e chiaro e risolutivo del Parlamento europeo. Nelle more *ad interim* il giudice costituzionale ha rivendicato a sé il ruolo di verificare la legittimità degli atti del diritto dell'Unione rispetto ai diritti fondamentali essenziali e non rinnegabili di ogni Stato membro come, ad esempio quello di identità nazionale.

Ciò in quanto, altrimenti se i giudici costituzionali non si preoccupassero di ricoprire anche se solo *ad interim*, detto ruolo, potrebbe esserci un serio pericolo e pregiudizio alla tutela della struttura costituzionale e politica degli Stati membri.

La vicenda della delibera delle OMT è emblematica anche perché evidenzia come sia paradossale che scelte fondamentali di politica economica siano messe in discussione da una Corte e dunque dal potere giudiziario e non da organi politici come sarebbe dovuto accadere.

Si è in tal modo limitato il principio di democrazia laddove una Corte dotata di competenza tecnica ma priva di legittimazione democratica ha messo in discussione scelte di

politica economica e monetaria.

La BCE avrebbe dovuto attendere che la crisi fosse stata risolta con il metodo comunitario ossia attraverso l'intervento del Parlamento europeo con il controllo della Corte e non lasciando che venisse utilizzato di converso il metodo intergovernativo, che ha comportato una ingiustificata sottrazione della BCE stessa ad ogni tipo di controllo democratico. Il controllo democratico deve essere dunque ad ogni costo ristabilito: il caso del rinvio pregiudiziale del Tribunale Costituzionale Tedesco (come anche quelli dei Tribunali Spagnoli, Irlandesi e Portoghesi) è indice rivelatore di un aperto scontro in atto tra la Germania e l'Unione Europea sulla vicenda OMT e comunque indipendentemente dall'esito finale della *querelle* la giurisprudenza del BVerfG assume un alto valore di esportazione e fornisce un modello emulativo di "*disubbidienza*" per altri giudici, costituendo nel contempo un fattore capace di influenzare i mercati finanziari minando la credibilità e l'efficacia delle misure adottate dall'Unione Europea e dagli stati membri in risposta alla crisi del debito sovrano.

Questo scambio di ruoli apre una grossa inquietante parentesi sull'attuale rapporto tra potere politico e controllo giudiziario[8] .

Emblematico dunque anche il fatto che possa essere stato il Tribunale Costituzionale federale Tedesco a tentare di impedire che la Germania aderisse al MES: inimmaginabili le ripercussioni a cascata sullo sviluppo di integrazione europea e sulla tenuta dell'Eurozona.

Ma ciò che risalta alla luce di quanto qui prospettato e del nuovo utilizzo del rinvio pregiudiziale da parte delle Corti Costituzionali degli Stati Membri e soprattutto che i rinvii pregiudiziali siano stati usati anche per difendere e proteggere diritti sociali asseritamente lesi da un atto dell'Unione Europea.

La rilevanza costituzionale del problema attiene alla relazione tra fonti e pertanto ad un ipotetico conflitto tra diritto UE e un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione spagnola e ciò rimanda alla problematica della teoria dei controlimiti.

La stessa ordinanza della Corte Costituzionale italiana n. 207 del 2013 si inserisce in questo contesto conflittuale e di altalenanti incertezze e è probabilmente foriera più di futuri scontri che di pacifici dialoghi tra Corti.

[8] Sul punto in tal senso, F. Donati, "*La crisi dell'Euro tra Corti Costituzionali e Corte di Giustizia*", in Federalismi 2014, n. 17, www.federalismi.it.

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. III del 1.8.2014, n. 4125

Revoca del permesso di soggiorno.

Pluralità di elementi sussistono in favore della tutela dei vincoli familiari esistenti nel territorio italiano.

Durevole permanenza nel contesto familiare e sociale, va motivatamente ponderata l'incidenza di tali circostanze sulla pericolosità desumibile dalle precedenti condanne penali, per quanto gravi.

Dopo le modifiche introdotte dall´art. 1 del d.lgs. 8.1.2007, n. 3, in attuazione della dir. 2003/109/CE relativa allo status di cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo, l'art. 9, co. 4, del T.U. Immigrazione, di cui al d.lgs. 25.7.1998, n. 286, non consente alcun automatismo nel diniego (e nella revoca) del "permesso per soggiornanti di lungo periodo" (c.d. carta di soggiorno), in conseguenza delle condanne penali riportate dallo straniero, rientranti nelle ipotesi contemplate dall'art. 380 c.p.c. e 381 c.p.c., limitatamente ai delitti non colposi, e anche in materia di stupefacenti. La norma, facendo eccezione rispetto alle previsioni di cui all'art. 4, co. 3, dello stesso T.U., anche nel testo vigente all'epoca del diniego impugnato, relative alle condizioni per il rilascio del permesso di soggiorno (che considerano ostativa automaticamente la condanna per reati inerenti gli stupefacenti) espressamente dispone che, nel formulare il giudizio di pericolosità sociale nei confronti del soggetto che è titolare di carta di soggiorno a tempo indeterminato, l'Amministrazione tenga conto non solo delle condanne riportate dallo straniero, ma di un complesso di elementi, quali la durata del soggiorno nel territorio nazionale e l´inserimento sociale, familiare e lavorativo. Nella fattispecie, risulta dal provvedimento impugnato che l'Amministrazione ha tenuto conto unicamente della condanna riportata dal ricorrente (con sentenza n. 1021/2007 del 25.6.2007 del Tribunale di Udine ad anni cinque e mesi quattro di reclusione ed euro 18.000 di multa) e del successivo arresto in data 14.11.2008, per il medesimo reato di detenzione ai fini di spaccio di sostanze stupefacenti. La sentenza appellata non sembra attribuire rilievo alla mancata valutazione degli elementi indicati dall'art. 9, co. 4, T.U. 286/98, ovvero alla durata del soggiorno nel territorio nazionale e all´inserimento sociale, familiare e lavorativo dello straniero, ritenendo, pertanto, legittimo il giudizio di pericolosità dedotto unicamente dalla tipologia dei reati commessi e dalla condotta di vita del ricorrente, che lo farebbero rientrare tra le categorie di persone di cui all'art. 1 della l. 1423/56, venendo con ciò meno "i requisiti per l'ingresso ed il soggiorno nel territorio dello Stato ai sensi dell'art. 4, co. 2, del d.lgs. 286/98". Come più volte affermato da questo Consiglio, è illegittima la revoca del permesso per soggiornanti di lungo periodo precedentemente rilasciato, che faccia riferimento al solo fatto che lo straniero è stato condannato in via definitiva alla pena detentiva, senza un autonomo (seppure sinteticamente motivato) giudizio di pericolosità sociale, limitandosi, al contrario, all´affermazione di un vincolante automatismo tra la sentenza di condanna penale riportata e la revoca del permesso (CdS, VI, 20.2.2007, n. 906 e Sez. III, 25.5.2012, n. 3095 in fattispecie relative a condanna per stupefacenti; Sez. III, 13.9.2013, n. 4539, in fattispecie riguardante condanna per rapina; Sez. III, 29.4.2014, n.2205, in fattispecie di condanna per stupefacenti e immigrazione clandestina). Vero è che lo straniero che, anche a prescindere da condanne penali, appartenga a taluna delle categorie di cui all´art. 1 l. n. 1423/1956 (pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità, suscettibili di misure di prevenzione) potrebbe essere espulso dal luogo di abituale dimora ed, anzi, il tenore letterale della norma depone nel senso di una causa tipica di espulsione vincolata. Tuttavia, il confronto con l´art. 9 d.lg n. 286/1998, che non contempla il reato di cessione illecita di sostanze stupefacenti tra quelli ostativi al rilascio della carta di soggiorno e prevede le misure di prevenzione ex art. 1 l. n. 1423/1956 come possibile causa di espulsione discrezionale dello straniero titolare di

carta di soggiorno, induce a ritenere che lo straniero, quand'anche raggiunto dall´avviso di cui all´art. 1 l. n. 1423/1956, possa essere espulso dal territorio nazionale soltanto in base ad un apprezzamento discrezionale, che tenga conto di tutti gli elementi rilevanti indicati dallo stesso art. 9, comma 4, possibili indici di una effettiva volontà di non integrazione sociale. Ove tale valutazione sia concludente in senso negativo, è evidente che lo straniero suscettibile di espulsione, a maggior ragione, non potrà ottenere il rilascio né il rinnovo della carta di soggiorno. Ma, viceversa, ove una pluralità di elementi sussistano in favore della tutela dei vincoli familiari esistenti nel territorio italiano e una durevole permanenza nel contesto familiare e sociale, va motivatamente ponderata l'incidenza di tali circostanze sulla pericolosità desumibile dalle precedenti condanne penali, per quanto gravi. E' pur consapevole il Collegio che la tipologia dei reati e l´entità della condanna impongono di ritenere sussistente una minaccia per l´ordine e la sicurezza pubblica anche in base ai parametri comunitari; secondo l´art. 96 par. 2 della Convenzione attuativa dell´Accordo di Schengen sussiste, infatti, una tale minaccia quando sia intervenuta una condanna a pena detentiva superiore a un anno oppure nel caso di reato connesso con la cessione diretta o indiretta di stupefacenti. E, per quanto riguarda il diritto interno, la Corte Costituzionale nella sentenza n. 148 del 16.5.2008 ha stabilito che l´opzione legislativa dell´automatismo espulsivo, applicata alle condanne (anche patteggiate) successive alla data di entrata in vigore della l. 30.7.2002 n. 189, non è manifestamente irragionevole, in quanto le ipotesi delittuose previste dal novellato art. 4 co. 3 del d.lgs. 286/1998 implicano spesso contatti profondi con le organizzazioni criminali. Tuttavia, la stessa sentenza della Corte Costituzionale n. 148/2008 ha ammesso il superamento di tale automatismo per ragioni umanitarie e solidaristiche in situazioni caratterizzate da elementi particolari, come nel caso dei soggiornanti di lungo periodo o del ricongiungimento familiare. Peraltro, proprio in tema di tutela della effettività dei vincoli familiari, va ricordato che di recente, con sentenza n.202 del 18.7.2013, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l´art. 5, co. 5, d.lgs. 25.7.1998, n. 286, nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che "ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare" o al "familiare ricongiunto", e non anche allo straniero "che abbia legami familiari nel territorio dello Stato", con ciò riconoscendo che quando la disciplina dell´immigrazione sia suscettibile di incidere sui diritti fondamentali, che la Costituzione protegge egualmente nei confronti del cittadino e del non cittadino, quale l'effettività dei vincoli familiari, la tutela rafforzata, che permette di superare l´automatismo ostativo alla permanenza sul territorio nazionale del condannato, anche in via non definitiva, per alcuni reati, fra i quali quelli in materia di stupefacenti, va riconosciuta, oltre che nelle eccezioni già normativamente previste dall'art. 5, co. 5, e dall'art. 9, rispettivamente per coloro che hanno esercitato il diritto al ricongiungimento familiare e per coloro che richiedono un permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo, anche nei confronti dei soggetti che non hanno presentato istanza di ricongiungimento, pur versando nelle condizioni sostanziali per ottenerlo. Se questo è il quadro normativo e giurisprudenziale, che delinea una tutela rafforzata nei confronti della "effettività" della famiglia, per il valore solidaristico, sociale ed educativo che ad essa si riconnette, occorre tenerne conto nell'esame della vicenda dell'appellante. Dunque, nel caso in esame, la situazione personale dello straniero, entrato in Italia per ricongiungersi alla famiglia oltre 10 anni prima del provvedimento impugnato e che qui ha soggiornato ininterrottamente insieme ai familiari, tutti titolari di carta di soggiorno, i quali lavorano (o studiano) stabilmente con inserimento nel tessuto sociale, richiede una valutazione ponderata da parte dell'amministrazione che valorizzi adeguatamente la lunga presenza in Italia, l'effettività dei vincoli familiari e la buona condotta mantenuta successivamente alla condanna, come rappresentata dall'appellante nella memoria del 7.3.2014, al fine di pervenire ad un giudizio di pericolosità sociale complessivo, che non tenga conto unicamente dei precedenti penali.

CONTRATTI, SERVIZI PUBBLICI E CONCORRENZA

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

APPALTI: LE INDICAZIONI OPERATIVE DELL´A.N.AC. SULLA CAUZIONE

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 188 del 14 agosto e´ stata pubblicata la determina del 29 luglio con la quale vengono presentate alcune indicazioni operative per il superamento di talune criticita´ riscontrate dall´Autorita´, nell´ambito della propria attivita´ istituzionale, in ordine all´applicazione dell´istituto della cauzione. Più precisamente: "1. Quadro normativo di riferimento. Partendo dal dato normativo, in tema di cauzioni, l´art. 75 del Codice stabilisce per gli appalti di lavori, servizi e forniture l´obbligo di corredare l´offerta di una cauzione, detta cauzione provvisoria, in misura pari al 2% dell´importo indicato nel bando di gara o nella lettera d´invito, il cui scopo e´ quello di garantire la serietà e l´affidabilita´ dell´offerta stessa. La norma in commento consente al partecipante di prestare a garanzia dell´offerta, a sua scelta, garanzie reali e/o personali. La cauzione provvisoria puo´ essere costituita, infatti, in contanti ovvero in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato oppure sotto forma di fideiussione. Quest´ultima puo´ essere bancaria o assicurativa o rilasciata da intermediari finanziari purche´ questi siano iscritti nell´albo di cui all´art. 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attivita´ di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società´ di revisione iscritta nell´albo previsto dall´art. 161 del d.lgs. 24.2.1998, n. 58 (1) . L´art. 113 del Codice disciplina invece la cauzione definitiva il cui scopo e´ garantire la corretta esecuzione dell´appalto, imponendo all´esecutore del contratto la costituzione di una garanzia fideiussoria pari al 10% dell´importo contrattuale con cui il fideiussore si impegna a risarcire la stazione appaltante del mancato o inesatto adempimento del contraente (art. 113, co. 5). L´ammontare di questa cauzione deve essere pari al 10% dell´importo del contratto, ma puo´ variare, nel caso vi sia un ribasso d´asta superiore al 10%, in base ad un particolare tipo di calcolo che consente di quantificare l´importo della cauzione alle condizioni di aggiudicazione, imponendo all´aggiudicatario che ha formulato un ingente ribasso d´asta la presentazione di garanzie direttamente proporzionate allo sconto praticato in sede di offerta. La garanzia deve necessariamente essere prestata sotto forma di fideiussione e «deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all´eccezione di cui all´art. 1957, co. 2, del codice civile, nonchè l´operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante». A sua volta, l´art. 113 richiama espressamente l´art. 75, co. 3, il quale estende l´ambito dei soggetti che possono prestare la cauzione, oltre che a banche e ad imprese di assicurazioni, a tutti gli intermediari finanziari iscritti nell´elenco speciale di cui all´art. 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attivita´ di rilascio di garanzie. Tale garanzia fideiussoria sara´ progressivamente svincolata a misura dell´esecuzione nel limite massimo dell´80% dell´iniziale importo garantito. Lo svincolo del residuo 20% dell´iniziale importo garantito va effettuato secondo quanto previsto dalla normativa vigente. Entrambi gli strumenti (cauzione provvisoria e cauzione definitiva) sono indispen-

sabili a garantire il corretto svolgersi della procedura concorsuale sicche´ la mancata costituzione della garanzia porta - in modo sostanzialmente automatico - alla perdita di effetti dell´aggiudicazione. In particolare, per quanto concerne la cauzione provvisoria non vi e´ uniformita´ di vedute circa la possibilita´ di applicare l´istituto del soccorso istruttorio; al riguardo, l´Autorità nella Determinazione n. 4 del 10.10.2012, ha affermato che: «piu´ complessa appare l´ipotesi di presentazione di una cauzione provvisoria di importo deficitario, giacche´ parte della giurisprudenza ammette, in tal caso, l´esercizio del soccorso istruttorio volto a fare integrare la garanzia. Si ritiene che la questione vada ricondotta ai principi generali che presiedono l´applicazione dell´art. 46, comma 1, del Codice in tema di integrazione documentale, ammissibile solo ove non incida sulla parita´ di trattamento tra i concorrenti e, quindi, nel caso di specie, in ipotesi di evidente errore formale». 2. L´applicabilita´ degli artt. 75 e 113 ai settori speciali. Le disposizioni normative di cui agli artt. 75 e 113 del Codice in tema di cauzioni negli appalti pubblici, ai sensi dell´art. 206 del medesimo Codice, non rientrano tra le norme di diretta applicazione ai settori cd. «speciali». L´art. 206, infatti, effettua una puntuale ricognizione delle norme applicabili a tali settori, ed essendo una norma di stretta interpretazione, il mancato riferimento espresso alle disposizioni in materia di cauzioni per i settori ordinari comporta che soltanto con la lex specialis di gara la stazione appaltante possa discrezionalmente autovincolarsi alla specifica normativa soprarichiamata. A tale proposito, occorre ricordare che quando si tratta di amministrazioni aggiudicatrici o di organismi di diritto pubblico ex art. 3 del Codice, l´applicazione del regime semplificato previsto dalla terza parte del Codice stesso e´ strettamente condizionata alla circostanza che essi operino nei settori definiti «speciali». Al di fuori delle attivita´ summenzionate, per ogni appalto non strumentalmente connesso al settore specifico, torna applicabile la disciplina di carattere generale (vd. CdS n. 2919/2011). Viceversa, per le imprese pubbliche che non rientrino nel novero dei soggetti sopra indicati, l´Adunanza Plenaria n. 16/2011 ha definitivamente chiarito che esse sono tenute all´osservanza della disciplina degli appalti pubblici solo nei settori speciali. Quando un´impresa pubblica o organismo di diritto pubblico attivi nei settori speciali decidono di richiedere una cauzione, provvisoria o definitiva, necessariamente devono trovare applicazione i principi stabiliti all´art. 2 del Codice, di cui gli articoli 75 e 113. In questo senso, l´operazione di applicare «altre» regole rispetto a quelle elencate nell´art. 206 non puo´ condurre le stazioni appaltanti a dettare regole «piu´ severe e piu´ stringenti» che, Anziché semplificare e aprire la partecipazione limitino, di fatto, l´ambito partecipativo, vanificando la stessa specialita´ per come intesa dal legislatore (Parere del Consiglio di Stato al Codice dei contratti Sezione consultiva - Adunanza del 6.2.2006). L´art. 206, co. 3, del Codice dei Contratti Pubblici, come pure l´art. 339, comma 2, del Regolamento (d.P.R n. 207/2010), consente agli enti aggiudicatori nei settori speciali di applicare parzialmente o di far riferimento ad altre disposizione dell´ordinamento giuridico degli appalti, dandone preventiva comunicazione nella lex specialis, a patto pero´ che sussista una giusta proporzione tra dette «regole» e la natura, la complessita´ e l´importanza dell´appalto, senza che ulteriori vincoli procedimentali e sostanziali possano ostacolare la massima concorrenza nell´affidamento. In buona sostanza la discrezionalita´ accordata dal legislatore agli enti aggiudicatori che indicono appalti nei settori speciali incontra necessariamente dei limiti, poiche´ se da un lato consente di gestire le procedure di gara in modo piu´ elastico e semplificato, dall´altro e´ chiaro che tale discrezionalita´ deve essere gestita secondo criteri non discriminatori, di logicita´ e ragionevolezza, rispettando il principio di proporzionalita´ e di congrua motivazione, rispettando altresi´ i principi e le disposizioni comuni a tutti gli appalti sia dei settori ordinari che di quelli speciali per come definiti nell´art. 2, co. 1 del Codice. Viceversa, nel contenuto dei bandi, si riscontra una prassi largamente diffusa tra le stazioni appaltanti di richiedere dei requisiti che potrebbero produrre discriminazioni tra i concorrenti impedendo un corretto svolgimento delle procedure. Le stazioni appaltanti,

infatti: a) tendono a limitare la scelta dei soggetti garanti, includendo solo banche o banche e assicurazioni ed escludendo l´estensione agli intermediari finanziari iscritti negli appositi albi (ex art. 107 del d.lgs. 1.9.1993, n. 385, TUB) tenuti dalla Banca d´Italia; (vd. par. 3); b) richiedono il possesso di determinati livelli di rating, come assegnati dalle principali agenzie internazionali. (vd. par. 4). Inoltre, le imprese di assicurazione contestano la previsione di richiedere che le garanzie siano prestate nella forma del «contratto autonomo di garanzia», ossia nei termini di garanzia da escutersi a prima richiesta e senza eccezioni. (vd. par. 5) Le imprese, soprattutto di dimensioni medio piccole, lamentano di essere penalizzate dalle indicazioni operative sopra richiamate e dal rifiuto, di fatto, delle imprese di assicurazione di accettare di sottoscrivere un contratto autonomo di garanzia; cio´ le porrebbe in una situazione di svantaggio nella competizione in violazione del principio di ampia partecipazione alle procedure selettive. 3. Sull´esclusione delle garanzie degli intermediari finanziari. Gli intermediari finanziari sono stati definitivamente abilitati a prestare la garanzia di esecuzione del contratto dalla modifica al Codice introdotta dal decreto legislativo n. 113 del 2007 (secondo decreto correttivo) (2) . Tale novella, come ricordato, riguarda solo i settori ordinari e non ha integrato la disciplina dei settori speciali. Diverse stazioni appaltanti, operanti nei settori speciali, adducendo una presunta minore affidabilita´ della categoria degli intermediari rispetto alle banche ed alle imprese di assicurazione, hanno ritenuto cosi´ di non inserirla nel novero dei potenziali garanti. Nella valutazione del legislatore riferita ai settori ordinari, invece, tale affidabilita´ e´ stata pienamente recuperata, in quanto l´operatività degli intermediari finanziari e´ sottoposta al controllo di Banca d´Italia e a uno specifico assenso ministeriale. Tra l´altro la Banca d´Italia ha segnalato un fenomeno «allarmante» rappresentato dalle gravi difficolta´ incontrate dalle stazioni appaltanti, anche quelle attive nei settori ordinari, nell´escussione della garanzia prestata da alcuni intermediari finanziari. Si tratta di rischi assunti da intermediari non commisurati alle loro strutture patrimoniali ed organizzative, o anche da soggetti non autorizzati a svolgere tali attivita´ in quanto non iscritti nell´elenco speciale di cui al richiamato art. 106 del TUB, ne´ assoggettati a vigilanza prudenziale da parte di Banca d´Italia bensi´ sottoposti a forme di controllo piu´ blande (confidi ex art. 155, c. 4 e intermediari ex art. 106 TUB). Per superare tali criticita´ appare necessario che le stazioni appaltanti richiedano che, nel caso del ricorso ad intermediari finanziari, il modulo di fideiussione contenga gli estremi dell´autorizzazione di cui all´art. 127, co. 3, del Regolamento. D´altro canto, occorre considerare che la normativa vigente in materia e´ contenuta nel decreto legislativo n. 141 del 2010 (TUB) di recente modificato dal d. lgs. n. 169 del 2012. La riforma ha unificato l´elenco dei soggetti di cui all´art. 107 e sono state potenziate le misure sanzionatorie che la Banca d´Italia, nell´ambito della propria attivita´ di vigilanza sugli intermediari finanziari, e´ facultata ad adottare. Il nuovo art. 108, infatti, prevede che ciascun intermediario dovra´ strutturarsi secondo i dettami del disposto di cui al decreto legislativo n. 141/2010, nonche´ nel rispetto delle disposizioni attuative che la Banca d´Italia e´ tenuta ad emanare e che interessano «il governo societario, l´adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni, l´organizzazione amministrativa e contabile, i controlli interni ed i sistemi di remunerazione e incentivazione nonche´ l´informativa da rendere al pubblico sulle predette materie». Si deve quindi ritenere che la nuova normativa possa offrire strumenti nel complesso adeguati per la valutazione e il controllo dell´affidabilita´ dei soggetti che operano sul mercato, facendo venire meno le resistenze delle stazioni appaltanti ad estendere la previsione normativa che ammette la possibilita´ che la cauzione definitiva possa essere rilasciata dagli intermediari anche per gli appalti ricadenti nei settori speciali. In ogni caso si ritiene che persista la necessita´ di verificare la loro idoneita´ a rilasciare fideiussioni mediante l´inserimento degli estremi dell´autorizzazione. Si deve, infine, rammentare che sul sito della Banca d´Italia e´ possibile verificare se l´intermediario e´ abilitato a prestare garanzie nei confronti del

pubblico, ai sensi dell´art. 11 del decreto ministeriale n. 29/2009, nonche´ e´ possibile consultare l´elenco dei soggetti, con sede in Italia o all´estero, che risultano operare sul territorio nazionale in assenza delle necessarie autorizzazioni; tale lista intende offrire un contributo per il «Contrasto dell´abusivismo bancario e finanziario». 4. Sulla richiesta di livelli elevati di rating. Il rating e´ la valutazione della qualita´ di una societa´ o delle sue emissioni di titoli di debito sulla base della solidita´ finanziaria della societa´ stessa e delle sue prospettive. Letteralmente vuol dire «classificazione»: valutazione e classificazione della solvibilita´ e redditivita´ di debitore, societa´ o ente pubblico, espressa da una societa´ specializzata attraverso un voto che fa parte di una scala di gradazione. Il voto assegnato dalle agenzie qualificate e´ tenuto in grande considerazione dagli investitori istituzionali, spesso vincolati anche dalle normative di vigilanza ad investire solamente in titoli dotati di un rating minimo. La valutazione, infatti, puo´ essere effettuata anche su titoli azionari ed obbligazionari. L`assegnazione di un rating agevola gli emittenti nel processo di fissazione del prezzo e di collocamento dei titoli emessi. Per questi motivi, i soggetti che desiderano collocare titoli sui mercati finanziari internazionali sono indotti a richiedere una valutazione del loro merito di credito alle agenzie di rating. Alcune stazioni appaltanti attive nei settori speciali ammettono sia per la cauzione provvisoria, sia per la cauzione definitiva, solo fideiubenti con un rating di lungo periodo uguale o superiore a determinati livelli stabiliti ad esempio da Fitch, Standard & Poor´s o Moody´s Investor Service. In generale, le ragioni addotte dalle SA interpellate per giustificare la richiesta di rating ai garanti hanno evidenziato che nell´ottica dell´ente appaltante il «rating» e´ considerato quale elemento «tranquillizzante» sul livello del patrimonio di un´impresa o di una banca libero da impegni ed in grado di garantire la correttezza e l´affidabilita´ e, soprattutto, la solvibilita´ dello stesso fideiussore. Se sono comprensibili le ragioni che spingono le stazioni appaltanti ad una tale richiesta, lo strumento utilizzato allo scopo non appare sufficiente a garantirle e potrebbe introdurre elementi di distorsione nel mercato degli appalti pubblici. Infatti, la richiesta di rating ai garanti inserita nei bandi di gara appare in grado di discriminare perche´ determina disparita´ tra i soggetti che operano nel mercato creditizio/finanziario (intermediari, banche, assicurazioni) e potrebbe limitare la partecipazione alle gare delle imprese che segnalano difficolta´ a reperire le garanzie necessarie per accedere alla gara d´appalto. Cio´ in quanto, per quel che riguarda il mercato finanziario, alcuni possibili fideiussori, anche se in possesso di margini di solvibilita´ elevati, non sempre hanno un rating, in quanto non procedono al collocamento di titoli sul mercato; inoltre, come confermano anche i pareri espressi dalla Banca d´Italia e dall´ABI, non sempre il rating costituisce un indice certo di riferimento nella stima dei parametri rilevanti per la determinazione dei requisiti patrimoniali di un dato soggetto. Gli approfondimenti condotti nel tavolo tecnico non hanno dimostrato l´esistenza di una correlazione tra la mancata corresponsione della cauzione e l´indice di rating che la Societa´ puo´ vantare; le segnalazioni pervenute all´Autorita´, infatti, mostrano che spesso il mancato pagamento della cauzione e´, in diversi casi, riferibile anche ad aziende con rating elevato. Inoltre, il problema degli inadempimenti non e´ proporzionalmente correlato alle dimensioni dell´appalto, anzi spesso si verifica in appalti di entita´ medio piccole non in grado di incidere sulla situazione finanziaria complessiva del garante. In ogni caso, anche ammessa la legittimita´ di introdurre vincoli sulla natura e qualita´ dei fideiussori, attualmente non consentita dal Codice, il rating non rappresenta un criterio di valutazione attendibile per stabilire la solvibilita´ dell´azienda. L´Autorita´ nella Determinazione n. 2 del 13 marzo 2013, «Questioni concernenti l´affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa», ha osservato che, piuttosto che valutare la qualità delle imprese di assicurazione sulla base del rating, e´ preferibile ricorrere ad altri indicatori quali l´indice di solvibilità, congiuntamente alla raccolta premi specifica. Per quanto riguarda le piccole e medie imprese, le limitazioni poste ai garanti in merito alla possibilita´ di rilasciare garanzie potrebbero

introdurre ostacoli elevati alla partecipazione alle gare. Infatti, in tal modo aumentano sicuramente i costi di ricerca e gli oneri per la garanzie; ad esempio, le garanzie bancarie sono assimilabili a tutti gli effetti ai crediti e cio´ potrebbe introdurre una barriera insormontabile in un periodo caratterizzato da restrizioni al credito. Si deve, infine, osservare che la recente crisi economica ha determinato continue riduzioni nel rating riconosciuto all´intera economia italiana e, di conseguenza, alcuni enti aggiudicatori hanno reso noto di provvedere periodicamente ad aggiornare il livello di Rating richiesto, proprio al fine di tener conto dell´andamento complessivo del sistema. In conclusione, la richiesta da parte delle Stazioni appaltanti di rating pari o superiore ad un determinato minimo attribuito dalle societa´ di certificazione internazionale e´ una previsione che si pone in violazione dei principi di cui all´art. 2 del Codice. Infatti, introduce restrizioni non previste dal Codice che non appaiono neppure correlate e proporzionate con gli obiettivi che si intende perseguire. I correttivi introdotti da talune amministrazioni aggiudicatrici alleviano leggermente gli effetti delle restrizioni poste, ma non appaiono sufficienti a garantire condizioni di pari concorrenza tra le imprese sul mercato. 5. Sul contratto autonomo di garanzia. Contrariamente a quanto sostenuto dalle imprese di assicurazione, la richiesta di rilascio di garanzie dal contenuto di contratto autonomo appare compatibile con quanto previsto in materia dal Codice. La normativa primaria, riferibile ai settori ordinari, con riferimento alla «cauzione definitiva» stabilisce al co. 2 dell´art. 113, analogamente a quanto gia´ stabilito dall´art. 75, comma 4, che le garanzie a corredo dell´offerta rechino le seguenti clausole: 1) la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale; 2) la rinuncia, all´eccezione di cui all´art. 1957 c.c., co. 2, e cioe´ all´eccezione di intervenuta scadenza della fideiussione; 3) l´operativita´ della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante. Puo´, dunque, dirsi che il legislatore ha inteso chiaramente attribuire alla cauzione la forma di garanzia sostanzialmente autonoma ed astratta, a differenza della fideiussione, priva del vincolo dell´accessorieta´, al fine di tutelare la fase di esecuzione del contratto e, quindi, gli interessi pubblici e le esigenze della stazione appaltante. Alcune imprese di assicurazione sostengono l´applicabilità al fideiussore dell´art. 1945 c.c., ossia la facolta´ di opporre al creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale salvo quella derivante dall´incapacita´. Le imprese invocano tale possibilita´ perche´ e´ proprio la rinuncia all´eccezione tout court (piuttosto che il pagamento a prima richiesta o a semplice richiesta o l´esigibilita´ nei 15 giorni) a rappresentare il principale punto di distacco dallo schema tipico della fideiussione codificato dal codice civile (Cass. Civ. III, 3.10.2005, n. 19300, id. 20.4.2004, n. 7502). L´impresa di assicurazione, mantenendo in tal modo salva la facolta´ di invocare le eccezioni previste dal contratto fideiussorio, conserverebbe la possibilita´ di indennizzare solo a condizione di aver verificato in concreto la presenza del danno o viceversa rifiutare il pagamento in caso di sua riscontrata assenza o inferiore entita´ rispetto al denunciato. La tesi non sembra accoglibile, laddove si consideri che il legislatore, nel prevedere l´assimilabilita´ delle cauzioni ex articoli 75 e 113 alle garanzie autonome, ha inteso tutelare prevalentemente l´interesse pubblico e gli interessi delle stazioni appaltanti. L´Autorita´ si e´ piu´ volte pronunciata sul tema in fase di precontenzioso e, in presenza di bandi o lettere di invito nell´ambito di settori speciali, che prevedevano la prestazione di cauzione definitiva con rinuncia alle eccezioni sulla validita´ ed efficacia del contratto di appalto, secondo lo schema del contratto autonomo di garanzia, affermandone la piena legittimità, (vd. Prec. Avcp n. 173 e n. 178 del 2012). Sulla questione, che ha prodotto un acceso dibattito in dottrina, e´ intervenuta la pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite (Cass. Civ., Sez. Un., 18.2.2010, n. 3947), nella quale si definisce il contratto autonomo di garanzia «una fattispecie atipica ai sensi dell´art. 1322 c.c. co. 2 che persegue un interesse "meritevole di tutela, identificabile nell´esigenza condivisa di assicurare l´integrale soddisfacimento dell´interesse economico del beneficiario vulnerato dall´inadempimento del debitore originario e, di conseguenza, di conferire

*maggiore certezza allo scorrere dei rapporti economici".» Con specifico riguardo alla funzione della cauzione, le Sezioni Unite ritengono cosi´ che «la clausola "a prima richiesta e senza eccezioni" dovrebbe di per se´ orientare l´interprete verso l´approdo alla fattispecie del contratto autonomo di garanzia, salva evidente, patente, irredimibile discrasia con l´intero contenuto "altro" della convenzione negoziale». 6. Sullo svincolo della cauzione. Per gli appalti di lavori, la cauzione definitiva e´ progressivamente svincolata, in base al combinato disposto di cui agli art. 123, co. 1 del Regolamento e 113 del Codice. Essa garantisce l´esecuzione del contratto, e potra´ essere escussa nei limiti del danno effettivo e delle ulteriori voci previste dall´art. 123 del Regolamento, ferma restando la possibilita´ di agire per il maggior danno, ove la somma accantonata non sia sufficiente. Il suo svincolo e´ legato allo stato di avanzamento dei lavori nei limiti dell´80% dell´importo garantito e alla consegna al garante del certificato relativo allo stato di avanzamento lavori. E´ rimessa invece alla stazione appaltante la decisione circa l´importo da svincolare, nonche´ con riguardo alla fase temporale in cui svincolare, atteso che gli unici parametri offerti dal legislatore sono in ordine all´andamento progressivo dello svincolo e all´ammontare massimo dello stesso. Il residuo 20% permane oltre la conclusione dei lavori, fino alla cessazione di efficacia della cauzione che interviene solo alla data di emissione del certificato di collaudo o della verifica di conformita´ in caso di servizi o forniture, ai sensi dell´art. 324 del Regolamento. La durata della garanzia deve permanere fino a 12 mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato (art. 123, comma 1 Regolamento). Lo svincolo progressivo risponde al principio di proporzionalita´ e rappresenta un utile sistema per evitare agli appaltatori aggravi economici ingiustificati. L´Autorità come già specificato nella deliberazione n. 85 del 10.10.2012, ritiene che tali previsioni siano direttamente applicabili anche agli appalti di servizi e forniture. In tale deliberazione si e´, infatti, osservato: «pur non essendo previsto espressamente un meccanismo di svincolo progressivo della cauzione definitiva equivalente a quello previsto dall´art. 113 del codice e disciplinato dall´art. 194 del d.p.r. n. 207/2010 (stato di avanzamento lavori), lo stesso puo´ trovare applicazione anche nel settore dei servizi e delle forniture. Pertanto, ai fini dello svincolo parziale della polizza fideiussoria, puo´ sopperire un´analoga attestazione sullo stato di esecuzione del servizio o della fornitura emessa dalla stazione appaltante su richiesta dell´operatore, da produrre all´istituto bancario o assicurativo che ha prestato la garanzia fideiussoria». Un tale meccanismo potrebbe essere senz´altro di ausilio sia all´appaltatore sia al garante: infatti, da un lato consente al primo di essere tenuto a corrispondere un premio di importo inferiore rispetto a quello originariamente previsto in polizza, diminuito pro quota rispetto alla prestazione eseguita; dall´altro consente al secondo di svincolare parte delle somme garantite nella cauzione aumentando la propria liquidita´. Sempre in materia di collaudo, ma con maggiore attenzione ai lavori specie quelli relativi all´alta velocita´, e´ utile ricordare che il legislatore ha introdotto l´art. 237-bis del Codice (art. 34-bis del d.l. 18.10.2012, n. 179, convertito con modifiche dalla l. 17.12.2012, n. 221) che prevede lo svincolo della cauzione, per un importo pari ad almeno l´80% per le opere realizzate nell´ambito dell´appalto che siano, in tutto o in parte, poste in esercizio prima del relativo collaudo tecnico amministrativo, e per le quali vi sia stato un esercizio protratto per oltre un anno. Lo svincolo e´ automatico e l´ente aggiudicatore puo´ opporsi allo stesso, con le modalita´ e con le motivazioni di cui al comma 2 del richiamato articolo". **(Determina A.N.AC. pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 188 del 14.8.2914).***

«::::::::: GA :::::::::»

CODICE IDENTIFICATIVO DI GARA (CIG): L´AUTORITÀ ANTICORRUZIONE RILASCERÀ IL CIG AI COMUNI NON CAPOLUOGO DI PROVINCIA

Nelle more della conversione in legge del d.l. n. 90/2014, che prevede il rinvio dei termini dell'entrata in vigore delle disposizioni introdotte dall'art. 9 co. 4, del d.l. 24.4.2014, con-

vertito con modificazioni dalla l. 23.6.2014, n. 89, si comunica che l'Autorità Nazionale Anticorruzione, rilascerà il Codice Identificativo di Gara (CIG) ai comuni non capoluogo di provincia. ***(Comunicato A.N.AC. del 30.7.2014).***

«::::::::: GA :::::::::»

PUNTI DI ACCESSO ALLA RETE POSTALE: L´AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI MODIFICA I CRITERI DI DISTRIBUZIONE DEGLI UFFICI DI POSTE ITALIANE

La problematica della chiusura degli Uffici Postali e´ stata più volte attenzionata da ultimo anche dal Consiglio di Stato che a maggio aveva esortato l´Agcom a dettare 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".(http://www.gazzettaamministrativa.it/opencms/pencms/_gazzetta_amministrativa/_permalink_news.html?resId=2d4e9f8c-ed5f-11e3-bc49-5b005dcc639c).
(http://www.ilquotidianodellapa.it/_contents/news/2014/giugno/1402392396357.html)
L´Agcom non si è fatta attendere ed a distanza di due mesi ha adottato la delibera n. 342/14/CONS con la quale sono stati modificati i criteri di distribuzione degli uffici di Poste Italiane. All´Articolo 2 rubricato "Comuni rurali e montani" viene introdotto il divieto di chiusura di uffici postali situati in Comuni rurali che rientrano anche nella categoria dei Comuni montani. Sono esclusi dall´ambito di applicazione del divieto i Comuni nei quali siano presenti più di due uffici postali ed il rapporto abitanti per ufficio postale sia inferiore a 800. Il co. 3 precisa altresì che sono "Comuni rurali", i Comuni con densità abitativa inferiore a 150 ab/km2, secondo i più recenti dati demografici ISTAT, mentre vengono definiti "Comuni montani" i Comuni contrassegnati come totalmente montani nel più recente elenco di Comuni Italiani pubblicato dall´ISTAT. Anche per le "Isole minori" l´art. 3 introduce il divieto di chiusura di uffici postali che sono presidio unico nelle isole minori. Per "isole minori" si intendono le isole, escluse Sicilia e Sardegna, in cui risiedono in maniera permanente almeno 50 abitanti, secondo i più recenti dati demografici ISTAT. Inoltre l´Articolo 4 "Uffici presidio unico di Comune" stabilisce che gli uffici postali presidio unico di Comuni con popolazione residente inferiore a 500 abitanti, ove sia presente entro 3 km un ufficio limitrofo aperto almeno tre giorni a settimana, osservano un´apertura al pubblico non inferiore a due giorni e dodici ore settimanali, garantendo un coordinamento con gli orari di apertura del suddetto ufficio limitrofo, in modo da assicurare la più ampia accessibilità del servizio.
L´art. 5 poi disciplina la Comunicazione nei confronti degli Enti locali precisando che "gli interventi di chiusura e di rimodulazione oraria degli uffici postali devono essere comunicati da Poste Italiane ai Sindaci dei Comuni interessati, ovvero alla competente articolazione decentrata dell´Amministrazione comunale, con congruo anticipo, almeno 60 giorni prima della data prevista di attuazione dell´intervento" Con cadenza annuale poi Poste Italiane dovrà trasmette all´Autorità un´informativa sugli interventi di chiusura e rimodulazione oraria di uffici postali, pianificati ai sensi dell´art. 2, comma 6 del Contratto di programma, effettivamente attuati nell´anno di riferimento, dando evidenza del contenimento dei costi risultante dall´attuazione degli interventi e specificando le tempistiche di preavviso seguite nei confronti delle Autorità locali nonché gli esiti del confronto con le stesse. Tempo 60 giorni a Poste dalla notificazione della delibera per trasmettere all´Autorità il piano di razionalizzazione degli uffici postali che non garantiscono condizioni di equilibrio economico relativo all´anno in corso. Ai sensi della normativa vigente, il mancato rispetto da parte di Poste Italiane delle disposizioni contenute nella delibera comporta l´applicazione delle sanzioni previste dall´art. 21, co. 1, del d. lgs.

n. 261/1999 ovvero "con pena pecuniaria amministrativa da lire dieci milioni a lire cento milioni" ***(Delibera Agcom n. 342/14/CONS del 31.7.2014).***

REDAZIONALI

L'AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO SENZA LA PUBBLICAZIONE DEL BANDO DI GARA NELLA GAZZETTA UFFICIALE DELL'UNIONE EUROPEA

della Dott.ssa Laura Ferrero e dell'Avv. Daniela Muntoni

Il giudice nazionale - come previsto nell'art.122 del codice del processo amministrativo - può astenersi dal pronunciare l'inefficacia del contratto, nonostante abbia accertato la violazione delle norme che dispongono debba esserci la pubblicazione del bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea (come previsto dalla direttiva 2004/18/CE) laddove ricorrano le condizioni di cui all'articolo 2 quinquies, paragrafo 4, dettate dalla medesima direttiva 89/665/CEE?.

The national court - as expected nell'art.122 of the Code of Administrative Procedure - may refrain from pronouncing the invalidity of the contract, although it has found a violation of the rules stating there should be publication of a contract notice in the Official Journal European Union (as provided for in Directive 2004/18 / EC) when it meets the conditions of Article 2d paragraph 4, dictated by that Directive 89/665 / EEC?

Sommario: 1. Premessa. 2. L'art. 2 quinquies, paragrafo 4, della dir. 89/665/CEE. 3. Ambito di applicazione nel sistema appalti. 4. Corte di Giustizia Europea - sentenza 11.9.2014 causa C-19/13. 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. V, con la sentenza dell'11.9.2014 in C-19/13 risponde ad una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal Consiglio di Stato (Italia), con ordinanza del 14 dicembre 2012, nel procedimento del Ministero dell'Interno contro Fastweb Spa e nei confronti di Telecom Italia Spa. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte in primo luogo sull'interpretazione e sulla validità dell'art. 2 *quinquies*, par. 4, della dir. 89/665/CEE del Consiglio del 21.12.1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007; nella sostanza, viene chiesto se il giudice nazionale - come previsto nell'art. 122 del codice del processo amministrativo - possa astenersi dal pronunciare l'inefficacia del contratto, nonostante abbia accertato la violazione delle norme che dispongono debba esserci la pubblicazione del bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea (come previsto dalla dir. 2004/18/CE) laddove ricorrano le condizioni di cui all'art. 2 *quinquies*, par. 4, dettate dalla medesima dir. 89/665/CEE.

Con la seconda questione il giudice del rinvio domanda, nell'ipotesi di risposta in senso affermativo alla prima questione, se l'art. 2 *quinquies*, paragrafo 4, della direttiva 89/665/CEE sia valido alla luce del principio di non discriminazione e del diritto ad un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 47 della

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Nello specifico la domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia fra il Ministero dell'Interno - Dipartimento di Pubblica Sicurezza e la Fastweb Spa relativamente all'aggiudicazione alla Telecom Italia Spa di un appalto pubblico concernente la fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

2. L'art. 2 *quinquies*, par. 4, della dir. 89/665/CEE.

Per comprendere la questione sottoposta all'esame della Corte occorre partire dall'analisi degli articoli precedenti a quello oggetto del quesito ed in particolare dall'art. 2 *quinquies*, paragrafo 1, lett. a), della dir. 89/665, intitolato *"Privazioni di effetti"*. Quest'ultima norma stabilisce che gli Stati membri debbano assicurare che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice ovvero che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso nei seguenti casi:

a) se l'amministrazione aggiudicatrice ha aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione del bando nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, senza che ciò sia consentito a norma della direttiva 2004/18/CE;

b) in caso di violazione dell'articolo 1, par. 5, dell'art. 2, par. 3, o dell'art. 2 *bis*, par. 2, della medesima direttiva qualora tale violazione abbia privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto quando tale violazione si aggiunge ad una violazione della direttiva 2004/18/CE, se quest'ultima violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto;

c) nei casi di cui all'art. 2 *ter*, lett. c), secondo comma della medesima direttiva qualora gli Stati membri abbiano previsto la deroga al termine sospensivo per appalti basati su un accordo quadro e su un sistema dinamico di acquisizione.

L'ipotesi che più da vicino ci riguarda è quella presa in considerazione dalla lett. a), ossia l'aggiudicazione di un appalto senza previa pubblicazione del bando nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, fuori dei casi consentiti dalla dir. 2004/18/CE (relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi).

Ora ci si è chiesti, *rectius*, la Corte si è chiesta se quanto previsto dal paragrafo 1, lett. a) predetto, debba costituire la regola e se possano esistere delle eccezioni. Orbene, questa eccezione è stata individuata dalla Corte nel paragrafo 4 del medesimo art. 2 *quinquies* in commento.

Il legislatore dell'Unione Europea avrebbe previsto, pertanto, all'articolo 2 *quinquies*, par. 4, della dir. 89/665, una espressa eccezione a detta regola *"generale"* della privazione di effetti del contratto. Secondo quanto previsto dalla direttiva predetta, infatti, la regola non dovrebbe trovare applicazione se: 1) l'amministrazione aggiudicatrice ritiene che l'aggiudicazione di un appalto senza previa pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea sia consentita a norma della dir. 2004/18; 2) se l'amministrazione aggiudicatrice abbia pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea un avviso del tipo descritto all'articolo 3 bis della direttiva 89/665, in cui ha manifestato l'intenzione di concludere il contratto; 3) se il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di pubblicazione di tale avviso.

Ora, l'introduzione di tale eccezione alla regola generale della privazione di effetti del contratto, mira da un lato a tutelare gli interessi delle altre imprese (*par condicio*) che possono intraprendere un procedimento sommario precontrattuale e chiedere l'annullamento del contratto illegittimamente concluso, dall'altro tiene conto dell'interesse della pubblica amministrazione aggiudicatrice e dell'impresa selezionata e cerca di evitare l'incertezza giuridica che potrebbe derivare dalla possibilità di vedere annullati gli effetti del contratto come stipulato.

3. Ambito di applicazione nel sistema appalti.

Le garanzie di trasparenza e di non discriminazione che costituiscono l'obiettivo delle dir. 89/665 e 92/13/CEE sono volte a tutelare sia gli offerenti dall'arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice, rafforzando i meccanismi di assegnazione esistenti al fine di garantire l'effettiva applicazione delle norme dell'Unione Europea in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, sia per garantire che la Comunità nel suo complesso possa beneficiare pienamente degli effetti positivi dovuti alla modernizzazione e alla semplificazione delle norme sull'aggiudicazione, come dettati dalle dir. 2004/18/CE e 2004/17/CE.

Nel settore degli appalti di opere pubbliche, come noto, la pubblicità risponde ai superiori principi di legalità, trasparenza, imparzialità ed efficienza. In particolare la pubblicità dei bandi di gara soddisfa l'esigenza della trasparenza dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, dalla quale discendono i principi della *par condicio* dei concorrenti, dell'imparzialità dell'azione amministrativa e del buon andamento di questa così come sanciti nell'art. 97 della Costituzione. La pubblicità dei bandi di gara non è disciplinata da una apposita legge o da una norma generale, ma si ricava dal sistema complessivo, da un insieme di norme specifiche di derivazione sia comunitaria che interna, dettate in generale ed in relazione ai diversi tipi di appalto. Le stesse sono rivolte a tutelare, in via principale, le esigenze della pubblica amministrazione, il superiore interesse pubblico e, fondamentalmente, la possibilità di individuare il *"miglior offerente"* e solo in via secondaria, gli aspiranti partecipanti all'appalto stesso.

4. Corte di Giustizia Europea - sentenza 11.9.2014 causa C-19/13.

La Corte di Giustizia europea con la sentenza 11.9.2014 causa C-19/13 ha precisato che il paragrafo 1 dell'art.2 *quinquies*, della dir. 89/665/CEE (che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori), come modificata dalla dir. 2007/66/CE, deve essere letto in combinato disposto con il par. 4 del medesimo articolo. Secondo la Corte di Giustizia sarebbe contrario sia alle intenzioni del legislatore europeo sia all'obiettivo perseguito dall'art. 2 *quinquies*, paragrafo 1, consentire ai giudici nazionali di dichiarare il contratto privo di effetti, quando le condizioni sancite dal paragrafo 4 del medesimo articolo siano rispettate, condizioni che dovranno essere verificate dagli stessi giudici caso per caso.

Al fine di raggiungere gli obiettivi indicati all'art.1, paragrafo 1, terzo comma, della dir. 89/665, segnatamente la predisposizione di mezzi di ricorso efficaci avverso le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici in violazione del diritto degli appalti pubblici, è essenziale che l'organo responsabile delle procedure di ricorso eserciti, infatti, un controllo effettivo, verificando se le condizioni di cui all'art. 2 *quinquies*, paragrafo 4, della dir. 89/665 siano soddisfatte. Nello specifico, tornando ad analizzare la problematica in discorso, l'organo responsabile delle procedure di ricorso dovrà verificare (art. 2, *quinquies*, paragrafo 4) se l'amministrazione aggiudicatrice ritenga che l'aggiudicazione di un appalto senza previa pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea sia consentita a norma della direttiva 2004/18 (come indicato nel primo trattino della norma), se l'amministrazione aggiudicatrice abbia pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea un avviso, del tipo descritto all'articolo 3 bis della citata direttiva (vedasi secondo trattino), in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto – in ossequio a quanto dettato dall'art. 3 bis, lettera c), l'avviso deve indicare la motivazione della decisione dell'autorità aggiudicatrice di affidare il contratto senza la previa pubblicazione di un bando di gara - ed infine che il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di pubblicazione di tale avviso. Per quanto concerne la motivazione di cui all'art. 3 *bis* (arti-

colo aggiunto dall'art. 1 della dir. 2007/66/CE dell'11.12.2007), dalla medesima motivazione devono risultare le ragioni che hanno indotto l'amministrazione aggiudicatrice a ritenere di poter attribuire l'appalto senza previa pubblicazione di un bando di gara, così da consentire agli interessati di decidere con piena cognizione di causa se reputino necessario adire l'organo responsabile delle procedure di ricorso ed a quest'ultimo di svolgere un controllo effettivo. Quanto alla seconda questione sottoposta alla Corte di giustizia europea dal giudice del rinvio, ovvero se, nell'ipotesi di risposta in senso affermativo alla prima questione, l'articolo 2 *quinquies*, paragrafo 4, della direttiva 89/665 non contrasti con il principio di non discriminazione e del diritto ad un ricorso effettivo ai sensi dell'articolo 47 della Carta, la Corte non ha rilevato nella sentenza in commento elementi atti a inficiare la validità dell'art. 2 *quinquies*, par. 4, della dir. 89/665, così come modificata dalla dir. 2007/66.

5. Considerazioni conclusive. Nel prevedere la conservazione degli effetti di un contratto (in ossequio anche al principio della conservazione degli atti giuridici), l'articolo 2 *quinquies*, paragrafo 4, secondo trattino, della direttiva 89/665/CEE non è contrario agli obblighi derivanti né dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea né al principio di non discriminazione che persegue, nell'ambito degli appalti pubblici, i medesimi obiettivi di garantire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza in tutti gli Stati membri. Secondo la Corte di giustizia europea, il predetto articolo garantisce che tutti i candidati potenzialmente interessati siano in condizione di venire a conoscenza della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di concludere il contratto senza previa pubblicazione di un bando di gara e, pertanto, di proporre ricorso avverso una decisione della pubblica amministrazione interessata affinché il giudice nazionale adito ne possa verificare la legittimità. Senza considerare, infine, precisa la Corte che, anche trascorso il termine di almeno dieci giorni civili, previsto all'art. 2 *quinquies*, par. 4, della dir. 89/665, gli operatori lesi potranno comunque proporre il ricorso per il risarcimento dei danni in forza dell'art. 2, par. 1, lett. c), della dir.89/665/CEE.

«::::::::: GA :::::::::»

APPLICAZIONE DELL'ART. 38, CO. 1, LETT. B), DEL D. LGS. 12.4.2006, N. 163 A SEGUITO DELL'ENTRATA IN VIGORE DEL D.LGS. 6.9.2011, N. 159

dell'Avv. Maurizio Dell'Unto

Determinazione n. 2 del 2.9.2014 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione. Analisi e risoluzione delle criticità derivanti dalle modifiche del d. lgs. 6.9.2011 n. 159.

Analysis and resolution of critical issues arising from the changes of the Legislative Decree 6 September 2011 n.159.

Sommario: 1. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità. 2. Considerazioni preliminari: partecipazione alla procedura di gara e stipula del contratto d'appalto. 3. Ambito soggettivo nel sistema di qualificazione. 4. "Pendenza" del procedimento. 5. Termini .

1. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità.

L'Autorità Nazionale Anticorruzione, ormai subentrata nei compiti e nelle funzioni della soppressa Autorità per la Vigilanza dei Contratti Pubblici, ha constatato l'esistenza di alcune criticità in ordine all'applicazione del combinato disposto dell'art. 38, co. 1, lett. b) del Codice con l'art. 78 del d.P.R. 5.10.2010 n. 207 (di seguito solo Regolamento). Tali problematiche sono derivate in particolare dall'entrata in vigore del d.lgs. 6.9.2011 n. 159, recante *"Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli art. 1 e 2 della l. 13.8.2010 n. 136"* (di seguito solo Codice Antimafia).

Come noto, tra i requisiti di carattere generale occorrenti per il conseguimento dell'attestato di qualificazione di cui all'art. 40 del Codice dei contratti, è richiesta - ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. b) dello stesso Codice, richiamato dall'art. 78 del d.P.R. n. 207/2010 - l'assenza della pendenza del procedimento *"per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della l. 27.12.1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'art. 10 della l. 31.5.1965, n. 575"*. Tuttavia queste ultime due leggi sono state abrogate per effetto dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 159/2011 e, pertanto, i richiami normativi a tali fonti contenuti nello stesso art. 38, devono ritenersi sostituiti con le nuove disposizioni in materia.

In particolare l'art. 3 della Legge. n. 1423/1956 deve intendersi sostituito dall'art. 6 (tipologia delle misure e loro presupposti) del d.lgs. n. 159/2011, mentre l'art. 10 della l. n. 575/1965 deve intendersi sostituito dall'art. 67 (effetti delle misure di prevenzione) dello stesso decreto legislativo.

Dalla nuova disciplina emerge dunque che non può ottenere l'attestato di qualificazione l'impresa nei cui confronti sia accertata o la pendenza del procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 159/2011; oppure la sussistenza di una delle cause ostative previste dall'art. 67 del medesimo decreto legislativo.

In conseguenza del nuovo intervento legislativo, è sorta l'esigenza di un coordinamento tra l'art. 38, co.1, lett. b) del Codice dei contratti e le richiamate disposizioni del Codice antimafia, al fine di risolvere alcuni profili di criticità sorti in ordine all'applicazione delle norme stesse nell'ambito del sistema di qualificazione. A tal fine, l'Autorità ha precisato che le disposizioni del Codice antimafia non si limitano ad una mera ricognizione del contenuto delle norme che hanno sostituito (art. 3 l. n. 1423/1956 e art. 10 l. n. 575/1965) ma lo innovano attraverso l'espressa inclu-

sione degli attestati di qualificazione in seno all'art. 67 citato.

2.Considerazioni preliminari: partecipazione alla procedura di gara e stipula del contratto d'appalto.

L'Autorità ha ritenuto necessario chiarire preliminarmente che mentre le verifiche contemplate nell'art. 38 del Codice dei contratti attengono alla fase di gara e sono funzionali alla comprova dei requisiti generali dichiarati dai concorrenti in tale sede, quelle contemplate nel Codice antimafia, attengono, invece, al momento immediatamente antecedente alla stipula del contratto - e come tali limitate all'aggiudicatario - ed alla fase esecutiva dello stesso.

Pertanto ai fini della verifica dei requisiti di carattere generale dei concorrenti in sede di gara, continua a trovare applicazione esclusivamente l'art. 38, co. 1, lett. b) del Codice dei contratti, trattandosi di disposizione normativa sulla quale non incidono - in relazione a tale fase della procedura - le norme dettate dal Codice antimafia.

Ai fini della stipula del contratto, invece, occorre eseguire sull'aggiudicatario le verifiche contemplate dallo stesso art. 38, comma 1, lett. b), così come innovate dal Codice antimafia. L'Autorità ha al riguardo sottolineato che la mera pendenza del procedimento per l'irrogazione di misure cautelari non osta alla stipula del contratto (né all'affidamento in subappalto) ma le stazioni appaltanti sono tenute ad effettuare i riscontri indicati nell'art. 67, coo. 3 e 6, del Codice antimafia con le modalità di cui all'art. 5, co.3, della deliberazione dell'Autorità n. 111 del 20/12/2012 (Attuazione dell'art. 6 *bis* del d.lgs. n. 163/2006 introdotto dall'art. 20, co. 1, lett. a), legge n. 35 del 2012).

3. Ambito soggettivo nel sistema di qualificazione.

La prima problematica analizzata dall'Autorità nella presente Determinazione riguarda l'ambito soggettivo di applicazione delle verifiche antimafia.

Ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. b) del Codice dei contratti - richiamato dall'art. 78 del Regolamento, ai fini del conseguimento dell'attestato di qualificazione - le verifiche ivi previste devono essere eseguite sui seguenti soggetti *"(…) il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società"*.

Di contro, l'art. 85 del Codice Antimafia, contiene un elenco più ampio di soggetti da sottoporre a verifica antimafia, sino ad includere, nel co. 2 *bis*, anche i *"(…) soggetti membri del collegio sindacale o, nei casi contemplati dall'art. 2477 del codice civile, [il] sindaco, nonché [i] soggetti che svolgono i compiti di vigilanza di cui all'art. 6, co.1, lett.b) del d.lgs. 8.6.2001, n. 231"*. Si tratta quindi di comprendere se ai fini del rilascio dell'attestato di qualificazione, le SOA sono tenute ad eseguire i controlli in argomento secondo le indicazioni dell'art. 38, co. 1, lett. b) del Codice dei contratti o secondo le indicazioni dell'art. 85 del Codice antimafia. Al fine di chiarire tale aspetto l'Autorità ha richiamato in via preliminare l'art. 67 del Codice antimafia (co. 1) ai sensi del quale *"Le persone alle quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una delle misure di prevenzione previste dal libro I, titolo I, capo II non possono ottenere: (….) e) attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici (…)"*.

Il successivo art. 83, in merito all'ambito di applicazione della documentazione antimafia statuisce a sua volta che *"le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di opere pubbliche, devono acquisire la docu-mentazione antimafia di cui all'art. 84 prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire*

*i provvedimenti indicati nell'articolo 67***"** (co. 1). Pertanto ai fini del rilascio dell'attestato di qualificazione, le Società Organismo di Attestazione (SOA) sono tenute ad eseguire (anche) i controlli contemplati nel Codice antimafia, stante l'espressa inclusione dei provvedimenti in argomento nell'art. 67 del medesimo decreto legislativo e l'assimilazione delle predette SOA alle amministrazioni pubbliche, seppur nel senso di soggetti preposti all'esercizio di pubbliche funzioni. Tali società, infatti, svolgono una funzione pubblica di certificazione che sfocia nell'emissione degli attestati di qualificazione, con valore di atto pubblico.

Concludendo sul punto, l'Autorità, ha pertanto sottolineato come la verifica circa l'assenza delle cause ostative *"antimafia" ex* art. 38, co. 1, lett. b), del Codice dei contratti – richiamato, come già sopra detto, dall'art. 78 del Regolamento ai fini del conseguimento dell'attestato di qualificazione – deve necessariamente essere estesa anche nei confronti dei soggetti indicati dal comma 2 *bis* dell'art. 85 del Codice antimafia, quale ulteriore garanzia dell'affidabilità morale dell'impresa che intende ottenere l'attestato di qualificazione.

4. Pendenza del procedimento.

Tra le cause ostative alla partecipazione alla gara d'appalto ed alla successiva stipula dei contratti, l'art. 38, co. 1 lett. b), del Codice dei Contratti prevede la pendenza del procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione.

Come è stato già chiarito dall'AVCP nelle Determinazioni n. 1/2010 e n. 1/2012, si considera *"pendente"* il procedimento per l'irrogazione di una misura di prevenzione soltanto a seguito dell'iscrizione nell'apposito registro della cancelleria del tribunale, della proposta di applicazione della misura, personale o patrimoniale, formulata da uno dei soggetti legittimati. In particolare l'annotazione della richiesta di applicazione della misura di prevenzione avviene nel registro di cui all'art. 34 della l. n. 55/1990, oggi sostituito dall'art. 81 del Codice antimafia.

L'Autorità ha al riguardo sottolineato che, mentre ai sensi del citato art. 38, co.1, lett. b) del Codice dei contratti, costituisce causa ostativa alla stipula del contratto d'appalto la mera pendenza del procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione, l'art. 67 del Codice antimafia prevede che sia il giudice a poter disporre in via provvisoria l'operatività dei divieti di stipula dei contratti e di rilascio dell'attestazione SOA durante il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione.

Dunque, l'art. 38 del Codice dei Contratti attribuisce effetto interdittivo automatico, relativamente alla partecipazione alla gara, alla mera pendenza dei procedimenti in questione; l'art. 67 del Codice antimafia, invece, ricollega l'impossibilità alla stipula del contratto ove, in pendenza del procedimento, il Giudice adotti uno specifico provvedimento interdittivo.

Infatti, il co. 3 del citato art. 67, stabilisce che *"nel corso del procedimento di prevenzione, il tribunale, se sussistono motivi di particolare gravità**,** può disporre in via provvisoria i divieti di cui ai commi 1 e 2 e sospendere l'efficacia delle iscrizioni, delle erogazioni e degli altri provvedimenti ed atti di cui ai medesimi commi"*. Il co. 6 della stessa disposizione stabilisce inoltre che *"salvo che si tratti di provvedimenti di rinnovo, attuativi o comunque conseguenti a provvedimenti già disposti, ovvero di contratti derivati da altri già stipulati dalla pubblica amministrazione, le licenze, le autorizzazioni, le concessioni, le erogazioni, le abilitazioni e le iscrizioni indicate nel co. 1 non possono essere rilasciate o consentite e la conclusione dei contratti o subcontratti indicati nel co. 2 non può essere consentita a favore di persone nei cui confronti è in corso il procedimento di prevenzione senza che sia data preventiva comunicazione al giudice competente, il quale può disporre, ricorrendone i presupposti, i divieti e le sospensioni previsti a norma del co. 3**.** A tal fine, i relativi procedimenti amministrativi restano sospesi fino a quando il giudice non provvede e, comunque, per un periodo non superiore a venti giorni dalla data in cui la pubblica amministrazione ha proceduto alla comunicazione"*.

Pertanto l'Autorità, ribadendo che il Codice Antimafia costituisce normativa sopravve-

nuta rispetto all'art. 38 del Codice dei Contratti, ha sottolineato la necessità di dare prevalenza alle disposizioni del citato art. 67, coo. 3 e 6, di modo che il divieto contemplato nello stesso art. 38, co. 1, lett. b) del Codice dei contratti, in relazione al rilascio dell'attestato di qualificazione, operi - non più sulla base della mera pendenza del procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione - ma sulla base di un provvedimento espresso del giudice con il quale sia disposta in via provvisoria l'operatività del divieto *de quo* durante il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione.

L'Autorità ha pertanto concluso sottolineando che ai sensi del combinato disposto dell'art. 38, co. 1, lett. b) del Codice dei contratti con l'art. 67 del Codice antimafia, non è consentito procedere al rilascio dell'attestato di qualificazione solo in presenza di un provvedimento del giudice che disponga in maniera espressa l'operatività del divieto in parola.

5. Termini.

Nella determinazione in commento, infine, l'Autorità ha inteso precisare che nelle more del rilascio della comunicazione antimafia è possibile procedere all'emissione dell'attestato di qualificazione. Pertanto, con riferimento al sistema di qualificazione, ove siano decorsi infruttuosamente i termini per il rilascio della comunicazione antimafia l'Autorità ha ritenuto possibile emettere l'attestato, fatta salva la facoltà di procedere alla revoca del predetto documento *ex* art. 40, co. 9 *ter* del Codice dei contratti, nel caso in cui intervenga una comunicazione antimafia attestante cause di divieto decadenza o sospensione di cui all'art. 67 del Codice antimafia. L'Autorità ha inoltre sottolineato che il rilascio degli attestati di qualificazione nelle more dell'acquisizione della documentazione antimafia, non consentirebbe comunque - medio tempore - l'eventuale stipula di contratti pubblici. Infatti al riguardo l'art. 83 co. 1 del Codice Antimafia prevede che le Amministrazioni pubbliche e gli altri soggetti ivi indicati, devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'art. 84, *"prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e i subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici.."*.

Inoltre poi ai sensi degli articoli 94, co.1, e 95, co. 3, quando emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione, di divieto di cui all'art. 67 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, co. 4 e all'art. 91, co. 6, non è possibile procedere alla stipula del contratto, del subappalto, degli altri subcontratti, cessioni, cottimi, comunque denominati, indipendentemente dal valore.

«::::::::: GA :::::::::»

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. V del 5.9.2014, n. 4516

Anomalia dell´offerta: non può considerarsi viziato il procedimento di verifica per il fatto che l'amministrazione appaltante e per essa la commissione di gara si sia limitata a chiedere le giustificazioni per le sole voci sospette di anomalia e non per le altre.

In tema di valutazione dell'anomalia dell'offerta e del relativo procedimento di verifica (che costituisce l'oggetto della controversia in esame) sono da considerare acquisiti i seguenti principi: a) il procedimento di verifica dell'anomalia non ha carattere sanzionatorio 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 mira piuttosto 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, III, 14.12.2012, n. 6442; IV, 30.5.2013, n. 2956; V, 18.2.2013, n. 973, 15.4.2013, n. 2063), così che l'esclusione dalla gara dell'offerente per l'anomalia della sua offerta è l'effetto della valutazione (operata dall'amministrazione appaltante) di complessiva inadeguatezza della stessa rispetto al fine da raggiungere; b) il corretto svolgimento del procedimento di verifica presuppone l'effettività del contraddittorio (tra amministrazione appaltante 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 immodificabilità dell´offerta ed al contempo 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, IV, 22.3.2013, n. 1633; 23.7.2012, n. 4206; V, 20.2.2012, n. 875; VI, 24.8.2011, n. 4801; 21.5.2009, n. 3146); c) il giudizio di anomalia o di incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (CdS, V, 26.6.2012, n. 3737; 22.2.2011, n. 1090; 8.7.2008, n. 3406; 29.1.2009, n. 497); d) il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria della pubblica amministrazione (CdS,V, 18.2.2013, n. 974; 19.11.2012, n. 5846; 23.7.2012, n. 4206; 11.5.2012, n. 2732); e) anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti a dimostrazione della non anomalia della propria offerta rientra nella discrezionalità tecnica dell'amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidente errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può esercitare il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione (CdS, V, 6.6.2012, n. 3340; 29.2.2012, n. 1183); f) sebbene, poi, la valutazione di congruità debba essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che lo compongono (CdS, V, 27.8.2012, n. 4600; V, 16.8.2011, n. 4785; IV, 14.4.2010, n. 2070; VI, 2.4.2010, n. 1893; sez. V, 18.3.2010, n. 1589; 12.6.2009, n. 3762), non può considerarsi viziato il procedimento di verifica per il fatto che l'ammi-

nistrazione appaltante e per essa la commissione di gara si sia limitata a chiedere le giustificazioni per le sole voci sospette di anomalia e non per le altre, giacché il concorrente, per illustrare la propria offerta e dimostrane la congruità, può fornire, ex art. 87, co. 1, d.lgs, n. 163 del 2006, spiegazioni e giustificazioni su qualsiasi elemento dell'offerta e quindi anche su voci non direttamente indicate dall'amministrazione come incongrue, così che se un concorrente non è in grado di dimostrare l'equilibrio complessivo della propria offerta attraverso il richiamo di voci ed elementi diversi da quelli individuati nella richiesta di giustificazioni, in via di principio ciò non può essere ascritto a responsabilità della stazione appaltante per erronea o inadeguata formulazione della richiesta di giustificazioni (CdS, A.P., 29.11.2012, n. 36).

Consiglio di Stato Sez. II del 26.8.2014 n. 4460
La differenza tra *"rinnovo"* e *"proroga"* del titolo concessorio.
La nozione di "rinnovo" non va confusa con quella di "proroga" dello stesso titolo concessorio, ovvero con la protrazione dell'efficacia nel tempo dell'originaria concessione: ipotesi, quest'ultima, che ricorre sul piano sostanziale quando il medesimo rapporto concessorio venga fatto proseguire, a beneficio del precedente titolare, ex lege o a fronte di una sola domanda, presentata prima della scadenza del titolo (cfr. in tal senso, per il principio, CdS, VI, 26.5.2010, n. 3348 e 1.2.2013, n. 626). Il "rinnovo" comporta invece un nuovo atto concessorio che ha il medesimo oggetto, ma non necessariamente il medesimo destinatario: tale fattispecie comporta la volontà dell'amministrazione di rinnovare un affidamento in concessione (anziché far cessare qualsiasi affidamento del genere), ma non implica la reiterazione in toto, anche dal punto di vista soggettivo, del titolo precedente.

Consiglio di Stato Sez. V del 4.8.2014, n. 4132
Attività di estetista: la messa a disposizione della clientela di lampade UVA è riconducibile all´attività di estetista, che consiste in una qualsiasi prestazione o trattamento eseguito sulla superficie del corpo umano, non solo con tecniche manuali, ma anche con apparecchi elettromeccanici per uso estetico per le quali è necessaria un´autorizzazione comunale rilasciata previa verifica della qualifica professionale degli addetti alle apparecchiature.
Ai sensi dell´art. 1, l. 4.1.1990, n. 1, tuttora in vigore, la messa a disposizione della clientela di un lettino abbronzante è riconducibile all´attività di estetista, in quanto consiste in una prestazione o trattamento eseguito sulla superficie del corpo umano con apparecchi elettromeccanici per uso estetico e richiede l´ottenimento di un´autorizzazione comunale, rilasciata previa verifica della qualifica professionale degli addetti alle apparecchiature al fine di tutelare la salute e la sicurezza di coloro che si sottopongono al trattamento abbronzante. La stessa legge prevede, all´art. 10, co. 1, l´emanazione da parte del Ministro dell´Industria di un decreto recante norme dirette a determinare le caratteristiche tecnico-dinamiche ed i meccanismi di regolazione, nonché le modalità di esercizio e di applicazione e le cautele d´uso degli apparecchi elettromeccanici di cui all´elenco allegato alla legge; ebbene, il previsto decreto di attuazione ha incluso le lampade abbronzanti UVA, senza operare distinzioni di sorta fra macchinari di maggiore o minore semplicità di utilizzo. Come peraltro ha specificato anche di recente la Cassazione civile (sez. III, 2.3.2012, n. 3244), la messa a disposizione della clientela di lampade UVA è riconducibile all´attività di estetista, in quanto questa consiste in una qualsiasi prestazione o trattamento eseguito sulla superficie del corpo umano, non solo con tecniche manuali, ma anche con apparecchi elettromeccanici per uso estetico, e richiede l´ottenimento di un´autorizzazione comunale rilasciata previa verifica della qualifica professionale degli addetti alle apparecchiature al fine di tutelare la salute e la sicurezza di coloro che si sottopongono al trattamento abbronzante. Lo svolgimento dell'attività in carenza di tale autorizzazione costituisce illecito ammini-strativo ed espone chi lo commette all´ordine di sospensione dell´attività nell´attività di estetista, come definita dall´art. 1 l. 4.1.1990, n. 1, che non può essere svolta in assenza del titolo abilitativo previsto dalla legge. Infatti, la messa a disposizione della clientela di lampade UVA richiede il

possesso di tale qualifica anche se, nella specie, il cliente le utilizzi direttamente ed autonomamente: chi decide di servirsi di dette apparecchiature ripone infatti un legittimo affidamento sull´esistenza della relativa specializzazione professionale in capo al personale che gestisce l´esercizio. Tra l´altro, la possibilità del cliente di accendere, applicarsi e spegnere il macchinario, non significa che tale macchinario sia a disposizione dell´utenza in una sorta di "fai da te". Anche a voler ammettere che i macchinari di bellezza potrebbero essere acquistati direttamente da qualsiasi cliente ed utilizzati a domicilio, ciò non toglie che allorquando il cliente stesso decida di servirsi di quei medesimi macchinari all´interno di un centro che comunque si rivolga alla cura della persona, egli è autorizzato a presumere una specializzazione professionale in capo al personale che gestisce i locali (altrimenti correndo il rischio, per la propria inesperienza, di arrecare danno a se stesso per il non adeguato uso del macchinario). Ciò comporta che, al contrario dell´uso domestico, ove prevale la necessaria e consapevole autoresponsabilità dell´utente (fermi restando gli obblighi di informativa da allegare al prodotto), nell´ipotesi di fruizione presso strutture dedicate, il cliente può riporre un affidamento di altrui vigilanza tecnica sulle modalità d´uso del macchinario, a prescindere dal fatto che gli sia consentita la personale "gestione" dei comandi base del macchinario stesso; sussiste dunque in tal caso una ragionevole presunzione di consapevolezza che errori, abusi ovvero anche semplici inesattezze di utilizzo, possano essere subito corretti o prevenuti con l´assistenza degli addetti qualificati, pronti ad intervenire in un contesto di doverosa sorveglianza sulla clientela impegnata nelle applicazioni (si pensi al caso di esposizione prolungata ai raggi attraverso imprudenti ripetizioni delle applicazioni stesse). E tali interventi - per la legislazione vigente - vanno effettuati da personale dotato di qualifica di estetista. Peraltro, il fatto che quei macchinari insistano all´interno di un circolo privato non incide sulle considerazioni di cui sopra, atteso che, nella sostanza, offrendo ai soci un trattamento estetico a tutti gli effetti, si pone in essere un'attività che è assimilabile all'esercizio al pubblico di un attività protetta per ragioni di salute e di sicurezza il cui esercizio resta subordinato, per legge, alla sussistenza delle condizioni dell'esistenza di un soggetto munito del titolo professionale di estetista e dell'ottenimento di specifica autorizzazione amministrativa. Del resto, la qualificazione professionale di estetista si intende acquisita mediante il superamento di un esame, preceduto dallo svolgimento di un apposito corso, nell´ambito del quale una delle materie fondamentali di insegnamento tecnico-pratico riguarda, per l´appunto, gli apparecchi elettromeccanici (cfr. art. 6, co. 3, lett. f), l. n. 1-1990) Situazione diversa – che però non potrebbe consentire l'elusione delle disposizioni pubblicistiche - potrebbe prospettarsi nell'ipotesi in cui ciascun socio si porti da casa la propria lampada abbronzante. Nel caso di specie, l'offerta indistinta di lampade UVA concreta nella sostanza un'attività estetica, a prescindere dalla forma giuridica con la quale viene posta in essere, attività che incorre in concreto nelle disposizioni stabilite dalla legge e sopra indicate. Il fatto che l´attività – per quanto espone l'appellante - venisse svolta in modo minoritario e marginale rispetto all´attività principale, peraltro, in nulla svilisce l´antigiuridicità di quelle applicazioni abbronzanti, a prescindere dalla percentuale di rilevanza all´interno del circolo: l´art. 1 della cit. l. n. 1 del 1990 non pone infatti alcun limite minimo sotto il quale legittimare aliunde un´attività svolta in difetto dei dovuti requisiti.

Consiglio di Stato Sez. III del 8.7.2014, n. 3484

Gare pubbliche: la scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto costituisce espressione tipica della discrezionalità della stazione appaltante che non è censurabile se non per evidente irrazionalità o per travisamento dei presupposti di fatto.

La giurisprudenza ha affermato il principio secondo cui, nelle gare pubbliche, la scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto (tra quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso) costituisce espressione tipica della discrezionalità della stazione appaltante che non è censurabile se non per evidente irrazionalità o per travisamento dei presupposti di fatto (CdS,. III,

n. 2032 del 15.4.2013; n. 148 del 14.1.2013). Né vi un obbligo di esternare in una specifica e puntuale motivazione le ragioni della scelta operata (CdS, V, n. 1154 del 26.2.2010).

Consiglio di Stato Sez. V del 7.7.2014, n. 3449

Appalti: l´omessa impugnazione dell´aggiudicazione provvisoria non incide sulla tempestività del ricorso proposto contro l´aggiudicazione definitiva.

Alla stregua di un consolidato indirizzo giurisprudenziale l´aggiudicazione provvisoria è un mero atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, come tale inidoneo a produrre la definitiva lesione del concorrente non risultato aggiudicatario, lesione che si verifica solo con l´aggiudicazione definitiva, che non costituisce atto meramente confermativo della prima e in riferimento esclusivamente al quale, quindi, va verificata la tempestività del ricorso (tra le più recenti, CdS, V, 27.3.2013, n. 1828; 15.2.2013, n. 936; III, 11.2.2013, n. 763).Nessuna acquiescenza o decadenza può essersi pertanto verificata nel caso di specie a causa della mancata impugnazione del provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

Consiglio di Stato Sez. V del 7.7.2014, n. 3435

Appalto integrato per la progettazione esecutiva e l´esecuzione di lavori: è legittimo il frazionamento tra più progettisti dell´attività di coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione.

Nella controversia in esame l´appellante si duole che non sia stata esclusa la società appellata, malgrado la stessa abbia frazionato tra due progettisti l´attività di coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione, ed abbia quindi attribuito la percentuale maggioritaria ad un progettista non in possesso dei requisiti di cui all´art. 98 t.u. sulla sicurezza sul lavoro di cui al d.lgs. n. 81 del 2008.Tale motivo e´ stato rigettato dal Consiglio di Stato il quale ha rilevato come da nessuna disposizione del citato testo unico è ricavabile la regola secondo cui l´attività di coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione è infrazionabile tra più soggetti. In primo luogo, il fatto che l´art. 89, co. 1, lett. e), definisca detta figura come "soggetto incaricato, dal committente o dal responsabile dei lavori, dell´esecuzione dei compiti di cui all´art. 91", e che quindi, l´art. 90, co. 3, imponga al committente l´obbligo di designare "il coordinatore per la progettazione", non implica che quest´ultimo debba necessariamente essere "un unico soggetto" (così nell´appello). La formulazione delle norme in esame è infatti spiegabile con esigenze di tecnica redazionale della legge, ed in particolare con il fatto che il precetto normativo è stato riferito all´ipotesi di maggiore verificabilità in concreto, in cui l´incarico viene affidato al singolo professionista, senza che da ciò possa ricavarsi un divieto per l´ipotesi in cui i coordinatori per la progettazione siano più di uno.Del pari non rileva il richiamo alle sanzioni penali contemplate nell´art. 158 del testo unico di cui al d.lgs. n. 81 del 2008, giacchè per le relative fattispecie incriminatrici rilevano le norme generali sul concorso di persone nel reato previste agli artt. 110 e ss. cod. pen.A smentita dell´assunto, va sottolineato che le attività inerenti l´incarico di coordinatore della sicurezza nella fase della progettazione, quali descritte nell´art. 91 d.lgs. n. 81 del 2008 (redazione del piano di sicurezza e coordinamento, predisposizione del fascicolo adattato alle specifiche caratteristiche dell´opera, coordinamento sull´applicazione delle misure generali a tutela della sicurezza dei lavoratori) non sono per loro natura infrazionabili ed inoltre, come evidenzia l´appellata, possono costituire oggetto di affidamento "per il tramite di una distinta procedura ad evidenza pubblica" e precisamente ai sensi dell´art. 91 cod. contratti pubblici.

«::::::::: GA :::::::::»

PUBBLICO IMPIEGO E RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

MINISTERO DEL LAVORO: PUBBLICATO IN G.U. IL NUOVO REGOLAMENTO DI ORGANIZZAZIONE DEL DICASTERO.

Nella Gazzetta Ufficiale n. 196/2014 è stato pubblicato il d.P.C.M. 121 del 14.2.2014 inerente il Regolamento di organizzazione del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali che entrerà in vigore il prossimo 9 settembre 2014. Nel rinnovato organigramma il Dicastero del Lavoro vede, tra l'altro, sopprimersi le Direzioni Regionali del Lavoro (Drl) che vengono sostituite da quattro direzioni interregionali del lavoro, denominate Dil. Il nuovo organigramma prevede l'articolazione in amministrazione centrale e amministrazione territoriale. Quella centrale è costituita da un segretariato generale, avente funzioni di coordinamento, e dieci direzioni generali. L'amministrazione territoriale si compone, come detto, di quattro direzioni interregionali e ottantuno direzioni territoriali. Le interregionali avranno sede a Milano per le regioni Liguria, Lombardia, Piemonte, Valle d'Aosta; sede a Venezia per Emilia Romagna, Friuli Venezia Giulia, Marche, Veneto; Roma per Abruzzo, Lazio, Sardegna, Toscana, Umbria; e Napoli per Basilicata, Campania, Calabria, Molise, Puglia. Vengono pertanto ridotte le precedenti direzioni territoriali del lavoro dtl, presenti in ogni provincia, che passano ad essere ottantuno, in base ad alcuni accorpamenti, come di seguito indicato: dtl di Chieti-Pescara, Basilicata, Trieste-Gorizia, Milano-Lodi, Sondrio-lecco, Molise, Novara-Verbania-Cusio.Ossola, Biella-Vercelli,Cagliari-Oristano, Lucca-Massa Carrara, Umbria. Tali direzioni hanno quindi competenza in più ambiti provinciali e sono dislocate pertanto su diverse città.

«::::::::: GA :::::::::»

FUNZIONE PUBBLICA: ON LINE LA CIRCOLARE N. 5/2014 SULLA RIDUZIONE DELLE PREROGATIVE SINDACALI NELLE P.A.

*Con riferimento all´art. 7, d.l. 90/2014, convertito nella l. 114/2014, il Ministro Madia ha firmato in data 20.8.2014 la circolare n. 5/2014 in materia di riduzione delle prerogative sindacali nelle Pubbliche Amministrazioni. Con la predetta circolare sono fornite alle Amministrazioni Pubbliche ed alle Associazioni Sindacali indicazioni in ordine alle modalità di applicazione dell´art. 7 del d.l. n. 90/20014 che ha disposto, a decorrere dal 1.9.2014, la riduzione del cinquanta per cento delle prerogative sindacali nelle pubbliche amministrazioni. La predetta riduzione è finalizzata alla razionalizzazione ed alla riduzione della spesa pubblica (**Circolare della Funzione Pubblica n. 5 del 20.8.2014).***

«::::::::: GA :::::::::»

PERMESSI RETRIBUITI: *ON LINE* L´APPROFONDIMENTO DELL´INPS SULLA LEGGE 104

L´INPS ha pubblicato un approfondimento con il quale viene dato un quadro completo di tutto quanto e´ necessario sapere sui permessi retribuiti ovvero: - A CHI SPETTANO I permessi retribuiti spettano ai lavoratori dipendenti: -disabili in situazione di gravità;

genitori, anche adottivi o affidatari, di figli disabili in situazione di gravità; -coniuge, parenti o affini entro il 2° grado di familiari disabili in situazione di gravità. Il diritto può essere esteso ai parenti e agli affini di terzo grado soltanto qualora i genitori o il coniuge della persona con disabilità grave abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti (L. 183/2010). NON SPETTANO -ai lavoratori a domicilio (Circ. 80/95, punto 4); -agli addetti ai lavoro domestici e familiari (Circ. 80/95, punto 4); -ai lavoratori agricoli a tempo determinato occupati a giornata, né per se stessi né in qualità di genitori o familiari circ. 133 /2000 punto 3.3; -ai lavoratori autonomi -ai lavoratori parasubordinati COSA SPETTA I lavoratori disabili in situazione di gravità possono beneficiare alternativamente di: - riposi orari giornalieri di 1 ora o 2 ore a seconda dell'orario di lavoro; - tre giorni di permesso mensile (frazionabili in ore). Si riporta di seguito la distinzione, specificata nei successivi punti a), b) e c), delle modalità di fruizione dei benefici da parte dei genitori, anche adottivi o affidatari, di figli disabili in situazione di gravità, nonché del coniuge, dei parenti e affini entro il 2° grado di persone in situazione di disabilità grave con: - età inferiore ai tre anni; - età compresa tra tre e otto anni; - età superiore agli otto anni. a) I genitori, anche adottivi o affidatari, di figli disabili in situazione di gravità con età inferiore ai tre anni, possono fruire, anche quando l'altro genitore non ha diritto (perché ad esempio è casalingo/a, lavoratrice/lavoratore autonomo), alternativamente di: un prolungamento del congedo parentale (tale prolungamento può essere fruito dal termine del periodo di normale congedo parentale teoricamente fruibile dal genitore richiedente indipendentemente dal fatto che sia stato in precedenza utilizzato o esaurito - msg. n. 22578/2007); i giorni fruiti, fino all'ottavo anno di età del bambino, a titolo di congedo parentale ordinario e di prolungamento del congedo parentale non possono superare in totale i tre anni; riposi orari giornalieri di 1 ora o 2 ore a seconda dell'orario di lavoro; tre giorni di permesso mensile (frazionabili in ore), sia nel caso in cui l'altro genitore non lavori, sia nel caso in cui siano presenti altri familiari, anche lavoratori, che possono prestare assistenza. I genitori di figli con disabilità grave hanno la possibilità di fruire dei giorni di permesso alternativamente, sempre nel limite dei tre giorni per soggetto disabile. Trattandosi di istituti speciali rispondenti alle medesime finalità di assistenza al disabile in situazione di gravità, la fruizione dei benefici dei tre giorni di permesso mensili, del prolungamento del congedo parentale e delle ore di riposo deve intendersi alternativa e non cumulativa nell'arco del mese. b) I genitori, anche adottivi o affidatari, di figli disabili in situazione di gravità di età compresa tra tre e otto anni possono fruire, anche quando l'altro genitore non ha diritto (perché ad esempio è casalingo/a, lavoratrice/lavoratore autonomo), alternativamente di: un prolungamento del congedo parentale (tale prolungamento può essere fruito dal termine del periodo di normale congedo parentale teoricamente fruibile dal genitore richiedente indipendentemente dal fatto che sia stato in precedenza utilizzato o esaurito - msg. n. 22578/2007); i giorni fruiti, fino all'ottavo anno di età del bambino, a titolo di congedo parentale ordinario e di prolungamento del congedo parentale non possono superare in totale i tre anni; 2. tre giorni di permesso mensile (frazionabili in ore), sia nel caso in cui l'altro genitore non lavori, sia nel caso in cui siano presenti altri familiari, anche lavoratori, che possono prestare assistenza. I genitori di figli con disabilità grave hanno la possibilità di fruire dei giorni di permesso alternativamente, sempre nel limite dei tre giorni per soggetto disabile. Trattandosi di istituti speciali rispondenti alle medesime finalità di assistenza al disabile in situazione di gravità, la fruizione dei benefici dei tre giorni di permesso mensili, del prolungamento del congedo parentale deve intendersi alternativa e non cumulativa nell'arco del mese. c) I genitori, anche adottivi o affidatari, di figli disabili in situazione di gravità, nonché il coniuge, i parenti e gli affini entro il 2° grado di persone in situazione di disabilità grave possono usufruire di: tre giorni di permesso mensile (frazionabili in ore). A titolo esemplificativo sono parenti di primo grado: genitori, figli; sono parenti di secondo grado: non-

ni, fratelli/sorelle, nipoti in quanto figli dei figli; sono affini di primo grado: suoceri, nuora, genero; sono affini di secondo grado: fratelli/sorelle del coniuge e nonni del coniuge. I genitori adottivi o affidatari possono fruire del prolungamento del congedo parentale per un periodo fino a tre anni, comprensivo del periodo di congedo parentale ordinario, nei primi otto anni decorrenti dalla data di ingresso in famiglia del minore riconosciuto disabile in situazione di gravità, indipendentemente dall'età del bambino all'atto dell'adozione o affidamento e comunque non oltre il compimento della maggiore età dello stesso. ESTENSIONE DEL DIRITTO AI PARENTI E AGLI AFFINI DI TERZO GRADO DELLA PERSONA CON DISABILITÀ GRAVE In tutti i casi sopra esposti, il diritto può essere esteso ai parenti e agli affini di terzo grado della persona con disabilità in situazione di gravità soltanto qualora i genitori o il coniuge della persona in situazione di disabilità grave abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti (L. 183/2010 – circ. 155/2010). L'espressione "mancanti" deve essere intesa non solo come situazione di assenza naturale e giuridica (celibato o stato di figlio naturale non riconosciuto), ma deve ricomprendere anche ogni altra condizione ad essa giuridicamente assimilabile, continuativa e debitamente certificata dall'autorità giudiziaria o da altra pubblica autorità, quale: divorzio, separazione legale o abbandono. La possibilità di passare dal secondo al terzo grado di assistenza si verifica anche nel caso in cui uno solo dei soggetti menzionati (coniuge, genitore) si trovi nelle descritte situazioni (assenza, decesso, patologie invalidanti). Per quanto concerne le patologie invalidanti, ai fini dell'individuazione di tali patologie si prendono a riferimento soltanto quelle, a carattere permanente, indicate dall'art. 2, comma 1, lettera d), numeri 1, 2 e 3 del Decreto Interministeriale n. 278 del 21 luglio 2000. Frazionabilità ad ore dei 3 permessi giornalieri (msg 15995/07 - msg 16866/2007) Qualora i permessi giornalieri vengano utilizzati, anche solo parzialmente, frazionandoli in ore opera un limite orario mensile. Tale limite massimo mensile fruibile è uguale all´orario normale di lavoro settimanale diviso il numero dei giorni lavorativi settimanali per 3 (msg 16866/2007). I REQUISITI essere lavoratori dipendenti (anche se con rapporto di lavoro part time) e assicurati per le prestazioni economiche di maternità presso l'Inps; la persona che chiede o per la quale si chiedono i permessi sia in situazione di disabilità grave ai sensi dell'art. 3 comma 3 della legge 104/92 riconosciuta dall'apposita Commissione Medica Integrata (art. 4, comma 1 L. 104/92); mancanza di ricovero a tempo pieno della persona in situazione di disabilità grave. Per ricovero a tempo pieno si intende quello, per le intere ventiquattro ore, presso strutture ospedaliere o simili, pubbliche o private, che assicurano assistenza sanitaria continuativa (circ. 155/2010). Si precisa che le ipotesi che fanno eccezione a tale presupposto sono (circ. 32/2012): interruzione del ricovero a tempo pieno per necessità del disabile in situazione di gravità di recarsi al di fuori della struttura che lo ospita per effettuare visite e terapie appositamente certificate; ricovero a tempo pieno di un disabile in situazione di gravità in stato vegetativo persistente e/o con prognosi infausta a breve termine; ricovero a tempo pieno di un soggetto disabile in situazione di gravità per il quale risulti documentato dai sanitari della struttura il bisogno di assistenza da parte di un genitore o di un familiare, ipotesi precedentemente prevista per i soli minori. Il dipendente che usufruisce dei permessi per assistere persona in situazione di disabilità grave, residente in comune situato a distanza stradale superiore a 150 Km rispetto a quello della sua residenza, ha l'obbligo di attestare con titolo di viaggio o altra documentazione idonea il raggiungimento del luogo di residenza dell'assistito al proprio datore di lavoro (D.lgs. 119/2011). REFERENTE UNICO (D.lgs. 119/2011) I permessi di cui all'art. 33 della legge n. 104/92 ed il congedo straordinario di cui all'art. 42 del D.lgs. 151/2001 non possono essere riconosciuti a più di un lavoratore per l'assistenza alla stessa persona disabile in situazione di gravità. E' fatta eccezione per i genitori, anche adottivi, di figli disabili in situazione di gravità a cui viene riconosciuta la possibilità di fruire di en-

trambe le tipologie di benefici per lo stesso figlio anche alternativamente, fermo restando che nel giorno in cui un genitore fruisce dei permessi, l'altro non può utilizzare il congedo straordinario. La fruizione di tali benefici deve intendersi alternativa, trattandosi di istituti rispondenti alle medesime finalità di assistenza al disabile in situazione di gravità. QUANTO SPETTA I permessi fruiti a giorni saranno indennizzati sulla base della retribuzione effettivamente corrisposta (Circ. 80/95 par. 4); i permessi fruiti a ore (assimilati ai permessi per allattamento Circ. 162/93 punto 1, 8° capoverso) saranno indennizzati sulla base della retribuzione effettivamente corrisposta; quelli concessi a titolo di prolungamento del congedo parentale fino all'8° anno di vita del bambino saranno indennizzati al 30% della retribuzione effettivamente corrisposta o convenzionale se appartenenti a categorie di lavoratori che hanno diritto all'indennità per congedo parentale sulla base di retribuzioni convenzionali. Permessi retribuiti e ANF Durante la fruizione dei permessi retribuiti si ha diritto anche all´assegno per il nucleo familiare (circ. 199/1997) FERIE E TREDICESIMA MENSILITÀ La quota della 13° mensilità (msg 13032/2005), o altre mensilità aggiuntive, è inclusa nella retribuzione giornaliera da prendere a riferimento per il calcolo dell´indennità e pertanto già corrisposta a carico dell´Istituto. Da parte del datore di lavoro quindi non è dovuta la corresponsione della quota relativa alla gratifica natalizia in quanto già compresa nell´indennità erogata dall´Inps. LE MODALITÀ DI PAGAMENTO (Circ. 80/1995, punto 4, circ. 119/1980, messaggio n. 28997/2010) Per i lavoratori, aventi diritto, l'indennità viene anticipata dal datore di lavoro con la possibilità di conguaglio con i contributi dovuti all'Inps. Per gli operai agricoli a tempo determinato (OTD) e a tempo indeterminato (OTI), per i lavoratori dello spettacolo saltuari o con contratto a termine, l'indennità viene pagata direttamente dall'Inps a seguito di domanda dell´interessato. I pagamenti delle prestazioni a sostegno del reddito possono avvenire anche all'estero (msg. 000237 del 09.04.2003) PART-TIME VERTICALE (Circ. 133/2000, punto 3.2) Nel caso di part-time verticale limitato ad alcuni giorni del mese (ad orario pieno o ad orario ridotto), il numero dei giorni di permesso deve essere ridimensionato proporzionalmente e arrotondato all'unità inferiore o superiore a seconda che la frazione sia fino allo 0,50 o superiore. LAVORO AGRICOLO Lavoro agricolo a tempo determinato (mod. HAND/Agr. Msg. 39956/2004). Nel caso di un rapporto di lavoro agricolo a tempo determinato, il riconoscimento dei 3 giorni di permesso è possibile solo se i lavoratori sono occupati con contratto stagionale di almeno un mese e l'attività lavorativa articolata su 6 giorni della settimana o 5 giorni se effettuano la settimana corta. I giorni di permesso non vengono riconosciuti per le frazioni di mese in cui l'attività viene svolta solo per alcuni giorni. LAVORI SOCIALMENTE UTILI Ai lavoratori impegnati in lavori socialmente utili e di pubblica utilità (LSU/LPU) senza riduzione o sospensione dell'assegno (le domande e la documentazione vanno presentate al soggetto utilizzatore e non all´Inps – Circ. 86/1999, punto g) - Msg. 671 del 10.07.2003) spettano 3 giorni al mese (Circ. 80/95, punto 1) anche frazionabili in ore (msg 15995/07 e msg 16866/2007). CUMULABILITA' DEI PERMESSI Il prolungamento del congedo parentale, i riposi orari giornalieri e i permessi mensili, da fruire alternativamente, sono compatibili con la fruizione del normale congedo parentale e del congedo per malattia del medesimo figlio fruito dall´altro genitore (art. 42, comma 4, D.lgs. 151/2001). E´ compatibile la fruizione dei permessi orari ex lege n. 104/1992 per un figlio con disabilità grave inferiore a 3 anni e dei permessi orari (c.d. per allattamento) per altro figlio. Durante la fruizione del prolungamento del congedo parentale o dei permessi orari, entrambi i genitori non possono fruire del congedo straordinario ex art. 42, c.5 T.U. I permessi giornalieri possono essere cumulati con il congedo parentale e con il congedo malattia per figlio ai sensi dell´art. 42, quarto comma, legge n. 104/1992. Permane l´impossibilità, da parte di entrambi i genitori, di fruire dei benefici di cui all´art. 33 della legge n. 104/1992 durante il periodo di congedo straordinario, trattandosi in tal caso, di benefici diretti al medesimo fine (msg. n.

22912/2007), è invece possibile nello stesso mese fruire di un periodo di congedo straordinario e per un altro periodo dei permessi ai sensi dell'art. 33, c. 3, Legge n. 104/1992 a condizione che non si sovrappongano (circ. n. 53/2008). Si sottolinea inoltre, che come indicato nella circolare n. 155/2010, trattandosi di istituti speciali rispondenti alle medesime finalità di assistenza al disabile in situazione di gravità, la fruizione dei benefici dei tre giorni di permesso mensili, del prolungamento del congedo parentale e delle ore di riposo deve intendersi alternativa e non cumulativa nell'arco del mese. Un lavoratore con disabilità grave che fruisce dei permessi di cui al comma 6, art. 33, della legge n. 104/1992, può essere assistito da altro soggetto lavoratore, purché il medico di sede, in relazione alla gravità della disabilità valuti che il disabile abbia una effettiva necessità di essere assistito da parte del familiare lavoratore (circ. n. 37/1999, punto 1.A). Per tale assistenza spettano, i giorni o le ore di permesso di cui al comma 3, art. 33, della medesima legge . Al riguardo, occorre precisare che i giorni di permesso dei due soggetti interessati non devono necessariamente essere fruiti nelle stesse giornate (msg. 24705/2011). Il lavoratore con disabilità grave che già beneficia dei permessi di cui al comma 6, art. 33, legge n. 104/1992 può fruire anche di permessi per assistere altri familiari in situazione di disabilità grave, senza necessità di acquisire alcun parere medico legale (circ. n. 128/2003, p.6 - circ. n. 53/2008). Pluralità dei soggetti disabili Qualora assista più soggetti disabili, il lavoratore può cumulare più permessi tenendo presente che il cumulo di più permessi in capo allo stesso lavoratore è ammissibile solo a condizione che il familiare da assistere sia il coniuge o un parente o un affine entro il primo grado o entro il secondo grado, qualora uno dei genitori o il coniuge della persona disabile in situazione di gravità abbiano compiuto i 65 anni o siano affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti (circ. n. 32/2012). RICORSI Avverso i provvedimenti di reiezione delle domande di permessi retribuiti, è possibile fare ricorso al Comitato Provinciale della Struttura territoriale Inps competente rispetto alla residenza del lavoratore (Circ. 182/1997, punto 11). Il ricorso al Comitato Provinciale non preclude la possibilità di adire le vie giudiziarie. CERTIFICAZIONE PROVVISORIA Nel caso di mancato rilascio della certificazione di disabilità grave (ai sensi dell´art. 3, comma 3 della L. 104/92) entro 90 giorni dalla presentazione della domanda, l´interessato è ammesso a presentare un certificato rilasciato da un medico specialista nella patologia denunciata, in servizio presso la ASL, che attesti la situazione di gravità (d.l. n. 324/1993 convertito in legge n. 423/1993 - circ. n. 32/2006). La certificazione provvisoria di disabilità in situazione di gravità deve essere rilasciata dal medico specialista ASL e deve specificare, per essere ritenuta idonea, oltre alla diagnosi, anche le difficoltà socio-lavorative, relazionali e situazionali che la patologia determina con assunzione da parte del medico di responsabilità di quanto attestato in verità, scienza e coscienza (circ. 32/2006 punto 2). La certificazione provvisoria rilasciata dalla Commissione Medica Integrata ai sensi dell´articolo 4 della L. 104/92 può essere presa in considerazione anche prima dei 90 giorni dalla domanda di riconoscimento di disabilità grave e avrà validità fino alla emissione del provvedimento definitivo. In caso di patologie oncologiche la certificazione provvisoria potrà essere considerata utile anche solo dopo che siano trascorsi 15 giorni dalla domanda alla Commissione Medica Integrata. Qualora il provvedimento definitivo non accerti la disabilità grave si procederà al recupero delle somme indebitamente percepite per aver fruito di tali permessi retribuiti. DURATA DELLA CERTIFICAZIONE PROVVISORIA La certificazione provvisoria avrà efficacia fino all´accertamento definitivo (circ. 53/2008, punto 5). LA DOMANDA La presentazione delle domande dei permessi retribuiti (L.104/92) deve essere effettuata in modalità telematica (circ. 117/2012) attraverso uno dei seguenti tre canali: WEB – servizi telematici accessibili direttamente dal cittadino tramite PIN attraverso il portale dell'Istituto - servizio di "Invio OnLine di Domande di Prestazioni a Sostegno del Reddito"; Patronati – attraverso i servizi telematici offerti dagli stessi; Contact Center Multicanale – attraverso il numero 803164 gratuito riservato

all'utenza che chiama da telefono fisso e il numero 06164164 con tariffazione a carico dell'utenza chiamante abilitato a ricevere esclusivamente chiamate da telefoni cellulari. La domanda ha validità a decorrere dalla sua presentazione, non scade alla fine dell'anno solare (msg 39956 del 9.12.2004), non deve essere rinnovata annualmente allo scadere dei 12 mesi di validità (circ. 53/2008 punto 4), dovrà essere completa delle previste dichiarazioni di responsabilità e, entro 30 giorni dal cambiamento , il richiedente i permessi dovrà comunicare le eventuali variazioni delle notizie o delle situazioni autocertificate nel modello di richiesta (circ. 53/2008 punto 4). La domanda va ripresentata solo in caso di riconoscimento temporaneo della disabilità grave (circ. 53/2008 punto 4) e nell'evenienza di variazione del datore di lavoro. Ai fini della concedibilità dei permessi il lavoratore dovrà fornire informazioni in merito a: -l´eventuale ricovero a tempo pieno del soggetto in condizione di disabilità grave; -la revisione del giudizio di disabilità grave da parte della Commissione Medica Integrata; -le modifiche ai permessi richiesti. Il lavoratore agricolo a tempo determinato, oltre a presentare solo all'Inps il modello di domanda, deve inoltrare anche il MOD. HAND AGR per ciascuno dei mesi interessati. N. B.: Il riconoscimento della disabilità grave produce effetto dalla data del rilascio del relativo attestato, salvo che nello stesso sia indicata una validità decorrente dalla data della domanda (Circ. 80/95) In caso di adozione nazionale/internazionale informazioni relative a: - data ingresso in famiglia; - data di adozione/affidamento; - data di ingresso in Italia; - data del provvedimento; - tribunale competente; - numero provvedimento.

«::::::::: GA :::::::::»

REDAZIONALI

REGIONALIZZAZIONE DELLA LOTTA ALLA CORRUZIONE

del Prof. Vincenzo Musacchio

Le strategie di lotta alla corruzione debbono essere intraprese anche a livello capillare all'interno del territorio regionale.

Strategies to combat corruption must also be undertaken at the capillary level within the region.

Sommario: 1. Premessa. 2. Il Piano Regionale Anticorruzione. 3. La struttura operativa del Piano Regionale Anticorruzione. 4. Il Programma Annuale di Intervento. 5. Il Magistrato Regionale Anticorruzione. 6. L'Autorità Regionale Anticorruzione. 7. Conclusioni.

1. Premessa.

L'idea della regionalizzazione della lotta alla corruzione è frutto di studi e ricerche svolte in ambito nazionale ed europeo. Essendo emerse in Italia forti tendenze alla corruzione da parte di organi regionali abbiamo ritenuto che le strategie di lotta possano e debbano essere intraprese anche a livello capillare all'interno del territorio regionale (con estensioni ovvie a livello provinciale e comunale).

Questo tipo di strategia per dar modo di analizzare due dati oggettivi che riguardano l'aspetto politico e quello scientifico. In merito al primo profilo, risulta evidente che i centri decisionali di lotta alla corruzione a livello nazionale, così come gli ambienti che vi operano accanto, non conoscono la dimensione regionale, per cui ricorrono a operazioni mimetiche per mascherare la mancanza di base scientifica nelle loro strategie di lotta.

Per quanto concerne il secondo aspetto, la teoria della regionalizzazione oltre a funzionare in maniera autonoma (in quanto ad operare sarebbero organi e persone del territorio) creerà sincronizzazione anche con i centri decisionali nazionali in modo da lavorare in simbiosi.

Il primo passo operativo necessario è l'elaborazione del Piano Regionale Anticorruzione (PRA). Le esperienze maturate sul campo in questi anni ci hanno consentito di affinare tecniche di lotta integrata, rendendole più rispondenti alla multiforme realtà della corruzione.

Il PRA, coordinato a livello regionale dovrebbe essere attuato sul territorio con coinvolgimenti a livello provinciale e comunale. Le finalità che s'intendono perseguire sono semplicissime: a) promuovere l'etica pubblica attraverso la diffusione di attività di prevenzione e formativa; b) monitorare lo stato della P.A. del territorio, supportando le attività di vigilanza e controllo svolte da strutture regionali; c) definire un quadro di riferimento programmatico ed operativo per creare le strategie preventive e repressive di lotta alla corruzione.

Sarà necessario naturalmente istituire anche determinati organi con specifiche funzioni che analizzeremo di seguito.

2. Il Piano Regionale Anticorruzione.

Il Piano Regionale Anticorruzione dovrebbe avere validità triennale, fatte salve revisioni che si rendessero necessarie per variazioni

sostanziali delle condizioni di rischio emergenti nel periodo.

Il Piano dovrebbe essere soggetto per ogni evenienza ad aggiornamento annuale, così come occorrerebbe definire ed aggiornare annualmente l'organizzazione e le modalità di svolgimento dell'attività di lotta nell'ambito provinciale e comunale, con particolare riferimento alle criticità emergenti. In particolare si dovranno specificare nei periodi che precedono e seguono l'inizio e la fine delle strategie di lotta, le attività di prevenzione da far eseguire al personale a disposizione e le eventuali convenzioni redatte con enti ed associazioni. In particolare ai fini della pianificazione delle attività operative si dovrà tener conto delle previsioni di *"Programmi Annuali di Intervento"* che riguardano: a) la definizione di maggiore dettaglio delle specificità dei territori di competenza; b) l'individuazione di aree prioritarie d'intervento; c) le implementazioni delle analisi condotte sul piano regionale con particolare riferimento all'eventuale correzione e modificazione delle strategie sulla base dei rischi; d) l'individuazione di punti più sensibili che necessitino di interventi maggiormente efficaci; e) l'individuazione di zone di particolare rischio corruzione; f) la creazione di un efficace sistema di segnalazioni effettuate da organi *ad hoc* presenti sul territorio relativamente a punti sensibili e situazioni prioritarie.

I PRA dovrebbero specificare altresì, per il territorio di competenza, l'entità e la dislocazione delle strutture e dei soggetti preposti alla lotta della corruzione nonché le modalità di rafforzamento di tutte le azioni di supporto necessarie sul campo.

3. La struttura operativa del Piano Regionale Anticorruzione.

Il PRA dovrà essere supportato dalle seguenti attività operative: a) una struttura per l'analisi del fenomeno corruzione in ambito provinciale e comunale che, basandosi sui dati statistici e giudiziari e sulle analisi di rischio contenute nel Piano regionale individui le aree a maggiore rischio e le relative cause scatenanti; b) l'analisi degli scostamenti dall'obiettivo strategico di lotta alla corruzione; c) la descrizione delle caratteristiche economiche, politiche e sociali del territorio di competenza; d) l'individuazione dei punti sensibili e delle zone con particolare rischio corruzione; e) le attività di prevenzione; f) la strutturazione dell'organizzazione anticorruzione a livello regionale con estensioni provinciali e comunali; g) le disposizioni di coordinamento operativo per le strutture esterne conformi alle disposizioni del Piano regionale, alle competenze e agli eventuali accordi vigenti con le strutture medesime, con particolare riferimento alle disposizioni speciali e alle priorità per gli interventi nelle aree a rischio.

Oltre a tali aspetti essenziali la struttura dovrebbe essere dotata di una sezione anagrafica territoriale informatizzata contenente: a) l'elenco delle strutture preposte che concorrono alla lotta della corruzione; b) la disponibilità di personale e di mezzi nei territori di competenza di ciascuna delle suddette strutture; c) la sede operativa con la descrizione dei servizi previsti da parte di ciascuna struttura; d) un archivio con tutti gli enti pubblici e privati a potenziale rischio corruzione in ambito regionale.

4. Il Programma Annuale di Intervento.

Andrebbe redatto ed aggiornato ogni anno. In esso sono indicati gli interventi da realizzare nel territorio di propria competenza per attività di previsione, prevenzione e lotta della corruzione, con l'obiettivo di ridurre i potenziali rischi.

Una delle attività da potenziare è senza dubbio quella dei cd. *"segnalatori"* e cioè di soggetti che denuncino pubblicamente o riferiscano alle autorità attività illecite o fraudolente all'interno del governo territoriale, di un'organizzazione pubblica o privata o di un'azienda.

Le rivelazioni possono essere di varia natura: violazione di una legge o un regolamento, minaccia di interesse pubblico come in caso di corruzione e frode.

I segnalatori possono denunciare tali condotte all'interno dell'organizzazione stessa, o renderle pubbliche attraverso i media o le associazioni che si occupano dei problemi in questione. Spesso essi si espongono a ritorsioni e rivalse da parte dell'istituzione che

hanno accusato o di altre organizzazioni correlate e questo aspetto va superato garantendo loro il completo anonimato. Sarà necessario creare un Nucleo operativo regionale anticorruzione (NORA) cioè una struttura specializzata nelle indagini di polizia giudiziaria per la ricerca degli autori e il contrasto ai reati di corruzione.

Il NORA dovrebbe svolgere attività di coordinamento in tale materia mediante l'analisi del fenomeno, la determinazione di metodi e obiettivi investigativi, azioni di indirizzo operativo e di supporto agli organi operanti a livello regionale.

Il collegamento a livello provinciale e comunale potrebbe essere svolto dagli enti e dalla associazioni che dovrebbero curare soltanto il supporto informativo dell'attività investigativa per la prevenzione e la repressione dei reati di corruzione.

L'impiego dei volontari dovrebbe funzionare in base ad accordi e convenzioni sottoscritte tra le parti interessate alla lotta della corruzione.

5. Il Magistrato Regionale Anticorruzione.

Il primo passo concreto sarebbe quello di creare all'interno delle Procure della Repubblica una sezione specializzata sui reati di corruzione diretta da un magistrato togato assegnato all'ufficio con rotazione triennale. Nel contrasto alla corruzione, la forma di organizzazione degli uffici dei PM è ritenuta cruciale per l'ottenimento di un'efficace attività investigativa, e prioritaria è l'esigenza di avere il più ampio coordinamento e collegamento tra le indagini, e quindi tra le procure. Il collegamento delle indagini, già previsto dal codice di procedura penale, diventa fondamentale per una efficace lotta alla corruzione.

Il problema di comunicazione tra le procure contribuisce in modo significativo alla costituzione di un sistema investigativo più fruttuoso a livello regionale, nazionale e internazionale.

Sarebbe necessario concedere alla procura della Repubblica presso il tribunale ordinario del capoluogo di regione la competenza per una serie di reati correlati alla corruzione.

A questo scopo il procuratore della Repubblica dovrebbe costituire, nell'ambito del suo ufficio, una sezione regionale anticorruzione (SRA), dove sono attribuite funzioni di PM in primo grado (indagini preliminari e esercizio azione penale) in relazione ai delitti, consumati o tentati, inerenti ai reati suddetti, commessi avvalendosi delle condizioni o per agevolare le varie attività inerenti alla corruzione.

Alla sezione regionale anticorruzione dovrebbe essere preposto il procuratore o un magistrato da lui delegato. E' fondamentale che per tutti i procedimenti connessi o probatoriamente collegati l'obbligo per gli uffici del PM di coordinarsi, quindi di scambiarsi gli atti, le informazioni, e le direttive impartite dalla procura alla polizia giudiziaria.

Per la natura dei reati di matrice corruttiva il coordinamento è particolarmente richiesto e agevolato, e qualora non dovesse aver luogo si dovrebbe applicare la sanzione di avocazione delle indagini.

Importantissimo inoltre sarebbe un coordinamento con gli uffici del Pubblico Ministero presso la Corte dei Conti sulla base di una *notitia damni* che potrebbe essere assunta in base a denunzie trasmesse dalle amministrazioni o da segnalazioni inviate da singoli cittadini, nonché da notizie pubblicate dagli organi di stampa. In questo modo si agirebbe anche per la reintegra del proprio patrimonio leso, non solo e non tanto a fini ripristinatori di equilibri patrimoniali pubblici, ma soprattutto per scopi dissuasivi ed a fini emendativi del cattivo esercizio del potere autoritativo delle amministrazioni.

Occorrerà agire in maniera efficace sulla confisca dei beni e sul risarcimento ai cittadini da parte dei politici e amministratori pubblici corrotti e colpevoli di peculato, appropriazione indebita e uso illecito dei soldi pubblici prevedendo meccanismi di interdizione da ogni incarico pubblico di lunga durata o perpetua.

6. L'Autorità Regionale Anticorruzione.

Un ulteriore passo da compiere nella lotta alla corruzione dovrebbe essere una autorità autonoma istituita in seno al Consiglio regionale della durata di tre anni prorogabili solo

una volta. L'autorità dovrebbe composta da tre membri esterni al Consiglio regionale e scelti tra gli esperti qualificati in materia di lotta alla corruzione con residenza nella regione di appartenenza.

Apposito regolamento interno, approvato dalla Autorità Nazionale Anticorruzione dovrebbe disciplinare le modalità d'esercizio delle sue funzioni e regolare anche le forme di pubblicità dei lavori, nonché dei suoi atti e dei documenti di cui viene in possesso.

Dovrebbe spettare alla Autorità regionale: a) vigilare ed indagare sulle attività dell'amministrazione regionale e degli enti sottoposti al suo controllo, in ordine a possibili ipotesi di corruzione; b) vigilare, per le medesime finalità, sulla regolarità delle procedure e sulla destinazione dei finanziamenti erogati dalla pubblica amministrazione regionale e dagli enti sottoposti al suo controllo, nonché sulle procedure di affidamento e sulla assegnazione di appalti; c) verificare la piena attuazione da parte dell'amministrazione regionale, degli enti locali di ogni altro ente o istituzione sottoposti alla vigilanza della regione, nonché di ogni altra legge o provvedimento dello Stato o della regione, concernente la lotta contro la corruzione con riferimento a tutte le disposizioni che riguardano l'attività degli enti sopra menzionati; d) verificare la congruità della normativa vigente e della conseguente azione dei pubblici poteri nella regione, formulando proposte di carattere legislativo, amministrativo ed organizzativo al fine di rendere più coordinata ed incisiva l'iniziativa della regione e degli enti da questa vigilati nonché degli enti locali nella lotta contro la corruzione; e) assumere ogni altra iniziativa di indagine e proposta per il migliore esercizio delle potestà regionali e delle funzioni attribuite agli enti locali anche in relazione ad una più efficace lotta contro i fenomeni criminali sopra citati; f) formulare proposte in merito a possibili iniziative volte al formarsi e al diffondersi di una cultura della legalità e dell'etica pubblica nella regione.

L'Autorità, tramite il suo presidente, dovrebbe promuovere il confronto e la collaborazione con autorità locali, nazionali ed extranazionali in vista della migliore conoscenza del fenomeno corruttivo, nonché della migliore conoscenza e messa a punto dei mezzi per combatterlo attraverso interventi legislativi e amministrativi, di competenza della regione.

La Autorità regionale dovrebbe tenere costantemente informata della propria attività l'Autorità Nazionale Anticorruzione cui avanza proposte per lo svolgimento di iniziative congiunte nel rispetto delle reciproche competenze.

L'Autorità esercita le funzioni di vigilanza, di propria iniziativa, su segnalazione delle amministrazioni o enti, nonché su segnalazione di enti privati o singoli cittadini, previa identificazione o in alcuni casi dettagliatamente indicati anche in modalità anonima, vagliandone preliminarmente, in tal caso, l'attendibilità.

Per l'espletamento dei suoi compiti la l'Autorità regionale può, d'intesa con l'Autorità Nazionale Anticorruzione: a) promuovere inchieste ed ispezioni presso l'Amministrazione regionale, gli enti locali, gli enti sottoposti alla vigilanza della regione; b) disporre l'audizione di pubblici amministratori, di dipendenti dell'amministrazione regionale e degli altri enti di cui alla lettera a); c) richiedere la presentazione di documenti ed atti riguardanti l'attività dell'amministrazione regionale e degli enti di cui alla lettera a); d) sollecitare agli organi competenti l'adozione di ogni provvedimento utile o necessario in relazione allo svolgimento delle indagini ed al relativo esito.

Gli organi della amministrazione regionale e quelli degli enti menzionati alla lettera a) sono tenuti a collaborare con l'organo regionale, ottemperando alle richieste di questa.

È fatto obbligo agli amministratori pubblici e ai dipendenti degli enti di cui alla lettera a) di ottemperare alle richieste della Autorità regionale e di fornire alla medesima ogni necessaria collaborazione ai fini dell'espletamento dei compiti a questa attribuiti dalla legge istitutiva. Nell'esercizio dei propri compiti di vigilanza e di indagine, l'organo regionale può verificare altresì la piena rispondenza alle finalità pubbliche e agli scopi per i quali è stata disposta, della utilizzazione di risorse finanziarie a carico del bilancio della regione, degli enti locali e degli enti pubblici regionali da parte delle imprese private

che ne siano destinatarie a qualunque titolo, particolarmente in relazione alla esecuzione di opere pubbliche, alla fornitura di beni e servizi alla pubblica amministrazione nonché all'impiego di finanziamenti pubblici, ivi compresi quelli extra-regionali, in qualunque forma concessi anche a sostegno dell'attività d'impresa.

L'Autorità regionale relaziona semestralmente l'Autorità Nazionale Anticorruzione sulla propria attività. I componenti della Autorità regionale, i funzionari e il personale di qualsiasi ordine e grado addetti all'attività dell'organo stesso ed ogni altra persona che collabora o compie o concorre a compiere indagini ed inchieste o ne viene a conoscenza per ragioni d'ufficio o di servizio, sono obbligati al segreto su fatti, atti e documenti per i quali si stabilisce che non debbano essere divulgati anche in relazione alle esigenze delle inchieste.

Tali disposizioni si applicano in ogni caso per tutte le attività della Autorità regionale che riguardino, in tutto o in parte, i privati e l'esercizio dell'iniziativa economica da parte di questi. Per l'espletamento delle sue funzioni l'organo regionale fruisce di personale, nonché di locali e strumenti operativi messi a disposizione dall'ufficio di presidenza dell'assemblea regionale.

Per il migliore espletamento dei propri compiti, previa intesa con la presidenza dell'assemblea, ci si può avvalere di funzionari dell'amministrazione regionale, in ragione dei settori di appartenenza, delle specifiche competenze e delle qualifiche. Agli oneri finanziari derivanti dall'applicazione della presente organizzazione si fa fronte con i fondi iscritti nel bilancio del Consiglio regionale per l'anno della istituzione e per gli anni successivi con la legge di bilancio.

7. Conclusioni.

La *"teoria della regionalizzazione"*, testé esposta, vuol rappresentare soltanto un significativo esempio del processo di lotta alla corruzione, tendente a dimostrare l'efficacia degli strumenti e della tattiche operative a livello locale. Si tratta di una idea di lotta capillare al fenomeno corruttivo da attuare al più presto in quanto ancora manca uno specifico dispositivo normativo in materia.

La regionalizzazione si presenta come uno strumento molto innovativo, caratterizzato dall'ampia attenzione dedicata alla partecipazione della società civile e dal ruolo dell'informazione e della comunicazione nella prevenzione e nella lotta al fenomeno corruttivo, dall'enunciazione di specifiche responsabilità a carico degli organi pubblici, e da un sistema di monitoraggio volto a favorire l'armonizzazione delle azioni di lotta nelle diverse realtà regionali.

Queste caratteristiche, a nostro giudizio, dovrebbero sopperire alle varie mancanze che hanno reso difficile, fino ad oggi, la lotta alla corruzione a causa delle difficoltà incontrate soprattutto nella mancanza di organi specifici e con poteri determinati a livello locale. Le caratteristiche delineate, peraltro, ne fanno un modello per la definizione, di uno strumento operativo che possa garantire un esteso e più efficace impegno a favore della lotta alla corruzione, agendo sulle cause specifiche e profonde che costituiscono il terreno fertile per il diffondersi e il persistere dei fenomeni corruttivi soprattutto a livello regionale.

Per tali strumenti ed azioni la *"regionalizzazione"* degli strumenti con cui affrontarlo diventa una metodologia strategica molto efficace per affrontare la questione. L'adozione di azioni e impegni regionali è un processo che offre la possibilità di avvicinarsi concretamente al problema della tutela dei diritti dei cittadini, con un'ottica circoscritta, offrendo la possibilità di definire strumenti e adottare provvedimenti che, seppure calibrati sulla base degli standard specifici, permettono tuttavia di recepire precisi e peculiari orientamenti dettati dalla prossimità geografica, indirizzando l'azione in maniera più incisiva nei confronti di specifiche forme di corruttela socialmente e culturalmente aberranti.

E' una strada che non va trascurata se si vuole realmente combattere la corruzione nel nostro Paese.

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. V del 5.9.2014, n. 4521

Concorsi pubblici - incompatibilità di un componente di una commissione giudicatrice, derivante dalla parentela o dalla affinità con un candidato, non viene meno per il solo fatto dell'esclusione del candidato parente ed affine.

Nella vicenda in esame giunta all´attenzione della Quinta Sezione del Consiglio di Stato non è stata contestata in punto di fatto l'effettiva sussistenza della situazione di incompatibilità tra un commissario ed una candidata, in ragione del vincolo di parentela entro il quarto grado esistente tra gli stessi. In considerazione di ciò il Collegio ha ritenuto di non discostarsi dal consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui, per un verso, l´obbligo di astensione trova applicazione anche nei procedimenti amministrativi, specie in quelli concorsuali e disciplinari, sempre che ricorrano le fattispecie circostanziate e tipizzate di cui all´art. 51 c.p.c. atteso che, al di là dell´applicazione analogica della norma codicistica, detto obbligo costituisce l'applicazione dei principi d´imparzialità e di trasparenza, che trovano il loro fondamento nell´art. 97 cost. e devono sempre connotare l´azione e l´organizzazione amministrativa. Per altro verso, l'incompatibilità di un componente di una commissione (giudicatrice di un pubblico concorso), derivante dalla parentela o dalla affinità con un candidato, ha natura oggettiva in relazione alla delicatezza della materia concorsuale, tale da non poter dar luogo a posizioni di indebito vantaggio e, come tale, non viene meno per il solo fatto dell'esclusione del candidato parente ed affine, essendo detta incompatibilità stabilita per il commissario e non per i candidati e fermo restando che l'influenza del componente incompatibile può concretizzarsi non solo in favore del medesimo candidato, ma anche, in maniera negativa, in danno degli altri candidati, proprio al fine di consentire al primo di accedere al ristretto numero dei vincitori (CdS, V, 13.8.1996, n. 920). Sono pertanto infondate le argomentazioni delle parti appellanti che invocano la irrilevanza della predetta situazione di incompatibilità ai fini della legittimità dell'operato della commissione in ragione delle peculiari modalità di attribuzione dei punteggi e di espletamento delle prove attitudinali, giacché la ricorrenza di una causa di incompatibilità che comporta l'obbligo di astensione del componente di una commissione, a pena di illegittimità degli atti concorsuali, indipendentemente dall'accertamento dell'effetto distonico del giudizio del candidato legato al commissario da particolare vincolo di parentela (CdS, VI, 8.2.2000, n. 679). E' invece fondato e va accolto il motivo di gravame, sostanzialmente presente in entrambi gli appelli in esame, con cui è stata sostenuta l'erroneità della sentenza impugnata per aver annullato interamente la graduatoria finale della prova attitudinale di cui alla determinazione dirigenziale n. 5 del 13.1.1999, invece che parzialmente, nella sola parte cioè relativa alla candidata, nei cui confronti è stata accertata la situazione di incompatibilità del commissario. Sul punto la Sezione è infatti dell'avviso che il procedimento di selezione per l'accertamento attitudinale di coloro che aspiravano ad essere ammessi al corso di "maestri di sci e discipline alpine non era affatto imperniato su di una valutazione comparativa di tutti i candidati, bensì su un giudizio, sostanzialmente assoluto ed individuale, sulla loro idoneità tecnica in relazione al corretto svolgimento di alcuni esercizi specifici e caratterizzanti la disciplina, quali lo slalom gigante, l'arco ampio (parallelo) e l'arco stretto (serpentina). Il punteggio assegnato dai vari commissari alle singole prove ed agli esercizi dei candidati esprime pertanto una valutazione del singolo candidato in sé e non direttamente in relazione alle prove svolte dagli altri candidati, così che la predisposizione della graduatoria finale, in particolare quanto agli idonei, è finalizzata ad individuare, com'è del resto effettivamente avvenuto, i più bravi in assoluto, meritevoli di essere ammessi al corso a numero sostanzialmente chiuso. Poiché le singole posizioni conseguite nella graduatoria di merito (degli idonei) so-

no espressione di una valutazione assoluta dei singoli candidati, senza alcun riferimento ai giudizi degli altri candidati, idonei o non idonei, il vizio riscontrato nel procedimento selettivo in questione a causa della incompatibilità per vincolo parentale tra il commissario e la candidata, non può che inficiare soltanto la posizione di quest'ultima, determinando l'illegittimità della sola valutazione di quest'ultima e della graduatoria finale degli idonei ed ammessi solo in parte qua. Ciò del resto risulta anche coerente con il più generale principio di buon andamento dell'azione amministrativo e dei relativi corollari di economicità e adeguatezza e con la tutela dell'affidamento incolpevole che gli altri candidati, idonei ed ammessi, hanno riposto sulla legittimità dell'operato dell'ammini-strazione (poiché il vizio degli atti non è assolutamente a loro riconducibile), oltre che il principio di conservazione degli atti, secondo cui utile per inutile non vitiatur.

Consiglio di Stato Sez. III, 29.8.2014, n. 4438

Concorsi pubblici: nessuno scorrimento della graduatoria, ma indizione di un nuovo concorso se la variazione dell´organico e´ temporanea in base ad una riqualificazione straordinaria con la quale viene disposta e finanziata.

La ASL di Olbia ha impugnato innanzi al Consiglio di Stato la sentenza del TAR Sardegna n. 481/2013 che ha accolto il ricorso con il quale si contestava la legittimità dell'indizione di nuove procedure per l'assunzione di lavoratori a tempo indeterminato, in pendenza di una graduatoria di concorso, nella quale erano inserite tutte le ricorrenti, ancora valida ed efficace, per la medesima qualifica sulla base della sentenza del CdS, Ad. Plen., 28.7.2011, n. 14. Questa sentenza ha espresso il principio di diritto secondo il quale, in vigenza di una graduatoria concorsuale, ove l'Amministrazione decida di provvedere alla copertura dei posti vacanti senza attingere dalla medesima, deve adeguatamente motivare in ordine alle ragioni che l'hanno indotta ad effettuare tale scelta in luogo del ricorso allo scorrimento della graduatoria. Il TAR ha respinto l'argomentazione dell'Amministrazione resistente che afferma l'inapplicabilità, al caso di specie, dell'istituto dello scorrimento della graduatoria, giacché i posti oggetto della procedura concorsuale sarebbero di "nuova istituzione", non previsti nella dotazione organica vigente all'epoca dello svolgimento del concorso al quale hanno partecipato i ricorrenti. In particolare il TAR ha giudicato illegittima la deliberazione del concorso almeno per la parte per la quale i posti messi a concorso non possono considerarsi di nuova istituzione, sia per illegittimità derivata, stante l'errato conteggio della dotazione organica effettuato dall'Amministrazione, sia per invalidità propria, atteso che l'A.S.L. non ha adeguatamente motivato la propria scelta di indire la procedura concorsuale in luogo del reclutamento mediante l'ordinaria procedura dello scorrimento della graduatoria in relazione ai posti dovevano considerarsi già previsti nella dotazione organica vigente all'epoca dell'indizione del concorso cui hanno partecipato i ricorrenti. La scelta di provvedere alla copertura dei posti vacanti in organico attraverso la chiamata degli idonei inseriti in graduatorie concorsuali vigenti (c.d. scorrimento della graduatoria) è sicuramente preclusa allorché si tratti di posti istituiti in organico successivamente all'indizione del concorso (da cui è scaturita la graduatoria), come risulta espressamente sancito dall'art. 91, co. 4, del T.U.E.L. (d.lgs. 267/2000), con riguardo agli enti locali, nonché dalla giurisprudenza prevalente, che ha affermato la portata generale di tale norma (cfr., in tal senso, Cons. Stato, Ad. Plen. n. 14/2011 e, da ultimo, con riguardo alle AASS.LL, TAR Basilicata, sez. I, 6.4.2012, n. 171, secondo la quale «l'esclusione dello scorrimento della graduatoria per i posti di nuova istituzione o trasformati, come chiarito dal condivisibile orientamento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 28.7.2011, n.14, costituisce una regola che, "sebbene contenuta nella disciplina degli enti locali, risulta espressiva di un principio generale e, pertanto, trova applicazione comune anche ad altre Amministrazioni pubbliche" e quindi anche alle aziende sanitarie locali»). La deliberazione di indizione del concorso, principale provvedimento impugnato, è, pertanto, ad avviso del TAR illegittima nella parte in cui l'Amministrazione ha provveduto a bandire un nuovo concorso, in relazione a posti che, almeno in parte, erano pre-

visti nella dotazione organica vigente all'epoca dell'indizione del concorso cui hanno partecipato le ricorrenti in primo grado e attuali appellate. Posti che, quindi, non sono qualificabili come posti istituiti successivamente alla indizione di detto concorso. Il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso della ASL rilevando come la questione determinante per la definizione della controversia non è se la graduatoria sia valida ed efficace, ma quella se i posti messi concorso con il principale provvedimento impugnato siano preesistenti o di nuova istituzione con specifico riferimento alla applicazione della disposizione dell'art. 91, co. 4, del T.U.E.L. (d.lgs. n. 267/2000), nella parte in cui esclude la validità delle graduatorie di idonei derivanti da precedenti concorsi nel caso in cui i posti di cui si tratta siano istituiti o trasformati successivamente alla indizione del concorso medesimo ("4. Per gli enti locali le graduatorie concorsuali rimangono efficaci per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione per l´eventuale copertura dei posti che si venissero a rendere successivamente vacanti e disponibili, fatta eccezione per i posti istituiti o trasformati successivamente all´indizione del concorso medesimo.") Non è, infatti, contestato dalle parti il fatto che sia questa la disposizione da applicarsi nel caso in esame, sulla base della giurisprudenza che ne ha esteso l'applicazione come principio generale valido per tutte le Amministrazioni (lo afferma in particolare la stessa sentenza n. 14/2011 dell'Adunanza plenaria posta a base del ricorso di primo grado). Le parti ricorrenti in primo grado sostengono infatti che i posti non sono di nuova istituzione. Esse infatti contestano la deliberazione del Direttore Generale della A.S.L. n. 2 di Olbia, n. 2203 del 20.9.2011, avente ad oggetto la rideterminazione provvisoria della dotazione organica dell'Azienda Sanitaria Locale n. 2 di Olbia con l'incremento da 90 a 120 unità, che è tra i provvedimenti impugnati. La sentenza del TAR accoglie la loro tesi e dichiara illegittima tale deliberazione per non aver tenuto conto della reale composizione della dotazione organica, con riguardo alla qualifica di assistente amministrativo (pari invece a 105 unità considerando tra i posti a tutti gli effetti in organico anche i 15 posti già coperti a seguito della riqualificazione operata con la delibera n. 76, del 27.1.2003, con la quale la ASL aveva disposto la trasformazione, secondo quanto previsto dall'art. 12 C.C.N.L. del Comparto Sanità, biennio 2000/2001, di 15 posti di cat. B in posti di cat. C.). La conseguenza è che secondo il TAR, contrariamente a quanto sostenuto dalla ASL, almeno la metà dei posti non sarebbero di nuova istituzione in quanto già esistenti al momento della indizione del concorso cui si infierisce la graduatoria degli idonei in oggetto. Pertanto, in base all'art. 91, comma 4, del T.U.E.L. e al principio di diritto enunciato dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 14/2011, per la loro copertura si dovrebbe applicare la preferenza per lo scorrimento della graduatoria, salva espressa motivazione che giustifichi un'altra scelta dell'Amministrazione, motivazione che evidentemente manca sostenendo l'Amministra-zione che i posti fossero tutti di nuova istituzione giusta la deliberazione di aumento dell'organico n. 2203 del 20.9.2011. Su questo punto il Collegio si discosta dalla sentenza del TAR ritenendo invece legittima la deliberazione del Direttore Generale della A.S.L. n. 2 di Olbia, n. 2203 del 20.9.2011, avente ad oggetto la rideterminazione provvisoria della dotazione organica dell'Azienda Sanitaria Locale n. 2 di Olbia con l'aumento di 30 posti della pianta organica degli assistenti amministrativi. La deliberazione, infatti, rappresenta la conseguenza della impostazione coerentemente adottata dalla ASL, secondo la quale la variazione di organico, derivante dalla riqualificazione per i 15 posti dal livello B al livello C, per come è espressamente disciplinata dal citato art. 12, ha certamente carattere temporaneo in connessione alla durata della permanenza in servizio dei soggetti che se ne sono avvalsi, in base alla procedura straordinaria con la quale è stata disposta e finanziata. Il carattere temporaneo della variazione di organico è espressamente previsto dallo stesso provvedimento che attua la riqualificazione, come risulta dai documenti depositati dall'Amministrazione. Inoltre la stessa non può essere considerata una variazione permanente dell'organico, essendo prevista e finanziata - almeno in parte – in forma una tantum, sulla base dei fondi contrattuali e non dei fondi ordinari. La giurisprudenza citata dal TAR, secondo la quale non vi può essere assunzione senza che vi sia una corrispon-

dente posizione di organico, ha una ratio esattamente opposta a quella per la quale viene utilizzata dalla sentenza impugnata e cioè tende a limitare rigorosamente le assunzioni all'interno di una predefinita pianta organica a cui corrispondono finanziamenti ordinari e stabili. Pertanto tale giurisprudenza non può essere utilizzata in senso esattamente contrario e cioè nel senso di attribuire ad una riqualificazione - operata con una procedura extra ordinem e finanziata con fondi una tantum - lo stesso significato di una esplicita variazione di pianta organica ovvero quello di una riqualificazione ordinaria che interviene su preesistenti posti di organico, come dovrebbe sempre avvenire e come certamente non è avvenuto nel caso di specie, tanto è vero che sono stati adottati appositi, straordinari e temporanei finanziamenti con fondi diretti ad altre finalità, come avviene per la riqualificazione di cui si tratta. Nell´ultima parte della sentenza il Consiglio di Stato affronta e chiarisce inoltre la portata applicativa della nuova normativa modificatesi, nel corso dello svolgimento del giudizio, a favore dello scorrimento delle graduatorie di precedenti concorsi a seguito delle disposizioni di cui all'art. 4, coo. 3, 3 - bis, 3 - ter e 3 - quater del d.l. n. 101 del 2013, convertito dalla legge n. 125/2013 ed entrato in vigore nel testo originario il 1 settembre 2013 e, nel testo comprensivo delle modifiche apportate nel corso della conversione, il 31 ottobre 2013. Per valutare con chiarezza i limitati effetti di tale normativa sui seguiti della vicenda in esame, il Consiglio di Stato riporta in primis integralmente il testo della nuova normativa: "3. Per le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le agenzie, gli enti pubblici non economici e gli enti di ricerca, l´autorizzazione all´avvio di nuove procedure concorsuali, ai sensi dell´art. 35, co. 4, del d.lgs. 30.3.2001, n. 165, e successive modificazioni, e´ subordinata alla verifica: a) dell´avvenuta immissione in servizio, nella stessa amministrazione, di tutti i vincitori collocati nelle proprie graduatorie vigenti di concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato per qualsiasi qualifica, salve comprovate non temporanee necessità organizzative adeguatamente motivate; b) dell´assenza, nella stessa amministrazione, di idonei collocati nelle proprie graduatorie vigenti e approvate a partire dal 1.1.2007, relative alle professionalità necessarie anche secondo un criterio di equivalenza. 3-bis. Per la copertura dei posti in organico, è comunque necessaria la previa attivazione della procedura prevista dall´art. 33 del d.lgs. 30.3.2001, n. 165, e successive modificazioni, in materia di trasferimento unilaterale del personale eccedentario. 3-ter. Resta ferma per i vincitori e gli idonei delle graduatorie di cui al co. 3 del presente articolo l´applicabilità dell´art. 3, co. 61, terzo periodo, della l. 24.12.2003, n. 350. 3-quater. L´assunzione dei vincitori e degli idonei, nelle procedure concorsuali già avviate dai soggetti di cui al comma 3 e non ancora concluse alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, è subordinata alla verifica del rispetto della condizione di cui alla lettera a) del medesimo comma." Ad avviso del Collegio tale normativa non giova alle ragioni delle parti appellate e gioca invece in senso contrario. Essa infatti non si applica ratione temporis alla vicenda in esame salvo che per l'applicazione delle disposizioni introdotte con la legge di conversione con l'art. 4, comma 3 - quater, che vanno in senso opposto alle attese delle parti appellate e nello stesso senso delle conclusioni fin qui acquisite sulla base della precedente normativa applicabile ratione temporis al caso in esame. La disposizione di cui al precedente comma 3 - quater si applica al concorso di cui alla impugnata deliberazione del Direttore Generale, n. 2804 del 24 ottobre 2012, in quanto ancora in via di svolgimento e consente di confermare anche ai fini degli esiti finali del concorso le conclusioni già raggiunte sulla base della normativa precedentemente vigente di cui all'art. 91, co. 4, del d.lgs. n. 267/2000, in base alla quale si è accertata la legittimità della deliberazione dello stesso concorso. La norma di cui al comma 3-quater si applica allo stesso concorso ancora in via di svolgimento, condizionando la possibilità di procedere alle assunzioni conseguenti al completamento del concorso stesso alla già avvenuta assunzione dei vincitori dei precedenti concorsi, richiamando la lettera a) del precedente comma 3 dello stesso articolo, ma non anche la lettera b) relativa allo scorrimento della graduatoria a favore degli idonei di precedenti concorsi,. Pertanto le con-

clusioni già raggiunte sono confermate anche dalla normativa sopravvenuta ai fini degli esiti del concorso per quanto tale normativa possa considerarsi rilevante ai fini del presente giudizio.

Consiglio di Stato Sez. III del 1.8.2014, n. 4124
Sanità - retribuibilità mansioni superiori - nessun limite dei sei mesi previsto dall´art. 121, co. 7, D.P.R. n. 384/1990 - nessuna preclusione al riconoscimento delle differenze retributive quando l´Amministrazione, contravvenendo a tale divieto, rinnovi l´incarico o permetta la prosecuzione dell´espletamento delle mansioni superiori anche oltre il tempo massimo previsto.
Ai sensi dell´art. 63, co. 1 e 4, d.lgs. 30.3.2001 n. 165, sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche amministrazioni, mentre, ai sensi dell´art. 69, co. 7, restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998, qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000. Al fine della corretta discriminazione dei limiti temporali, deve farsi riferimento alla data di notifica dell´atto introduttivo di giudizio, e non a quella del successivo perfezionamento del rapporto processuale che si realizza con il deposito del ricorso, in quanto il richiamo contenuto nell´art. 45 co. 17, seconda parte, d.lgs. 31.3.1998 n. 80 (e poi nell´art. 69, co. 7, d.lgs. 30.3.2001, n. 165) alla data del 15.9.2000, deve considerarsi come termine di decadenza per la proponibilità della domanda giudiziale, e non come limite temporale della persistenza della giurisdizione. 3. - Nel merito, la retribuibilità delle mansioni primariali svolte dall'Aiuto più anziano, in applicazione dell´art. 29, d.P.R. n. 761 del 1979, è subordinata alla sussistenza di un posto in organico vacante e disponibile, non ricoperto, essendo, tra l'altro, irrilevante il difetto di un formale atto di incarico, dal momento che la funzione primariale è indefettibile e l´obbligo di sostituzione, in capo all´aiuto, deriva direttamente dall´art. 7, comma 5, del d.P.R. 27.3.1969, n. 128 (CdS, V, 13.7.2010, n. 4521; CdS, V, 19.1.2005, n. 89). Inoltre, va precisato che la retribuibilità delle mansioni superiori non incontra il limite dei sei mesi previsto dall´art. 121, co. 7, d.P.R. 28.11.1990, n. 384, posto che quest´ultima previsione normativa si limita a vietarne il rinnovo alla scadenza del periodo massimo di sei mesi, ma non preclude il riconoscimento della spettanza delle differenze retributive quando l´amministrazione, contravvenendo a tale divieto, rinnovi l´incarico o permetta la prosecuzione dell´espletamento delle mansioni superiori anche oltre il tempo massimo previsto (CdS, V, 14.4.2009, n. 2292; 20.5.2010, n. 3192; 29.3.2010, n. 1787, che, peraltro, evidenzia come il pagamento degli importi a titolo di svolgimento di mansioni superiori protrattosi oltre il periodo di sei mesi, potrebbe integrare un danno erariale).

Consiglio di Stato Sez. III del 1.8.2014, n. 4119
Scorrimento delle graduatorie concorsuali - esclusione dello scorrimento della graduatoria per la copertura di posti di nuova istituzione o trasformati - regola espressiva di un principio generale applicabile anche alle altre amministrazioni pubbliche e, quindi, anche alle Aziende sanitarie locali.
L'Adunanza Plenaria, nell'affermare (sent. 28.7.2011, n. 14) che lo scorrimento delle graduatorie concorsuali preesistenti ed efficaci rappresenta la regola generale per la copertura dei posti vacanti in organico mentre l'indizione di un nuovo concorso costituisce l'eccezione e richiede un'apposita e approfondita motivazione che dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico (e che tale prevalenza, tuttavia, non è assoluta e incondizionata, essendo individuabili casi in cui la determinazione di procedere al reclutamento del personale mediante nuove procedure concorsuali risulta pienamente giustificabile, con conseguente attenuazione dell´obbligo di motivazione), ha anche aggiunto (punto 36 della motivazione), rispetto a detta regola generale, che "Va rimarcata anche la specifica limitazione ai posti che non siano di "nuova istituzione o trasformazione". La regola, sebbene contenuta nella disciplina degli enti locali, risulta espressiva di un principio generale e, pertanto, trova applica-

zione comune anche alle altre amministrazioni pubbliche". Nello stesso senso, con specifico riferimento all'impiego sanitario, è stato più recentemente ribadito che l´esclusione dello scorrimento della graduatoria concorsuale per la copertura di posti di nuova istituzione o trasformati, sebbene prevista dall´art. 91, co. 4, del d.lgs. 267/2000 (Testo unico delle leggi sull´ordinamento degli enti locali), costituisce regola espressiva di un principio generale applicabile anche alle altre amministrazioni pubbliche e, quindi, anche alle Aziende sanitarie locali. Tale disposizione, infatti, espressione di un principio generale, mira ad evitare che le pubbliche amministrazioni possano essere indotte a modificare la pianta organica, al fine di assumere uno dei candidati inseriti in graduatoria, i cui nomi sono già conosciuti (cfr. TAR Sardegna, I, 17.7.2013, n. 552; TAR Basilicata, 6.4.2012, n. 171). Alla luce di tale principio la stessa invocata disposizione dell'art. 18, co. 7, del d.P.R. n. 483/1997 (Regolamento recante la disciplina concorsuale per il personale dirigenziale del Servizio sanitario nazionale), laddove stabilisce che "le graduatorie dei vincitori rimangono efficaci … per eventuali coperture di posti per i quali il concorso è stato bandito e che successivamente ed entro tale data dovessero rendersi disponibili", dev'essere pertanto interpretata nel senso che, per potersi far ricorso alla graduatoria durante il periodo di vigenza della stessa, deve trattarsi della copertura di posti già esistenti (ed occupati) alla data della sua approvazione (o comunque coperti proprio a seguito di tale approvazione) e che successivamente a tale data si rendano "disponibili". Alla luce dell'orientamento giurisprudenziale sopra ricordato, risulta così fondato il secondo ordine di censure, incentrato sul rilievo che il posto di dirigente medico di epidemiologia, oggetto del concorso, è stato istituito in data largamente posteriore a quella (come esposto, il 14.9.2011) di approvazione della graduatoria, in cui è inserito l'odierno appellato.

«::::::::: GA :::::::::»

PARERI

Avvocatura dello Stato

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

DOMANDA

Sulle procedure concorsuali nella P.A. (Parere 15.4.2014-169698, CS 39605/2008, SEZ. AG, Avv. Stefano Varone).

RISPOSTA

Si riscontra la richiesta di parere in oggetto in merito agli effetti prodotti dalla sentenza del Consiglio di Stato che ha accolto il ricorso dell'ing ... inerente il bando del 7.12.2007 per la copertura di complessivi 8 posti da dirigente di seconda fascia, di cui sei per dirigenti con formazione giuridica, uno per dirigente con formazione economica ed uno per dirigente con formazione tecnica. Codesta Autorità ha allegato le seguenti circostanze fattuali: che l'Ingegnere, il quale ha partecipato alla procedura ma non è risultato utilmente collocato in graduatoria, ha impugnato dinanzi al TAR Lazio il bando e la determinazione 15.7.2008 con la quale l'Autorità aveva approvato la graduatoria di merito. che il TAR Lazio, in parziale accoglimento del ricorso, ha annullato la graduatoria finale del concorso e la conseguente determinazione del Presidente dell'Autorità del 15.7.2008, ordinando all'Amministrazione di procedere, nei limiti dell'interesse del ricorrente, fermo restando il punteggio delle prove orali, dapprima ad un motivato apprezzamento dei titoli riferibili al ricorrente stesso e ai soli candidati utilmente collocati in graduatoria e, poi, alla redazione della graduatoria finale. che in esecuzione della citata sentenza la Commissione di concorso procedeva ad un nuovo apprezzamento dei titoli riferibili al ricorrente e, successivamente, alla redazione di una nuova graduatoria finale, la quale è stata approvata dal Consiglio dell'Autorità con il provvedimento di cui al verbale 27 del 29-30.7.2009. Anche in detta graduatoria l'Ingegnere non si è collocato fra i vincitori. che l'approvazione della graduatoria a seguito della rivalutazione, effettuata in data 29-30 luglio 2009, non sarebbe mai stata impugnata dall'Ingegnere (nemmeno nel successivo e diverso ricorso da lui proposto al TAR Lazio contro il provvedimento dell'Autorità adottato nell'adunanza del 14.10.2009, con cui era stato deliberato lo scorrimento della graduatoria a favore degli idonei). - che l'Ingegnere ha impugnato la sentenza del TAR Lazio dinanzi al Consiglio di Stato e che, quest'ultimo ha accolto il motivo ritenuto assorbente, relativo alle modalità di svolgimento del concorso, annullando il bando e gli atti conseguenziali. -che la Dott.ssa (...) e la Dott.ssa (...), in qualità di controinteressate sopravvenute hanno proposto opposizione di terzo avverso la sentenza del Consiglio di Stato. Codesta Autorità ha, quindi, evidenziato che l'annullamento della procedura porrebbe rilevanti e delicati problemi, soprattutto alla luce del potenziale impatto sull'organizzazione (nonché sul buon andamento dell'azione amministrativa) in ragione del fatto che a partire dal 2008 sono stati immessi in ruolo i soggetti utilmente collocati sulla base della graduatoria, i quali svolgono da circa sei anni funzioni strategiche per l'Amministrazione, la quale non sarebbe in grado di ovviare al deficit gestionale che si verrebbe a determinare in caso di caducazione dei relativi contratti. Ha, quindi, richiesto

alla scrivente Avvocatura di rendere una parere in merito: a) al comportamento che l'Autorità è tenuta ad eseguire nelle more del giudizio di opposizione, anche chiarendo se vi siano soggetti diversi dalle parti in giudizio che possano pretenderne l'ottemperanza; b) al significato da attribuire al passaggio in giudicato della sentenza del Consiglio di Stato ove si afferma che laddove permangano le esigenze di provvista di nuovo personale, l'Amministrazione dovrà far luogo alla rinnovazione della selezione a mezzo della predisposizione di un altro bando concorsuale che risulti immune dai vizi rilevati, chiarendo se il termine "rinnovazione" implichi una rinnovazione "totale" mediante l'obbligo di pubblicazione di un nuovo bando di concorso e se il nuovo bando debba essere aperto solo a coloro i quali erano in possesso del requisito di partecipazione al momento della pubblicazione del bando di concorso annullato oppure a tutti coloro che risultino in possesso dei requisiti prescritti dal bando al momento della sua pubblicazione. Al riguardo osserva la Scrivente che il Consiglio di Stato, con la sentenza citata, ha accolto l'impugnazione dell'Ingnere ritenendo fondato il primo motivo di doglianza con cui il ricorrente aveva dedotto la violazione dell'art. 28 del d.lgs. 165 del 2001 e dell'art. 5 del d.P.R. n. 272 del 2004. In particolare, era stato censurato il bando lì dove ha previsto che le prove di esame in concreto assegnate ai candidati consistevano in una prova teorica ed una teorico-pratica da espletarsi a mezzo di un unico colloquio. Sosteneva infatti il ricorrente che, in base dell'art. 8, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006, la procedura concorsuale si sarebbe dovuta svolgere sulla base di due prove scritte e di una orale. Tale censura è stata condivisa dal Collegio per il quale, in assenza di diverse diposizioni regolamentari, la procedura concorsuale non corrispondeva alle modalità di svolgimento delle prove prefissate dal legislatore statale per l'accesso alle qualifiche dirigenziali. La pronuncia ha, quindi, rilevato il carattere assorbente del motivo, chiarendo testualmente che "gli effetti caducanti che derivano, mercè il suo accoglimento, sull'intera procedura concorsuale, comportano che non rileva l'esame dei motivi ulteriori dedotti in primo grado, dovendo l'Autorità far luogo - ove permangano le esigenze di provvista di nuovo personale e ove sussistano tutte le altre condizioni - alla rinnovazione della selezione a mezzo della predisposizione di un altro bando concorsuale che risulti immune dai vizi rilevati" e che "In definitiva, l'appello va accolto e, in riforma della impugnata sentenza, va disposto l'integrale annullamento degli atti concorsuali in primo grado impugnati". Come noto la giurisprudenza è sostanzialmente concorde nell'affermare che il giudicato amministrativo di annullamento è autoesecutivo nel senso che non ha bisogno di essere seguito da ulteriori atti, comportamenti od attività dell'ente obbligato, producendo automaticamente un effetto demolitorio sui provvedimenti cui si riferisce, che comporta, altrettanto automaticamente, la loro cancellazione dal mondo giuridico sin dal momento della loro emanazione (CdS, Sez. III, 14.1.2013, n. 130).

Anche in presenza del giudizio di opposizione di terzo l'efficacia esecutiva della pronuncia non può essere discussa, salva l'adozione di atti di sospensione da parte del Consiglio di Stato, di cui occorrerebbe in ogni caso esaminare gli effetti dal punto di vista dell'estensione soggettiva, sulla base dell'eventuale provvedimento adottato dall'organo giurisdizionale. Come sopra illustrato, d'altronde, il Consiglio di Stato ha esplicitamente sostenuto un effetto caducante sull'intera procedura concorsuale, tanto è vero che il Collegio ha affermato che l'Autorità deve dar luogo a rinnovazione della selezione a mezzo della predisposizione di un altro bando, precisando che ciò può avvenire alla condizione che permangano le esigenze di provvista di nuovo personale e "sussistano tutte le altre condizioni". Ciò risulta conforme alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, la quale afferma l'esistenza di un effetto caducante automatico, a prescindere da oneri impugnatori degli atti "a valle", nell'ipotesi in cui il provvedimento successivo abbia carattere meramente esecutivo degli atti presupposti, ovvero faccia parte di una sequenza procedimentale che lo pone in rapporto di immediata derivazione dagli atti precedenti (CdS Sez. IV, 4.9.2013, n. 4441; CdS, Sez. IV, 27.3.2009 n. 1869). Va, tuttavia, considerato che l'effetto caducante ha ad og-

getto la serie procedimentale inerente la procedura concorsuale e, alla luce della giurisprudenza maggioritaria, non comporta l'automatica caducazione del negozio giuridico a valle, producendo piuttosto un'invalidità derivata (così detto effetto viziante), che deve essere dedotta davanti al giudice avente giurisdizione sull'atto negoziale (CdS, ad. plen., 3.6.2011, n. 10), vale a dire il giudice ordinario in base alla disciplina di cui all'art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001. Peraltro risulta che la questione è stata oggetto di remissione all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con ordinanza 14.10.2013, n. 4999, in relazione alla tematica dei contratti "derivati" degli enti locali. In assenza di norme specifiche (come quelle inerenti le procedure di affidamento degli appalti) alla luce dell'attuale assetto è, pertanto, da ritenere che una controversia che sia rivolta ad accertare le condizioni di validità e di efficacia del contratto, spetta al giudice ordinario, posto che ha ad oggetto non già i provvedimenti riguardanti procedura selettiva ma sostanzialmente il rapporto privatistico discendente dal negozio (Cass., Sez. Un. 29.5.2012, n. 8515; 5 aprile 2012, n. 5446, ordinanza). Tali considerazioni assumono carattere decisivo. Accedendo alla tesi che la caducazione automatica non si può concretizzare in relazione agli atti negoziali a valle, la tematica è quella della verifica della relativa validità dal punto di vista civilistico. A tal fine non può essere trascurata la giurisprudenza che ha analizzato in termini di patologia negoziale il vizio del contratto e che è stata resa principalmente in tema di procedure ad evidenza pubblica. La Cassazione in passato ha, infatti, sovente ritenuto che, pur sussistendo fra gli atti del procedimento amministrativo che precede la stipulazione del contratto ad evidenza pubblica e il negozio stesso un nesso obbiettivo, determinato dall'essere i primi gli antecedenti in senso logico-giuridico del negozio di diritto privato, tuttavia, i vizi degli atti della sequenza procedimentale costitutiva o integrativa della volontà negoziale, anche se rilevati e oggetto di pronuncia costitutiva di annullamento da parte del g.a., non avrebbero determinato automaticamente l'invalidità del contratto, incidendo piuttosto sul negozio se ed in quanto in-quadrabili tra le cause di invalidità disciplinate dal codice civile. Nell'ambito delle possibili fattispecie di invalidità «civilistica» si è spesso ricorsi alle categorie dell'inefficacia o dell'annullabilità relativa, a seconda che i lamentati vizi attenessero all'approvazione o al visto, intesi quali requisiti di efficacia, ovvero alla deliberazione a contrarre e all'aggiudicazione, intesi come requisiti di validità. La giustificazione sistematica di tale orientamento, ora contrastato da non più sporadiche pronunce del giudice amministrativo, è stata prevalentemente sostenuta o inquadrando le fattispecie nell'ambito dei vizi del consenso ai sensi degli artt. 1427 e ss. c.c. (per tutte Cass., 8 maggio 1996, n. 4269), ovvero facendo ricorso alla discussa categoria della legittimazione negoziale, con conseguente possibilità di configurare un vizio di incapacità (relativa) delle parti contraenti da ricondurre al disposto di cui all'art. 1425 c.c. (Cass. 21.2.1995 n. 1885; Cass. 7.4. 1989 n. 1682). La trasposizione di tale impostazione nel caso di specie, che comporterebbe un residuo margine decisorio per la PA nella scelta se agire giudizialmente per l'annullamento dei contratti, parrebbe, tuttavia, ostacolata dalla constatazione della regola del concorso pubblico, riconosciuta, ai sensi dell'art. 97 della Costituzione, come forma generale e ordinaria di reclutamento per il pubblico impiego, con la conseguenza che le assunzioni poste in essere sulla base della procedura annullata risulterebbero effettuate senza il necessario presupposto. L'indisponibilità degli interessi pubblici inerenti alla determinazione dell'attività lavorativa dei dipendenti richiede, infatti, che la selezione del personale avvenga sulla base della regola generale del concorso. Tale lettura, che pare preferibile, comporta che l'Amministrazione, annullata la procedura concorsuale, si trova di fronte ad una serie di contratti con cui si è provveduto all'assunzione di dipendenti a tempo indeterminato sulla base di una procedura concorsuale annullata ex tunc e da considerare, pertanto, giuridicamente inesistente. Non pare d'altronde possa incidere su tale esito la circostanza che la sentenza del Consiglio di Stato riguarda una graduatoria annullata e sostituita immediatamente all'esito del giudizio di primo grado. È, infatti, vero che

all'esito del giudizio di primo grado è stata redatta una graduatoria ulteriore dalla Commissione di concorso (Verbale del 28 luglio 2009) la quale è stata impugnata al TAR ed il relativo giudizio è attualmente pendente dinanzi al Tar Lazio. Tuttavia la circostanza che il Consiglio di Stato abbia annullato il bando per vizi radicali suoi propri implica che il TAR potrà semplicemente prendere atto dell'intervenuta caducazione dell'atto a monte e del conseguente travolgimento degli atti consequenziali che non possono vivere di vita propria una volta venuto meno l'atto prodromico. In definitiva, è da ritenere che i contratti di lavoro posti in essere sulla base della procedura annullata siano civilisticamente viziati, ma la carenza di giurisdizione da parte del Giudice Amministrativo implica che ogni questione, tanto susseguente ad atti di risoluzione dei rapporti adottati da codesta Autorità sulla base della pronuncia del GA, quanto ad eventuali azioni giudiziali di accertamento della sopravvenuta invalidità dei negozi, sia di competenza del Giudice Ordinario. Per quanto concerne gli ulteriori aspetti dell'esecuzione della pronuncia del Consiglio di Stato citata, l'Autorità dovrà tenere conto delle graduatorie tutt'ora vigenti. Come sopra illustrato, infatti, la predetta decisione dispone che l'Autorità deve provvedere "alla rinnovazione della selezione a mezzo della predisposizione di un altro bando concorsuale che risulti immune dai vizi rilevati" ma ciò solo "ove permangano le esigenze di provvista di nuovo personale e ove sussistano tutte le altre condizioni". Con il richiamo alle "altre condizioni" è da ritenere che il Consiglio di Stato faccia riferimento tanto a profili di fatto condizionanti l'indizione di una procedura concorsuale (es. disponibilità finanziaria) quanto normativi. Al momento dell'ottemperanza alla decisione occorre indagare se il ripristino dello status quo ante sia compatibile con lo stato di fatto e di diritto prodottosi medio tempore. Ciò in quanto assumono rilevanza le sopravvenienze normative o di fatto al provvedimento impugnato, alle quali si attribuisce la capacità di limitare o escludere gli effetti ulteriori del giudicato (CdS Sez. VI, 27.12.2011, n. 6849). È stato, infatti, più volte sostenuto che (CdS, Sez. VI 30.6.2010, n. 4175; in precedenza CdS, Sez. VI, 22.10.002, n. 5816) l'esecuzione del giudicato amministrativo trova ostacolo nelle sopravvenienze della normativa verificatesi anteriormente alla notificazione della sentenza, mentre non rilevano quelle successive a tale data. Tale profilo pare assumere rilievo decisivo nel caso di specie in quanto ai sensi dell'art. 4 d.l. 31.8.2013 n. 101, convertito in l. 30.10.2013, n. 125 "Per le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le agenzie, gli enti pubblici non economici e gli enti di ricerca, l'autorizzazione all'avvio di nuove procedure concorsuali, ai sensi dell'art. 35, co. 4, del d.lgs. 30.3.2001, n. 165, e successive modificazioni, è subordinata alla verifica: a) dell'avvenuta immissione in servizio, nella stessa amministrazione, di tutti i vincitori collocati nelle proprie graduatorie vigenti di concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato per qualsiasi qualifica, salve comprovate non temporanee necessità organizzative adeguatamente motivate; b) dell'assenza, nella stessa amministrazione, di idonei collocati nelle proprie graduatorie vigenti e approvate a partire dal 1° gennaio 2007, relative alle professionalità necessarie anche secondo un criterio di equivalenza". Solo in detti limiti è attualmente possibile, pertanto, l'indizione di una procedura concorsuale di reclutamento, dovendo, quindi, l'Amministrazione, valutate le attuali esigenze di organico e gli ulteriori presupposti normativi, verificare la sussistenza di graduatorie tutt'ora vigenti per le professionalità richieste.

La questione è stata esaminata dal Comitato Consultivo, che si è espresso in conformità nella seduta del 9.4.2014.

«::::::::: GA :::::::::»

PATTO DI STABILITÀ, BILANCIO E FISCALITÀ

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

PATTO DI STABILITÀ INTERNO: IN G.U. LA CIRCOLARE MEF SUL PATTO DI STABILITÀ PER IL TRIENNIO 2014-2016 PER LE PROVINCE E I COMUNI CON POPOLAZIONE SUPERIORE A 1.000 ABITANTI

E´ stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale Serie Generale n.166 del 19.7.2014 la circolare del Ministero dell´Economia e delle Finanze recante "Patto di stabilita´ interno per il triennio 2014-2016 per le province e i comuni con popolazione superiore a 1.000 abitanti (articoli 30, 31 e 32 della l. 12.11.2011, n. 183, come modificati dalla l. 27.12.2013, n. 147)".

La circolare e´ strutturata secondo il seguente schema: Premessa A. Enti soggetti al Patto di stabilita´ interno A.1 Enti di nuova istituzione A.2 Unioni di comuni A.3 Enti commissariati ai sensi dell´art. 143 del TUEL A.4 Roma capitale B. Determinazione degli Obiettivi programmatici per il triennio 2014-2016 B.1 Indicazioni generali B.2 Metodo di calcolo degli obiettivi B.3 Comunicazione dell´obiettivo C. Esclusioni dal saldo valido ai fini del rispetto del Patto C.1 Risorse connesse con la dichiarazione di stato di emergenza C.2 Risorse connesse con la dichiarazione di grande evento C.3 Risorse provenienti dall´Unione Europea C.4. Chiarimenti applicativi sulle esclusioni di cui ai punti C.1, C.2 e C.3 C.5 Risorse connesse al Piano generale di censimento C.6 Altre esclusioni a) Federalismo demaniale b) Investimenti infrastrutturali c) Sisma del 20 e 29 maggio 2012. Esclusione delle risorse provenienti dalle contabilità speciali delle regioni Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto d) Esclusione di spese per gli enti colpiti dal sisma del 20 e 29 maggio 2012 " e) Esclusione del corrispettivo del gettito IMU sugli immobili di proprieta´ comunale f) Esclusione delle risorse per interventi relativi al progetto approvato dal CIPE con deliberazione n. 57 del 2011 g) Esclusione delle risorse per interventi portuali per il comune di Piombino h) Esclusione dei pagamenti dei debiti in conto capitale per 500 milioni di euro i) Esclusione dei pagamenti in conto capitale per 1.000 milioni di euro l) Esclusione spese sostenute dal comune di Campione di Italia D. Riflessi delle regole del Patto sulle previsioni di bilancio D.1 Fondo svalutazione crediti D.2 Fondo pluriennale vincolato D.3 Fondo di rotazione per assicurare la stabilita´ finanziaria degli enti locali E. Altre misure di contenimento E.1 Contenimento dei prelevamenti dai conti di Tesoreria E.2 Contenimento della spesa F. Patti di solidarieta´ F.1 Patto regionale verticale F.2 Patto regionale verticale incentivato F.3 Patto regionale orizzontale F.4 Patto nazionale verticale F.5 Patto nazionale orizzontale F.6 Patto regionale integrato F.7 Tempistica F.8 Alcune precisazioni sui patti di solidarietà G. Monitoraggio H. Certificazione H.1 Prospetti allegati alla certificazione ed invio telematico H.2 Ritardato invio della certificazione e nomina del commissario ad acta H.3 Obbligo di invio di una nuova certificazione I. Mancato rispetto del Patto di stabilita´ interno I.1 Le sanzioni per il mancato rispetto del patto di stabilita´ interno a) Riduzione del fondo di solidarieta´ comunale e del fondo sperimentale di riequilibrio b) Limiti agli impegni per spese correnti c) Divieto di ricorrere all´indebitamento d) Divieto di procedere ad assunzioni di personale e) Riduzione delle indennità di funzione e dei gettoni di presenza I.2 Sanzioni connesse all´accertamento del mancato rispetto del patto in un periodo successivo all´anno se-

guente a quello cui la violazione si riferisce I.3 Misure antielusive delle regole del patto di stabilita´ interno I.4 L´attivita´ di controllo della Corte dei conti L. Allegati alla circolare esplicativi del Patto 2014-2016 ***(Circolare MEF in Gazzetta Ufficiale n. 166 del 19.7.2014).***

«::::::::: GA :::::::::»

CORRESPONSIONE DELL'ASSEGNO PER IL NUCLEO FAMILIARE: LA CIRCOLARE MEF SULLA RIVALUTAZIONE DEI LIVELLI DI REDDITO A DECORRERE DAL 1.7.2014

Il Ministero dell´Economia e delle Finanze nella circolare n. 20/2014 ha precisato che "L'art.2 del d.l. 13.3.1988, n.69, convertito, con modificazioni, nella L. 13.5.1988, n.153, concernente la normativa in materia di assegno per il nucleo familiare, ha disposto, al co. 12, la rivalutazione annua dei livelli di reddito familiare e delle relative maggiorazioni in misura pari alla variazione percentuale dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati intervenuta tra l'anno di riferimento dei redditi per la corresponsione dell'assegno e l'anno immediatamente precedente.

La suddetta variazione percentuale rilevata dall'ISTAT, da considerare ai fini della rivalutazione in oggetto dal 1.7.2014, è risultata pari all'1,1 per cento. In relazione alla suindicata rivalutazione si fa presente che l'INPS, ai sensi dell'art.1, co. 11, della l. 27.12.2006, n.296, con circolare n.76 dell'11.6.2014, ha diramato le tabelle aggiornate con i nuovi limiti di reddito familiare da considerare, sulla base del reddito conseguito nel 2013, ai fini della corresponsione dell'assegno per il nucleo familiare per il periodo 1.7.2014 - 30.6.2015."

Tali tabelle, allegate alla circolare unitamente alla modulistica per la richiesta dell'assegno, sono rese disponibili esclusivamente con le seguenti modalità: invio della circolare per posta elettronica; consultazione della circolare nel sito Internet del Ministero dell'economia e delle finanze al seguente indirizzo: http://www.rgs.mef.gov.it /VERSIONE-I/CIRCOLARI/2014/. Il Mef. Nella circolare, ribadisce poi che, con l'istituzione dell'IMU nell'anno 2012, i redditi dominicali dei terreni non affittati e quelli dei fabbricati non locati non sono più ricompresi tra i redditi soggetti ad IRPEF ma, mantenendo la loro natura reddituale, vanno comunque considerati nel reddito familiare complessivo, desumendo il relativo importo dai righi 147 e 148 del mod.730-3 e dal rigo RN50, colonne 1 e 2, del mod. Unico ***(Circolare MEF n. 20/2014)****.*

«::::::::: GA :::::::::»

TASI: I CHIARIMENTI DEL DIPARTIMENTO DELLE FINANZE IN MATERIA DI APPLICAZIONE DELLA MAGGIORAZIONE DELLO 0,8 PER MILLE ALLE ALIQUOTE

In considerazione dei numerosi quesiti inoltrati in ordine all´applicazione del tributo per i servizi indivisibili (TASI), con particolare riferimento alla maggiorazione dello 0,8 per mille prevista dall´art. 1, co. 677, della l. 27.12.2013, n. 147 (Legge di stabilità per l´anno 2014), a seguito delle modifiche apportate dalla d.l. 6.3.2014, n. 16, convertito, con modificazioni, dalla l. 2.5.2014, n. 68, il Dipartimento delle Finanze ha pubblicato la circolare n. 2/DF del 29 luglio 2014 con la quale ha in primo luogo ricordato che l´art. 1, co. 639, della legge n. 147 del 2013 ha istituito l´imposta unica comunale (IUC) che si basa su due presupposti impositivi, uno costituito dal possesso di immobili e collegato alla loro natura e valore e l´altro collegato all´erogazione e alla fruizione di servizi comunali.

La IUC si compone dell´imposta municipale propria (IMU), di natura patrimoniale, dovuta dal possessore di immobili, escluse le abitazioni principali, e di una componente riferita ai servizi, che si articola nella TASI, a carico sia del possessore che dell´utilizzatore dell´immobile, e nella tassa sui rifiuti (TARI), destinata a finanziare i costi del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti, a carico dell´utilizzatore.

Il co. 677 dell´art. 1 della legge di stabilità per l´anno 2014 prevede che il comune può determinare l´aliquota della TASI rispettando

in ogni caso il vincolo in base al quale la somma delle aliquote della TASI e dell´IMU per ciascuna tipologia di immobile non sia superiore all´aliquota massima consentita dalla legge statale per l´IMU al 31.12.2013, fissata al 10,6 per mille e ad altre minori aliquote, in relazione alle diverse tipologie di immobile.

Per il 2014, l´aliquota massima della TASI non può eccedere il 2,5 per mille. L´art. 1, comma 1, lett. a), del D. L. n. 16 del 2014, ha aggiunto a detto comma, al fine di assicurare un maggior spazio finanziario, un´ulteriore disposizione la quale stabilisce che, per lo stesso anno 2014, nella determinazione delle aliquote TASI possono essere superati i limiti stabiliti nel primo e nel secondo periodo, per un ammontare complessivamente non superiore allo 0,8 per mille, a condizione che siano finanziate, relativamente alle abitazioni principali e alle unità immobiliari ad esse equiparate di cui all´art. 13, co. 2, del d.l. 6.12.2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22.12.2011, n. 214, detrazioni d´imposta o altre misure, tali da generare effetti sul carico di imposta TASI equivalenti o inferiori a quelli determinatisi con riferimento all´IMU relativamente alla stessa tipologia di immobili, anche tenendo conto di quanto previsto dallo stesso art. 13 del citato d.l. n. 201 del 2011.

E´ opportuno ribadire che i limiti in questione consistono: 1. nella somma delle aliquote della TASI e dell´IMU per ciascuna tipologia di immobile (d´ora in avanti: "primo limite"), che non può superare l´aliquota massima consentita dalla legge statale per l´IMU al 31.12.2013, fissata al 10,6 per mille e ad altre minori aliquote, in relazione alle diverse tipologie di immobile.

Le altre minori aliquote devono essere riferite al 6 per mille fissato per l´abitazione principale - che è stata esclusa dall´IMU solo a partire dal 2014, ad eccezione delle abitazioni principali classificate nelle categorie catastali A/1, A/8 e A/9 - nonché al 2 per mille relativo ai fabbricati rurali ad uso strumentale. Con riferimento a tali fabbricati, si deve, però, precisare che il limite in questione è in realtà pari all´1 per mille, poiché detti immobili, da un lato sono esclusi dall´IMU, a norma del comma 708 e dall´altro sono assoggettati ad un´aliquota TASI che, ai sensi del comma 678, non può comunque superare l´1 per mille. A questo proposito, si deve aggiungere che la formulazione di quest´ultima norma, la quale prevede che l´aliquota della TASI non possa comunque superare l´1 per mille, porta a concludere che non possa essere neppure applicata la maggiorazione dello 0,8 per mille; 2. nell´aliquota TASI massima per il 2014 che non può eccedere il 2,5 per mille (d´ora in avanti: "secondo limite"). Pertanto, la maggiorazione deve essere riferita ai due limiti appena esposti e non deve superare complessivamente la misura dello 0,8 per mille.

In altre parole, il comune può decidere di utilizzare l´intera maggiorazione per aumentare uno dei due limiti o, invece, può distribuire lo 0,8 per mille tra i due limiti. Nel primo caso, occorre distinguere due ipotesi: • se il comune utilizza tutta la maggiorazione per aumentare il primo limite e porta, quindi, la somma IMU+TASI a 11,4 per mille per gli altri immobili e a 6,8 per mille l´abitazione principale, non potrà fissare un´aliquota TASI superiore al 2,5 per mille; • se, invece, il comune utilizza tutta la maggiorazione per aumentare il secondo limite, portando quindi l´aliquota TASI al 3,3 per mille, la somma IMU+TASI non potrà superare il 10,6 per mille per gli altri immobili e il 6 per mille l´abitazione principale. Nel secondo caso, vale a dire quello in cui il comune distribuisca la maggiorazione tra i due limiti, si può ipotizzare che lo stesso comune aumenti: ϖ dello 0,4 per mille, il primo limite del 10,6 per mille, portando quindi la somma IMU+TASI all´11 per mille per gli altri immobili e al 6,4 per mille per l´abitazione principale; ϖ del restante 0,4 per mille il secondo limite del 2,5 per mille, arrivando quindi ad aumentare l´aliquota TASI al massimo al 2,9 per mille. Il rispetto dei due limiti incrementati, come appena illustrato nei due casi precedenti, dovrà essere verificato con riferimento a tutte le fattispecie oggetto della deliberazione comunale, in modo che gli stessi non vengano superati per nessuna di esse. Per scaricare la circolare nella quale, peraltro, al fine di illustrare compiutamente la portata della disposizione in commento, vengono formulati al-

cuni esempi basati sull´esame delle deliberazioni pervenute al Ministero ***(Circolare del Dipartimento delle Finanze n. 2/DF del 29.7.2014)***.

«::::::::: GA :::::::::»

REDAZIONALI

L'ARMONIZZAZIONE DEI SISTEMI CONTABILI E DEGLI SCHEMI DI BILANCIO DEGLI ENTI TERRITORIALI E LORO ORGANISMI

della Dott.ssa Laura Ferrero e dell'Avv. Daniela Muntoni

Il primo gennaio 2015 entrerà in vigore, in modo graduato, il d. lgs. 10.8.2014, n. 126 recante disposizioni integrative e correttive al d. lgs. 23.6.2011, n. 118 in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio degli Enti territoriali e loro organismi strumentali. L'importante riforma obbligherà gli Enti destinatari a procedere ad una serie di variazioni significative delle proprie scritture contabili e, soprattutto, a un cambio di mentalità contabile nella rappresentazione delle proprie attività gestionali.

On January 1, 2015 shall come into force in a graduated manner, d. lgs. 10/08/2014, n. 126-laying of provisions supplementing and the d. lgs. 23.6.2011, n. 118 on the harmonization of you-tems accounting and the financial statements of local governments and their agencies instrumental. This important reform will force authorities recipients to carry out a number of variations-icant of its accounting records and, above all, a change of mentality in the accounting representation of their management activities.

Sommario: 1. Il d. lgs. 10.8.2014, n. 126. 2. Una riforma iniziata nel 2009. 3. I principali obiettivi della riforma. 4. Il cc.dd. "principio della competenza finanziaria potenziata". 5. Alcune implicazioni operative della riforma.

1. **Il d. lgs. 10.8.2014, n. 126**.

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 199 del 28.8.2014 è stato pubblicato il d. lgs. 10.8.2014, n. 126 recante disposizioni integrative e correttive al d. lgs. 23.6.2011, n. 118 in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio degli Enti territoriali e loro organismi strumentali.

L'importante riforma - che entrerà in vigore in modo graduato a partire dal 1° gennaio 2015 - si pone come obiettivo quello di rendere i bilanci delle Regioni e degli altri Enti territoriali e strumentali omogenei e confrontabili tra loro, anche al fine del consolidamento con i bilanci di tutte le amministrazioni pubbliche: cosiddetto *"gruppo amministrazione pubblica"*.

Sono escluse le aziende sanitarie ed ospedaliere il cui processo di armonizzazione contabile è stato attuato nel 2012 e disciplinato dal titolo secondo del d. lgs. 23.6.2011, n. 118.

2. **Una riforma iniziata nel 2009**.

Questo grande processo di riforma - avviato nel 2009 - obbligherà gli Enti destinatari a procedere ad una serie di variazioni significative delle proprie scritture contabili e, soprattutto, a un cambio di mentalità contabile nella rappresentazione delle attività gestionali.

L'ex ministro dell'economia Tommaso Padoa-Schioppa, con queste semplici parole, sintetizzava l'importanza dell'avere sistemi contabili e schemi di bilancio omogenei: *"La trasparenza del bilancio come bene pubblico non appartiene a nessun schieramento politico. L'attuale struttura è poco leggibile. È difficile individuare l'insieme di risorse dispo-*

*nibili per perseguire i diversi obiettivi e gli effetti della legge finanziaria (*ora legge di stabilità n.d.r.*) sul bilancio"*.

Il decreto legislativo in commento è il frutto dei risultati della sperimentazione che ha interessato dal 1.1.2012 circa 100 enti (4 Regioni, 12 Province, 49 Comuni, 20 Enti strumentali) e dell'intensa attività di un gruppo di lavoro interistituzionale (Stato, ANCI, UPI, Regioni, Istat, Abi, Ordine dei dottori commercialisti). La sperimentazione della riforma è stata estesa per il 2014 ad ulteriori 300 enti. Le Regioni, i Comuni, le Province, le Città metropolitane, le Comunità montane, le Comunità isolane, le Unioni di comuni, i Consorzi a cui partecipano gli Enti locali ed in generale gli Enti strumentali ai suddetti organismi dovranno adottare la contabilità finanziaria a cui affiancheranno - a fini conoscitivi - un sistema di contabilità economico-patrimoniale per garantire la rilevazione unitaria dei fatti gestionali sia sotto il profilo finanziario che economico-patrimoniale.

3. **I principali obiettivi della riforma** sono:

1. Conoscere i debiti effettivi degli Enti territoriali e dei loro organismi *"satellite"*;
2. Ridurre i residui attivi e passivi rendendo in tal modo il bilancio più *"pulito"*;
3. Adottare un piano dei conti comune per redigere un bilancio consolidato con i propri enti, organismi strumentali, aziende, società controllate e partecipate ed altri organismi controllati;
4. Garantire un monitoraggio ed un consolidamento dei conti pubblici dei vari livelli di governo in attuazione al principio dell'equilibrio di bilancio di cui all'art. 81 Cost. e alla l. n. 243/2012.

4. ***Il cc.dd. "principio della competenza finanziaria potenziata"***.

Fulcro del nuovo sistema di regole contabili è il cosiddetto *"principio della competenza finanziaria potenziata"*.

Attualmente le pubbliche amministrazioni che applicano il principio di competenza finanziaria, imputano le entrate e le spese nel periodo in cui i sorge il diritto a riscuotere un'entrata (accertamento) oppure l'obbligo a pagare una spesa (impegno). Con il nuovo principio di competenza "potenziato" le obbligazioni giuridicamente perfezionate (attive e passive) dovranno essere registrate nelle scritture contabili al momento della nascita ma dovranno essere imputate all'esercizio in cui le obbligazioni vengono a scadenza. Solo con la scadenza infatti l'obbligazione diviene esigibile e conseguentemente è possibile esercitare le azioni a tutela dell'adempimento. Nel caso in cui si tratti di un'attività di investimento, la cui copertura comporti impegni di spesa aventi scadenze in più esercizi finanziari, la pubblica amministrazione dovrà predisporre, al momento dell'attivazione del primo impegno, la copertura finanziaria per l'effettuazione della complessiva spesa in conto capitale. Per dare piena attuazione al principio di competenza *"potenziato"* il legislatore ha previsto l'istituzione del *"fondo crediti di dubbia esigibilità"*. In tal modo sarà possibile far emergere il disavanzo "nascosto" determinato dai residui attivi non più esigibili ed aiuterà gli enti a ritrovare l'equilibrio effettivo nel percorso di risanamento della finanza pubblica.

5. **Alcune implicazioni operative della riforma**.

Veniamo ora ad indicare alcune implicazioni operative della riforma. Innanzitutto essa impone agli amministratori di valutare i residui attivi (le entrate non riscosse) per stralciare dai conti quelle che oggettivamente non sarà più possibile incassare.

Questa *"operazione verità"* potrebbe comportare un importante disavanzo nei bilanci per la diffusa abitudine, da parte dei comuni, di conservare tra i residui attivi dell'ente crediti che, sebbene scaduti, siano di dubbia o difficile esazione.

Gli enti, con delibera della giunta e previo parere dell'organo di revisione economico-finanziario, dovranno procedere - contestualmente all'approvazione del rendiconto di gestione anno 2014 - al riaccertamento straordinario dei residui attivi e passivi (crediti inesigibili, debiti non pagati ecc.). In caso di man-

cata deliberazione si procederà allo scioglimento del consiglio comunale ai sensi dell'art. 141 del d.lgs. 18.8.2000 n. 267. Le modalità e i tempi di copertura dell'eventuale maggiore disavanzo al 1.1.2015 rispetto al risultato di amministrazione al 31.12.2014, saranno definiti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. Nelle more l'eventuale maggiore disavanzo di amministrazione determinato dal riaccertamento straordinario dei residui e dal primo accantonamento al fondo crediti di dubbia esigibilità verrà ripianato per una quota pari almeno al 10% l'anno.

La Corte dei Conti - Sezione delle Autonomie - ha evidenziato che su circa 7173 comuni esaminati l'importo complessivo dei residui attivi conservati, di sola parte corrente, ammonta a circa 33 mld di cui 13,4 mld riscossi nell'anno e oltre 17,6 mld ancora da riscuotere. La situazione più critica riguarda i comuni del sud con residui conservati per oltre 9,1 mld di euro dei quali solo il 27,5% è stato riscosso.

Al fine di dare rapida attuazione al dettato legislativo gli enti dovranno procedere da subito all'avvio della ricognizione dei residui attivi e passivi ed evitare così di arrivare al 30.4.2015 (data di approvazione del consultivo) senza un nulla di fatto e rischiare lo scioglimento del consiglio comunale.

«::::::::: GA :::::::::»

DIRITTO E GOVERNO DELL'ECONOMIA: I *"MINI BOND"* COME INCENTIVO ALLA CRESCITA ECONOMICA

del Dott. Sabato Vinci

Nell'articolo viene analizzato lo strumento dei mini-bond, focalizzando l'attenzione sulle ricadute pratiche degli stessi nel panorama giuridico ed economico italiano. Tali strumenti, alternativi rispetto al finanziamento bancario, rappresentano dispositivi giuridici utili per far sì che la finanza sia in grado di offrire sostegno alla crescita delle aziende, esplorando una via innovativa di emancipazione rispetto al canale tradizionale del ricorso al credito bancario. In particolare i "mini-bond", come istituto giuridico, sono stati costruiti sulla disciplina delle "cambiali finanziarie": sotto il profilo più strettamente economico, i primi sono ottimi congegni per sostenere gli investimenti e la crescita dimensionale, mentre le seconde sono particolarmente adeguate a finanziare il circolante.

The article analyzed the instrument of the mini-bond, focusing on the practical consequences of the same tools in the italian legal and economic landscape. Such tools, as alternatives to bank financing, represents legal arrangements useful to ensure that finance is able to provide support for companies growth, exploring an emancipation innovative way respect to the traditional channel of recourse to the bank credit. In particular, the "mini-bonds", as legal institution, wasbuilt on the discipline of "commercial paper": in more strictly economic terms, the first tool are excellent devices to support the investments and the dimensional growth, and the seconds are particularly relevant to finance the working capital.

Sommario: 1. Crescita economica e struttura industriale; 2. Le obbligazioni per le Pmi ("mini bond"); 3. Conclusioni.

1. Crescita economica e struttura industriale.

Porsi oggi il problema di affrontare la questione concernente il finanziamento delle imprese, per promuovere una fase di crescita nel sistema industriale, e quindi nell'eco-nomia italiana, significa soprattutto affrontare il tema del superamento del modello *"banco-centrico"*[1] su cui è fondato il modello italiano d'impresa.

Già nel 1776 Adam Smith scriveva nella sua opera più famosa, che la ricchezza delle nazioni consiste nella capacità di *"organizzare specializzazioni e complementarietà delle competenze e delle conoscenze"*.

La portata di questa intuizione, risulta inalterata anche nel contesto politico-economico contemporaneo, dove il benessere economico dei popoli continua essenzialmente a configurarsi quale conseguenza della capacità dei relativi sistemi industriali di generare reddito, occupazione e ricchezza diffusa: sotto questo profilo la sottocapitalizzazione nonchè il conseguente indebitamento rivelano sempre più la fragilità della struttura industriale italiana, ivi compresa l'assetto proprietario prevalentemente familiare.

Secondo i dati forniti negli studi del 2007 della Banca d'Italia, la dimensione media delle imprese italiane è pari a 4 dipendenti. La tendenza dell'Italia a basare il suo sistema industriale soprattutto su un sistema di piccolissima, piccola e media impresa non si è tuttavia modificato nel corso del tempo, anzi è andato consolidandosi ed ampliandosi.

Tutt'oggi le imprese che in Italia hanno meno di 20 addetti dispongono di una quota di mercato che supera del 16% il dato medio

[1] SPANO' M. E FIRPO S., *Finanziamento all'impresa: cosa propone il Governo,* LaVoce.info, 03.12.2013.

europeo (pari a quasi due volte e mezzo quello di Svizzera, Germania, Gran Bretagna), mentre le *"micro-imprese"* italiane sono tre volte quelle tedesche e superano di 10 punti percentuali la media europea.[2]

A fronte di ciò, si registra in Italia una scarsissima presenza di imprese con almeno 250 dipendenti: esse ammontano a poco più di un quarto dell'intera occupazione manifatturiera, mentre in Germania ne rappresentano il 52%, e il dato medio europeo è del 40%. Proprio la progressiva contrazione del numero delle grandi imprese, a partire dagli anni '70, rappresenta un elemento essenziale della crisi dell'industria italiana[3].

È tuttavia possibile interpretare la strutturale tendenza al *"nanismo"* delle aziende come una risposta di flessibilità che l'industria ha voluto imprimere al sistema produttivo, in necessaria controtendenza rispetto alla caratteristica rigidità del sistema italiano (nelle istituzioni, nell'economia, nel mondo della finanza).

La internazionalizzazione dei mercati ha tuttavia eliminato questo risvolto positivo della ridotta dimensione aziendale, palesando la realtà per cui essa da una parte frena la capacità di innovare prodotti e processi produttivi, dall'altra espone maggiormente le imprese alla concorrenza delle nuove economie emergenti.[4]

Proprio la *"dimensione aziendale"* rappresenta dunque oggi un fattore più che mai discriminante, in quanto sono le dimensioni a fornire le basi solide per investimenti in ricerca, innovazione e internazionalizzazione: le quali rappresentano sempre più una necessità più che una scelta per le aziende con una concreta volontà di futuro. Il mercato internazionale obbliga le attività industriali che non possono competere sul terreno del trascurabile costo del lavoro e dello scarso rispetto dei diritti umani, a innovare costantemente al fine di accumulare sempre nuovi vantaggi competitivi da impiegare nella battaglia della competizione globale.

Non è un caso che nell'ultimo decennio, sotto l'effetto dei tre shock rappresentati dall'euro, dal risveglio del gigante economico cinese, e dalla rivoluzione tecnologica, l'Italia abbia perso drammaticamente terreno: retrocedendo nelle produzioni in cui le serie sono più ampie, in quelle in cui è essenziale un maggiore utilizzo di tecnologie avanzate, ed ha visto peggiorare la propria collocazione nelle grandi *"catene del valore"* su cui è organizzata la produzione internazionale.[5]

La risposta macro-economica a questo problema - che ad opinione dello scrivente s'identifica nella necessità di mettere in campo una politica economica e industriale orientata allo sviluppo - non attiene alla presente trattazione. In questa sede, pendendo atto che la scarsa patrimonializzazione ed il ricorso all'indebitamento bancario a breve e medio termine quale forma prevalente di finanziamento rappresentano due importanti (e connessi) problemi alla base della modesta dimensionale delle aziende, si affronterà sotto il profilo del diritto dell'economia l'analisi di un particolare strumento di finanza straordinaria, utile in una prospettiva di sviluppo di un sistema industriale come quello italiano - dominato soprattutto da piccole e medie imprese - in funzione di un più generale effetto di stimolo sulla crescita dell'economia nazionale.

In termini generali, due sono gli ordini d'intervento sulla base dei quali è possibile immaginare astrattamente vie alternative al *bank credit*: rendere più ampie le possibilità per le piccole e medie imprese di rivolgersi al mercato dei capitali, attraverso una politica di maggiori opportunità in termini di emissioni obbligazionarie e minori vincoli per la quotazione in borsa; ovvero approntare una legislazione organizzata a sostegno di fusioni e acquisizioni d'imprese (posizione tradizionale dell'ABI).

Concentrandosi in questa sede sulla prima questione, va detto prima di tutto che - al di là del ruolo specifico degli operatori finanziari - la predisposizione di una serie di incentivi e operazioni di *moral suation* da parte del potere politico in un'ottica di governo dell'economia orientato allo sviluppo potreb-

[2] BANCA D'ITALIA, *Occasional Paper n. 193,* 2012.
[3] AMATORI, BUGAMELLI e COLLI, 2013.
[4] BANCA D'ITALIA, op. cit.

[5] VIESTI G., *La riscoperta della politica industriale per tornare a crescere*, Economia italiana, 2013.3.

be essere addirittura la strategia più rapida ed efficace per indirizzare verso il sistema industriale almeno una porzione dell'ampio risparmio privato degli italiani.

Quanto al ruolo particolare degli strumenti di tipo finanziario e degli operatori del settore, il cuore del problema consiste nel capire quali siano nel panorama giuridico-economico italiano, quelli potenzialmente più idonei a favorire una fase di crescita industriale, onde determinare la loro concreta possibilità di incidere nel breve termine. Uno dei più promettenti è rappresentato dai "mini-bond": obbligazioni pensate appositamente per le esigenze di finanziamento delle PMI.

2. Le obbligazioni per le pmi *("mini bond")*.

Il d.l. n. 83 del 22.6.2012 (c.d. *"Decreto Sviluppo"*), posto in essere dal Governo Monti, venne concepito nell'ottica di agevolare il rilancio dell'economia italiana prevedendo strumenti appositamente congegnati soprattutto per il finanziamento delle piccole e medie imprese.

Da un punto di vista squisitamente tecnico-giuridico il d.l., convertito dalla Legge 134 del 7.8.2012 modifica la preesistente Legge del 13.1.1994 n. 43 intitolata *"Disciplina delle cambiali finanziarie"*[6], tuttavia l'importanza fondamentale di questo atto sotto il profilo economico attiene al fatto che, innovando la disciplina per le cambiali finanziarie e introducendo i *"mini bond"* ha posto le premesse normative per la creazione di un più robusto canale di comunicazione tra il risparmio privato ed il sistema industriale delle piccole e medie imprese. La cifra che si considera da subito concretamente orientabile verso il sistema produttivo viene stimata nell'ordine di circa 21 miliardi di euro[7].

Il d.l. 83/2012 rende in questo modo possibile per le aziende di dimensioni medio-piccole, di emettere veri e propri *"titoli di credito"*, da collocare presso investitori qualificati, al preciso scopo di assicurarsi liquidità in denaro auspicabilmente impiegabile per finanziare processi di crescita e sviluppo industriale. Tali titoli possono essere emessi a breve scadenza (le *"cambiali finanziarie"*) oppure a medio-lungo termine (i cd *"mini bond"*).

Come già accennato, si tratta di strumenti innovativi di finanziamento pensati su misura per lo sviluppo delle imprese che abbiano caratteristiche strutturali ben precise. Prima di tutto la dimensione di esse dev'essere *"piccola"* o *"media"*.

Per *"piccole"* si intendono le imprese con meno di 50 dipendenti ed un fatturato annuo o uno stato patrimoniale annuo inferiore a 10 milioni di Euro, mentre per *"medie"* si intendono le imprese con meno di 250 dipendenti ed un fatturato annuo inferiore a 50 milioni di euro o un totale dell'attivo dello stato patrimoniale inferiore a 43 milioni di euro. Tali aziende inoltre non devono essere quotate presso mercati regolamentati. In aggiunta a ciò la nuova legge del 13.01.1994, così come modificata dal d.l. 83/2012, prevede inoltre una serie di garanzie, in particolare[8] agli art. 1 e 1 *bis.*

Il d.l. 83/2012 prevede che le PMI che sono in possesso di tutti i requisiti per le cambiali finanziarie, godano anche della possibilità di emettere strumenti obbligazionari. Questi possono essere anche "ibride": possono in altre parole prevedere anche clausole di partecipazione agli utili e di subordinazione, purché la loro scadenza non sia inferiore ai 60 mesi.[9]

La disciplina in merito a questi nuovi strumenti finanziari è dettata dall'art. 32 del d.l. 83/2012, il quale interviene sul codice ci-

[6] La riforma intende favorire soprattutto le piccole e medie imprese. Sono considerate *"piccole"* le imprese che abbiano meno di 50 dipendenti ed un fatturato annuo o uno stato patrimoniale annuo inferiore a 10 milioni di Euro. Sono invece considerate "medie" le imprese con meno di 250 dipendenti ed un fatturato annuo inferiore a 50 milioni di euro o un totale dell'attivo dello stato patrimoniale inferiore a 43 milioni di euro. (NewsLetter *"Il Decreto Sviluppo: i mini bond"* di Coccia, De Angelis, Pardo e Associati, Studio Legale e Tributario).

[7] Stime de IL SOLE 24 ORE.

[8] AMATO G. E BEZZI E., Rivista DBDirittoBancario, *Nuovi strumenti di finanziamento: minibond e cambiali finanziarie*.

[9] COCCIA, DE ANGELIS, PARDO E ASSOCIATI, *Il Decreto Sviluppo: i mini-bond*, sito internet, 22.11.2012.

vile modificando l'art. 2412 mediante l'introduzione di un principio di parità di trattamento sotto il profilo legale e fiscale tra le società quotate e quelle non quotate per quanto riguarda l'emissione di obbligazioni.

Il primo comma di detto art. 2412 del codice civile prescrive infatti che *"la società può emettere obbligazioni al portatore o nominative per somma complessivamente non eccedente il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato. I sindaci attestano il rispetto del suddetto limite"*. Al calcolo di tale limite espresso nel primo comma peraltro *"concorrono gli importi relativi a garanzie comunque prestate dalla società per obbligazioni emesse da altre società, anche estere"*.

Ancora più interessanti risultano tuttavia le disposizioni previste ai successivi coo. 2, 3 e 5 del medesimo articolo. In particolare il co. 2 prevede che: *"Il limite di cui al primo comma può essere superato se le obbligazioni emesse in eccedenza sono destinate alla sottoscrizione da parte di investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali. In caso di successiva circolazione delle obbligazioni, chi le trasferisce risponde della solvenza della società nei confronti degli acquirenti che non siano investitori professionali"*. Mentre il co. 3 sancisce che *"Non è soggetta al limite di cui al primo comma, e non rientra nel calcolo al fine del medesimo, l'emissione di obbligazioni garantite da ipoteca di primo grado su immobili di proprietà della società, sino a due terzi del valore degli immobili medesimi"*.

La norma consente dunque di organizzare operazioni di emissione di mini-bond anche servendosi di portafogli di immobili quali garanzia reale in forma di ipoteca[10]. Più in particolare, le garanzie che è possibile prevedere nelle operazioni di emissione di mini-bond possono essere sia *"reali"* (per es. ipoteca e pegno) che *"personali"* (ad es. contrato di fideiussione e contratto autonomo di garanzia).

Concentrandosi in particolare sulle garanzie reali, oltre all'ipoteca il debitore, o un terzo per lui, può servirsi altresì di un altro strumento: il pegno[11], che tuttavia implica due conseguenze necessarie: da una parte la consegna del bene mobile oggetto di pegno ovvero del documento che conferisce l'esclusiva disponibilità del bene stesso; dall'altra, a differenza di ciò che accade nel caso dell'ipoteca, la costituzione del pegno non offre la possibilità di giovarsi di nessun vantaggio legale per ciò che riguarda il superamento dei limiti patrimoniali consentiti nell'emissione del prestito obbligazionario.[12]

Sempre per ciò che attiene alle garanzie reali, il d.l. 145/2013 (c.d. *"Destinazione Italia"*) modifica ancora l'art. 46 del Testo Unico Bancario (rubricato come *"Finanziamenti alle imprese: costituzione di privilegi"*).

Questo originariamente consentiva che il finanziamento a medio-lungo termine concesso alle aziende dagli istituti di credito potesse essere garantito attraverso la costituzione di privilegi[13] i quali potevano però riguardare unicamente i *"beni mobili destinati all'esercizio dell'attività d'impresa"*.

Il d.l. 145/2013 estende questa opportunità anche ad *"obbligazioni e a titoli similari"* (quali appunto sono proprio i mini-bond e le cambiali finanziarie), a condizione che questi vengano sottoscritti soltanto da investitori qualificati e la loro circolazione rimanga limitata soltanto a questo tipo di investitori.[14]

Ex co. 2 dello stesso art. 46 del TUB inoltre *"il privilegio, a pena di nullità, deve risultare da atto scritto. Nell'atto devono essere esattamente descritti i beni e i crediti sui quali il privilegio viene costituito, la banca creditrice, il debitore e il soggetto che ha concesso il privilegio, l'ammontare e le condizioni del finanziamento nonché la somma di denaro per la quale il privilegio viene assunto"*.

[10] *Ex* art. 2808 c.c. l'ipoteca è un "diritto reale di garanzia che attribuisce al creditore il potere di espropriare i beni oggetto della garanzia, siano essi del debitore o di un terzo, e di essere preferito agli altri creditori sul prezzo ricavato dalla espropriazione".

[11] *Ex* art. 2784 c.c. il pegno è un "diritto reale di garanzia costituito su beni mobili del debitore o di un terzo a garanzia dell'obbligazione del debitore".

[12] D'AURIA C., Allen & Overy, *Il sistema delle garanzie a supporto dell'emissione di minibond*, DBDirittoBancario, Marzo 2014.

[13] *Ex* art. 2745 c.c. il privilegio è in generale "una causa di prelazione accordata dalla legge al creditore in considerazione della particolare natura del credito".

[141414] D'AURIA C., op. cit.

Il co. 5 dell'art. 2412 del c.c., prescrive inoltre che *"I commi primo e secondo non si applicano alle emissioni di obbligazioni destinate ad essere quotate in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione ovvero di obbligazioni che danno il diritto di acquisire ovvero di sottoscrivere azioni"*.

Proprio tale comma è così stato modificato dall'art. 26 dell'art. 32 del d.l. 22.6.2012, n. 83 (convertito, con modificazioni, dalla Legge del 7.8.2012, n. 134): viene in questo modo eliminato, qualsiasi riferimento al soggetto - la società quotata - che ha la possibilità di emettere tali bond ai quali *"non si applicano"* i primi due commi dell'art. 2412 c.c.

Questi nuovi strumenti obbligazionari, soprannominati *mini-bond*, hanno la possibilità di scegliere se quotarsi o meno sui mercati regolamentati e su sistemi multilaterali di negoziazione (MTF).[15]

Nel suo complesso dunque la nuova disciplina delle *"mini-obbligazioni"* pensata appositamente per le piccole e medie imprese: elimina il limite di legge per cui le società non quotate potevano emettere obbligazioni solo per un valore fino al due volte il proprio patrimonio netto; prevede che società quotate e società non quotate godano dei medesimi vantaggi sotto il profilo fiscale: in particolare entrambe possono oggi dedurre sia i costi di emissione che gli interessi passivi, mentre sono esenti dalla ritenuta d'acconto in presenza di investitori provenienti da Paesi della *white list*; incentiva l'apertura anche di imprese di piccola dimensione al mercato internazionale dei capitali.

Da ultimo meritano attenzione altre due considerazioni fondamentali ai fini del corretto inquadramento della normativa.

In particolare, da una parte il *"tasso di interesse"* non potrà essere inferiore al Tasso Ufficiale di Riferimento vigente; dall'altra viene prevista una *"cedola annuale"* da versarsi perentoriamente entro 30 giorni dall'approvazione del bilancio.[16]

3.Conclusioni.

L'utilizzo dei mini-bond è divenuto nel giro di tre anni sempre più diffuso tra le piccole e medie imprese desiderose di accedere al mercato al fine di recuperare risorse di finanziamento in alternativa al credito bancario.

Secondo i dati forniti dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, le emissioni vanno da un minimo di 5 milioni di euro ad un massimo di 200 milioni di euro. La società di consulenza strategica Cse-Crescendo ha recentemente analizzato i 35 minibond quotati sull'ExtraMot Pro da metà febbraio a fine agosto 2014 per un totale di 1,193 miliardi di euro: solo 152 milioni sono stati investiti per la crescita e l'innovazione, a fronte di 813 milioni utilizzati per rifinanziare il debito già contratto con gli istituti di credito e 73 milioni raccolti da aziende già quotate. In altri termini dunque, il mercato è in espansione, seppur con proprie peculiari caratteristiche: fenomeno confermato dal notevole interesse delle strutture bancarie ad entrare nel mercato di *"mini-bond"* e *"cambiali finanziarie"* mediante fondi appositamente creati.[17]

Da ultimo a livello legislativo è intervenuto sulla materia dei mini-bond, attraverso previsioni soprattutto sul piano fiscale, il d.l. 91/2014 prevedendo una serie di importanti novità.

Prima di tutto viene prevista la creazione di un trattamento analogo sotto il profilo fiscale per le obbligazioni emesse dalle società, quotate o non quotate che siano. Più in particolare, la nuova norma sancisce la possibilità anche per le società non quotate di procedere a emissioni di titoli obbligazionari, godendo dell'esenzione dall'applicazione della ritenuta sugli interessi ed altri proventi corrisposti sulle obbligazioni.

Nel caso in cui i titoli obbligazionari siano sottoscritti da investitori qualificati[18] inoltre,

[15] KPMG, *Finanza per la crescita: corporate bond e strumenti alternativi*, pubblicazione interna.
[16] AMATO G. E BEZZI E., op. cit.

[17] BEBEEZ, *Dati su private equity, venture capital e private debt in Italia*, 13.10.2014.
[18] Gli *"Investitori Qualificati"* ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. h del D.M. 228/1999, *"Regolamento recante norme per la determinazione dei criteri generali cui devono essere uniformati i fondi comuni di investimento"* adottato dal Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica con decreto del 24.5.1999, n. 228 e successivamente modificato con decreto del 22.5.2000, n. 180 e con decreto del 31.1.2003, n. 47 e con decreto del

le società non quotate godono della possibilità di dedurre gli interessi passivi corrisposti su di essi sulla base di una disciplina analoga a quella delle società quotate in mercati regolamentati: nei limiti del 30% del reddito operativo lordo (Rol) dato dall'ultimo bilancio approvato. In fine, viene prevista una disciplina fiscale agevolata per i risparmiatori, che si traduce nella possibilità per gli stessi di corrispondere un'imposta sui titoli acquistati nella misura del 20% dell'interesse maturato sull'obbligazione medesima, a condizione che i titoli obbligazionari in oggetto vengano scambiati su mercati regolamentati. Interessante notare peraltro come, a fronte di ciò, a partire dal 1 luglio 2014 l'imposta sulle rendite finanziarie venga aumentata al 26%.

Che un nuovo canale di finanziamento alle imprese, alternativo rispetto a quello bancario, possa consolidarsi sulla base del nuovo strumento dei titoli obbligazionari per piccole e medie imprese, costituisce dunque oggi una scommessa interessante per il futuro, avvalorata dalla fase di sviluppo progressivo che proprio i "mini bond" stanno attraversando, seppur non ancora sufficiente a impegnare cifre paragonabili a quelle degli istituti di credito.

La scommessa da vincere in Italia per supportare lo sviluppo dei finanziamenti alternativi rispetto a quelli di origine bancaria, è rappresentata dunque da una parte dallo sviluppo di fondi di investimento specializzati in mini-bond e dall'altra nell'irrobustimento dei fondi di *private equity* unitamente ad una precisa strategia da parte della pubblica amministrazione, idonea a sollecitare un cambio di mentalità all'interno del panorama imprenditoriale italiano mediante opportune operazioni di *moral suation* finalizzate ad incoraggiare l'apertura del capitale delle aziende.

Ciò posto, si può dunque desumere che - almeno in una prospettiva di medio periodo - è soprattutto sugli interventi di politica pubblica (debito pubblico, sistema fiscale, ricerca, efficienza del sistema giudiziario) che l'Italia deve puntare in modo sostanziale per dare slancio allo sviluppo del proprio sistema industriale, gettando le basi per una nuova fase di crescita economica.

14.10.2005, n. 256 sono: a) imprese di investimento, banche, agenti di cambio, società di gestione del risparmio (SGR), società di investimento a capitale variabile (SICAV), fondi pensione, imprese di assicurazione, società finanziarie capogruppo di gruppi bancari, soggetti iscritti negli elenchi previsti dagli articoli 106, 107 e 113 del d.lgs. 1.9.1993 n. 385; b) soggetti esteri autorizzati a svolgere, in forza della normativa in vigore nel proprio Paese di origine, le medesime attività svolte dagli investitori predetti; c) fondazioni bancarie, persone fisiche, persone giuridiche e altri enti in possesso di specifica competenza ed esperienza in operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dalla persona fisica o dal legale rappresentante della persona giuridica o dell''ente.

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, V del 28.8.2014, n. 4409

Il termine perentorio per deliberare nuove misure tributarie: l´autorizzazione del Prefetto di approvazione del bilancio di previsione oltre il termine previsto dalla legge non comporta anche il differimento il termine per l'approvazione delle aliquote e delle tariffe.

Nel giudizio in esame assume il Comune di Stefanaconi che il termine del 30.11.2013, per deliberare le nuove misure tributarie rispetto all'anno precedente, non avrebbe natura perentoria, ma ordinatoria, sicché la delibera approvata oltre il suddetto termine sarebbe valida. La censura è infondata. La perentorietà del termine previsto dall'art. 1, co. 169, della l. n. 296 del 2006 è desumibile dal dato testuale della disposizione ("dette deliberazioni, anche se approvate successivamente all'inizio dell'esercizio purché entro il termine innanzi indicato, hanno effetto dal 1°gennaio dell'anno di riferimento. In caso di mancata approvazione entro il suddetto termine, le tariffe e le aliquote si intendono prorogate di anno in anno"). Il termine cui fa riferimento la citata disposizione è quello di approvazione della deliberazione del bilancio annuale di previsione degli enti locali, che per l'anno finanziario 2013 è stato fissato al 30.11.2013 dall'art. 8 del d.l. 31.8.2013, n. 102, convertito con modificazioni in l. 28.10.2013, n. 124. Poiché la delibera di aumento delle aliquote è stata approvata successivamente al 30.11.2013 (il 2 dicembre 2013), le nuove aliquote non sono applicabili all'anno 2013. Nel caso di specie, il Prefetto ha autorizzato il Comune di Stefanaconi ad approvare il bilancio di previsione oltre il termine previsto dalla legge. Osserva la Sezione che la disposizione concernente tale autorizzazione ha natura eccezionale ed è finalizzata ad evitare le gravi conseguenze che conseguono alla mancata approvazione del bilancio da parte dell'ente locale. Il termine di 20 giorni entro il quale approvare il bilancio su impulso prefettizio non differisce i termini per l'adeguamento dell'aliquota, sicché il rispetto dello stesso consente soltanto di evitare le gravi conseguenze collegate alla sua inosservanza, quali lo scioglimento del consiglio comunale. In assenza di una specifica ulteriore disposizione di legge, tale autorizzazione non comprende il termine per l'approvazione delle aliquote e delle tariffe, che trovano compiuta ed autonoma disciplina nel citato art. 1, comma 169, l. n. 296 del 2006 che contiene, peraltro, previsioni sanzionatorie, quale l'inapplicabilità delle nuove tariffe e aliquote, ove approvate dopo il termine del 30 novembre (cfr., delibera n. 4 del 14.1.2014 della Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Calabria; CdS, V, 17.7.2014, n. 3808).

Corte dei Conti Sez. II giurisdizionale centrale di appello del 5.9.2014, n. 534

Corte dei Conti: quando l´utilizzazione dei buoni pasto integra un danno erariale.

La vicenda giunta davanti alla Corte dei Conti Sezione Giurisdizione centrale di appello prende le mosse da una ispezione amministrativa effettuata dal 24 al 27.2.1999 dal Dipartimento Amministrazione Penitenziaria del Ministero della Giustizia, presso il Centro per la Giustizia Minorile di Napoli. Dall´ispezione emergeva che il citato centro di giustizia minorile erogava illegittimamente a favore di alcuni dei suoi dipendenti buoni-pasto per un controvale complessivo di € 85.700,00 (all'epoca 165.933.000 Lire), somma pari quasi alla metà dei buoni erogati da tutte le Amministrazioni italiane. L'illegittimità di tali buoni pasto - accertata prima dalla Sezione Giurisdizionale per la Regione Campania con sentenza n. 1521/2008 - é stata confermata in secondo grado dalla seconda sezione centrale di appello della Corte dei Conti con sentenza del 5 settembre 2014, nella quale si evidenzia come la loro erogazione sia avvenuta in violazione della normativa di settore disciplinante le modalità di concessione di tale

beneficio nei confronti del personale delle P.A., contrattualizzato e non. Difatti, mentre la normativa subordina l'erogazione del beneficio in questione all'effettuazione da parte del dipendente della pausa pranzo, prevedendo espressamente che il buono-pasto spetta di norma solo se l'orario di lavoro viene prolungato di una pausa per il pranzo di 30 minuti almeno, nel Centro di Giustizia minorile di Napoli il buono-pasto veniva concesso senza che la pausa pranzo fosse effettuata e dunque, in mancanza di uno dei presupposti fondamentali per la sua erogazione. Sulla base di tali considerazioni, la Corte dei Conti ha affermato la sussistenza della responsabilità amministrativa in capo ad alcuni Responsabili e Dirigenti del citato centro, respingendo le doglianze proposte da questi in merito alla pretesa mancanza, da parte degli stessi, di quelle specifiche competenze concernenti la gestione della spesa per la liquidazione dei buoni-pasto, per cui non potrebbe loro imputarsi né una violazione di obblighi di servizio, né un nesso causale fra la condotta e il danno erariale determinato dall'erogazione "a pioggia" dei detti buoni, elementi che costituiscono presupposti indefettibili per rinvenire una responsabilità amministrativa dei citati soggetti. Difatti la Corte dei Conti ha affermato la colpevole violazione dei doveri d'ufficio relativi all'accertamento delle condizioni per la concessione dei buoni-pasto (e quindi il citato nesso causale tra condotta e danno erariale) tanto dei Responsabili del Centro di Giustizia Minorile di Napoli, poiché essi avevano specifiche competenze gestorie come funzionari delegati (agenti contabili), di cui non si potevano spogliare semplicemente delegando a terzi la verifica in concreto della spettanza del beneficio (soprattutto perché negli elenchi e negli atti redatti da terzi risultava che la pausa pranzo non veniva effettuata); quanto dei Dirigenti dei singoli servizi che, pur essendo subordinati al Centro di Giustizia Minorile, avevano sia competenze proprie sull'attività svolta dai dipendenti del proprio ufficio (potendo quindi disporre sulla effettuazione o meno della pausa-pranzo), sia la competenza affidata dai Responsabili Del citato centro di disporre gli elenchi degli aventi diritto ai buoni. In conclusione, la seconda sezione centrale di appello della Corte dei Conti ha confermato la sussistenza di tutti i presupposti della responsabilità amministrativa dei funzionari parti in causa, affermando che gli stessi, pur essendo ben a conoscenza della mancanza delle condizioni necessarie per la concessione dei buoni-pasto, hanno ciò nonostante consentito l'erogazione degli stessi a vario titolo, commettendo così una cosciente violazione dei rispettivi obblighi di servizio (segnalazione della Dott.ssa Eleonora Finizio della sentenza della Corte dei Conti Sez. II giurisdizionale centrale di appello del 5.9.2014, n. 534).

Corte dei Conti, Sez. Giur. Lazio del 10.9.2014, n. 665

Il danno erariale derivante dal conferimento, non in via temporanea, di mansioni superiori dirigenziali.

La Corte dei Conti nella sentenza in esame ha evidenziato che "Nel meccanismo di legge, l'attribuzione di superiori mansioni dirigenziali è provvedimento temporaneo proprio perché è preordinato esclusivamente a consentire la copertura di carenze di organico durante il periodo strettamente necessario (valutato ex lege in sei mesi-un anno) per indire ed espletare le ordinarie procedure per la loro copertura. Tale temporaneità, pertanto, deve essere necessariamente ed in concreto assicurata onde evitare il consolidamento di posizioni che contrastano, prima ancora che con le specifiche norme di legge sull'attribuzione degli incarichi citate dalla Procura, con le ordinarie e generali regole sull'organizzazione amministrativa, delle quali la regola dell'assunzione per specifici profili professionali tramite concorsi costituisce una regola generale, a garanzia della quale il divieto di attribuzione stabile a mansioni superiori (già espresso nell'art. 56 del d.lgs. n. 29/93 e poi confluito nell'attuale art. 52 del d.lgs. n. 165/2001) è posto. Di tale garanzia è fatto carico ai soggetti che, per le loro competenze, sono in grado di incidere sull'esistenza e sulla protrazione degli incarichi in questione, i quali devono porre in essere le condizioni affinchè gli incarichi conferiti rimangano entro i limiti di legge. Cosa diversa, infatti, è che il fatto che tale elemento è richiesto dalla legge, rispetto al fatto che un termine

temporale sia espressamente stabilito, in concreto, nei singoli atti di conferimento. La previsione di legge (il citato art.52 del d.lgs. n. 165/2001) non incide sull'effettiva esistenza ed efficacia degli incarichi che perdurino anche oltre il termine massimo ivi previsto, ma unicamente sulla loro illegittimità (ed illiceità) concretando la previsione, leggibile "al contrario" dalla disposizione stessa, che una proroga disposta o consentita in assenza di tale condizione –l'indizione di procedure per la copertura dei posti vacanti in organico- è illegittima. Al contrario, una previsione della durata massima degli incarichi,che sia contenuta nella stessa determinazione di conferimento, incide direttamente sull'esi-stenza degli incarichi stessi, determinandone la caducazione al termine del periodo di durata previsto.

Solo una tale previsione, pertanto, è in grado di evitare il risultato, contrario alla lettera ed allo spirito della legge, che dipendenti dell'amministrazione siano adibiti a superiori mansioni perun periodo superiore ai sei mesi in assenza dell'indizione di ordinarie procedure per la copertura delle carenze di organico che, asseritamente, gli incarichi sono tesi a coprire e che, per legge, solo a fronte di tale temporanea necessità trovano giustificazione".

«::::::::: GA :::::::::»

GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

MANIFESTAZIONI SPORTIVE: IN GAZZETTA UFFICIALE IL DECRETO LEGGE PER IL CONTRASTO A FENOMENI DI ILLEGALITÀ E VIOLENZA

E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 194 del 22.8.2014 il decreto legge n. 119/2014 recante "Disposizioni urgenti in materia di contrasto a fenomeni di illegalita' e violenza in occasione di manifestazioni sportive, di riconoscimento della protezione internazionale, nonche' per assicurare la funzionalita' del Ministero dell'interno." ***(d.l. 22.8.2014, n. 119)***.

«::::::::: GA :::::::::»

SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO: IN VIGORE LA LEGGE PER IL RISARCIMENTO DEL DANNO

In data 21.8.2014 è entrata in vigore la legge dell'11.8.2014, n.117, di conversione del d.l. del 26.6.2014, n. 92 (in G.U. n.192 del 20.8.2014) che prevede rimedi risarcitori per i detenuti che hanno subito un trattamento inumano, in violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.La legge segue la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dell'8 gennaio 2013 così detta "causa Torreggiani e altri" contro lo Stato Italiano. Nel caso di specie i detenuti ristretti nel carcere di Busto Arsizio e di Piacenza, nel periodo che va dall'anno 2006 al 2013, lamentavano, oltre a problemi di varia natura (ridotta distribuzione di acqua calda, finestre strette, ecc.), la mancanza di spazio vitale nelle rispettive celle, avendo tutti diviso celle di 9 mq con altre due persone e, pertanto, potendo avere a disposizione uno spazio personale di soli 3 mq, ulteriormente ridotto dalla presenza di mobilio nelle celle.La Corte pur rilevando che le misure privative della libertà comportano per il detenuto di per sé alcuni inconvenienti, rammenta tuttavia che la carcerazione non fa perdere al detenuto il beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione.Al contrario, la persona incarcerata potrebbe avere bisogno di una maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato. In questo contesto l'art. 3 pone, infatti, a carico delle autorità un obbligo positivo consistente nell'assicurare che ogni prigioniero sia detenuto "in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana" e che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad uno stato di sconforto eccedente l'inevitabile livello di sofferenza e assicurando comunque la salute e il benessere del detenuto.Ora, la Corte ritiene che quando il sovraffollamento carcerario raggiunge un certo livello, la mancanza di spazio in un istituto penitenziario può costituire elemento centrale da prendere in considerazione nella valutazione della non conformità di una data situazione a quanto sancito dall'art. 3. Infatti la Corte, quando si è dovuta occupare di casi di sovraffollamento grave, ha giudicato che tale elemento, da solo, costituisce violazione della norme predetta. Invero tra gli elementi considerati sintomatici della violazione dell'art. 3 della Convenzione, figura anche la l'impossibilità di utilizzare i servizi igienici in modo riservato, l'insufficiente aerazione, limitazioni di accesso alla luce e all'aria naturale, la qualità del riscaldamento e il rispetto delle esigenze sanitarie di base. La Corte nel-

la sua giurisprudenza ritiene, in particolare, che i detenuti beneficiano di un adeguato spazio vitale solo se le dimensioni delle celle collettive sono almeno di quattro metri quadrati per ciascuno. Su questa base sono stati accolti i ricorsi dei detenuti e lo Stato Italiano è stato condannato al risarcimento del danno patito dai predetti.La nuova normativa in commento alla luce di quanto esposto apporta, innanzitutto, modifiche alla l. 26.7.1975 n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), inserendo nel corpo del testo l'art. 35 ter rubricato "rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati". Viene stabilito, in particolare, che quando al detenuto derivi un pregiudizio all'esercizio dei propri diritti e ciò a causa dell'inosservanza della legge o del regolamento da parte dell'ammini-strazione penitenziaria (vedi art. 69, co. 6, lett. B, l.354/75) al medesimo, ristretto per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione europea, spetta a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari nella durata di un giorno per ogni dieci di detenzione avvenuta in condizioni non conformi. Invero quando il periodo di pena ancora da espiare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale predetta, il detenuto ha diritto – per il periodo residuo – alla liquidazione di euro 8,00 per ciascuna giornata detentiva trascorsa in condizioni incompatibili col rispetto della dignità umana.Il risarcimento di 8 Euro al giorno spetta altresì a coloro che:- abbiano subito il pregiudizio in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espiare;- la detenzione sia stata inferiore a quindici giorni;- abbiano terminato di espiare la pena detentiva. Il rimedio risarcitorio deve essere proposto al magistrato di sorveglianza se la pena è ancora da espiare; al contrario per coloro che si trovano in stato di custodia cautelare in carcere, non computabile nella determinazione della pena da espiare, ovvero per coloro che hanno terminato di espirare la pena detentiva, è competente il Tribunale in composizione monocratica del capoluogo del distretto nel cui territorio ha la residenza l'ex-detenuto. In quest'ultimo caso l'azione deve essere proposta, a pena di decadenza, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere ed il Tribunale decide con decreto che non è soggetto a reclamo. La legge in commento introduce, altresì, dei cambiamenti in ordine alla custodia cautelare e prevede un innalzamento dell'età per poter usufruire dei benefici stabiliti dall'ordinamento minorile in materia di provvedimenti restrittivi. Per quanto attiene alla custodia cautelare in carcere, la medesima non potrà essere disposta se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva da eseguire non sarà superiore a tre anni: potranno essere applicati solo gli arresti domiciliari. La norma tuttavia non è applicabile se si tratta di delitti ad elevata pericolosità sociale (tra cui mafia e terrorismo, rapina ed estorsione, furto in abitazione, stalking e maltrattamenti in famiglia) ovvero nel caso in cui il soggetto non abbia un luogo idoneo dove scontare gli arresti domiciliari. Viene ribadito invece il divieto assoluto del carcere preventivo e degli arresti domiciliari nei processi destinati a chiudersi con la sospensione condizionale della pena. Inoltre, salvo che non ricorrano esigenze processuali o di sicurezza, l'imputato scarcerato per gli arresti domiciliari potrà raggiungere l'abitazione senza accompagnamento delle forze dell'ordine. Naturalmente la violazione degli arresti domiciliari comporta l'esecuzione della pena in carcere ferma restando la normativa da applicare per l'allontanamento dal domicilio.In merito all'innalzamento dell'età, la legge estende, inoltre, a coloro che non hanno ancora compiuto 25 anni (anziché 21 come attualmente previsto) le norme di favore dettate dal diritto minorile sui provvedimenti restrittivi salvo che il soggetto non sia ritenuto dal giudice socialmente pericoloso.Viene introdotta, infine, una deroga al regime ordinario che consentirà al CSM, in via eccezionale, qualora l'organico sia scoperto di oltre il 20% di po-

sti, di destinare alla magistratura di sorveglianza anche i giudici di prima nomina (solo per quelli nominati con decreto del Ministero della Giustizia del 20.2.2014); viene disposto, inoltre, un aumento delle unità di polizia penitenziaria ed il personale appartenente ai ruoli del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria non potrà essere comandato o distaccato presso altre pubbliche amministrazioni. Il costo totale delle somme che graveranno sulle casse dello Stato da oggi fino al 2016 è pari al rilevante importo di 20,3 milioni di euro.Da ultimo si segnalano i dati diramati dal Ministero della Giustizia delle capienze effettive dei detenuti presenti al 31 luglio 2014 (110,14%); dal confronto con quelli pubblicati al 31 dicembre 2013 (131,07%) si registra una costante diminuzione della popolazione detenuta dovuta ad altri recenti interventi normativi. In particolare dalla comparazione tra regioni si rileva che a luglio il più alto tasso di sovraffollamento si registra in Puglia (140,07%), seguita dal Molise (135,40%), Veneto (129,84%), Abruzzo (127,67) e Lombardia (127,45%). Le regioni dove, al contrario, sono presenti il minor numero di detenuti sono il Trentino Alto Adige (59,13%), la Valle d'Aosta (81,11%) e la Sardegna (78,96%) ***(Nota della Dott.ssa Laura Ferrero e dell'Avv. Daniela Muntoni alla l. n. 117/2014 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 192 del 20.8.2014)***.

«::::::::: GA :::::::::»

REDAZIONALI

RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE DELLA P.A.: PRESUPPOSTI E QUANTIFICAZIONE DEL DANNO RISARCIBILE

della dott.ssa Tiziana Molinaro

Il Consiglio di Stato torna ad occuparsi degli aspetti relativi alla responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione nel settore delle procedure ad evidenza pubblica.

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. La sentenza del Consiglio di Stato del 15.9.2014, n. 4674. 3. La quantificazione del danno risarcibile per responsabilità precontrattuale della P.A..

1. Premessa.

La P.A la cui condotta, indipendentemente dall'esito del procedimento amministrativo, sia contraria ai principi di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 c.c., risponde per responsabilità pre-contrattuale.

Tale regola di condotta, secondo la quale è posto l'obbligo per le parti di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, impone anche all'amministrazione di comportarsi lealmente durante la fase delle trattative precedenti la stipula di un contratto e di attivarsi per salvaguardare l'utilità dell'altra parte nei limiti di un apprezzabile sacrificio evitando di coinvolgerla in trattative inutili.

L'iter che ha condotto a un simile risultato è stato lungo e caratterizzato da alcune tappe fondamentali.

In un primo lasso temporale era del tutto esclusa la possibilità di configurare una qualsiasi responsabilità a carico della P.A. per *culpa in contraendo* in quanto il giudice ordinario, al fine di riconoscere una forma di tutela a favore del privato, avrebbe dovuto conoscere dell'esercizio del potere discrezionale in capo alla stessa P.A.,circostanza, questa, che lo avrebbe portato oltre i limiti fissati dalla giurisdizione ordinaria in violazione del principio di separazione dei poteri e di riserva di amministrazione.

Successivamente, con la sentenza Cass., sez. un., 12.7.1961, n. 1675, veniva riconosciuta per la prima volta una forma di responsabilità precontrattuale della P.A..

Tuttavia, tale riconoscimento veniva circoscritto a due ipotesi ben precise, vale a dire, in caso di ingiustificato recesso della PA da una trattativa privata e nel caso di violazione del dovere di correttezza e buona fede nel rapporto instauratosi in seguito all'aggiudicazione della gara. In queste due sole ipotesi i giudici riconoscevano che la P.A., spogliata dei propri doveri pubblicistici, operasse come un qualunque altro soggetto.

Solo con CdS, Ad. Plen. 5.9.2005, n.6 riconosceva la responsabilità precontrattuale della P.A. anche quando vi fosse una posizione di parità con il privato interessato, e cioè, nell'ambito di una procedura pubblicistica di aggiudicazione, in caso di revoca dell'aggiudicazione con provvedimento lesivo dei principi di buona fede e correttezza.

2. La sentenza del Consiglio di Stato del 15.9.2014, n. 4674.

Con la recente sentenza del CdS, 15.9.2014, n. 4674, i giudici amministrativi tornano ad esaminare il tema della responsabilità precontrattuale della PA durante la procedura ad evidenza pubblica.

Essenzialmente sono due i profili salienti oggetto della sentenza in esame: i presupposti della responsabilità precontrattuale della P.A. e, in secondo luogo, la quantificazione del danno risarcibile nelle ipotesi di responsabilità precontrattuale.

Per quanto attiene al primo profilo, il Consiglio di Stato, dopo aver delineato con attenzione le principali tappe attraverso le quali si è evoluto l'istituto della respon-sabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, ribadisce come, secondo la giurisprudenza amministrativa, sia possibile configurare una responsabilità precontrattuale della P.A. non solo nell'ipotesi di svolgimento di un'attività amministrativa illegittima, bensì anche in presenza di un provvedimento amministrativo legittimo.

Entrando poi nel merito delle procedure ad evidenza pubblica, ambito oggetto della pronuncia in esame, il Consiglio di Stato, ribadisce le specifiche ipotesi in cui si configura una responsabilità precontrattuale in capo all'amministrazione, vale a dire, revoca dell'indizione della gara e dell'aggiudicazione a causa di un'ampia revisione del progetto disposta dopo diversi anni; impossibilità di realizzare l'opera a causa delle mutate condizioni dell'intervento; annullamento d'ufficio degli atti di gara a causa di un vizio che l'amministrazione ha rilevato in seguito all'aggiudicazione definitiva e che, invece, avrebbe potuto rilevare all'inizio della procedura; infine, nel caso di revoca dell'aggiudicazione o rifiuto a stipulare il contratto dopo l'aggiudicazione a causa della mancanza di fondi.

Il Collegio afferma, quindi, la necessità di distinguere due tipi di responsabilità: una responsabilità civile per lesione dell'interesse legittimo (o per violazione di regole di validità), la quale deriva dall'illegittimità degli atti o dei provvedimenti relativi al procedimento amministrativo di scelta del contraente e una responsabilità di tipo precontrattuale per violazione di norme imperative che pongono regole di condotta (o per violazione di regole di condotta), da osservarsi durante l'intero svolgimento della procedura di evidenza pubblica.

Pertanto, considerato che le regole di validità e quelle di condotta operano su piani distinti, secondo i giudici amministrativi può configurarsi responsabilità precontrattuale non solo quando ci siano profili di illegittimità di provvedimenti amministrativi (per violazione di regole di validità), ma anche quando l'attività amministrativa risulti assolutamente legittima e, ciononostante, siano state violate regole di condotta come il dovere di correttezza e buona fede.

3. La quantificazione del danno risarcibile per responsabilità precontrattuale della P.A..

Il secondo profilo attiene, come sopra accennato, alla quantificazione del danno risarcibile nel caso di responsabilità precontrattuale.

Sul punto, la sentenza ribadisce il pacifico orientamento secondo il quale il danno risarcibile è limitato all'interesse negativo comprendente sia il danno emergente, ovvero le spese sostenute dall'impresa per la partecipazione alla gara, sia il lucro cessante inteso come risarcimento del danno da *"perdita di chance"*.

Il Consiglio di Stato, a tal proposito, ribadisce che la perdita di *chance* costituisce un danno attuale, che non si identifica con la perdita di un risultato utile, ma con quella della possibilità di conseguirlo e per questo motivo richiede la sussistenza di una situazione presupposta concreta e idonea a consentire la realizzazione del vantaggio sperato, la cui valutazione sarà effettuata sulla base di un giudizio prognostico e statico.

Inoltre, si precisa che, al fine di ottenere il risarcimento del lucro cessante, il danneggiato è tenuto a dimostrare la sussistenza di un valido nesso causale tra la condotta lesiva e la ragionevole probabilità del conseguimento del vantaggio alternativo perduto.

Pertanto, non è sufficiente che l'impresa danneggiata produca le dichiarazioni in a-

stratto dell'impossibilità di partecipare a gare di appalto, bensì è tenuta a produrre *"la prova della perdita in concreto della possibilità di acquisire ulteriori contratti con le pubbliche amministrazioni"*.

Il Consiglio di Stato, infine, riprendendo quanto già affermato in altre sedi, ritiene che l'esame della sussistenza del danno da perdita di *chance* possa intervenire mediante elementi probatori da cui poter constatare in concreto la sua esistenza; attraverso una articolazione di argomentazioni logiche che sulla base di un processo deduttivo rigorosamente sorvegliato, inducono a concludere per la sua sussistenza; oppure, mediante un processo deduttivo secondo il criterio di elaborazione giurisprudenziale del c.d. *"più probabile che non"* intesa quale regola di giudizio che può essere integrata dai dati della comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali (Cass. civ., III,10.11.2010, n. 22837).

Nonostante la pronuncia del Consiglio di Stato rappresenti un'ulteriore affermazione di principi che avvicinano in materia risarcitoria gli arresti della giurisdizione amministrativa a quelli della giurisdizione ordinaria, sorgono ancora delle perplessità in ordine agli effetti che potrebbe causare un affievolimento del nesso causale insito nell'accertamento della perdita di *chance* e all'inversione dell'onere della prova che sembrerebbe, contestualmente alla possibile valutazione equitativa del danno, indurre a qualificare la responsabilità dell'amministrazione per lesione di un interesse pretensivo, quale sorta di responsabilità semi-oggettiva.

«::::::::: GA :::::::::»

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. V del 4.8.2014, n. 4130

Revocazione della sentenza: l'errata percezione del giudice deve non solo essere la conseguenza di una falsa percezione dei fatti rilevanti della causa, ma anche essere decisiva, nel senso di costituire il motivo essenziale e determinante della pronunzia impugnata per revocazione.

L´errore di fatto che può dar luogo alla revocazione si sostanzia in una falsa percezione, da parte del giudice, della realtà risultante dagli atti di causa, consistente in una svista materiale che lo abbia indotto ad affermare l´esistenza di un fatto incontestatamente inesistente, oppure a considerare inesistente un fatto la cui verità risulti, al contrario, positivamente accertata. In ambo i casi ciò vale, però, solo se il fatto (erroneo) sia stato un elemento decisivo della pronuncia revocanda: l'errata percezione deve, cioè, aver rivestito un ruolo determinante rispetto alla decisione, nel senso che occorre un rapporto di necessaria causalità tra l´erronea supposizione e la pronuncia stessa (cfr. CdS, V, 20/10/2005, n. 5896; 31/7/2008, n. 3816; IV, 19/6/2009, n. 3296). L´errore di fatto idoneo a legittimare la revocazione di una sentenza ai sensi dell´art. 395 c.p.c., n. 4, dunque, deve non soltanto essere la conseguenza di una falsa percezione dei fatti rilevanti della causa, bensì essere anche decisivo, nel senso di costituire il motivo essenziale e determinante della pronunzia impugnata per revocazione, sì che tra la percezione asseritamente erronea da parte del giudice e la decisione emessa deve esistere un nesso causale tale che senza l´errore la pronunzia sarebbe stata diversa (in termini Cass. civ, sez. III, 20/07/2011, n. 15882; nello stesso senso v. anche CdS, VI, 22.5.2012, n. 2937; IV, 17.12.2012, n. 6455; cfr., inoltre, Cass. civ., sez. II, 18.2.2009, n. 3935, per la puntualizzazione che non si tratta di stabilire tanto se il giudice del provvedimento da revocare si sarebbe determinato, in concreto, in maniera diversa ove non avesse commesso l´errore, quanto se la decisione della causa avrebbe potuto essere diversa, in mancanza di quell´errore, per ragioni di necessità logico-giuridica).

Consiglio di Stato Sez. III del 1.8.2014, n. 4074

Subentro delle Aziende sanitarie Locali alle soppresse USL: fino a quando non si disporrà l´estinzione delle Gestioni liquidatorie (già gestioni a stralcio), la legittimazione processuale spetterà soltanto ad esse, perché hanno un´autonomia funzionale, amministrativa e contabile e una propria capacità processuale, sia pure limitata alla gestione della situazioni pregresse.

A seguito dell´entrata in vigore del d.lgs. n. 502 del 1992 e della l. n. 724 del 1994 le nuove aziende sanitarie locali non sono subentrate nei pregressi rapporti obbligatori dei quali erano parti le soppresse U.S.L. Per detti rapporti sono state previste apposite gestioni stralcio con individuazione dell'ufficio responsabile. Con la costituzione delle c.d. gestioni stralcio si è distinta l´attività di accertamento delle obbligazioni degli enti soppressi da quella delle aziende di nuova istituzione. Le regioni hanno attribuito le funzioni di commissari liquidatori ai direttori generali delle A.S.L. con competenza, tra l´altro, ad amministrare e liquidare le situazioni debitorie delle soppresse unità sanitarie locali esistenti alla data del 13 dicembre 1994. Sul punto la giurisprudenza sia del Consiglio di Stato che della Corte di Cassazione si è orientata nel senso che, fino a quando non si disporrà con un provvedimento specifico l´estinzione delle Gestioni liquidatorie (già gestioni a stralcio), la legittimazione processuale spetterà soltanto ad esse, perché, pur essendo prive di personalità giuridica, hanno un´autonomia funzionale, ammini-strativa e contabile e una propria capacità processuale, sia pure limitata alla gestione della situazioni pregresse (ex multis CdS, III, n. 4366 del 2.9.2013;. sez V, n. 8548 del 6.12.2010; n. 5264 del 12.9.2006; sez. VI, n. 6995 del 21.9.2010; Cassazione civile, sez. II,

19.5.1999, n. 4847). Nella specie si controverte in ordine a pretese creditorie risalenti al 1993/1994 e l'atto introduttivo del giudizio è stato notificato all' A.U.S.L. Roma B, alla Regione Lazio ed al Comune di Roma, ma non alla Gestione liquidatoria della disciolta U.S.L. RM/5, competente alla ricognizione della posizione debitoria ed all'adozione di ogni conseguente determinazione sulla pretesa fatta valere, non surrogabile dalla Regione, anch'essa evocata in giudizio (cfr. art. 6 della l. n. 724 del 1994). Né la trasformazione delle originarie gestioni stralcio in gestioni liquidatorie, per effetto dell'art. 2, co. 14, della l. n. 549 del 1995, determina il venir meno dell'autonomia dell'organo commissariale agli effetti della legittimazione passiva e della corretta costituzione del contradditorio.

Consiglio di Stato Sez. IV del 7.7.2014, n. 3423
Processo amministrativo: la differenza tra la figura dell´improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse e la figura della cessazione della materia del contendere.
L´improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse e´ una figura, di stretta elaborazione giurisprudenziale ed ora espressamente prevista all'art. 35 co. 1 lett. c) del codice del processo amministrativo, è accomunata a quella limitrofa della cessazione della materia del contendere per la disciplina, che determina in entrambi i casi l'improcedibilità del ricorso, e per la tipologia di fatto di origine, che è sempre un ulteriore provvedimento della pubblica amministrazione che interviene nel rapporto in contestazione. Tuttavia le due figure si differenziano tra loro nettamente per la diversa soddisfazione dell'interesse leso. La sopravvenuta carenza di interesse, infatti, opera solo quando il nuovo provvedimento non soddisfa integralmente il ricorrente, determinando una nuova valutazione dell'assetto del rapporto tra la pubblica amministrazione e l'amministrato; al contrario, la cessazione della materia del contendere si determina quando l'operato successivo della parte pubblica si rivela integralmente satisfattivo dell'interesse azionato. Inoltre, proprio perché la valutazione dell'interesse alla prosecuzione dell'azione spetta unicamente al ricorrente, la sua carenza può essere conseguenza anche di una valutazione esclusiva dello stesso soggetto, in relazione a sopravvenienze anche indipendenti dal comportamento della controparte. Tale ultima evenienza si realizza proprio nella fattispecie in esame, in quanto gli originari ricorrenti, con nota del 5.5.2014, hanno dichiarato di non aver più interesse alla prosecuzione dell'azione, imponendo conseguentemente la dichiarazione di sopravvenuta carenza di interesse. La ragione è data dall'intervenuta stipula di un accordo procedimentale tra le parti, cui sono seguite due diverse delibera comunali e, infine, in data 10 aprile 2014, l'atto di cessione delle aree da destinare a parco.

TAR Lazio, Rm Sez. III del 18.7.2014, n. 7752
Test per l'ammissione ai corsi di laurea in medicina e Chirurgia e Odontoiatria e Protesi Dentaria: un codice a barre, accompagnato dal codice di lettura alfanumerico prestampato su tutti gli atti della prova non assicura l'anonimato degli elaborati e dei candidati.
La vicenda giunta innanzi al giudice amministrativo investe i test per l'ammissione ai corsi di laurea in medicina e Chirurgia e Odontoiatria e Protesi Dentaria, a.a. 2012/2013, presso l'aggregazione degli Atenei di Catania, Palermo, Messina e Catanzaro. Non raggiunto nel test un punteggio sufficiente per l'accesso ai corsi, gli interessati impugnavano il diniego di ammissione ai suddetti corsi e, in via subordinata, gli atti presupposti, connessi e conseguenti. Il TAR ha ritenuto fondata la censura d'illegittimità delle norme che regolano lo svolgimento della prova: d.m. 196/2012 e D.R. 3002/2012 nonché della stessa prova e della modalità di correzione degli elaborati perché in contrasto con i criteri di trasparenza e imparzialità previsti dall'art. 97 Cost. e dalla L. 241/1990. In particolare, si può ritenere che la presenza di un codice a barre, accompagnato dal codice di lettura alfanumerico pure prestampato su tutti gli atti della prova (scheda anagrafica, modulo risposte, questionario, foglio delle "chiavi personali" per l'accesso al sito del MIUR), renda in astratto possibile l'identificabilità dell'autore della prova, anche dopo la conclusione della prova medesima, persino nel momento successivo delle operazioni di esame e valutazione dei questionari.

Sotto il codice a barre della scheda anagrafica è presente e visibile il codice di lettura alfanumerico, che corrisponde con i codice a barre della prova. In tal modo il codice a barre di ciascuna prova è immediatamente conosciuto dal candidato e da chiunque altro mediante la lettura del codice alfanumerico pure presente sul foglio dei test.. Il codice corrisponde anche alla username indicata nel foglio che viene anch'esso consegnato all'inizio della prova a ciascun candidato e che, come previsto nell'allegato al d.m. 196/2012 e nel bando di concorso lo studente deve conservare per accedere al sito del MIUR al fine di verificare l'esito della propria prova. La presenza del codice a barre insieme al codice di lettura alfanumerico rende sostanzialmente la prova attribuibile al nominativo del candidato già prima della fine della correzione con grave vulnus del principio dell'anonimato quale effetto della conoscenza del codice identificativo della prova abbinato a ciascun candidato prima della compilazione dei questionari con la conseguenza, per lo meno potenziale, della alterazione dei risultati. Aggiunge il Collegio che la regola dell'anonimato dei concorrenti e´ espressione di un più generale principio di garanzia dell'imparzialità amministrativa (cfr.: CdS II, 6.10.2011 n. 3672; TAR Sardegna Cagliari I, 14.3.2012 n. 229; TAR Sicilia I, 28.2.2012 n. 457; TAR Toscana I, 27.6.2011 n. 1105). Pertanto, si può ritenere che le particolari modalità con le quali si è svolta, nel caso di specie, la selezione per l'accesso al Corso di Laurea in Medicina 2012-2013, non abbiano fornito sufficienti garanzie per l'anonimato degli elaborati e dei candidati. Ciò costituisce, senza dubbio, vizio del procedimento e del provvedimento, che ne inficia la legittimità. E' appena il caso di aggiungere che la regola dell'anonimato dei concorrenti sia espressione di un più generale principio di garanzia dell'imparzialità amministrativa (cfr.: CdS II, 6.10.2011 n. 3672; TAR Sardegna Cagliari I, 14.3.2012 n. 229; TAR Sicilia I, 28.2.2012 n. 457; T.a.r. Toscana I, 27.6.2011 n. 1105). Pertanto, si può ritenere che le particolari modalità con le quali si è svolta, nel caso di specie, la selezione per l'accesso ai Corsi di Laurea in Medicina e Chirurgia e Odontoiatria 2012-2013, non abbiano fornito sufficienti garanzie per l'anonimato degli elaborati e dei candidati. Ciò costituisce, senza dubbio, vizio del procedimento e del provvedimento, che ne inficia la legittimità. Sono da riconoscere come presenti nel caso in esame i presupposti del danno risarcibile, precisamente il provvedimento illegittimo (l'atto di esclusione dal Corso universitario), l'evento dannoso (la perdita della possibilità di frequentare il Corso), nonché l'elemento soggettivo della colpa, consistente nella palese violazione dei principi di buon andamento, correttezza e imparzialità, conseguente al mancato rispetto della regola di anonimato, nonché dei principi generali in materia di verbalizzazione delle operazioni amministrative (cfr.: CdS, V, 31.7.2012 n. 4338; TAR Lazio Roma II, 18.2.2013 n. 1749). Qualche dubbio residua per il nesso di causalità tra condotta ed evento, poiché l'esclusione dal Corso universitario non è la conseguenza diretta dell'illegittimità del procedimento, ma di una prestazione dei ricorrenti nella prova selettiva, ritenuta inadeguata dalla commissione. Tale dubbio può essere positivamente risolto, nella considerazione che un'organizzazione della prova culturale di accesso programmato al Corso di Medicina e Odontoiatria, se fosse stata più congrua, imparziale e rispettosa delle regole del buon andamento amministrativo, avrebbe favorito un clima di maggior garanzia e di serenità dei concorrenti, tale da rendere possibili – dal punto di vista soggettivo - prestazioni migliori di tutti, quindi anche dei ricorrenti (TAR Molise, sentenza 11.4.2013 n. 396). In termini di valutazione probabilistica oggettiva, conformemente a un giudizio di comune esperienza, l'applicazione di un parametro di garanzia d'imparzialità più elevato all'attività amministrativa, in una procedura di tipo concorsuale, favorisce le possibilità di tutti i concorrenti e di ciascuno di migliorare le proprie prestazioni e conseguire risultati più apprezzabili. Ciò depone a favore della sussistenza di un nesso di causa tra atto illegittimo ed evento dannoso. Il nesso causale, invero, sussiste quando tra condotta ed evento vi sia un rapporto di consequenzialità anche eventuale, di guisa che si devono comprendere nel risarcimento da fatto illecito quei danni mediati e indiretti che siano effetto possibile del fatto stesso, rientrando nella serie delle conseguenze cui esso dà origine,

in base al criterio della cosiddetta regolarità causale (cfr.: CdS V, 10.2.2004 n. 493; TAR Calabria Catanzaro II, 19.7.2012 n. 771; TAR Friuli Trieste I, 30.8.2006 n. 572, TAR Molise, 11 aprile 2013 n. 396). In materia di responsabilità civile dell'Amministrazione, il risarcimento del danno conseguente a una lesione di un interesse legittimo pretensivo è subordinato, pur in presenza di tutti i presupposti dell´illecito aquiliano (condotta, colpa, nesso di causalità, evento dannoso), all´effettiva dimostrazione che l´aspirazione al provvedimento fosse in concreto destinata ad avere esito favorevole, quindi all´avvenuta e concludente dimostrazione della spettanza ragionevolmente certa, mediante il corretto sviluppo dell´azione amministrativa, del bene sostanziale della vita collegato a tale interesse, fermo restando l´ambito proprio della discrezionalità amministrativa (cfr.: CdS VI, 30.6.2011 n. 3887). Ma è altresì indubbio che – mediante una valutazione probabilistica della perdita di "chance" – si possa parimenti giudicare della lesione riguardante la concreta possibilità di ottenere un risultato favorevole, nell'evenienza che non si fosse verificato l'evento perturbativo che lo indirettamente ha impedito, quale fattore concorrente di regolarità causale (cfr.: CdS V, 24.3.2011 n. 1796; TAR Lazio Roma III, 5.1.2011 n. 41). Considerato che i ricorrenti si sono collocati in posizioni non utili, ma tra loro diverse nella graduatoria della prova selettiva, si tratta di fissare un criterio plausibile per valutare, rispetto a ciascuno di essi, la "chance" di successo all'esito della prova, nell'ipotesi che si fosse svolta in modo più regolare. Tale valutazione – utile ai fini della determinazione del risarcimento - è demandata a un accordo delle parti, da stipularsi ai sensi dell'art. 34, comma quarto, del C.p.a., per cui devono essere stabilite, sin d'ora, da questa Sezione le linee direttrici in base alle quali l'Amministrazione debitrice dovrà proporre a favore dei ricorrenti creditori, la reintegrazione o il ristoro economico. Se le parti non giungeranno a un accordo, ovvero non adempiranno agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, la determinazione in questione potrà avvenire in un successivo giudizio di ottemperanza. I criteri per la riparazione del danno ingiusto che il Collegio ritiene, nella specie, di dover fissare, sono sostanzialmente tre, come di seguito indicati. A) Il Collegio, in applicazione dell'art. 34 comma primo lett. c) del C.p.a., considera la possibilità di "misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio", anche mediante "misure di risarcimento in forma specifica, ai sensi dell'art. 2058 del codice civile". L'Amministrazione dovrà riesaminare le posizioni dei ricorrenti, per valutare autonomamente la possibilità di una reintegrazione in forma specifica, mediante l'ammissione in soprannumero ai Corsi, in alternativa al risarcimento per equivalente, comminabile in caso di impossibilità giuridica o fattuale della reintegrazione in forma specifica. Si tratta, allora, di verificare – e questo potrà farlo soltanto l'Amministrazione, caso per caso, in via discrezionale, ancorché in esecuzione della pronuncia giurisdizionale, valutando la sufficienza degli elaborati, l'idoneità dei candidati ai fini dell'ammissione e la plausibilità giuridica e didattico-organizzativa di ampliare il numero dei frequentatori del Corso – se sia possibile ammettere le ricorrenti al Corso 2012-2013, ovvero se, in alternativa, si debba ripiegare sul risarcimento per equivalente del "danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa" (ex art. 30 comma secondo del C.p.a.), vale a dire della lesione conseguente all'illegittimità amministrativa giudizialmente accertata.

L'accertamento giurisdizionale di illegittimità degli atti impugnati – sostituendo la decisione di annullamento che sarebbe autoesecutiva, ma inutile - dà all'Amministrazione la possibilità di valutare le conseguenze del danno, di eliminarle o ridurle, mediante un'attività discrezionale, che non potrà essere, tuttavia, oggetto dell'accordo risarcitorio tra le parti, quale previsto dal citato art. 34 comma quarto del C.p.a., né potrà avvenire in deroga alle vigenti norme di legge. B) nell'ipotesi in cui la reintegrazione in forma specifica appaia tecnicamente e/o giuridicamente impossibile a causa del tempo trascorso, l'Amministrazione dovrà rimborsare ai ricorrenti i documentati costi della partecipazione alla prova (eventuali spese di viaggio, acquisto di libri, frequentazione di corsi di preparazione, eccetera), nonché risarcire la perdita di "chance" dei ricorrenti, percentualmente misurata e ponderata, in relazio-

ne diretta con la posizione di graduatoria, valutando come "cento" la posizione numero uno di essa e "zero" la posizione virtuale successiva all'ultima. Considerato che l'accesso al Corso di Medicina, in caso di completamento degli studi universitari, fornisce altissime probabilità di inserimento lavorativo, la "chance" massima, quella della posizione numero uno di graduatoria, sarà calcolata - in misura forfetaria, considerando la riduzione oggettiva della "chance" per il doppio sbarramento del completamento degli studi e del reperimento di un posto di lavoro da medico - come un centesimo del reddito medio lordo di un medico di guardia medica della Regione Siciliana e/o della Regione Calabria, conseguibile nel corso di una carriera di venti anni (senza alcuna parametrazione attuariale).

Il ristoro della perdita di "chance" di ciascun ricorrente, avendo come parametro la posizione numero uno, subirà una decurtazione proporzionale al rapporto ponderato della sua posizione in graduatoria con quella del numero uno della graduatoria medesima. Mediante tale criterio empirico l'amministrazione potrà così giungere, in sede di accordo tra le parti, a una quantificazione del danno risarcibile per equivalente.

C) Nel calcolo del risarcimento per equivalente, occorrerà aggiungere gli interessi legali e la rivalutazione monetaria, dalla data di maturazione del debito fino al soddisfo.

«::::::::: GA:::::::::»

INCENTIVI E SVILUPPO ECONOMICO

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

PROGETTI DI R&S NEGLI AMBITI TECNOLOGICI DI HORIZON 2020.

In data 25.7.2014 è stato firmato il decreto del Direttore generale per gli incentivi alle imprese con il quale vengono individuati i termini e le modalità di presentazione delle domande per l'accesso alle agevolazioni del Fondo per la crescita sostenibile. Tali agevolazioni sono dirette a sostenere la realizzazione di progetti di ricerca industriale e di sviluppo sperimentale negli ambiti tecnologici individuati dal programma "Horizon 2020" dell'Unione europea. Le domande di agevolazioni possono essere presentate a partire dal 27.10.2014 utilizzando la procedura di compilazione guidata accessibile dalla sezione "Progetti di R&S negli ambiti tecnologici di Horizon 2020". I soggetti proponenti possono iniziare la fase di compilazione della domanda e dei relativi allegati a partire dal 15 ottobre 2014. In ciascuna giornata di apertura lo sportello agevolativo sarà aperto dalle ore 9.00 e fino alle ore 19.00.

La dotazione finanziaria dell'intervento è pari a ***300 milioni di euro****, di cui il 60% riservato a progetti proposti da imprese di piccole e medie dimensioni.*

I progetti di ricerca e sviluppo devono prevedere un ammontare complessivo di spese ammissibili compreso tra 800 mila e 3 milioni di euro e possono essere presentati dalle imprese singolarmente o in forma congiunta, anche con Organismi di ricerca, fino a un massimo di 3 soggetti proponenti.

Le agevolazioni sono concesse nella forma del finanziamento agevolato per una percentuale delle spese ammissibili articolata in relazione alla dimensione d'impresa, pari al 70% per le piccole imprese, al 60% per le medie imprese e al 50% per le grandi.

Il finanziamento agevolato ha una durata massima di 8 anni, oltre un periodo di preammortamento di 3 anni, e prevede un tasso agevolato pari al 20% del tasso di riferimento stabilito dalla Commissione europea, comunque non inferiore allo 0,8%.

Per presentare la domanda di accesso alle agevolazioni, le imprese dovranno collegarsi all'indirizzo https://fondocrescitasostenibile.mcc.it, procedere alla registrazione e seguire la procedura guidata di compilazione della domanda.

La piattaforma on-line di supporto sarà disponibile dal lunedì al venerdì, dalle ore 9.00 alle ore 19.00.

Le imprese potranno utilizzare la piattaforma a partire dal 15.10.2014 al solo fine di compilare i moduli di domanda; per favorire dette operazioni sarà eccezionalmente assicurato il funzionamento anche nei giorni di sabato 25 ottobre e domenica 26 ottobre. Sarà possibile presentare la domanda di agevolazioni a partire dal 27 ottobre 2014, esclusivamente dalle ore 9.00 alle ore 19.00.

Le imprese sono invitate a:

1. *registrarsi e a iniziare la compilazione della domanda quanto prima, al fine di gestire eventuali problematiche nel più breve tempo*

possibile e con largo anticipo rispetto all'apertura dello sportello;

2. *presentare la domanda a partire dal giorno di apertura dello sportello, 27.10.2014, considerando che, ai fini dell'ammissione alle agevolazioni, nell'ambito dello stesso giorno non è rilevante l'ora e il minuto di presentazione della stessa.*

«::::::::: GA :::::::::»

REDAZIONALI

DIRITTO E GOVERNO DELL'ECONOMIA: L'*"AIUTO ALLA CRESCITA ECONOMICA (ACE)"* E IL NUOVO *"SUPER-ACE"*

del Dott. Sabato Vinci

L'Aiuto alla Crescita Economica (ACE) è uno strumento di politica pubblica concepito per essere un incentivo alla maggiore patrimonializzazione delle imprese, nell'ottica di riduzione dello squilibrio esistente in termini di trattamento fiscale tra quelle aziende che si finanziano con l'indebitamento e quelle che invece ricorrono al capitale di rischio. La misura tende quindi anche a emancipare le imprese dalla dipendenza del tradizionale canale del finanziamento bancario. Negli ultimi mesi, anche col "Decreto competitività" il governo italiano ha ribadito l'utilità strategica del meccanismo ACE, al punto da prevederne un potenziamento (c.d. "super-ACE") al fine di stimolare una propensione ancora maggiore alla capitalizzazione da parte delle aziende.

The Allowance for Corporate Equity (it is is abbreviated "ACE" in Italian) is an instrument of public policy designed to be an incentive to greater capitalization of the companies, in order to reduce the imbalance in terms of tax treatment between those firms that are financed with debt and those which have recourse to equity. The measure also therefore tends to empower businesses from dependence on the traditional bank financing channel. In recent months, even with the "Competitiveness decree" the Italian Government has reaffirmed the strategic usefulness of the ACE mechanism, to the point that predict potentiation (so-called "super-ACE") in order to stimulate an even greater propensity to the capitalization by the companies.

Sommario: 1. Ragioni economico-finanziarie dell'ACE; 2. Impianto normativo dell'ACE; 3. Ultime novità legislative: il "Super-ACE" credito d'imposta IRAP.

1.Ragioni economico-finanziarie dell'*"aiuto alla crescita economica"*.

Tra le cause più dibattute alla base del gigantesco problema concernente la scarsa crescita delle imprese del sistema industriale italiano vi è la scarsa patrimonializzazione delle aziende.[1] Sotto questo profilo, in linea generale due sembrano essere le misure economiche introdotte negli ultimi anni che presentano una maggiore adeguatezza rispetto alla prospettiva di stimolare una concreta inversione di tendenza: l'*"Aiuto alla crescita economica – Ace"*[2] *da una parte e dall'altra il sistema di "Cambiali finanziarie" e "Mini Bond"*[3].

Volendo analizzare nella presente trattazione soprattutto il meccanismo dell'ACE, val la pena chiarire subito che la sua creazione si colloca esattamente lungo un percorso di politica pubblica orientata a risolvere la questione concernente il finanziamento delle imprese, soprattutto in termini alternativi rispet-

[1] BANCA D'ITALIA, *Occasional Paper n. 193*, 2012.

[2] Introdotto dal d.l. n. 201 del 2011.

[3] Introdotti dal d.l. n. 83 del 2012.

to al tradizionale canale bancario[4], proprio al fine di promuovere una fase di crescita dimensionale delle strutture produttive nonostante la stretta creditizia[5] da parte del sistema bancario.

Sotto questo profilo anche recentemente col *"Decreto competitività"* il governo italiano ha ribadito l'utilità strategica del meccanismo ACE, al punto da prevederne un potenziamento (c.d. *"super-ACE"*) al fine di stimolare una propensione ancora maggiore alla capitalizzazione da parte delle aziende.

2. Impianto normativo dell' *"aiuto alla crescita economica (ace)"*.

L' *"Aiuto alla Crescita Economica (ACE)"* è disciplinato all'art. 1 del d.l. n. 201 del 2011.

Come accennato, esso nasce sostanzialmente come uno strumento d'incentivo per il rafforzamento della struttura patrimoniale delle imprese italiane, nell'ottica di un progetto di riduzione dello squilibrio esistente in termini di trattamento fiscale tra quelle imprese che si finanziano ricorrendo all'indebitamento e quelle che invece ricorrono al capitale di rischio. La norma ha trovato concreta applicazione già in sede di versamento del giugno 2012.

Lo strumento di cui il decreto si serve per raggiungere detto ambizioso obiettivo consiste essenzialmente nel prevedere sgravi fiscali sui redditi da investimenti in capitale di rischio (*equity*).

Pur registrandosi un +15% degli investimenti in capitale di rischio nel periodo 2007-2010, non è infatti mutata la sostanza del dato che vede le aziende italiane sottocapitalizzate rispetto a quelle degli altri Paesi europei.

I soggetti tributari coinvolti, sono precisamente: coloro i quali rientrano nel novero di cui all'art. 73, lett. a) e b) del TUIR (società di capitali IRES ed enti pubblici e privati aventi per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di un'attività commerciale); i soggetti IRPEF che svolgono un'attività d'impresa in regime di contabilità ordinaria (società di persone a carattere commerciale e imprese individuali); i soggetti IRES non residenti nel territorio dello Stato, ma che dispongano di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato.[6]

Risultano invece *"esclusi"* dall'agevolazione gli enti non commerciali, le società assoggettate a procedure di fallimento, liquidazione coatta e amministrazione straordinaria, nonché quelle società che si siano già avvalse dell'art. 155 TUIR (la "*tonnage tax*").

Quest'ultima venne introdotta con il d.lgs. 344/2003 e la Circolare n. 72/2007 dell'Agenzia delle entrate chiarì quelli che devono essere i requisiti oggettivi da integrare al fine di godere dei benefici di detta agevolazione.

In particolare questi consistevano: nell'iscrizione al registro delle navi adibite alla navigazione internazionale (c.d. *"Registro internazionale"*), nel quale sono iscritte, a seguito di specifica autorizzazione del Ministero dei trasporti e della navigazione, le navi adibite esclusivamente a traffici commerciali internazionali ai sensi del d.l. 457/1997; l'utilizzazione in un contesto economico di commercio internazionale; portata superiore a cento tonnellate di stazza netta; destinazione a determinate attività di trasporto; le navi possono essere armate direttamente ovvero prese a noleggio dall'impresa marittima, purchè il tonnellaggio delle imbarcazioni prese a noleggio non risulti superiore al 50% di quello complessivamente adoperato.

Per la *Tonnage tax* in particolare, l'ammontare giornaliero del reddito viene determinato secondo un regime di calcolo forfettario: da qui la ovvia considerazione per cui il calcolo del reddito annuo altro non è che il prodotto dell'importo giornaliero per le giornate di utilizzo della nave.

Restano dunque senz'altro esclusi i periodi di manutenzione e di riparazione ordinaria e straordinaria, nonchè quelli di *"disarmo temporaneo dello scafo"*.[7]

Tornando ad analizzare il meccanismo dell'ACE, esso in concreto consiste in una

[4] SPANO' M. E FIRPO S., *Finanziamento all'impresa: cosa propone il Governo*, LaVoce.info, 3.12.2013.

[5] È il fenomeno del c.d. *credit crunch*.

[6] CORTELLAZZO E SOATTO, Approfondimenti di *Economia Diritto e Finanza d'Impresa*.

[7] AGENZIA DELLE ENTRATE, Circolare 21.12.2007 n° 72, Tonnage tax: determinazione della base imponibile di alcune imprese marittime.

deduzione del "*rendimento nozionale*" del nuovo capitale proprio, così da risultare complessivamente un incentivo alla crescita economica delle aziende.

Tale rendimento nozionale, viene quantificato dalla norma per i primi 3 anni (dal 2011 al 2013) nella misura del 3%, mentre dal quarto periodo d'imposta (2014) è previsto che la percentuale venga direttamente determinata dal Ministro dell'Economia e delle Finanze mediante uno specifico decreto da dover emanare annualmente entro il 31 gennaio[8].

Essendo l'ordinaria aliquota IRES del 27,5%, l'ACE (con un rendimento del 3%) assicura dunque un risparmio effettivo annuo dello 0,825% dell'incremento patrimoniale: questo risparmio tuttavia non rileva ai fini IRAP in quanto è trattato alla stregua di un risparmio extra-contabile.[9]

Sotto il profilo prettamente strutturale, due sono gli elementi fondamentali previsti dalla disciplina in esame al fine di realizzare un calcolo corretto dell'agevolazione: gli incrementi di capitale sociale che derivano direttamente da conferimenti in denaro[10], e gli incrementi da accantonamenti di utili a riserva, escludendo quelli destinati a "*riserve non disponibili*[11]".

Per quanto riguarda i primi, la normativa prevede che essi debbano essere conteggiati a partire dalla data effettiva del versamento. Conseguenza di ciò è che nel considerare questi incrementi ai fini del beneficio Ace, sarà indispensabile tener conto della data in cui il versamento è stato effettuato, in relazione al giorno in cui viene chiuso il bilancio d'esercizio e quindi in relazione all'intera durata dello stesso. A partire dagli esercizi successivi invece, questi conferimenti rilevano per il loro intero importo.

Gli incrementi operati con accantonamenti a riserva di utile si considerano invece eseguiti a partire dall'inizio dell'esercizio a prescindere dalla data in cui è stata realizzata la delibera assembleare.

L'incremento consiste nell'intero ammontare del patrimonio conferito (tranne i conferimenti in natura) per le imprese di nuova costituzione. In questo modo il legislatore ha voluto corredare l'istituto con un combinato disposto che risultasse complessivamente d'incentivo alla creazione di nuove imprese e strutture produttive.[12]

Il co. 4 dell'art. 1 del d.l. 201/2011, considera l'ipotesi in cui il rendimento nozionale dovesse superare il reddito complessivo netto dichiarato dall'impresa: in questo caso la quota eccedente dovrà essere calcolata in aumento dell'importo deducibile dal reddito dei periodi d'imposta successivi, senza nessun limite temporale.

Quest'ultima situazione in realtà, come si avrà modo di illustrare nel prosieguo della presente trattazione, verrà "*arricchita*" in occasione dell'ulteriore intervento del governo sulla disciplina ACE sviluppato mediante il d.l. 91/2014.

Basti per il momento rilevare che la ragion d'essere di un meccanismo che consentisse la deducibilità delle quote di rendimento nozionale eccedenti rispetto al reddito complessivo, è individuabile esattamente nello scopo di impedire che l'"*Aiuto alla crescita economica*", immaginato proprio quale incentivo alla patrimonializzazione delle imprese, potesse invece tradursi in un costo per l'azienda.[13]

L'ACE quale meccanismo di sostegno alla capitalizzazione delle imprese, presenta indubbie affinità con il "*bonus per la ricapitalizzazione societaria*" previsto dal d.l.

[8] Qui, nel determinare l'aliquota, bisognerà tener conto tenendo conto dei rendimenti finanziari medi dei bond di Stato, aumentati eventualmente di un ulteriore 3% a titolo di compensazione del maggior rischio.

[9] CORTELLAZZO E SOATTO, op. cit.

[10] Sono considerati come tali tutti i valori apportati dai soci alla società senza che sia previsto un obbligo di restituzione

[11] Il Codice civile considera tali le riserve non distribuibili e non utilizzabili per aumenti gratuiti di capitale o copertura perdite. Ad esempio, le riserve per l'acquisto di azioni proprie o quelle costituite dai soggetti IAS ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 38/2005 (riserve da fair value derivanti da utili non realizzati).
Ancora poco chiari risultano essere sostanzialmente due punti: a. se, con riferimento alla riserva legale, sia possibile agevolare o meno la quota di utili accantonata a tale riserva fino al raggiungimento di 1/5 del capitale sociale; b. se il vincolo di indisponibilità possa derivare solo dalla legge o anche da disposizioni dello Statuto.

[12] CORTELLAZZO E SOATTO, op. cit.

[13] CORTELLAZZO E SOATTO, op. cit.

78/2009 (cd *"Tremonti ter"*).

Quest'ultimo prevede in sostanza che per gli aumenti di capitale mediante "conferimenti"[14], effettuati da società di persone o società di capitali[15], che non superino il tetto massimo di 500.000 euro, venga prevista una detassazione del reddito pari al 3% sia per il periodo d'imposta in cui l'aumento stesso viene realizzato sia per i quattro periodi d'imposta seguenti (per un totale dunque di 5 periodi d'imposta consecutivi).[16] Affinchè l'impresa possa godere dei benefici del d.l. 78/2009, lo stesso prevede che i conferimenti che realizzano l'aumento di capitale debbano essere sati eseguiti tra il 5.8.2009 e il 5.2.2010.[17]

Da quanto sopra esaminato si deduce agevolmente come i due meccanismi (Ace e Bonus ricapitalizzazione), per quanto simili, rappresentano comunque due operazioni concettualmente distinte: la società ha perciò la possibilità di avvalersi, quali agevolazioni a proprio beneficio, di entrambe le norme, seppur ovviamente in riferimento a diversi aumenti patrimoniali[18].

3. Ultime novità legislative: il *"super-ace"* credito d'imposta IRAP.

Il d.l. del 24.6.2014 n. 91 (c.d. *"Decreto competitività"*) è intervenuto sulla disciplina originaria dell'Aiuto alla crescita economica, introducendo una serie di modifiche. Prima di tutto la deduzione dalle imposte sul reddito del cd. *"rendimento nozionale"*, correlato all'accantonamento di utili a riserva o all'aumento di capitale mediante nuovi conferimenti dei soci, è stata irrobustita dalla Legge di Stabilità 2014. In particolare la percentuale è stata fissata al 4% per il periodo d'imposta 2014, al 4,5% per il periodo d'imposta 2015 e al 4,75% per il periodo d'imposta 2016.

Ulteriori interventi sull'ACE realizzati dal *"Decreto competitività"* riguardano da una parte il generale trattamento di tutti i soggetti inquadrati dalla normativa di base come beneficiari, dall'altra specificamente le società quotate in mercati regolamentati di Paesi facenti parte dell'Unione Europea ovvero dello Spazio economico europeo. Oltre a questo, viene previsto da un lato la possibilità che le c.d. *"eccedenze ACE"* vengano trasformate in credito d'imposta per il pagamento dell'IRAP, e dall'altro un particolare potenziamento riservato alle sole società quotate che dispongono di determinate caratteristiche.

In buona sostanza, la *ratio* della misura governativa, sembra risiedere nella volontà dell'esecutivo di mettere in campo uno strumento - per le aziende che hanno chiuso il bilancio d'esercizio in perdita o comunque con redditi incapienti[19] - che consenta di valutare e scegliere tra due opportunità entrambe parimenti consentite dall'ordinamento: convertire la quota eccedente rispetto al rendimento nozionale in un credito d'imposta sfruttabile ai fini del pagamento dell'IRAP, oppure riportare la stessa eccedenza nei periodi d'imposta successivi.

Quanto alla prima possibilità[20], la norma ne prevede l'operatività immediata, già a cominciare dal periodo d'imposta in corso al 31.12.2014.

Il credito è usufruibile in 5 quote annuali della medesima entità, da impiegare in diminuzione dell'imposta IRAP da corrispondere in ciascun esercizio ed il metodo di calcolo prevede l'applicazione di una aliquota diversa a seconda che si tratti di persone fisiche o soggetti IRES: per questi ultimi in particolare l'aliquota è fissata al 27,5%[21], mentre per le persone fisiche vengono mantenute le stesse aliquote determinate dalla progressività della disciplina IRPEF[22].

La possibilità di riportare l'eccedenza rispetto al rendimento nozionale ai periodi d'imposta successivi, rimane altresì garantita grazie alla conservazione della norma che fin dall'inizio prevedeva già tale meccanismo[23].

[14] Dunque non qualsiasi generico incremento del patrimonio netto.
[15] Escluse le imprese individuali e in genere le imprese familiari.
[16] CORTELLAZZO E SOATTO, op. cit.
[17] CORTELLAZZO E SOATTO, op. cit.
[18] CORTELLAZZO E SOATTO, op cit.
[19] CALANDRELLI F., *Nota Ance "Decreto competitività"*, 1.7.2014..
[20] D.L. n. 91 del 2014, art. 19, c. 1, lett. b).
[21] D.P.R. 917/1986, art. 77
[22] D.P.R. 917/1986, art. 11
[23] Si tratta dell'art. 1, co. 4 del d.l. 201/2011 e del d.m. 14.3.2012 art. 3, co. 3.

Per le società quotate su mercati regolamentati dell'Unione europea ovvero dello Spazio economico europeo, sempre in ambito ACE viene altresì prevista una maggiorazione nella misura del 40% *"della variazione in aumento del capitale proprio rispetto a quello esistente alla chiusura di ciascun esercizio precedente"*, (Cit. CALANDRELLI F., op. cit.) con validità per tre esercizi d'imposta a partire da quello in cui è avvenuta la quotazione dell'impresa.

Ai fini dell'operabilità di tale agevolazione per le società quotate sono inoltre previste due condizioni particolari: una temporale e una procedurale. Sotto il primo aspetto la normativa richiede che l'ammissione alla quotazione ai fini del godimento dell'incentivo debba essere stata ottenuta non oltre il 25.6.2014 (data di entrata in vigore del d.l. 91/2014).

Sotto il secondo aspetto è invece prevista l'autorizzazione della Commissione europea ai fini dell'accertamento circa la compatibilità dell'impresa con le regole e le condotte tipiche delle società che operano sul mercato regolamentato. Rimane in ogni caso inalterata la norma che fissa la cifra massima assoggettabile all'agevolazione in oggetto in misura non eccedente rispetto al patrimonio netto così come risultante alla chiusura dell'esercizio di interesse ai fini del pagamento dell'imposta (CALANDRELLI F., op. cit.).

«::::::::: GA :::::::::»

GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale, 23.7.2014 n. 220

Sviluppo economico - Artt. 42 e 50, co. 7, del d.lgs. 18.8.2000, n. 267; art. 31, co. 2, del d.l. 6.12.2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della l. 22.12.2011, n. 214.

1.- Il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte ha sollevato - in riferimento agli artt. 32 e 118 Cost. - questione di legittimità costituzionale degli artt. 42 e 50, co. 7, del d.lgs. 18.8.2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), nonché dell'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, comma 1, della l. 22.12.2011, n. 214, nella parte in cui tali disposizioni non prevedono la competenza dei Comuni ad adottare atti normativi e provvedimentali volti a limitare l'uso degli apparecchi da gioco di cui al comma 6 dell'art. 110 del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773 (Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza), in ogni esercizio a ciò autorizzato ai sensi dell'art. 86 dello stesso r.d. n. 773 del 1931.

2.- Le tre ordinanze di rimessione pongono questioni identiche, o tra loro strettamente connesse, in relazione alla normativa censurata. Ed invero, lo stesso giudice rimettente − ravvisando la violazione dei medesimi parametri costituzionali - denuncia le disposizioni sopra indicate, che disciplinano i poteri normativi e provvedimentali attribuiti agli organi rappresentativi degli enti locali, nella parte in cui le stesse disposizioni non prevedono che tali poteri possano essere esercitati con finalità di contrasto della diffusione del gioco di azzardo patologico. I giudizi, pertanto, vanno riuniti per essere congiuntamente esaminati e decisi con unica pronuncia.

3.- In via preliminare, va dichiarata l'inammissibilità dell'intervento del Codacons e dell'Aidma Onlus nel giudizio relativo all'ordinanza di rimessione n. 161 del 2013.

Ed invero - a prescindere dalla legittimazione ad intervenire delle associazioni sopra indicate - l'intervento è avvenuto oltre il termine di cui all'art. 4 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, termine che, secondo il costante orientamento di questa Corte, deve essere ritenuto perentorio (tra le molte, sentenza n. 303 del 2010) e che non risulta osservato dalle parti intervenienti sopra indicate (l'ordinanza di rimessione del TAR Piemonte è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, prima serie speciale, n. 28 del 10.7.2013, mentre l'atto di intervento è stato depositato l'8.8.2013).

4.- Va inoltre rilevata l'inammissibilità delle deduzioni svolte dal Comune di Santhià, volte ad estendere il thema decidendum – come fissato nell'ordinanza di rimessione – anche all'art. 7 del d.l. 13.9.2012, n. 158 (Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della l. 8.11.2012, n. 189. Infatti, per costante giurisprudenza di questa Corte, l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale è limitato alle disposizioni e ai parametri indicati nelle ordinanze di rimessione; non possono, pertanto, essere presi in considerazione, oltre i limiti in queste fissati, ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti, sia eccepiti, ma non fatti propri dal giudice a quo, sia volti ad ampliare o modificare successivamente il contenuto delle stesse ordinanze (fra le molte, sentenze n. 271 del 2011, n. 236 e n. 56 del 2009, n. 86 del 2008 e n. 244 del 2005; ordinanza n. 174 del 2003).

5.- La questione relativa all'art. 50, comma 7, del d.lgs. n. 267 del 2000, è inammissibile.

5.1.- Il TAR Piemonte dubita - con riferimento agli artt. 32 e 118 Cost. - della legittimità costituzionale dell'art. 50, co. 7, del d.lgs. n. 267 del 2000, che disciplina poteri normativi e provvedimentali attribuiti al sindaco, nella parte in cui non prevede che tali poteri possano essere esercitati con finalità di contrasto del fenomeno del gioco di azzardo patologico (g.a.p.). In particolare, il rimettente individua, nella capillare

e illimitata disponibilità sul territorio delle apparecchiature per il gioco lecito, la causa della recente emersione di gravi forme di disagio sociale legate all'utilizzo di tali apparecchiature e denuncia il contrasto tra il bene tutelato dall'art. 32 Cost. e la mancanza in capo agli enti locali del potere di adottare atti normativi e provvedimentali per arginare la diffusione di una patologia che, come questa, lo mette a repentaglio.

Tuttavia, il giudice a quo omette di considerare che l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa, sia di legittimità, sia di merito, ha elaborato un'interpretazione dell'art. 50, co. 7, del d.lgs. n. 267 del 2000, compatibile con i principi costituzionali evocati, nel senso di ritenere che la stessa disposizione censurata fornisca un fondamento legislativo al potere sindacale in questione.

In particolare, è stato riconosciuto che − in forza della generale previsione dell'art. 50, co. 7, del d.lgs. n. 267 del 2000 − il sindaco può disciplinare gli orari delle sale giochi e degli esercizi nei quali siano installate apparecchiature per il gioco e che ciò può fare per esigenze di tutela della salute, della quiete pubblica, ovvero della circolazione stradale.

È pur vero che non sono mancate, anche recentemente, pronunce di segno contrario, le quali hanno affermato l'illegittimità dei provvedimenti in questione, rilevando l'incompetenza dell'autorità emanante; tuttavia il TAR omette di confrontarsi con altre possibili soluzioni interpretative, limitandosi a richiamare solo alcune pronunce di merito, a sostegno della illegittimità delle ordinanze in esame.

La diversa interpretazione della norma impugnata (nello stesso senso auspicato dal giudice rimettente) è confermata dalle pronunce nelle quali il Consiglio di Stato ha affrontato lo stesso thema decidendum oggetto del presente scrutinio, relativo alla legittimità di ordinanze sindacali limitative degli orari di apertura delle sale giochi, ai sensi dell'art. 50, co. 7, del d.lgs. n. 267 del 2000, per i motivi sopra indicati (Consiglio di Stato, sentenza n. 3271 del 2014; ordinanze n. 2133, n. 996 del 2014 e n. 2712 del 2013; TAR Lombardia, Brescia, sentenza n. 1484 del 2012; TAR Campania, sentenza n. 2976 del 2011; TAR Lazio, sentenza n. 5619 del 2010).

Sotto un diverso profilo, il TAR rimettente omette di considerare che il potere di limitare la distribuzione sul territorio delle sale da gioco attraverso l'imposizione di distanze minime rispetto ai cosiddetti luoghi sensibili, potrebbe altresì essere ricondotto alla potestà degli enti locali in materia di pianificazione e governo del territorio, rispetto alla quale la Costituzione e la legge ordinaria conferiscono al Comune le relative funzioni.

Dello stesso avviso è il Consiglio di Stato quando afferma che l'esercizio del potere di pianificazione non può essere inteso solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, ma deve essere ricostruito come intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo, che tenga conto sia delle potenzialità edificatorie dei suoli, sia di valori ambientali e paesaggistici, sia di esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti (Consiglio di Stato, sentenza n. 2710 del 2012).

La non adeguata utilizzazione dei poteri interpretativi che la legge riconosce al giudice rimettente e la mancata esplorazione di diverse, pur praticabili, soluzioni ermeneutiche, costituiscono omissioni tali da rendere inammissibile la questione (ex plurimis, ordinanze n. 304 e n. 102 del 2012).

6.- La questione relativa all'art. 31, co. 2, del d.l. n. 201 del 2011 è inammissibile.

6.1.- Va preliminarmente rilevato che, sia nel dispositivo, sia nella parte motivazionale, il TAR ha indicato, tra le disposizioni impugnate, il primo comma dell'art. 31 del d.l. n. 201 del 2011, ancorché emerga con estrema chiarezza - dal contenuto complessivo delle ordinanze di rimessione - che le censure riguardano la disposizione del secondo comma del medesimo art. 31, il cui testo viene riportato per esteso dal rimettente.

Tale erronea indicazione non appare tuttavia preclusiva dell'esame della questione; va infatti riconosciuta la possibilità di procedere a rettificare l'indicazione erronea, laddove i termini della stessa, come nella specie, risultino sufficientemente chiari (sentenze n. 387 del 2008, n. 430 del 1995, n. 188 del 1994 e n. 142 del 1993; ordinanze n. 211 del 2004, n. 5 del 1998 e n. 476 del 1994).

6.2.- La disposizione in esame - dopo avere affermato che 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» – ammette la derogabilità del generale principio di libertà attraverso l'introduzione di limiti territoriali, purché «connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali».

La seconda parte della disposizione censurata stabilisce quindi quali possano essere le esigenze suscettibili di giustificare le limitazioni al generale principio di libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio.

Peraltro, il dato testuale appare insuperabile nel richiamo all'«apertura» di «nuovi» esercizi commerciali. Il presupposto applicativo del principio generale, nonché delle sue deroghe, appare costituito proprio dalla «novità» degli esercizi commerciali ai quali si riferisce la disposizione.

Tuttavia, lo sviluppo argomentativo delle due ordinanze di rimessione non fornisce alcun elemento di conoscenza circa l'effettiva novità degli esercizi commerciali interessati dai provvedimenti impugnati; in tal modo, il giudice a quo si è sottratto all'onere di motivare compiutamente la necessità di fare applicazione della norma impugnata. La questione di legittimità costituzionale risulta quindi inammissibile per difetto di motivazione in ordine alla rilevanza della stessa.

7.- La questione relativa all'art. 42 del d.lgs. n. 267 del 2000 è parimenti inammissibile.

7.1.- Nella prospettazione dell'ordinanza di rimessione, il petitum del giudice a quo è volto ad ottenere la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 42 del d.lgs. n. 267 del 2000, «nella parte in cui determina[no] una situazione di assenza di principi normativi a contrasto della patologia ormai riconosciuta della "ludopatia"».

Il TAR si limita a riferire che oggetto dell'impugnativa è, unitamente ad altri atti della medesima amministrazione comunale, il regolamento consiliare per la disciplina delle sale giochi e che «il petitum sostanziale consiste nella negazione della competenza in capo agli enti locali del potere di limitare l'uso degli apparecchi da gioco […] in ogni esercizio a ciò autorizzato»; risulta tuttavia omessa qualsiasi indicazione in ordine al contenuto dispositivo del regolamento impugnato, nonché ai profili di illegittimità di tale atto consiliare.

Al di là della carente descrizione della fattispecie - per l'omessa indicazione del contenuto dell'atto impugnato e dei vizi di legittimità dai quali sarebbe affetto - e al di là della mancata individuazione della specifica disposizione in cui si ravvisa la violazione dei parametri costituzionali, va rilevato che il rimettente non invoca affatto una pronuncia ablativa della norma censurata, ma richiede piuttosto un intervento di tipo additivo, volto ad ampliare l'ambito delle attribuzioni consiliari, in una prospettiva di contrasto e prevenzione dei fenomeni patologici connessi al gioco; e tuttavia, ai fini del conseguimento di tale obiettivo, è stata omessa ogni indicazione in ordine alla direzione e ai contenuti dell'intervento correttivo auspicato, tra i molteplici astrattamente ipotizzabili. Tale omissione si risolve nella indeterminatezza ed ambiguità del petitum, le quali comportano l'inammissibilità della questione (sentenze n. 220 del 2012; n. 186 e n. 117 del 2011; ordinanze n. 335, n. 260 e n. 21 del 2011, n. 54 del 2008).

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

1) dichiara inammissibile l'intervento del Codacons (Coordinamento delle associazioni per la difesa dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori) e dell'Aidma Onlus (Associazione italiana per i diritti del malato);

2) dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 50, co. 7, del d.lgs. 18.8.2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), sollevata, in riferimento agli artt. 32 e 118 della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, con le ordinanze indicate in epigrafe;

3) dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'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, sollevata, in riferimento agli artt. 32 e 118 del-

la Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, con le ordinanze iscritte al n. 292 del registro ordinanze del 2012 e al n. 115 del 2013;

4) dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 42 del d.lgs. n. 267 del 2000, sollevata, in riferimento agli artt. 32 e 118 Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, con l'ordinanza iscritta al n. 161 del registro ordinanze del 2013.

«::::::::::GA::::::::::»

COMUNICAZIONE E INNOVAZIONE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

DECRETO PA: DAL 1° SETTEMBRE SARÀ POSSIBILE COMUNICARE L'ELENCO DELLE BASI DATI

L'art. 24 quater, co. 2, d.l. n. 90/2014 (così come convertito in l n. 114/2014 (link is external), pubblicata in G.U. n. 190 del 18.8.2014) prevede l'obbligo per tutte le pubbliche amministrazioni e società partecipate dalle pubbliche amministrazioni (in modo totalitario o prevalente) "di comunicare all'Agenzia per l'Italia digitale, esclusivamente per via telematica, l'elenco delle basi di dati in loro gestione e degli applicativi che le utilizzano". La norma prevede che tale comunicazione debba avvenire entro il 18.9.2014 (trentesimo giorno dall'entrata in vigore della Legge di conversione).
L'Agenzia per l'Italia Digitale informa che – a partire dal 1° settembre 2014 – renderà disponibile sul proprio sito una procedura on line per consentire a tutti i soggetti interessati di trasmettere il catalogo delle basi dati in loro gestione nonché degli applicativi che le utilizzano. Al fine di supportare le amministrazioni nella definizione e trasmissione degli elenchi, giovedì 28.8.2014 saranno altresì pubblicate FAQ contenenti chiarimenti sugli adempimenti e sulla procedura d'invio ***(AgID del 25.8.2014).***

OPEN-DAI: DAL DATO AGLI OPEN DATA SERVICES

"Open-DAI", progetto finanziato dalla Commissione Europea, ha per obiettivo lo sviluppo di una piattaforma di servizi cloud per il trattamento e la pubblicazione degli open data delle amministrazioni pubbliche. Ormai vicino alla conclusione delle attività, Open-DAI sta realizzando dei veri e propri "API store (link is external)" che facilitano lo sviluppo rapido di app e servizi di e-Government. Applicazioni basate sui dati pubblicati da Open-DAI sono state già realizzate, oltre che in Italia, da amministrazioni in Spagna, Svezia e Turchia.
Le amministrazioni e i service provider interessati al progetto possono ottenere maggiori informazioni sul portale Open-DAI (link is external).
Open-DAI (Opening Data Architectures and Infrastructures of European Public Administrations) è un progetto finanziato nell'ambito del programma CIP - ICT PSP (Competitiveness and Innovation framework Programme, ICT Policy Support Programme), coordinato dal CSI Piemonte con la partecipazione di 11 partner, tra cui l'Agenzia per l'Italia Digitale ***(AgID del 11.8.2014).***

«::::::::: GA :::::::::»

REDAZIONALI

LA *PAR CONDICIO* NELL'EVOLUZIONE DEI MEZZI DI COMUNICAZIONE

della Dott.ssa Bianca Santoro

Dalla "concentrazione delle testate" nell'informazione cartacea alla "par condicio" nell'informazione radio-televisiva: parità di trattamento nell'accesso ai moderni mezzi di comunicazione (radio-televisione digitale e satellitare, pc, tablet e smart phones); il ruolo dei "social network".

From the *"concentration of titles"* in the information paper to the *"level playing field"* in information radio and television: equal treatment in access to modern means of commu-nication (Radio-television and digital satellite, PCs, tablets and smart phones) ; the role of the *"social network"*.

Sommario: Premessa. 1.Tecnologie per l'informazione: l'evoluzione dei media, dalla carta ai byte. 2. Libertà di stampa e libertà individuali: manifestazione del pensiero come mezzo Cenni Storici 3. Le libertà di comunicazione dallo Statuto Albertino alla Costituzione. 4. Le norme sulla cd. "concentrazione delle testate" e tutela della "par condicio" Le Anomalie Italiane. 5. Posizione dominante e par condicio nell'evoluzione della comunicazione di massa. 6. Imprese private e posizione dominante nella proprietà di mezzi di comunicazione. 7. Internet vs. televisione e radio; gratuità vs. onerosità della comunicazione. 8. La regolazione in veste neutrale della "comunicazione politica radiotelevisiva". 9. Comunicazione politica e spettacolo: le elusioni della regolazione regolazione. 10. La regolazione della comunicazione politica come funzione pubblica neutrale. 11. Comunicazione politica paritaria sui mezzi di informazione rivolti al pubblico. 12. Ruolo della tecnologia per un'informazione paritaria, completa ed imparziale. 13. Regolazione della comunicazione nelle fasi elettorali e confronto tra i candidati. 14. Par condicio, obiettività e correttezza nei cd. "videomessaggi". 15. Potenziali lesioni della "par condicio" per diffusione della comunicazione politica in rete vigilanza. 16. La comunicazione istituzionale delle pubbliche amministrazioni in periodo elettorale. 17. Limiti della comunicazione istituzionale: i divieti di propaganda per imminenti elezioni. 18. I sondaggi elettorali e politici. 19. Editoria su carta ed in rete. 20. Le radio e televisioni locali. 21. Monitoraggio e verifica dell'attività di informazione politica sanzioni e misure ripristinatorie; considerazioni finali. 22. Il procedimento sanzionatorio in materia di par condicio. 23. Misure compensative e rafforzative nella tutela della par condicio: il silenzio elettorale. 24. Considerazioni finali.

Premessa.

1. Tecnologie per l'informazione: l'evoluzione dei media, dalla carta ai *byte*.

L'accesso all'informazione politica e la relativa disciplina da sempre risultano profondamente influenzate dell'evoluzione tecnologica dei mezzi di diffusione del pensiero, ed oggi in particolare dalla più recente digitalizzazione e globalizzazione degli strumenti ad esso dedicati.

Quando l'unico mezzo di diffusione privato del pensiero era la carta stampata, il fenomeno della concentrazione del potere editoriale nelle mani delle principali imprese, diffusosi principalmente nel secondo dopoguerra, aveva determinato in Europa e nel nord

America l'esigenza di regolare il fenomeno in funzione antitrust.

La forma di regolazione aveva risentito anche delle forme di governo di volta in volta presenti nelle Nazioni. Negli stati totalitari il fenomeno era stato inverso: eccesso di censura ed informazione riconducibile quasi esclusivamente allo Stato od ai gruppi economici ad esso vicini erano state le caratteristiche salienti del contesto.

Negli stati democratici, viceversa, il pluralismo delle testate, accentuatosi soprattutto nel secondo dopoguerra, aveva condotto al fenomeno opposto: l'impresa del giornalismo e della comunicazione rischiava soprattutto nelle democrazie europee di essere controllata da gruppi industriali che attraverso essa intendevano rafforzare la propria presenza in politica ed in economia.

Il fenomeno era iniziato gradualmente, con la conclusione del conflitto bellico.

Per esempio, nella neonata Repubblica Federale Tedesca, si era passati dai giornali di regime agli organi di stampa fondati e gestiti dalle stesse forze alleate.

Oltre a fare informazione gli alleati, con i loro giornali, cercavano di conquistare la fiducia della popolazione e di iniziare il lavoro di una rieducazione politica insegnando ai tedeschi i principi e i valori della democrazia e di una stampa libera e pluralista.[1]

Il fenomeno della concentrazione della stampa nelle mani di pochi editori e la tendenza a una commercializzazione sempre più massiccia, talora sfociata in autocensura, dettata da esigenze e vincoli pubblicitari, avevano fatto rinascere la preoccupazione per la libertà di stampa. Ad esempio, nella costituzione tedesca del 23.5.1949 , tale fenomeno è regolato dall'art. 5, 1° e 2°co., secondo cui:

"*Ognuno ha diritto di esprimere e diffondere liberamente le sue opinioni con parole, scritti e immagini, e di informarsi, senza venirne impedito, da fonti accessibili a tutti. Sono garantite la libertà di stampa e d'informazione mediante la radio ed il cinematografo. Non si può stabilire alcuna censura*

Questi diritti trovano i loro limiti nelle disposizioni delle leggi generali, nelle norme legislative concernenti la protezione della gioventù e nel diritto al rispetto dell'onore della persona".

2.Libertà di stampa e libertà individuali: manifestazione del pensiero come mez-

[1] A seconda della zona di occupazione tali giornali uscirono soltanto per alcune settimane o pochi mesi; già nell'estate del 1945 le forze d'occupazione concessero ad alcuni editori tedeschi, che non erano stati attivi durante il periodo nazista, l'autorizzzazione a pubblicare nuovi giornali; da questi sarebbero nati nel corso del tempo anche alcuni di quei quotidiani che ancora oggi esistono sul mercato (Lizenzzeitungen). Quando, nel settembre del 1949, gli alleati nella Germania occidentale revocarono il controllo sulla stampa concedendo a tutti i cittadini l'autorizzazione a pubblicare, numerosi editori che avevano pubblicato delle testate durante il periodo nazista e ai quali nell'immediato dopoguerra era stata negata l'autorizzazione di stampa, ripresero la loro attività contribuendo ad un aumento delle testate a diffusione prevalentemente locale. Ciononostante i giornali fondati originariamente dagli alleati avevano raggiunto un alto grado di stabilità e di accettazione da parte dei lettori, resistendo così alla nuova concorrenza rappresentata dalle testate fondate in seguito alla concessione di autorizzazione di stampa generale12. Si assistette intanto a una concentrazione notevole delle testate gestite da pochi grandi editori, mentre a livello locale le piccole testate incontrarono difficoltà crescenti per garantire la propria sopravvivenza. Tra il 1954 e il 1974, quindi nell'arco di due decenni, il numero degli editori di testate si ridusse di oltre il 50%. Fu possibile arginare la "moria" dei giornali soltanto negli anni Settanta, quando il parlamento federale decise di applicare un controllo sulla fusione e l'incorporamento delle piccole testate da parte dei grandi editori. Fino alla fine degli anni Ottanta il mercato della stampa non subì grandi cambiamenti, ma a partire dalla riunificazione (1990) si è riaccesa la discussione sulla concentrazione delle ria che aveva il compito di privatizzare ed eventualmente sopprimere le aziende statali della Repubblica Democratica Tedesca in caso di una loro incapacità competitiva sul mercato, portò alla vendita delle riviste e dei giornali pubblicati nella Germania orientale e gestiti esclusivamente dal partito unico socialista (SED)13 e da altre organizzazioni statali. Essi vennero acquistati in blocco da grandi gruppi editoriali occidentali, con il risultato di perpetrare in questo modo una condizione di monopolio e concentrazione del potere informativo nelle nuove regioni tedesche14. Soltanto l'editore Dirk Ippen riuscì a fondare dei nuovi quotidiani a livello locale (Oranienburger Generalanzeiger, Ruppiner Anzeiget) che hanno resistito alla concorrenza dei vecchi monopoli. Rispetto ai 339 editori nella Germania occidentale, nella zona orientale esistono soltanto 41 editori che controllano una pluralità informativa molto più limitata; a Lipsia, per esempio, immediatamente dopo la riunificazione si contavano sette giornali locali, uno solo dei quali è sopravvissuto fino ad oggi.

zo.

In Italia il percorso dell'affermazione della libertà di stampa va di pari passo con quello dell'unificazione. Basti pensare che nello Statuto Albertino la libertà di pensiero e di stampa era sì riconosciuta, ma subordinata al rispetto delle norme vigenti, seppure sottoposta alla censura repressiva piuttosto che preventiva.

Con l'editto sulla stampa del 26 marzo del 1848 erano state altresì introdotte alcune disposizioni limitative (obbligo del tipografo di imprimere le sue generalità sui testi da lui stampati, divieto di critiche all'ordine monarchico, ai relativi atti ed alla religione).

Le guerre d'indipendenza avevano peraltro incentivato l'editoria liberale (il Balilla, il Diario del Popolo, Avvenire d'Italia ed altri giornali a contenuto politico).

Alla pari della politica, anche la religione premeva per avere un posto sulla ribalta dell'informazione nell'Italia neo-unitaria: è significativo che nel 1861 fossero fondati l'Osservatore Romano, ancor oggi in edicola, e poco dopo Civiltà Cattolica, organo dei Gesuiti.

Il fenomeno dei giornali a contenuto politico raggiungeva il massimo (per l'epoca) rilievo nel 1876 con la nascita de Il Corriere della Sera a Milano e nel 1886 con il Secolo XIX a Genova.

Poiché nell'Italia del Risorgimento l'interesse dell'opinione pubblica cominciava a rivolgersi anche allo sport, nel 1896 iniziava la pubblicazione della Gazzetta dello Sport, inizialmente come settimanale e ciò per effetto soltanto della notorietà del giro d'Italia (si noti il colore rosa, che dura ancora oggi, delle pagine del giornale).

Fino a qui le tendenze censorie nei confronti della stampa erano rimaste estranee alla politica nazionale, ma il periodo di luna di miele era destinato a durare assai poco.

Gli ultimi anni del secolo videro, infatti, inasprirsi le tensioni sociali dovute alla nascente industrializzazione ed alle prime lotte dei lavoratori.

Basti ricordare che nel Ministero dell'Interno del Governo Crispi era stato istituito un Servizio Stampa, nella preoccupazione del diffondersi tra i lettori dei giornali politici di sinistra (Critica Sociale, Lotta di Classe, Avanti!).

Ad alterare il quadro dell'informazione di massa, sino allora esclusivamente cartacea, nel 1895 comparvero la radio ed il cinema, il cui effetto pratico immediato fu quello di aumentare a dismisura l'offerta di informazione.

Ne conseguì inevitabilmente l'occasione e l'interesse alla ricerca del consenso - attraverso i nuovi media - da parte dei pubblici poteri, sempre desiderosi di rafforzarsi nel quadro competitivo delle formazioni politico-sociali (partiti e sindacati).

Queste tendenze rimasero costanti fino all'avvento del fascismo, il cui regime com'era naturale accentuò la ricerca del consenso in funzione di propaganda e di controllo sociale, non soltanto con la stampa ma anche e soprattutto attraverso la radio ed il cinema.

Il picco di ascolti fu raggiunto nel 1939, quando gli abbonamenti al mezzo radiofonico arrivarono addirittura ad un milione. La radio divenne altresì strumento di propaganda politica idonea più di ogni altro mezzo a raggiungere ovunque le persone ed a affiancare lo sforzo bellico.

In tale contesto la preminenza incolmabile dell'incidenza dei pubblici poteri nella formazione del consenso attraverso i mezzi di comunicazione di massa allora conosciuti non poneva alcun problema di partecipazione alla diffusione delle notizie da parte di soggetti diversi dallo Stato .L'uso indiscriminato della censura faceva da supporto a tale sistema, ma era destinato però a crollare insieme col regime che lo aveva portato avanti, per effetto della Resistenza e della Costituzione repubblicana (art. 21, primo e secondo comma:

- "*Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione.*
- *La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure*").

3. Le libertà di comunicazione dallo Statuto Albertino alla Costituzione.

La costituzione italiana si sovrappose all'assenza di una disciplina a tutela della libertà di comunicazione e manifestazione del

pensiero, inserendo una pluralità di norme quali in primis l'art. 21 (libertà di manifestare il proprio pensiero con ogni mezzo), l'art. 15 (dedicato alla libertà e segretezza della corrispondenza), l'art. 19 (libertà di fede religiosa), l'art. 33 (libertà artistica e d'insegnamento).

La principale e più appariscente singolarità dell'impostazione data dal Costituente in materia, è consistita nell'aver assoggettato al medesimo regime di tutela le modalità di comunicazione rivolte al pubblico rispetto a quelle rivolte alle singole persone.

Nel 1947 questa distinzione poteva essere superflua ovvero, a seconda dei punti di vista, incomprensibile, non essendo oltretutto presente in alcuna delle costituzioni europee.

Oggi, al contrario, questa distinzione sembra quanto mai valida, logica, giustificata ed attuale, il che quantomeno conferma che le norme dovrebbero essere sempre interpretate alla luce del contesto storico in cui trovano applicazione.

Può notarsi infatti che il Costituente, probabilmente senza volerlo, sia stato particolarmente lungimirante nel distinguere ed assimilare le modalità di tutela delle comunicazioni sia rivolte al pubblico che alle singole persone, considerato che nella moderna economia l'evoluzione dei mezzi di comunicazione fa sì che i messaggi interpersonali siano oggi facilmente suscettibili di essere contestualmente ed indifferentemente considerati come rivolti erga omnes, come accade frequentemente in Twitter e Facebook.

Questa conclusione ha l'effetto pratico di assoggettare opportunamente al medesimo regime le due tipologie di comunicazioni, rafforzandone l'effettività di tutela e regolandone in tal senso le innumerevoli fattispecie.

Per un confronto, basti pensare che nello Statuto Albertino alla libertà di stampa garantita dall'art. 28 non si accompagnava anche quella di parola e comunicazione del pensiero.

Le possibilità di elusione delle garanzie costituzionali in materia, nel sistema previgente alla Costituzione, si rivelavano quindi oltremodo evidenti e possibili.

Il generico diritto di libertà di stampa poteva, infatti, facilmente essere eluso o circoscritto dalle disposizioni limitative delle libertà di parola e di pensiero, variamente distribuite nella legislazione penale ordinaria e speciale.

La costituzione italiana, viceversa, contiene molte disposizioni che rappresentano l'antitesi o, meglio la reazione, al regime totalitario previgente, e tra queste non potevano ovviamente mancare quelle attinenti la manifestazione del pensiero in tutte le sue forme.

In particolare l'art. 21 cit. prevede la libera espressione del proprio pensiero, sia attraverso la parola sia per mezzo dei mezzi di comunicazione di massa, ovvero *«il complesso degli organi di stampa e dei mezzi audiovisivi d'informazione che permettono la rapida diffusione di messaggi e notizie a un vasto pubblico»*, e cioè la stampa, il cinema, la radio, la televisione, la pubblicità ed internet.

È tutelata la libertà di stampa, che non può subire alcun tipo di controllo preventivo: infatti, chiunque può pubblicare qualsiasi scritto, senza dover preventivamente chiedere alcuna autorizzazione o subire qualsiasi tipo di censura prima che sia diffuso. Solamente dopo la pubblicazione può avvenirne il sequestro, un controllo repressivo (cioè dopo la diffusione della pubblicazione) che può essere disposto esclusivamente dall'autorità giudiziaria con atto motivato (riserva di giurisdizione) soltanto se incorra in un'ipotesi di reato prevista dalla legge sulla stampa (riserva di legge), quali i cosiddetti reati d'opinione[2].

[2] Espressione comunemente usata per indicare una categoria di reati che comprende gran parte dei delitti contro la personalità dello Stato, con particolare riferimento ai reati di propaganda e apologia sovversiva, nonché di vilipendio della repubblica e delle istituzioni costituzionali. Tale denominazione deriva dalla circostanza che la condotta integratrice del reato consiste nella manifestazione di un'opinione aggressiva dell'altrui sfera morale, ovvero non rispettosa dei parametri costituzionali previsti in tema di libertà di pensiero. La materia è stata modificata dalla l.n. 85/2006 che, in relazione ai reati contro la personalità dello Stato, si è posta l'obiettivo di concretizzare un adeguamento di tali fattispecie alle esigenze già emerse negli anni precedenti: difatti, le norme contenute negli articoli del titolo I del Libro II del c.p., oggi novellati, sono il portato storico di una concezione sociopolitica da tempo superata e incompatibile con il nuovo assetto di valori delineato dalla Costituzione. L'attuale disciplina, infatti, elimina dal codice penale alcuni delitti contro la personalità

È, altresì, ammesso, ai sensi del d.lgs. 31.5.1946, n. 561, recante *"Norme sul sequestro dei giornali e delle altre pubblicazioni"*, il sequestro anche per la stampa clandestina, ovverosia nel caso in cui non sia individuabile, sulla pubblicazione, il nome dei responsabili[3]. L'art. 21 co. 4 prevede che, in caso di *"assoluta urgenza"*, anche la polizia giudiziaria possa disporre il sequestro con le stesse modalità dell'autorità giudiziaria: in questo caso, però, il provvedimento di sequestro è provvisorio e gli ufficiali di polizia giudiziaria hanno l'obbligo di comunicarlo all'autorità giudiziaria, entro quarantotto ore; l'autorità giudiziaria, poi, dovrà convalidare il provvedimento entro le ventiquattro ore successive,

dello Stato che non hanno trovato larga applicazione e che comunque non rispondono alle attuali esigenze di tutela: attività antinazionale del cittadino all'estero (art. 269 c.p.), propaganda e apologia sovversiva o antinazionale (art. 272 c.p.), lesa prerogativa dell'irresponsabilità del presidente della Repubblica (art. 279 c.p.), delitti contro i culti ammessi dallo Stato (art. 406 c.p.). Al contempo, altre ipotesi di reato, sempre inerenti alla manifestazione di opinioni e ideologie politiche, sono state modificate in modo che la condotta costitutiva si caratterizzi non per «fatti diretti», bensì per *«atti violenti diretti e idonei»*: tale, per es., il nuovo testo degli artt. 241 (attentati contro l'integrità, l'indipendenza o l'unità dello Stato), 283 (attentato contro la costituzione dello Stato) 289 (attentato contro organi costituzionali e contro le assemblee regionali) del codice penale. Non subiscono modifiche l'apologia di delitti ex art. 414 c.p. e l'istigazione a disobbedire alle leggi di cui all'articolo successivo.

[3] È facile però rilevare che questi principi siano stati elusi anche sotto il vigore della Costituzione repubblicana, e ciò per effetto di alcune disposizioni, soprattutto del codice penale, che ne hanno permesso lo stravolgimento. Si veda il recente caso Sallusti (Alessandro Sallusti, direttore del quotidiano Libero, il 17 giugno 2011 è stato condannato dalla Corte d'Appello di Milano ad un anno e due mesi di carcere e 5.000 euro di pena pecuniaria, per diffamazione a mezzo stampa, in riferimento ad un articolo pubblicato con lo pseudonimo "Dreyfus" nel febbraio 2007 sul suo giornale, giudicato lesivo nei confronti del giudice tutelare di Torino, Giuseppe Cocilovo che, a seguito di ciò, ha sporto querela. Il 26 settembre 2012 la Corte suprema di Cassazione ha confermato in via definitiva la sentenza ad un anno e due mesi di reclusione senza condizionale, condannando Sallusti non per reato di opinione ma per pubblicazione di informazioni false, sia per omesso controllo in quanto direttore responsabile della testata, sia per la non identificabilità dello pseudonimo Dreyfus e quindi la diretta riferibilità del medesimo al direttore del quotidiano; il giorno successivo, l'onorevole Renato Farina ha rivendicato alla Camera la paternità dell'articolo [fonte: Wikipedia]. La Corte di Cassazione, nella motivazione, ha specificato che la condanna al carcere è legittima" poiché il giornalista Alessandro Sallusti ha dimostrato una «spiccata capacità a delinquere dimostrata dai precedenti e dalla gravità della campagna intimidatoria e diffamatoria condotta nei confronti del giudice Cocilovo quando nel 2007 Sallusti dirigeva Libero». Inoltre, sin ordinamento non può avere alcun riconoscimento l'invocato diritto di mentire al fine della libertà d'opinione»), ha riaperto il dibattito riguardo l'opportunità di cancellare le norme che puniscono con la galera i reati di opinione. In un intervento sul sito http://wwwarticolo21.org/2012/09/caso-sallusti-cancellare-le-nornte-che-puniscono-con-la-galerai-reati-di-opinione del 24 settembre 2012, Franco Siddi, segretario della Fnsi (Federazione Nazionale Stampa Italiana), il sindacato unitario dei giornalisti italiani, ha parlato di *«inciviltà giuridica del nostro ordinamento. Tali sono le norme che puniscono con la galera i reati d'opinione. Sono da cancellare. Al più presto. La mostruosità della condanna a Sallusti è aggravata dal fatto che viene punito non per aver scritto ma per la responsabilità oggettiva dell'omesso controllo su un testo e le opinioni scritte da un altro collega. Si evidenziano così gli effetti di una doppia intimidazione, che in entrambi spinge verso illiberali forme di censura: del direttore verso i giornalisti della testata che dirige sui quali dovrebbe imporre di tacere su determinati fatti e impedire commenti frutto della libertà di pensiero e di opinione a rischio di querela: un messaggio autoritario contro l'autonomia professionale; un avviso ad adeguarsi al silenzio a molti giornalisti impegnati a riportare fatti di pubblico interesse e alimentare dibattito pubblico con le proprie idee. Si fanno tanti decreti e leggi "emozionali" a tamburo battente su vicende nient'affatto essenziali. Su materie come queste, che attengono ai principi fondamentali delle sane democrazie c'è, a questo punto, più di un motivo d'urgenza per depenalizzare la diffamazione e cancellare i reati d'opinione. Servono norme liberali e di una giustizia giusta. [...] La minaccia di portare il libero giornalista davanti a un tribunale che, con le norme vigenti, potrebbe finire in galera sarebbe una forma di ricatto, non tollerabile in un paese civile. [...] Con la stessa legge che cancelli i reati d'opinione, si stabilisca in modo chiaro che i giornali debbono dare conto di errori o abbagli non appena vengono alla luce ovvero documentati, anche se con atti certi da parti interessate. La materia sia comunque sottratta ai tribunali penali e affidata a un Giurì indipendente per la lealtà e la correttezza dell'informazione»*. La commissione Giustizia del Senato, il 23.10.2012, ha approvato all'unanimità il d.d.l. sulla diffamazione a mezzo stampa (c.d. d.d.l. Sallusti), il cui iter ha subito un'accelerazione dopo il caso Sallusti, che esclude la possibilità di carcerazione per tale reato, ferme restando le multe da cinquemila a centomila euro, commisurate alla gravità dell'offesa ed alla diffusione della testata.

pena l'invalidità dello stesso.

Tutte queste disposizioni non sono altro che lo svolgimento pratico, applicato alla materia in questione, dei principi di uguaglianza e di libertà d'impresa, in antitesi alla sino ad allora prevalsa preminenza dei pubblici poteri, anche in relazione all'introduzione della piena democrazia e sovranità del popolo nel nuovo ordinamento dello Stato italiano.

Lo svolgimento pratico di tali principi, per quanto riguarda la libertà di espressione attraverso la stampa cartacea, comporta quanto stabilito dal comma 5, il quale prevede che *"siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica"*.

Anche in questo caso il Costituente era stato lungimirante.

Infatti, all'intervento quasi esclusivo dello Stato nel condizionamento dei mezzi d'informazione, già all'inizio del secondo dopoguerra si era affiancato l'intervento, di pari forza e spessore, delle imprese private dominanti dell'epoca.

La posizione dominante andava prevenuta con la l. n.416 del 1981 che stabiliva limiti nella concentrazione della proprietà dei giornali e norme sulla trasparenza dei trasferimenti e sull'intestazione delle quote delle società di settore, disponendo che gli atti di cessione delle quote di proprietà delle imprese editrici di giornali quotidiani sono nulli se chi compra venga ad assumere una *"posizione dominante"* nel mercato editoriale.

L'art. 3 della successiva legge n. 67/1987 configura poi come *"posizione dominante"* nel mercato editoriale quella posizione che consenta di superare il limite del 20 per cento della tiratura complessiva dei quotidiani in Italia[4].

Può ravvisarsi un primo accenno d'interesse al problema della vera e propria par condicio nella legge 212/1956 nella quale erano stabilite le prime norme sulla propaganda elettorale mediante affissioni, stampati, mezzi di propaganda luminosa e comizi. Norme queste forse ancora in vigore ma completamente desuete ed inutili (si pensi al divieto di affissione nei 30 giorni precedenti le elezioni, che spinge i soggetti politici ad anticipare le proprie affissioni al periodo precedente, utilizzando i normali spazi commerciali) per effetto della rapida evoluzione dei mezzi di propaganda elettorale, che ormai fondavano le proprie maggiori risorse nel mezzo televisivo. È da considerare che, in ogni caso, fino agli anni '90, l'informazione nella competizione elettorale non era oggetto di regolazione diretta da parte dei pubblici poteri, sul rilievo e nel presupposto che la sua disciplina non avrebbe potuto che essere riservata direttamente ai partiti, oltretutto all'epoca egemoni ed unici protagonisti dello scenario politico

Un primo accenno di disciplina specifica del problema era stato tracciato nella L. 515/1993, a proposito della nota innovazione suggerita da Mario Segni nel sistema elettorale locale dell'elezione diretta del Sindaco, allorquando nel quadro di una forte personalizzazione dello scontro elettorale si delineavano i connotati principali del sistema che poi si sarebbero consolidati nell'accentuazione del principio maggioritario. Quella normativa si rivelava però molto presto inadeguata a regolare un sistema istituzionale ormai interessato dalla presenza di grandi gruppi economici che tentavano di contendersi la presenza nella ribalta della politica, in un quadro di pressoché totale assenza dei partiti, alcuni dei quali or-

[4] Nel 2004 la legge Gasparri poi avrebbe istituito il Sistema integrato della comunicazione, meglio noto come Sic, un mare magnum entro il quale tutti i gruppi diventano piccoli e dunque non passibili di provvedimenti antitrust. Il principale beneficiario di questa impostazione è stato il raggruppamento Mediaset, Mondadori, Società europea di edizioni. La legge Gasparri richiese all'Agcom di stabilire quali fossero, all'interno del Sic, i mercati rilevanti; poi di verificare l'esistenza di eventuali posizioni dominanti all'interno di ciascun mercato rilevante; infine, qualora se ne accertasse l'esistenza, di stabilire i rimedi. Va osservato che mentre in generale il diritto della concorrenza sanziona l'eventuale abuso di posizione dominante, in questo settore la legge va a colpire la posizione dominante di per sé, come nella legge sull'editoria del 1981 cit., che vietava la concentrazione dei quotidiani in una sola proprietà qualora la loro tiratura superasse il 20% del totale, e trova la sua ragione nel fatto specifico che una eccessiva concentrazione dei media distorce i meccanismi di formazione del consenso e dunque può minare la democrazia. L'Agcom con la delibera 257/10/CONS del 26.5.2010 ha individuato cinque mercati rilevanti: la tv in chiaro; la pay tv; la radio, i quotidiani; i periodici.

mai defunti ed altri pesantemente provati dalle inchieste giudiziarie sul finanziamento pubblico attraverso i proventi della corruzione (cd. tangentopoli).

4. Le norme sulla cd. *"concentrazione delle testate"* e tutela della *"par condicio"*.

Per evitare che vi fosse un'eccezionale concentrazione delle testate in un unico soggetto, con rischio per la pluralità dell'informazione, già nel 1981, dopo un lungo dibattito iniziato nel 1973 ed ispirato dall' allora Presidente della Camera Pertini[5], era emanata la l. 5.8.1981, n. 416 (Disciplina delle imprese editrici e provvidenze per l'editoria), rinnovata dalla l. 25.2.1987, n. 67 e modificata, da ultimo, dal d.l. 3.10.2006, n. 262, convertito nella l. 24.11.2006, n. 286, con previsione espressa del divieto di concentrazione delle testate in un unico soggetto, al fine di evitare il sorgere di una posizione dominante (o di monopolio) nell'editoria e, quindi, garantire non soltanto l'obiettività e la libera informazione, ma soprattutto il libero accesso all'espressione libera del pensiero e dello svolgimento delle libertà individuali. Era previsto, al riguardo, che il garante per l'editoria vigilasse affinché nessuno *"giunga ad editare o a controllare società che controllano testate quotidiane la cui tiratura, nell'anno solare precedente, abbia superato il 20 per cento della tiratura complessiva dei giornali quotidiani in Italia"*. Un'altra singolarità del sistema italiano era rappresentata dai contributi statali a favore dell'editoria, asseritamente rivolti a dare voce a tutte le formazioni politiche[6]. In realtà questo sistema di aiuti, la cui applicazione è stata segnata nel tempo da un notevole contenzioso penale ed amministrativo, poteva considerarsi rivolto a realizzare una surrettizia forma di finanziamenti ai partiti ed alle loro emanazioni nella stampa e nei sindacati.

L'art. 29 del decreto Salva Italia (d.l. 18.5.2012, n. 63 convertito, con modificazioni, nella legge 16.7.2012, n. 103), aveva, infatti, abolito i contributi pubblici per l'editoria a decorrere dal 2014, ma poi contraddittoriamente non n'è seguita la cessazione definitiva dei finanziamenti statali nei confronti dei giornali. Infatti, il Governo poi subentrato (Letta) ha deciso di reintrodurli, attribuendone l'onere ai motori di ricerca (Google) in rete.

Il co. 6, infine, regolamenta tutte le altre forme di manifestazione del pensiero allora presenti (cinema, teatro, radio e, per analogia, televisione), ponendo come limite generale il rispetto del *"buon costume"* (e cioè i principi morali ai quali si ispira la vita dello Stato e della società che, contravvenuti, susciterebbero sdegno e riprovazione)

Peraltro, le testate più diffuse (quali La Repubblica, Il Corriere della sera, ecc.), ricevono in realtà veri e propri contributi indiretti, come ad esempio la riduzione dell'iva al 4% per quotidiani cartacei, di periodici e libri, misura questa che può considerarsi perfettamente equivalente ad una forma di finanziamento.

Vero è che la giustificazione apparente del regime agevolato IVA per la carta stampata può facilmente ascriversi all'esigenza, anch'essa di ordine costituzionale, di diffondere la cultura e l'informazione attraverso tutti gli strati della popolazione, indipendentemente dalle possibilità e capacità economiche dei singoli.

Ma nel più moderno assetto dei mezzi di comunicazione ed in presenza dell'ormai radicata garanzia per chiunque del servizio universale, l'agevolazione d'imposta sembra rivolta più ai proprietari dei giornali che al ri-

[5] Si veda la seduta del 16.7.1973 in http://www.camera.it/_dati/leg06/lavori/stenografici/sed0141/sed0141.pdf

[6] Può ricordarsi, a titolo di esempio, che per l'anno 2011, erano stati corrisposti, a quotidiani editi da cooperative di giornalisti - ai sensi dell'art. 3, comma 2, legge 250/1990 e del d.P.C.M. 23.5.2011 - un totale di 21 milioni e mezzo di €. Tra questi, solo per citare quelli oltre il milione di curo di rimborso: € 2.598.362,85 al Manifesto, € 2.251.696,55 al Foglio, € 1.663.534,78 al Corriere, € 1.594.637,94 al Corriere Mercantile, € 1.535.909,94 alla Provincia, € 1.308.128,22 al Cittadino oggi, € 1.261.583,66 al Denaro, € 1.117.710,21 alla Verità per sport, €1.052.457,28 alle Cronache di Napoli, € 1.048.078,00 a Metropolis, € 1.047.868,56 al Corriere laziale, C€1.010.185,85 al Corriere del giorno di Puglia e Lucania. Per i quotidiani editi da imprese editrici la cui maggioranza del capitale è detenuta da cooperative, fondazioni o enti morali - ai sensi dell'art. 3, comma 2-bis della legge 250/1990 e del d.P.C.M

spettivo pubblico di lettori.

È in questo quadro di norme che rappresentano l'evoluzione o meglio l'involuzione di un sistema essenzialmente dipendente dai partiti, che si affermano strumenti e metodi radicalmente innovativi, per lo più introdotti dalle nuove tecnologie di rete, con l'effetto di sterilizzare definitivamente la dipendenza dei diritti all'informazione ed alla manifestazione del pensiero, dall'adozione di norme coercitive e di misure obbligatorie nei confronti dei gestori dei media, fino ad allora unico possibile strumento di realizzazione dei relativi diritti dei singoli per interagire con l'opinione pubblica.

Si tratta a ben vedere di una particolare e non poco significativa attuazione pratica ed allo stesso tempo di una conferma dell'idea, prima di Hegel e poi di Benedetto Croce, della "*storia come storia della libertà e della libertà come ultima religione dell'umanità*" [7], tenuto conto che in questo caso la libertà è data dall'azzeramento dei costi e dei vincoli per realizzare il diritto all'accesso ai mezzi di informazione ed alla divulgazione del proprio e dell'altrui pensiero.

In un contesto che vede la presenza, sullo scenario politico, di soggetti ed organizzazioni di diversa ed asimmetrica importanza, quali partiti dei lavoratori da un lato e partiti imprese dall'altro, è naturale che sia avvertita la preminente esigenza di definire per legge la parità di accesso alla competizione elettorale ed al dialogo politico e sociale, anche per riaffermare che la sovranità appartiene al popolo, senza alcuna preferenza o dominanza delle classi più abbienti. Quando si parla di *Open Government* si indica una particolare visione di governance basata sull'adozione di strumenti e tecnologie per rendere le amministrazioni aperte e più trasparenti nel rapporto con i cittadini, in maniera tale da garantire un efficace e costante controllo sull'operato delle pubbliche amministrazioni.

Mezzo ideale per tali obiettivi è appunto l'*Open Government*, interazione comunicativa bidirezionale, mediante condivisione e partecipazione degli utenti/cittadini ai processi decisionali delle istituzioni.

5. Posizione dominante e par condicio nell'evoluzione della comunicazione di massa.

L'evoluzione della legislazione sulla par condicio nell'ultimo ventennio è stata peraltro ispirata da note e preoccupanti circostanze, quali la presenza in politica di imprese di rilevanti dimensioni, addirittura proprietarie di grandi mezzi d'informazione, aventi il fine non soltanto di consolidare la propria presenza nell'ordinamento economico, ma addirittura di condizionarne le regole.

Si tratta di un vero e proprio tentativo di regressione dell'ordinamento democratico, per fortuna arginato tempestivamente ma talora non completamente, anche perché la migliore delle leggi presenta sempre residue e talora ampie possibilità di elusione ("*fatta la legge trovato l'inganno*").

Questa recente fase di disciplina dell'accesso ai mezzi d'informazione e d'interazione con il mondo politico si suole ritenere, più frequentemente nell'ultimo ventennio del cosiddetto berlusconismo, regolata dalla cd. *"par condicio"*. Con l'espressione latina par condicio ("*parità di trattamento"* oppure *"pari condizioni"*) s'intendono quei criteri adottati dai mass-media nel garantire un'appropriata visibilità a tutti i partiti e/o movimenti politici. La par condicio è in parte deriva dal principio vigente nei paesi anglosassoni dell'*equal time* (o *Fairness Doctrine*), e si può considerare un'estensione del principio del pluralismo interno, che si traduce anche nell'apertura alle diverse tendenze politiche (art. 1 l. n. 103 del 14 aprile 1975), anche di minoranza o di scarsa o nessuna rappresentatività.

In Italia, negli anni cinquanta, la disciplina della propaganda e della comunicazione politica era stata introdotta dalla l. 4.4.1956, n. 212 (Norme per la disciplina della campagna elettorale), che si limitava a definire alcune norme riguardanti l'affissione di stampati e manifesti elettorali nei 30 giorni precedenti le elezioni.

Si trattava all'evidenza di una scarna disciplina schematica appena sufficiente in un contesto in cui le lobbies provenienti dal

[7] B. Croce, La storia come pensiero e come azione, Laterza, Bari 1943, pp. 35-37; 46-50

mondo dell'economia erano appena accennate od impercettibili.

Nel decennio successivo, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 48 del 1964, si era pronunciata su una questione di legittimità costituzionale di tale legge sollevata in relazione all'art. 21 Cost., concludendo per l'infondatezza della questione, ricordando altresì che la legge del 1956 attuava il principio costituzionale della parità di trattamento nell'accesso alle competizioni elettorali da parte dei cittadini e delle relative formazioni sociali .

Tuttavia negli anni a seguire si era prepotentemente affermata, quale mezzo di propaganda elettorale, la R.A.I., detentrice del monopolio di Stato dell'informazione.

Vero è che dietro la R.A.I. e dietro lo Stato Italiano che ne era (e ne è tutt'ora) unico azionista, vi era la democrazia pluralista dei partiti.

Ciononostante persisteva il rischio che in presenza di una democrazia a senso unico senza alternanza (per i noti effetti indiretti della guerra fredda), vi fosse la possibilità concreta di un monopolio di fatto dell'informazione anche politica, con le intuibili conseguenze in termini di diminuzione dell'accesso democratico e paritario di tutte le forze politiche e sociali, anche e soprattutto di minoranza, all'uso dei mezzi di comunicazione di massa.

Proprio per attenuare l'impatto di quelle allora inevitabili conseguenze negative, la L. 103/1975, all'art. 4, affidava alla Commissione Parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi (e quindi all'intero sistema consociativo rappresentato dai partiti dell'arco costituzionale) la regolazione delle varie rubriche a carattere politico, quali le tribune elettorali, sindacali e stampa[8].

6. Imprese private e posizione dominante nella proprietà di mezzi di comunicazione.

Il passaggio dalla I alla II Repubblica, dovuto anche al deprecato fenomeno di Tangentopoli, aveva visto pervenire sulla ribalta politica il fenomeno mai prima osservato, del partito-azienda-impresa, con l'intuibile conseguente ed indifferibile necessità di regolare l'intervento sui media delle nuove e vecchie formazioni politiche, alcune delle quali appunto dotate di rilevanti risorse economiche provenienti dalle imprese ad esse collegate, e ciò al fine di assicurare la parità di trattamento delle formazioni stesse e dei cittadini.

Nel contesto storico di cui parliamo, l'accesso alle fonti ed ai mezzi d'informazione comportava inevitabilmente un rilevante onere per i cittadini e per le formazioni sociali che li rappresentano, in quanto l'utilizzo di tali strumenti presentava un costo approssimativamente pari a quello della pubblicità commerciale, con le stesse tariffe diversificate unicamente a seconda delle emittenti e degli orari di trasmissione.

Non è un caso che una parte del personale politico affacciatosi per la prima volta sulla ribalta delle istituzioni negli anni 1993-94 provenisse dalle fila delle concessionarie della pubblicità commerciale (Publitalia, SIPRA), il che sta a sottolineare l'identità dei metodi e talora dei fini delle due attività, quella strettamente politica e quella dell'impresa, oltretutto concessionaria .

In definitiva, la propaganda politica era allora, e forse continua ad essere ancor oggi, interessata dalle stesse regole tecniche della pubblicità e vendita di prodotti e servizi.

Le norme da allora succedutesi in materia di parità di accesso ai mezzi di informazione durante le competizioni elettorali traducono in pratica i principi sopra accennati, in un quadro per altro in parte oggi non più attuale, essendo com'è noto pervenuto alla ribalta politica il movimento M5S, che ha fatto della rete, soprattutto di quella a costo zero, il mezzo principale di interazione con l'elettorato[9] .

[8] Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi, meglio nota come Commissione di Vigilanza Rai, o più semplicemente come Vigilanza Rai, è una commissione parlamentare bicamerale, istituita nel 1975 (con la legge 14 aprile 1975, n. 103 ed ha il compito di sorvegliare l'attività del servizio televisivo e radiofonico nazionale e pubblico italiano. La commissione si riunisce a Roma a Palazzo San Macuto.

[9] L. 10.12.1993, n. 515 - Disciplina delle campagne elettorali per l'elezione alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica. L. 22.2.2000, n. 28 - Disposizioni per la parità di accesso ai mezzi di informazione

La l. 22.2.2000, n. 28 fa particolare riferimento all'emittenza televisiva, secondo la convinzione dell'epoca che tale medium sia insostituibile e più diffuso, in grado di raggiungere milioni di persone e spostare altrettanti voti, compromettere o viceversa favorire l'elezione di un politico, con del vero giornalismo d'inchiesta o, a seconda dei casi, con una campagna mediatica montata ad arte.

7. Internet vs. televisione e radio; gratuità vs. onerosità della comunicazione.

Poiché la fissazione di un tetto massimo alle apparizioni televisive è idonea ad evitare una domanda crescente di spot per avere più spazi e prevenire il probabile conseguente rialzo dei prezzi, la legge 28/2000 consente di contenere alcuni di questi costi della politica, e dei connessi oneri su Stato e cittadini.

Il diritto all'accesso gratuito al mezzo televisivo è premessa per consentire di fare politica anche a chi non disponga di risorse, ammettendo l'esercizio universale dell'elettorato attivo.

Organo indipendente di regolazione ed amministrazione delle materie oggetto della l. n. 28/2000 è l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM)[10], che a norma della legge n. 249/1997, (art. 1 co. 6 lett. b) aveva già il compito di seguire l'applicazione delle norme sulla propaganda, pubblicità ed informazione politica, assicurandone l'imparziale attuazione quanto a parità di accesso nelle pubblicazioni e trasmissioni elettorali. La l. n. 28/2000 si occupa principalmente del mezzo radiotelevisivo, riconoscendone la maggiore capacità di influire sul consenso e sulle opinioni dei cittadini telespettatori.

È significativo (ma poco commendevole) che soltanto due disposizioni (artt. 7 e 8) siano relative alla stampa cartacea, e che addirittura sia assente ogni riferimento all'utilizzo della rete (Internet), che oggi peraltro contende alla televisione il ruolo di maggiore strumento di diffusione del messaggio politico. Come già sopra ricordato, la legge 28/2000 ha ricevuto un importante aggiornamento nel 2003 con la l. n. 313 cit., originata dall'esigenza di sottoporre ad una disciplina più flessibile l'emittenza radiotelevisiva locale.È tuttavia singolare come il legislatore, a ben dieci anni dall'introduzione di Internet e dalla diffusione di massa del web, attraverso

durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica, aggiornata con la L. 6 novembre 2003, n. 313. In sintesi, la l. 22.2.2000, n. 28, che a differenza della l. del 1993, disciplina la comunicazione durante l'intero anno e in tutte le campagne elettorali e referendarie, ha introdotto i seguenti principi: le emittenti radiotelevisive devono assicurare a tutti i soggetti politici con imparzialità ed equità l'accesso all'informazione e alla comunicazione politica (art. 2 c. 1); per comunicazione politica radiotelevisiva s'intende la diffusione sui mezzi radiotelevisivi di programmi contenenti opinioni e valutazioni politiche (art. 2 c. 2); gli spazi per la comunicazione politica vengano diffusi obbligatoriamente da emittenti privati e pubbliche che operano a livello nazionale; per messaggi politici autogestiti s'intende la motivata esposizione di un programma o di un'opinione politica; hanno durata da 1 a 3 minuti (per la televisione) e sono trasmessi in appositi contenitori dalla RAI gratuitamente, devono riportare liste e programmi; per la stampa vige un regime diverso da quello previsto per la radiotelevisione, a causa della diversità del mezzo, per cui sono ammesse solo le forme di messaggio politico elettorale previste dall'art. 7 c. 2: annunci di dibattiti, tavole rotonde, conferenze, discorsi, pubblicazioni destinate alla presentazione dei programmi delle liste, dei gruppi di candidati e dei candidati; non possono essere resi pubblici risultati di sondaggi nei quindici giorni precedenti la data delle votazioni (art. 8); l'art. 4 stabilisce il riparto degli spazi tra i soggetti politici: prima della presentazione delle candidature, sono ripartiti tra i soggetti presenti nelle assemblee da rinnovare, quelli presenti nel Parlamento europeo, o in uno dei due rami del parlamento nazionale, tra la data di presentazione delle candidature e la chiusura della campagna elettorale, sono ripartiti tra le coalizione o liste in competizione che abbiano presentato candidature in collegi o circoscrizioni che interessino almeno 1/4 degli elettori. È altresì vietata la presenza di personaggi politici e candidati in programmi che non hanno carattere informativo o di comunicazione politica.

[10] L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) è un'autorità italiana di regolazione e garanzia, con sede principale a Napoli e sede secondaria operativa a Roma, istituita con la legge Maccanico, alla quale è affidato il duplice compito di assicurare la corretta competizione degli operatori sul mercato e di tutelare il pluralismo e le libertà fondamentali dei cittadini nel settore delle telecomunicazioni, dell'editoria, dei mezzi di comunicazione di massa e delle poste. Una simile autorità esiste anche in altri Paesi: negli Stati Uniti, ad esempio, è operante già dal 1934 la Federal Communications Commission; l'Ofcom nel Regno Unito; la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones in Spagna.

le interfacce grafiche, che caratterizzano i più diffusi sistemi operativi multitasking (MacOS, Windows, Linux), non abbia preso in considerazione le potenzialità di queste novità tecnologiche e non lo abbia assoggettato a regole analoghe a quelle del mezzo radiotelevisivo.

Vero è che l'utilizzo del Web, com'è intuitivo, di regola non comporta spese significative, e che dunque non vi è un problema di parità di accesso, diverso dal cd. "*digital divide*" [11].

Tuttavia le enormi potenzialità del web e l'idoneità di questo di convergere e poi sostituire ed assorbire il mezzo radiotelevisivo, avrebbero suggerito di inserirne la disciplina dell'uso ai fini elettorali. Ma tant'è, rimane un fatto che il legislatore quando si occupa di materie tecnologicamente all'avanguardia proceda come una tartaruga.

La legge 28/2000 individua due distinti organi di vigilanza e regolazione: il primo è la commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi competente sulla R.A.I., il secondo è l'AGCOM, l'Autorità indipendente competente sulle restanti emittenti radiotelevisive e sull'editoria.

Naturalmente sorge un problema di necessario coordinamento durante le consultazioni elettorali, soddisfatto attraverso la leale collaborazione tra i due organi, pur aventi natura nettamente distinta, il primo di commissione parlamentare bicamerale, il secondo di Autorità Indipendente.

8. La regolazione in veste neutrale della *"comunicazione politica radiotelevisiva"*.

Nella consapevolezza di commentare una legislazione datata e, come tale, non sempre la più idonea a regolare una materia in perenne, tumultuosa, trasformazione, si accennerà nei paragrafi che seguono alle singole fattispecie ivi disciplinate .

Un primo oggetto di disciplina è la "comunicazione politica radiotelevisiva", con l'ovvia premessa della necessaria delimitazione del concetto, al fine di stabilire in concreto quali programmi, trasmissioni o eventi di analoga natura possano ritenersi soggetti o meno ai severi limiti posti dalla legge.

Principi comuni alle trasmissioni del tipo in esame sono:

a) l'offerta di programmi di comunicazione politica è obbligatoria per le concessionarie radiofoniche e televisive nazionali che trasmettono in chiaro con obbligo d'informazione;

b) la partecipazione a tali programmi *"è in ogni caso gratuita"*;

c) le disposizioni in materia di comunicazione politica non si applicano ai programmi d'informazione;

d) in tali programmi *"è assicurata la parità di condizioni"*. Il principio della parità di trattamento è puntualmente prescritto dal legislatore per il periodo elettorale - distinguendo tra il primo periodo della campagna elettorale (che va dalla convocazione dei comizi alla presentazione delle candidature) e quello successivo (dalla presentazione delle candidature alla conclusione della campagna elettorale) – fissando i criteri cui devono attenersi l'Autorità e la Commissione di vigilanza, previa consultazione tra loro e ciascuna nell'ambito di rispettiva competenza, nel regolare il riparto degli spazi tra i soggetti politici (art. 4, co. 2, della legge).

Qui sovviene la distinzione tra comunicazione politica e diffusione di notizie nei programmi d'informazione, ai fini dell'applicazione della regola dell'equa distribuzione degli spazi tra i soggetti politici nel periodo elettorale (capoverso dell'art. 2, l. 28/2000).

È intuibile che la definizione dell'ambito del concetto di comunicazione politica rilevi ai fini dell'applicazione delle regole in que-

[11] Il digital divide, o divario digitale, è il divario esistente tra chi ha accesso effettivo alle tecnologie dell'informazione (in particolare personal computer e internet) e chi ne è escluso, in modo parziale o totale. I motivi di esclusione comprendono diverse variabili: condizioni economiche, livello d'istruzione, qualità delle infrastrutture, differenze di età o di sesso, appartenenza a diversi gruppi etnici, provenienza geografica. Oltre a indicare il divario nell'accesso reale alle tecnologie, la definizione include anche disparità nell'acquisizione di risorse o capacità necessarie a partecipare alla società dell'informazione. Cfr. Bentivegna, S.," Disuguaglianze Digitali; Le nuove forme di esclusione nella società d'informazione" Ed. Laterza 2009; Norris Pippa, Digital Divide. Civic engagement, information poverty, and the Internet Worldwide, Cambridge University Press 2001.

stione e del connesso potere di vigilanza.

Le occasioni per cadere in dubbi ed equivoci non sono poche.

Qualsiasi notizia attenga anche solo indirettamente ad un soggetto politico è suscettibile di alterare la *par condicio*.

Si pensi ad un'intervista televisiva al presidente del Milan negli aa. 2006-2008 (quando si trattava del Presidente del Consiglio allora in carica, oltretutto leader del partito che contendeva il primato della politica e del governo ai partiti di sinistra), oppure al telegiornale che dia notizia di un accordo internazionale cui partecipa un componente del governo candidato alle imminenti elezioni, oppure ancora al caso in cui il Ministro degli Esteri commenti in TV un fatto di cronaca estera di rilevantissimo interesse (cattura ed uccisione di Bin Laden), pur senza fare alcun riferimento alla politica interna[12], oppure ai più frequenti casi in cui la satira politica, la comicità o l'insulto gratuito nei confronti di questo o di quel partito o uomo politico si sommano ai contenuti squisitamente e originariamente propagandistici delle trasmissioni.

9. Comunicazione politica e spettacolo: le elusioni della regolazione.

In tali casi i commenti seri o ritenuti tali, a contenuto politico, e la politica stessa possono trasformarsi in un'occasione di intrattenimento. Con tale sistema, a ben vedere, la satira politica si coniuga con le leggi dello spettacolo. La politica perde la sua natura classica di impegno civile per trasformarsi in divertimento. Pensiamo alle inchieste-spettacolo sui politici ad opera delle Iene o di Striscia la notizia, dove non si fanno commenti seri in modo diretto od esplicito ma passano, o possono passare, messaggi molto incisivi attraverso la comicità e la satira. Del resto, la locuzione latina "*Castigat ridendo mores*", che tradotta letteralmente, significa: "corregge i costumi ridendo" ed è dovuta al poeta latinista francese Jean de Santeul, sino dal 1650 compariva come iscrizione sul frontone di vari teatri in Europa, e rappresentava insieme un vanto ed una caratteristica dell'interpretazione teatrale, da considerarsi il perfetto equivalente dell'e-

[12] Il caso si è recentemente verificato, in uno speciale RAI cui aveva partecipato il Ministro Frattini.
L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nell'esaminare alcuni esposti sulla vicenda presentati e relativi alla penultima settimana di campagna elettorale (1-7 maggio) rilevava che i telegiornali presentano ancora qualche squilibrio nel tempo di parola (criterio prevalente di valutazione) e nel tempo di notizia.
Pertanto l'Autorità, *"in considerazione dell'imminenza del voto, ha impartito un preciso ordine di immediato riequilibrio nel senso che tutte le edizioni dei telegiornali, comprese quelle principali, nelle ultime tre giornate di campagna elettorale (11, 12 e 13 maggio) devono realizzare il completo equilibrio tra le forze politiche di maggioranza e quelle di opposizione, sia nel tempo di parola che in quello di notizia, recuperando gli squilibri verificatisi nelle settimane precedenti"*. In vista delle elezioni, afferma poi l'Agcom nella sua nota, il tempo dedicato agli esponenti del governo nei tg *"deve essere riferito solo alla loro funzione governativa"*. Ciò vale, *"in particolare, per il presidente del Consiglio, il quale è anche capolista nelle elezioni comunali a Milano". L'Autorità "ricorda che - ai sensi dell'art. 1 della legge n. 515 del '93 - a tutti i candidati, qualunque sia il ruolo istituzionale rivestito, non può essere dedicato un uso ingiustificato di riprese con presenza diretta e che, fino alla chiusura delle operazioni di voto, la loro presenza è ammessa solo nelle trasmissioni informative ricondotte sotto testata giornalistica"*.
In via *"eccezionale e straordinaria, gli ordini impartiti saranno attentamente verificati dall'Autorità attraverso un monitoraggio giornaliero"*, sottolinea la nota.
E ancora, "in caso di inottemperanza dell'ordine, tenuto conto dei richiami già rivolti, saranno applicate, senza ulteriore preavviso, le sanzioni pecuniarie previste dalla legge, e inoltre le testate dovranno pubblicare un avviso recante l'informazione sull'avvenuta violazione e sulla conseguente sanzione".
Infine, l'Agcom ha inflitto al Tg1 una sanzione di 100.000 euro, per l'inadeguata osservanza dell'ordine e dei richiami rivoltigli in precedenza" per gli squilibri relativi al pluralismo politico in vista delle elezioni amministrative. Inoltre l'Autorità, "a seguito degli esposti presentati dall'Udc, ha invitato Sky a rispettare, nei confronti tra candidati sindaci e nella rappresentanza delle forze politiche, il principio di effettiva parità di trattamento e di pari opportunità di ascolto e visibilità".
Il direttore del Tg1 Augusto Minzolini, scriveva al Dg Rai Lorenza Lei dopo la sanzione di 100 mila euro comminata dall'Autorità per le comunicazioni al Tg1, asserendo che i dati dell'Osservatorio di Pavia dimostrerebbero o che nelle edizioni di massimo ascolto (quella delle 13 e quella delle 20) l'opposizione ha avuto più spazio nel Tg1. Le cose cambiano con l'uccisione di Bin Laden perché con le dirette e le edizioni speciali più volte sono stati intervistati il ministro della Difesa La Russa e degli Esteri Frattini che però non hanno mai parlato di questioni di politica interna.

poca della trasmissione audiovisiva di oggi. Oltretutto, la commedia e la satira, coprendo di ironia e ridicolo i vizi e i difetti umani, rappresentano tutt'oggi una notevole spinta all'evoluzione dei costumi.

C'è ora da chiedersi se l'attuale trasformazione della comunicazione politica, che vede nella spettacolarizzazione e nell'intrattenimento i suoi elementi cardine, sia soltanto una fase transitoria che andrà ad esaurirsi o che siamo davanti ad una nuova categoria del linguaggio politico destinato ad interessare sempre di più la sfera politica e il rapporto che i politici intrattengono con i cittadini?

In realtà, fin dai tempi di Ridolini, e poi a seguire con Totò, Alberto Sordi, Carlo Verdone, la politica si è sempre coniugata con lo spettacolo, così come anticamente avveniva con il *panem et circenses* nella Roma imperiale, oppure col cinema e, ad esempio, con i tragici effetti della propaganda di Joseph Paul Goebbels nella Germania nazista.

Ed è appena il caso di ricordare che spesso, in riviste e trasmissioni dedicate al gossip, come quelle cui ha partecipato Alfonso Signorini (direttore del settimanale dedicato alle notizie piccanti "Chi"), sono diffuse notizie scandalistiche in realtà gradite dai personaggi coinvolti nelle rivelazioni, che così vedono crescere la propria popolarità, anche a fini dichiaratamente elettorali, come sembra evidente dall'abitudine degli interessati di non smentire e talora addirittura di favorire l'attività dei fotografi o di intervenire con il telefono in trasmissioni di questo tipo.

Così pure era avvenuto per la vicenda delle "Escort", tanto da far pensare che alcune vicende scandalistiche siano create a bella posta dagli stessi protagonisti, i quali sembrano mettere in conto le conseguenze giudiziarie, salvo poi restare intrappolati e definitivamente tagliati fuori dall'agone politico, per effetto delle eventuali condanne e delle conseguenze della legge Severino n.190/12.

Altro è il caso in cui la comunicazione politica non sia gradita all'uomo di governo e che questi possa chiedere l'allontanamento del giornalista politico con il quale si sia entrato in polemica, così come a proposito del recentissimo scontro a Ballarò tra Renzi e Floris, seguito dall'allontanamento e sostituzione di quest'ultimo per effetto di una richiesta probabilmente caduta per vie gerarchiche.

Sembra, in questo come in altri recenti, analoghi episodi, di ripercorrere la storia travagliata della Democrazia Cristiana, in cui bastava dire qualcosa di troppo per essere cacciati via dalla RAI.

Come nel 1959, quando i comici Tognazzi e Vianello furono banditi per anni dalla Rai per avere commentato ed imitato la caduta dalla sedia del presidente della Repubblica Gronchi alla Scala di Milano avvenuta alla presenza del presidente francese Charles de Gaulle [13].

Oppure come avvenne nel 1984 a Leopoldo Mastelloni (fratello del noto procuratore della Repubblica di Trieste Carlo) quando, durante una puntata di Blitz, allora seguitissima trasmissione RAI, pronunciò involontariamente una bestemmia e perciò fu allontanato per più di 10 anni dalla presenza sulle reti pubbliche.

Il leader del M5S Beppe Grillo non sarebbe mai diventato il campione di aggressività politico-elettorale qual è, senza i ripetuti infortuni nei confronti dell'establishment degli aa. '70-'80[14], preparando così la sua straordi-

[13] http://www.youtube.com/watch?v=LBvmCaWKL8 Negli anni sessanta, il presentatore Corrado Mantoni fu allontanato dalla Rai per aver detto nella trasmissione "Controcanale", che l'Italia era un Repubblica fondata sulle cambiali. Può ricordarsi anche il giornalista Nino Longobardi (padre di un noto professore ordinario di diritto amministrativo dell'Università di L'Aquila), che dovette chiudere una delle prime trasmissioni di critica politica denominata "I pugni sul tavolo" dell'anno 1977 sull'emittente televisiva Televita canale 65, per le proteste dei leader democristiani dell'epoca .

[14] Grillo solo recentemente è riapparso in RAI a 'Porta a Porta', e solo per parlare di politica. Si tratta di un evento straordinario, visto che non era comparso in un programma Rai da più di 20 anni, da quando il 25 novembre e il 2 dicembre 1993, andarono in onda le due puntate del suo ultimo show per la tv generalista, trasmesso dal teatro delle Vittorie su Rai1.
Da allora, Grillo (che per quell'ultimo show fu querelato da Biagio Agnes, allora presidente della Stet ed ex direttore generale di Viale Mazzini) è stato oggetto solo di cronache da parte dei tg e dei programmi d'approfondimento ma mai ospite in studio ne' di trasmissioni Rai ne' di Mediaset.
Nei precedenti 15 anni però l'attore e comico genovese aveva avuto un rapporto intenso con la tv pubblica, segnato da grandi successi ma anche grandi rotture.

naria carriera politica nazionale, insieme con Casaleggio ed altri dirigenti di WEBEGG, società della Telecom di Colaninno, tutti da quest'ultimo prematuramente allontanatisi.

Lo stesso è capitato a Michele Santoro per avere infastidito a più riprese il Governo negli anni tra il 2001 ed il 2010.

Del resto, tutta la comunicazione di notizie che riguardi seppure indirettamente, componenti o partiti del governo o dell'opposizione, può ricondursi ad informazione politica, e spesso si assiste alla facile elusione della distinzione, proprio come avviene negli audiovisivi in genere in cui la pubblicità commerciale è talora veicolata surrettiziamente attraverso messaggi subliminali o con il logo del prodotto da reclamizzare, proprio come avveniva con le marche di sigarette o di liquori esibite in modo vistoso durante le scene di trasmissioni di ogni tipo.

10. La regolazione della comunicazione politica come funzione pubblica neutrale.

La l. 31.7.1997, n. 249 ha istituito l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) ed, insieme con le altre disposizioni integrative successivamente intervenute, ha conferito all'Autorità un'accettabile indipendenza ed autonomia dalle parti politiche, come può evincersi dal sistema di nomina dei componenti, in parte riconducibile all'elezione parlamentare, con soltanto il presidente di nomina governativa, soggetta ad un parere a maggioranza rafforzata del Parlamento (D.P.R. su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, d'intesa con il Ministro dello sviluppo economico previo parere favorevole espresso a maggioranza dei due terzi dei componenti dalla IX Commissione Trasporti della Camera e dall'8ª Commissione Lavori pubblici del Senato, ai sensi dell'art. 1, co. 3, della l. n. 249/1997 e dell'art. 2, co. 7, della l. n. 481/1995).

Il co. 3, dell'art. 1 della citata legge prevede che: *«Sono organi dell'Autorità il presidente, la commissione per le infrastrutture e le reti, la commissione per i servizi e i prodotti e il consiglio. Ciascuna commissione è organo collegiale costituito dal presidente dell'Autorità e da quattro commissari. Il consiglio è costituito dal presidente e da tutti i commissari. Il Senato della Repubblica e la Camera dei Deputati eleggono quattro commissari ciascuno, i quali vengono nominati con decreto del Presidente della Repubblica». Con il Decreto Legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in Legge il 22 dicembre 2011, n. 214, tuttavia, il numero dei componenti dell'Autorità è stato ridotto da otto a quattro, con proporzionale riduzione da quattro a due dei componenti di ciascuna delle due commissioni. La stessa disposizione prevede che: «Ciascun senatore e ciascun deputato esprime il voto indicando due nominativi, uno per la commissione per le infra- strutture e le reti, l'altro per la commissione per i servizi e i prodotti»*.

È seguita poi la riduzione dei membri dell'Autorità, per effetto del d.l. 24.3.2012, n. 29, convertito dalla l. 18.5.2012, n. 62.

Il co. 5 del medesimo art. 1 della l.249/97 stabilisce che: *«Ai componenti dell'Autorità si applicano le disposizioni di cui all'articolo 2, commi 8, 9, 10 e 11, della Legge 14 novembre 1995, n. 481»*. Il co. 8, dell'art. 3 di quest'ultima prevede che: *«I componenti di ciascuna autorità sono scelti fra persone dotate di alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore; durano in carica sette anni e non possono essere confermati»*. I regolamenti parlamentari che disciplinano le procedure di votazione finalizzate alla nomina dei membri delle autorità dispongono che alle votazioni medesime si proceda con voto segreto così da non rendere riconducibili le preferenze espresse a favore dei candidati eletti ad alcun parlamentare e ad alcuna forza politica a garanzia, tra l'altro, dell'indipendenza degli eletti non legati agli elettori da alcun

Il 15 novembre 1986, durante il varietà televisivo del sabato sera di Rai1, 'Fantastico 7', aveva fatto una battuta sul Partito Socialista e Bettino Craxi, all'epoca Presidente del Consiglio dei ministri, costatagli un paio di anni di 'allontanamento' dalla Rai. Ironizzando su una delegazione del Psi in Cina raccontava di un Martelli che chiama Craxi dalla Cina e dice: *«Ma senti un po', qua ce n'è un miliardo e son tutti socialisti?»*. Craxi, sempre nel racconto di Grillo, rispondeva: «Sì, perché'?». Il racconto si chiudeva con Martelli che affermava: «Ma allora se son tutti socialisti, a chi rubano?».
L'allontanamento dalla Rai si interrompeva però con due partecipazioni al Festival di Sanremo nel 1988 e 1989.

"debito di riconoscenza". L'analisi del quadro normativo nazionale che disciplina la materia della nomina dei membri dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni consente di ascrivere l' AGCOM quale autorità indipendente nominata dal Parlamento sulla base di parametri tecnici e non politici ed attraverso un procedimento idoneo a far sì che nessuno dei membri dell'Authority, una volta nominato, possa avere "debiti di riconoscenza" verso uno specifico elettore o a esso risultare riconducibile. Altro profilo di indipendenza è rappresentato dall'autofinanziamento[15]. Questo sistema è rivolto ad assicurare l'indipendenza dalle parti politiche, ma non è efficace per prevenire gli eventuali rapporti dei singoli componenti con le imprese regolate, le quali anche nel caso dell'AGCOM, rischiano di poterne condizionare a proprio vantaggio l'attività.

11. Comunicazione politica paritaria sui mezzi d'informazione rivolti al pubblico.

La comunicazione politica riceve, come si è detto, una disciplina a sé stante, ispirata ad assicurare una presenza paritaria sui mezzi di informazione tra i vari soggetti politici, tenendo conto limitatamente alla metà degli spazi disponibili, del grado di rappresentatività di ciascuno di essi nelle assemblee elettive da rinnovare.

Tali spazi di regola riguardano un ciclo dedicato e periodico di trasmissioni, ai quali i soggetti politici hanno facoltà ed, insieme, diritto di partecipare.

Viceversa, per le emittenti concessionarie radiofoniche e televisive vi è obbligo di provvedere gratuitamente ad offrire la comunicazione politica, assicurandone la diffusione in chiaro (quarto comma dell'art.2 della legge n.28 cit.).

Tale obbligo viene peraltro disatteso regolarmente dalle televisioni satellitari e del digitale terrestre che criptano il segnale anche per la diffusione dei telegiornali e delle altre trasmissioni di intrattenimento nei quali compare la comunicazione politica.

La stessa disposizione ultima citata prescrive la gratuità della partecipazione alle trasmissioni di comunicazione politica, mentre l'art. 11 *quater*, co. 1, della legge cit., introdotto con la l. del 2003 cit. stabilisce che le emittenti radiofoniche e televisive locali devono garantire il pluralismo attraverso la parità di trattamento, l'obiettività, l'imparzialità e l'equità nella trasmissione sia dei programmi d'informazione, nel rispetto della relativa libertà, sia dei programmi di comunicazione politica, dandone atto per iscritto ed in voce nella presentazione delle trasmissioni.

I messaggi politici autogestiti rappresentano la sintetica esposizione di un programma o di un'opinione politica; hanno durata da 1 a 3 minuti (per la televisione) e sono trasmessi in appositi contenitori dalla R.A.I. gratuitamente, dovendo comunque riportare liste e programmi. L'attuale normativa obbliga i concessionari del servizio pubblico radiotelevisivo a trasmettere tali messaggi, ove siano gratuiti, servendosi delle strutture della stessa emittente. Tale trasmissione è viceversa facoltativa per le emittenti private, e di queste quelle locali soltanto possono trasmettere messaggi politici autogestiti al pagamento.

I messaggi autogestiti gratuiti possono essere presentati soltanto nel periodo compreso tra la presentazione delle candidature e la fine della campagna elettorale, su richiesta normalmente delle coalizioni, ovvero dei partiti o

[15] Sull'indipendenza delle Authorities e sull'autofinanziamento si veda M. D'ALBERTI, Voce Autorità indipendenti (dir. amm.), in Enciclopedia giuridica Treccani, 1995; M. DE BENEDETTO, Voce Autorità indipendenti, in Dizionario di diritto pubblico diretto da S. CASSESE, vol. I, Milano, Giuffrè, 2006, pag. 588.
Occorre, peraltro, ricordare la distinzione tra autorità indipendenti e semi-indipendenti proposta da G. AMATO, Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1997, pag. 653 5 In proposito si veda Camera dei deputati, Indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti, 4 aprile 200;. J.O. FREEDMAN, Crisis and legitimacy: the administrative process and American government, New York, Cambridge University Press, 1978, pag. 58; J.E. STIGLITZ, Economia del settore pubblico, 1989, Milano, Hoepli, pag. 214 e A. FRIGNANI–R. PARDOLESI, Diritto antitrust italiano, Bologna, Zanichelli, 1993, pag. 841; V. RICCIUTO, I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti, in R. DI RAIMO-V. RICCIUTO (a cura di), Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006, pag. 355.

dei candidati, ed espongono il simbolo che li raggruppa.

Ovviamente occorre una legittimazione per chiedere la trasmissione dei messaggi autogestiti gratuiti, e tale materia è rimessa alla disciplina di tipo regolamentare da parte dell'Autorità di garanzia, che attualmente ne ammette la presentazione da parte di coloro che dichiarano di presentare candidature in collegi o circoscrizioni che interessino almeno un quarto degli elettori chiamati alla consultazione. Il sistema riprende un criterio già noto nel diritto sindacale, quello della rappresentatività, con la particolarità che qui tale requisito è rimesso alla dichiarazione del soggetto politico ed è di difficile verifica. Vi è anche un numero massimo di messaggi che ciascun soggetto può diffondere sulle emittenti in ciascun giorno, ed anche limiti di durata di ciascun messaggio, distinguendo tra radio e televisione.

12. Ruolo della tecnologia per un'informazione paritaria, completa ed imparziale.

Non vi è una definizione puntuale di *"informazione"* nell'art. 5 della L.28/200, ma soltanto la generica prescrizione secondo cui i programmi della categoria devono rispettare parità di trattamento, obiettività, completezza ed imparzialità dell'informazione.

Non si tratta di una lacuna perché, come detto, l'informazione è nozione che, almeno quanto a mezzi che ne condizionano e/o facilitano la diffusione, è soggetta a perenne evoluzione tecnologica, ed una definizione puntuale rischierebbe di consentire elusioni.

Per farsi un'idea di come la tecnologia condizioni l'esercizio di tale attività e dei connessi diritti, basta pensare alla figura dei banditori che nel medioevo pubblicizzavano bandi, provvedimenti, od ordinanze delle autorità (oltre che, talora, anche le merci che i cittadini mettevano in vendita), richiamando l'attenzione della popolazione attraverso il suono di tamburo, tromba o di altri strumenti.

E quest'accostamento di funzioni ed attività conferma la sinergia che si ravvisa ancor oggi tra propaganda elettorale e pubblicità commerciale[16].

[16] Fino agli inizi del '900 gran parte della popolazione meridionale era analfabeta e quindi non era in grado di leggere né ordinanze né manifesti; per questo molti annunci (sia delle autorità locali che di privati per scopi commerciali) venivano proclamati da un banditore.
Non era infrequente in passato imbattersi per strada nel banditore. Fino alla fine degli anni '50 le Amministrazioni comunali si servivano di un banditore per comunicare ai cittadini eventi, ordinanze e notizie riguardanti la vita del Comune o alcune scadenze o adempimenti.
Una tendenza, questa, che trova radici nella tradizione medievale utilizzata dai sovrani per far giungere ai loro cittadini notizie riguardanti leggi, dispacci, decisioni, ordinanze prese dal signore e padrone delle terre a lui sottomesse. Infatti il banditore, fornito dapprima di un tamburo e successivamente di una cornetta d'ottone, girava per i vari rioni del paese per comunicare notizie importanti e decisioni adottate dal Consiglio comunale. Venivano prima annunciati i bandi commissionati dalle Autorità**:** la chiamata alla visita di leva e le delibere del Comune e poi quelle dei privati cittadini. Si fermava agli angoli delle strade, suonava il suo tamburo o la cornetta, per richiamare l'attenzione dei cittadini e, dopo due o tre lunghi e acuti squilli di cornetta o di rullo del tamburo, nel più rigoroso linguaggio dialettale locale dava libero sfogo ai polmoni, gridando ai quattro venti un messaggio che gli era stato commissionato dall'Amministrazione o da un privato cittadino, ossia *"gettava il bando"*, preceduto dal classico *"Udite, udite"* o *"Per ordine del signor Podestà"* o *"II signor Sindaco avverte"*, o ancora *"il signor Giudice Conciliatore comunica", "il Sindaco manda a dire che domani mancherà l'acqua, fate una buona scorta perché non si sa quando l'erogazione sarà ripristinata "*. Nel caso in cui gli annunci fossero più di uno, intercalava gli stessi con uno squillo di trombetta. Esistevano diverse tipologie di bandi. I più importanti erano quelli delle istituzioni e si davano per alcune sere, all'imbrunire, quando già la popolazione era raccolta in casa.
L'annuncio poteva riguardare sia una comunicazione dell'Autorità, sindaco o podestà che fosse, sia una comunicazione commerciale. Solo alla fine venivano i cosiddetti *"consigli per gli acquisti"*, annunci pubblicitari riguardanti carne fresca di bassa macelleria, frutta, vino novello o vecchio al dettaglio: Se volete acquistare un litro di buon vino dovete andare alla cantina di… E' arrivato in piazza un commerciante di stoffe, di pesce, di carboni… affrettatevi perché non porta con sé un gran quantitativo di merce.
Il banditore del paese al mattino annunciava l'arrivo al mercato coperto del paese del pescivendolo, del fruttivendolo, come anche l'arrivo dell'arrotino o del venditore di vestiti. A piedi o appoggiandosi al manubrio di una vecchia bicicletta, il banditore annunciava alla popolazione l'arrivo, l'indomani mattina, di una baracca con formaggi e salumi, per segnalare che un Tizio aveva smarrito la chiave di casa e, quindi, si pregava chi l'avesse eventualmente trovata di volerla restituire, dietro adeguato compenso, o per informare che il gior-

E come non ricordare che negli Stati Uniti, già durante la campagna elettorale del 1968, circolava la battuta "*Puoi vendere un candidato presidenziale come vendi una saponetta*".

13. Regolazione della comunicazione nelle fasi elettorali e confronto tra i candidati.

L'AGCOM e la Commissione parlamentare di vigilanza definiscono con regolamento le regole cui devono conformarsi la concessionaria pubblica e le emittenti private durante la campagna elettorale e fino alla chiusura delle operazioni di voto.

Secondo il decreto ministeriale 8 aprile 2004, si considerano programmi d'informazione "*il telegiornale, il giornale radio e comunque il notiziario o altro programma di contenuto informativo a rilevante presentazione giornalistica, caratterizzato dalla correlazione ai temi dell'attualità e della cronaca*"[17]. Questa definizione è quanto mai obsoleta, perché non tiene conto dell'evoluzione più recente, che consente di annoverare nell'informazione anche tutto ciò che viaggia sulla rete. Tant'è vero che i recenti successi elettorali dei partiti e dei movimenti che si sono avvalsi prevalentemente della rete non hanno meravigliato chi studia questi fenomeni da vicino.

Nel corso di ciascuna consultazione elettorale sono dettate disposizioni specifiche in tema di informazione mediante appositi regolamenti nel rispetto dei principi generali stabiliti dagli art. 3 e 7 del d.lgs. 31.7.1995, n. 177 (T.U. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici). In particolare, l'art. 7 del T.U. definisce l'attività di informazione attraverso i servizi di media audiovisivi o radiofonici quale servizio di interesse generale, sottolineando così l'interesse pubblico collegato a tale attività, a garanzia della libertà di informare e del diritto del singolo ad essere informato.

L'attività di informazione, ai sensi dell'art. 3 ultimo citato, deve assicurare la garanzia della libertà e del pluralismo dei mezzi di comunicazione radiotelevisiva, l'obiettività, la completezza, la lealtà e l'imparzialità dell'informazione nonché; ai sensi del successivo art.7, la presentazione veritiera dei fatti e degli avvenimenti, in modo tale da favorire la libera formazione delle opinioni, e l'accesso di tutti i soggetti politici alle trasmissioni di informazione e di propaganda elettorale in condizioni di parità di trattamento e di imparzialità, nelle forme e secondo le modalità indicate dalla legge.

Durante il periodo elettorale i programmi d'informazione devono essere ricondotti alla responsabilità di una specifica testata (ove già non lo siano). A norma dell'art. 1, co. 5, della l. n. 515/93, dalla data di convocazione dei comizi elettorali, nelle trasmissioni informative riconducibili alla responsabilità di una specifica testata giornalistica registrata, la presenza di candidati, esponenti di partiti e movimenti politici, membri del Governo, del-

no successivo, all'Ufficio comunale di collocamento, sarebbe stata corrisposta, agli aventi diritto, l'indennità di disoccupazione. Con il bando, si rendeva noto anche l'inizio dell'anno scolastico. Altro tipo di bando era quello di avviso/diffida, *"Nessuno abbia l'ardire … sarà denunciato"*, che, il cittadino interessato faceva registrare al protocollo del Comune e il banditore doveva dare avviso per tre sere consecutive. Altri esempi di annunci potevano essere: l'entrata in vigore della possibilità di pascolare, senza rispettare i confini, i vari campi di grano dopo la mietitura o la denuncia di furti avvenuti in alcuni sfortunati terreni, il periodo per condurre il bestiame al pascolo nei terreni gravati dall'uso civico o altre notizie utili alla comunità. Con lo stesso sistema si rendeva noto l'organizzazione di pellegrinaggi nei vari Santuari e l'arrivo del riparatore di oggetti in creta oppure un bando commissionato per la programmazione di un film. Anche i venditori ambulanti usufruivano di questo servizio: in questi casi il banditore girava il paese gridando il messaggio da annunciare. Con l'istruzione di massa, la scomparsa dell'analfabetismo e la diffusione dei mezzi di comunicazione moderna, come i manifesti, la figura del banditore è stata " posta al bando ", cioè è andata in pensione e si è persa una secolare tradizione cittadina insieme a una delle figure più caratteristiche e popolari. Alle nuove generazioni che non hanno conosciuto questo tipico personaggio di ogni comunità cittadina resta almeno il ricordo della presenza del banditore attraverso il racconto di chi lo ha conosciuto e ne ha apprezzato il suo ruolo all'interno della comunità del Comune.

[17] V. anche l'art. 2 del codice di autoregolamentazione (d.m. 8.4.2004) relativamente all'emittenza locale (che riporta integralmente la definizione contenuta nell'art. 11-ter della l. n. 28/00 come modificata dalla l. n. 313/2003).

le Giunte e dei Consigli regionali e degli enti locali deve essere limitata esclusivamente alla esigenza di assicurare la completezza e l'imparzialità dell'informazione. Tale presenza è vietata in tutte le altre trasmissioni.

Ne deriva che, nel periodo elettorale, la presenza di esponenti politici (candidati e non) è ammessa, oltre che nell'ambito della comunicazione politica e dei messaggi autogestiti, solo nei programmi di informazione ricondotti alla responsabilità di una testata e conformemente alle finalità espresse nella norma appena citata.

Nei programmi d'informazione trasmessi in tv, ai candidati, indipendentemente dal ruolo istituzionale rivestito, non può essere dedicato un uso ingiustificato di riprese con presenza diretta; inoltre, fino alla chiusura delle operazioni di voto, il tempo dedicato agli esponenti di governo deve essere rapportato solo alle loro funzioni governative e nella misura strettamente indispensabile ad assicurare la completezza e l'imparzialità dell'informazione.

In applicazione del divieto stabilito dall'art.1, co. 5 della L. n. 515/93, l'Autorità ha ritenuto illegittima la partecipazione di un candidato in qualità di conduttore ad una trasmissione programma, per non incorrere in un'illegittima (art. 5, c. 2) manifestazione dell'intenzione di voto durante il periodo elettorale, così come nel caso l'esponente politico non sia candidato, ma il programma tratti tematiche di rilevanza politica .

Secondo AGCOM, l'esigenza derivante dall'art. 1, comma 5, della legge n. 515/93 di assicurare una competizione elettorale in cui l'informazione sia la più obiettiva e completa possibile, comporta anche per le emittenti locali che nel periodo elettorale, in qualunque trasmissione radiotelevisiva diversa da quelle di comunicazione politica e dai messaggi autogestiti, sia vietato fornire anche in forma indiretta indicazioni di voto.

Questi principi si estendono anche alla rappresentazione delle diverse posizioni politiche nei telegiornali, che ovviamente non è possibile regolare mediante una meccanica e automatica ripartizione paritaria degli spazi attribuiti, e pur tuttavia deve seguire un criterio di tendenziale parità di trattamento nella rappresentazione di tutte le opinioni politiche, a tutela del presupposto principio di leale partecipazione alle competizioni elettorali, che rappresenta il fondamento della democrazia rappresentativa.

Come per i prodotti pubblicitari, anche nella materia di cui ci si occupa sorge il problema dell'ammissibilità di confronti tra candidati partecipanti alle competizioni elettorali, ed in particolare se tale fase della propaganda possa ricondursi alla categoria delle trasmissioni politico-informative di approfondimento dei programmi presentati dai partiti e dai loro esponenti e dei profili dei candidati. Secondo l'opinione dell'Autorità, i confronti sono ammissibili, perché contribuiscono alla migliore informazione democratica nei confronti dei titolari del diritto di elettorato attivo.

Non c'è bisogno di sottolineare come questi confronti rappresentino la parte più delicata e rilevante dell'informazione politico-elettorale, per il notevole rilievo di quello che potremmo definire *"impact factor"* della comunicazione, mutuando il termine dalla letteratura scientifica e dalla materia dei concorsi accademici.

I confronti sono decisivi nella formazione del convincimento e delle scelte degli elettori, soprattutto se trasmessi negli ultimi giorni di campagna elettorale e, dunque, necessitano della massima e ad un tempo effettiva parità di trattamento, al fine di non determinare situazioni di vantaggio per determinate forze politiche o determinati competitori elettorali.

Ciò che conta, nelle trasmissioni in cui si realizza il confronto tra candidati, è che il moderatore non sia di parte, e che non favorisca attraverso domande e relativi eventuali commenti, un candidato piuttosto che un altro. In tale caso, l'osservanza delle regole sulla parità di accesso per essere effettiva deve realizzarsi non soltanto con l'assicurare gli stessi tempi alle risposte o agli interventi dei candidati, ma anche e soprattutto proponendo a ciascuno le medesime domande, in modo che il confronto si realizzi sulle risposte da ciascuno date alla medesima questione. Sembra però altrettanto probabile che un premier in carica, possa facilmente avvantaggiarsi con più facilità di chi durante la campagna elettorale sia un semplice sfidante e non svolga at-

tività politica, e ciò anche se l'art. 9 della l. 22.2.2000, n. 28, stabilisce che *"Dalla data di convocazione dei comizi elettorali e fino alla chiusura delle operazioni di voto è fatto divieto a tutte le amministrazioni pubbliche di svolgere attività di comunicazione ad eccezione di quelle effettuate in forma impersonale ed indispensabili per l'efficace assolvimento delle proprie funzioni"*. Al riguardo può tenersi conto della l. 7.6.2000, n. 150, che nel disciplinare le attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni, considera attività di informazione e di comunicazione istituzionali quelle poste in essere in Italia o all'estero dalle pubbliche amministrazioni e volte a conseguire *"l'informazione ai mezzi di comunicazione di massa, attraverso stampa, audiovisivi e strumenti telematici"*, *"la comunicazione esterna rivolta ai cittadini, alle collettività e ad altri enti attraverso ogni modalità tecnica ed organizzativa"*, *"la comunicazione interna realizzata nell'ambito di ciascun ente"*.

Ed è chiaro che la stessa iniziativa legislativa governativa e la decretazione d'urgenza, presentate su tutte le reti nazionali e con enfasi dall'apposita tribuna di Palazzo Chigi, possono rappresentare un vistoso quanto ingiustificato vantaggio nella comunicazione, tale da alterare sensibilmente la par condicio tra le forze politiche ed i relativi candidati.

14. Par condicio, obiettività e correttezza nei cd. *"videomessaggi"*.

Le disposizioni attuative della legge n. 28/00 adottate, ciascuna nell'ambito di competenza, dall'Autorità e dalla Commissione di vigilanza) non definiscono espressamente la nozione di *"videomessaggio"*.

Secondo AGCOM, la trasmissione di videomessaggi di candidati va ammessa nel quadro del contemperamento tra il diritto di cronaca ed il rispetto dei principi a garanzia della corretta informazione politica, tanto che è possibile trasmettere *"videomessaggi"* di soggetti politici ed istituzionali solo in casi eccezionali di rilevante interesse pubblico e nel rispetto di modalità tali da non incidere sul pluralismo dell'informazione, e ciò ad eccezione del periodo elettorale, in cui non debbono trasmettersi videomessaggi all'interno di programmi di qualsiasi tipo, essendo tale informazione riservata ai messaggi politici autogestiti.

Viceversa, possono trasmettersi integralmente in diretta, su frequenze televisive oppure in streaming sul web, le riunioni di Consigli regionali o altri organi espressione di istituzioni locali o centrali dello Stato. E di tale possibilità si è fatta recente applicazione nel corso della formazione dei due ultimi governi, in cui le consultazioni tra il presidente incaricato ed i partiti sono state riprese in streaming, con insperati vantaggi per chi abilmente ha saputo sfruttare la novità divina aspettate risorse di tale nuovo mezzo di diffusione audiovisiva.

Resta quindi discutibile l'opinione di AGCOM, secondo cui la trasmissione integrale delle sedute degli organi consiliari non sarebbe riconducibile alla categoria della comunicazione istituzionale potendo conseguentemente essere diffusa senza le limitazioni proprie delle altre forme di trasmissione audiovisiva.

Quest'opinione non tiene infatti conto della progressiva convergenza di televisione e computer, tanto che ormai la diffusione di quasi tutti i telegiornali avviene anche in streaming, oltretutto in forma non criptata.

15. Potenziali lesioni della *"par condicio"* per diffusione della comunicazione politica in rete.

Se si considera che la l. 22.2.2000, n. 28 è *"lex specialis"*, come tale di stretta interpretazione, insuscettibile di interpretazione analogica o estensiva, che si limita a disciplinare il sistema radiotelevisivo e la stampa, resta inspiegabile come social network e siti web possano restare esclusi da tale disciplina, pur avendo al giorno d'oggi il massimo "*impact factor*", soprattutto sulle giovani generazioni.

Solo le testate on line regolarmente registrate risultano equiparate ai fini della disciplina degli articoli 7 e 8 della legge alle testate registrate cartacee[18].

[18] In Italia, la testata giornalistica online - in quanto prodotto editoriale - risponde alle leggi sulla stampa e deve essere registrata in tribunale e avere un direttore responsabile, un editore e uno stampatore. La l. 7.3.2001, n. 62, stabilisce che *«Per "prodotto*

editoriale" si intende il prodotto realizzato su supporto cartaceo, ivi compreso il libro, o su supporto informatico, destinato alla pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico, o attraverso la radiodiffusione sonora o televisiva, con esclusione dei prodotti discografici o cinematografici» (art. 1). Negli anni sono sorte varie controversie riguardo alla registrazione ufficiale, viste le reiterate confusioni del legislatore tra testata giornalistica e mero sito internet. La disputa è arrivata nelle corti di giustizia nel 2004: in quell'anno il tribunale di Modica ha condannato lo storico Carlo Ruta riconoscendolo colpevole del reato di stampa clandestina, per non aver registrato come testata giornalistica il suo sito web di documentazione storica e sociale. La violazione è quella dell'art. 16 della legge 47 del 1948 che riguarda principalmente i giornali cartacei ma che è stata in questo caso applicata al web e ai blog.Nel maggio 2011 la condanna è stata confermata dalla Corte d'Appello di Catania Il 10 maggio 2012 Ruta viene assolto dalla Corte suprema di cassazione. Le motivazioni della sentenza, pubblicate il 16 settembre 2012, spiegano che il reato di stampa clandestina non è applicabile ad un blog su Internet.Dopo un tentativo di riforma governativo andato a vuoto, nel 2009 è giunta la prima sentenza della Corte di Cassazione (sent. n. 10535/2009), che ha stabilito che le aree di discussione su internet, come blog e forum, non possono avere la stessa tutela costituzionale riservata alle testate giornalistiche regolarmente registrate. La terza legge sull'editoria (n. 62/2001) va "letta" alla luce della delibera n. 236/2001 dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; dell'articolo 31 (punto a) della legge n. 39/2002; dell'articolo 7 (comma 3) del Dlgs n. 70/2003; dell'allegato N ("lavoro nei giornali elettronici") del Contratto nazionale di lavoro giornalistico 2001-2005 e della legge professionale dei giornalisti n. 69/1963. Per le testate on-line, la registrazione presso i tribunali è obbligatoria quando l'editore chiede finanziamenti pubblici, prevede di conseguire ricavi, rispetta una regolare periodicità e impiega giornalisti. Si può sostenere legittimamente e ragionevolmente che sono da registrare nei tribunali (con un direttore responsabile) tutte le libere manifestazioni del pensiero rivolte al pubblico e strutturate come "giornale" (sia esso di carta, radiofonico, televisivo, oppure utilizzante "ogni altro mezzo di diffusione" che oggi è internet). Una recente sentenza milanese va in questa direzione: "Alla luce della complessiva normativa in tema di pubblicazioni diffuse sulla rete Internet, risulta ormai acquisito all'ordinamento giuridico il principio della totale assimilazione della pubblicazione cartacea a quella diffusa in via elettronica, secondo quanto stabilito esplicitamente dall'articolo 1 della legge 62/2001. Tale definizione incide e amplia quella contenuta nel R.dlg. 561/1946 secondo cui non si può procedere al sequestro delle edizioni dei giornali, di pubblicazioni o stampati – contemplati nell'Editto della stampa 26 marzo 1848 n. 695 – se non in virtù di una sentenza irrevocabile" (Tribunale di Milano, II sezione civile, sentenza 10-16.5.2002 n. 6127 in Guida al Diritto n. 47 del 7.12.2002).

I sondaggi elettorali sono un altro importante mezzo di diffusione dell'informazione politica, e si prestano a manipolazioni potenzialmente suscettibili di alterare sensibilmente il gioco democratico tra le forze politiche. Ne è prova l'importanza oggi rivestita dalle società che li elaborano. Secondo il regolamento dell'Autorità di cui alla delibera n. 256/10/CSP i sondaggi elettorali sono veri e propri *"mezzi di comunicazione di massa"*, da assoggettare alla L. 28/2000.

16. La comunicazione istituzionale delle pubbliche amministrazioni in periodo elettorale.

L'art. 9, co. 1, della l. 28/2000 stabilisce che *"Dalla data di convocazione dei comizi elettorali e fino alla chiusura delle operazioni di voto è fatto divieto a tutte le amministrazioni pubbliche di svolgere attività di comunicazione ad eccezione di quelle effettuate in forma impersonale ed indispensabili per l'efficace assolvimento delle proprie funzioni"*. La ratio della disposizione è intuitiva: dovrebbe servire ad impedire che chi sta al Governo si avvantaggi di tale posizione per la maggiore esposizione mediatica connessa alla sua attività.

Tuttavia sembra facile poter aggirare od eludere la prescrizione, mediante un tipo di comunicazione ivi definita impersonale, e che può surrettiziamente surrogare ogni altro tipo di comunicazione vietata nel medesimo contesto.

Del resto non è improbabile che le pubbliche le amministrazioni, svolgendo comunicazione istituzionale in periodo elettorale, possano indirettamente fornire, per fini di propaganda, attraverso modalità e contenuti informativi non neutrali, una rappresentazione suggestiva di sé stesse e dei propri addetti, sovrapponendo, in tal modo, l'attività di comunicazione istituzionale a quella propria dei soggetti politici.

Del resto, comunicazione pubblica o istituzionale, anche secondo l'art. 1, co. 1, punto 4) della l. 7.6.2000, n. 150 *("Disciplina delle attività di informazione e di comunicazione*

delle pubbliche amministrazioni") è ogni forma di comunicazione che proviene dalla pubblica amministrazione, sia verso i *"mass media"* che direttamente verso cittadini, collettività e ad altri enti, attraverso stampa, audiovisivi, strumenti telematici od ogni modalità tecnica ed organizzativa; o infine informazione all'interno di ciascun ente.

Ci si può chiedere a questo punto se la nozione di comunicazione istituzionale o pubblica possa estendersi alle più recenti e moderne forme di esternazione da parte dei Governi e delle istituzioni in genere.

Basti pensare a Twitter che ormai sostituisce l'ufficio stampa di Palazzo Chigi non soltanto mostrando ogni giorno le reazioni emotive di chi siede al governo ma sostanzialmente rappresentando ad un numero indeterminato ma elevatissimo di destinatari le notizie e le azioni programmatiche delle istituzioni.

Tale metodo si è ormai diffuso tanto che altri Capi di Stato, oltretutto contigui alle nostre istituzioni, come ad esempio il Vaticano (*Pontifex* è lo pseudonimo del Papa in Twitter), comunicano abitualmente con i cd. "follower". Tali messaggi sono ripresi dalla stampa, dimodoché il relativo grado di diffusione è praticamente esponenziale, e comunque proporzionale all'importanza del twitter.

Quali sono in sostanza le principali problematiche di questo tipo di diffusione?

Le criticità sono sostanzialmente collegate alle limitate dimensioni del messaggio, che non lascia spazio a motivazioni ridondanti o superflue, pur presentando vantaggi incomparabili con qualsiasi altro mezzo di comunicazione, perché consentono ai follower di interagire in via istantanea con l'autore del messaggio in modo da rappresentarne dissenso, critica ovvero adesione, e ciò molto di più di quanto potrebbe avvenire in un *weblog*, in cui i tempi di reazione sono notevolmente maggiori. Pertanto la critica e la comunicazione politica in Twitter esercitano il massimo impatto sull'opinione pubblica proprio per l'immediatezza del messaggio e per la sua diffusione nei tempi più rapidi e nel più vasto ambito territoriale.

Si realizza in tal modo una vera e propria forma di democrazia diretta che potrebbe essere elusa soltanto se chi la utilizza si riprometta non tanto di informare ma di enunciare per fini soltanto propagandistici iniziative che non saranno mai proseguite.

C'è da chiedersi a questo punto se tale innovativa e tutto sommato recente forma di interazione con l'elettorato rispetti i canoni della par condicio stabiliti per le forme di comunicazione tradizionali[19].

In realtà, sembra che con Twitter siano cadute le barriere ed i vincoli vari alla comunicazione politica, e che ci si trovi in un Far West dove tutto è permesso.

Ma non è così.

Va innanzitutto sottolineato che Twitter è gratuito sia per chi scrive sia per chi legge.

Dunque con esso si realizza la forma più democratica ed accessibile di comunicazione, che sul lato attivo non necessita di capitali privati che debbano poi essere remunerati con i vantaggi che la politica può loro fornire. L'unico elemento che al giorno d'oggi fa la differenza nell'accesso a questo tipo di comunicazione, sia dal lato passivo che attivo, è il cd "*digital divide*", inteso come capacità dei singoli ad accedere ai nuovi mezzi. Pertanto, affinché l'accesso all'informazione possa considerarsi paritario, è necessario che sia attuato in modo uniforme, esteso e completo il cd. *"Servizio universale"*[20]. Tuttavia, non c'è

[19] È stato scritto a proposito di *"par condicio"* e della differenza tra la televisione e i social media: *"La televisione ha un potere unidirezionale, gerarchico ed amichevolmente autoritario, mentre i social media -e twitter in particolare- sono orizzontali, in rete, fondati sulla reciprocità, dove tutti possono dire tutto (anche a sproposito) a tutti coloro che sono disposti ad ascoltarli/leggerli, basta che avvenga in breve tempo e con pochi caratteri"* (http://francodelcampo.it/?p=393).

[20] L'articolo 53 del Codice delle comunicazioni elettroniche, in recepimento della normativa comunitaria, stabilisce che sul territorio nazionale tutti gli utenti, a prescindere dalla loro ubicazione geografica, devono poter fruire di determinati servizi di comunicazioni elettroniche ad un livello qualitativo prestabilito. Si tratta, come è evidente, di una disposizione di democrazia della comunicazione, finalizzata, in pratica, ad evitare che utenti ubicati in aree del territorio nazionale meno redditizie in termini di investimenti commerciali per gli operatori rimangano privi della possibilità di utilizzare almeno un set minimo di servizi di comunicazioni elettroniche; una o più imprese sono designate per la fornitura di

da nascondersi che l'estensione del servizio universale a tutti i cittadini, compresi gli anziani ed i meno istruiti sotto l'aspetto dell'utilizzo dei mezzi tecnologici, debba oggi considerarsi soltanto tendenziale, e rappresenti dunque il vero limite alla realizzazione della par condicio nei social media.

17. Limiti della comunicazione istituzionale: i divieti di propaganda per imminenti elezioni.

Dalla data di convocazione dei comizi elettorali e fino alla chiusura delle operazioni di voto è fatto divieto a tutte le amministrazioni pubbliche di svolgere attività di comunicazione ad eccezione di quelle effettuate in forma impersonale ed indispensabili per l'efficace assolvimento delle proprie funzioni (art.9, co. 1 l. n. 28/2000).

La ragione del divieto è da ricercare nell'esigenza di stabilire parità di condizioni tra i competitori, tra i quali i titolari in carica di pubbliche funzioni potrebbero avere un vantaggio rispetto agli sfidanti.

Il divieto è circoscritto ad alcune limitazioni. Il limite temporale è chiarissimo, dovendo coincidere con atti la cui data è necessariamente oggetto di appositi verbali. Più complesso viceversa è l'ambito soggettivo, dovendo ricondursi alla nozione di pubblica amministrazione anche tutte le persone giuridiche che, sotto forma di società, subiscono un controllo analogo da parte delle amministrazioni controllanti, cioè un controllo identico a quello dei propri organi ed uffici. Pertanto, non si riesce a comprendere come l'AGCOM possa avere ritenuto escluse da tale disciplina le società di diritto privato, ancorché partecipate da enti pubblici, nelle quali è ampiamente presente il personale politico (si pensi alle società "in house", soggette ad un "controllo analogo" a quello che le amministrazioni eserciterebbe presso i propri organi in senso tecnico). Viceversa, non è controverso che nel divieto in parola rientrino le Aziende istituite dalla Regione o comunque le società istituite dagli Enti pubblici.

L'Autorità ritiene che i candidati, se titolari di pubbliche funzioni, non possano svolgere attività di propaganda se non al di fuori dell'esercizio delle proprie funzioni istituzionali, e comunque senza che a tale fine siano utilizzati mezzi, risorse o personale delle pubbliche amministrazioni.

Ma come può ipotizzarsi che i titolari di cariche pubbliche riescano a separare le occasioni in cui sono investiti di pubbliche funzioni da quelle in cui sono soltanto privati cittadini?

E cosa dire dei casi piuttosto frequenti in cui il soggetto politico titolare di cariche di governo si rivolga individualmente a ciascun elettore con lettere o SMS, e con tale mezzo, per esempio, pubblicizzi una sorta di contratto con i cittadini, per illustrare il programma o ribadire l'obbligatorietà degli impegni assunti in campagna elettorale?

In tali casi andrà attentamente valutata la separazione, nel messaggio elettorale, tra attività dell'organo rivestito dal soggetto politico e contenuto del messaggio. Ancora più ovvio è che il costo di tale comunicazione non possa in alcun modo gravare sull'ente pubblico o sulle società da questi controllate, in modo da non alterare la par condicio nell'accesso al diritto politico ad informare gli elettori.

Con altrettanta attenzione andrà esercitato il diritto di informare attraverso le agenzie di stampa, attività questa che potrebbe in astratto deformare i principi d'imparzialità che dovrebbero presiedere a tali operazioni durante le campagne elettorali.

Quanto alla materia oggetto del divieto ex art. 9 l. 28/2000, risultano compresi in tale ambito non soltanto i tradizionali mezzi di comunicazione di massa ma anche ogni tipo di comunicazione al pubblico, quali l'utilizzo di social network, SMS, operatori telefonici ed Internet, idonei ad alterare la parità di accesso e di utilizzo dei mezzi di informazione.

La seconda parte del primo comma dell'art.9 prevede la deroga al divieto di svolgere attività di comunicazione istituzionale in periodo elettorale nei casi in cui l'attività di

queste prestazioni, che vengono definite di "servizio universale", per richiamare il fatto che devono disponibili per tutti gli utenti che ne fanno richiesta, ad un prezzo accessibile, come espressione ed applicazione pratica di un fondamentale diritto del cittadino. La società Telecom Italia S.p.A. è attualmente l'impresa incaricata di garantire la fornitura del servizio universale su tutto il territorio nazionale e per tutte le prestazioni richieste.

comunicazione abbia carattere impersonale ed indispensabile.

Il carattere di impersonalità della comunicazione si presta a facili equivoci, in quanto è difficile distinguere tra comunicazioni direttamente attinenti la persona e comunicazioni che indirettamente la riguardino in positivo.

Vi può essere un riferimento testuale nella comunicazione, come ad esempio l'utilizzo del logo dell'amministrazione, oppure un riferimento indiretto, come nel caso venga citata una legge di iniziativa del soggetto politico, a volte soltanto per un occasionale firma di un atto.

Quest' atteggiamento è molto comune ed è indubbiamente idoneo a generare confusione nell'elettorato e disparità di mezzi di propaganda politica, con conseguente compromissione della par condicio dei candidati alla competizione democratica.

Vi è poi il requisito dell'indispensabilità, riferito all'effettivo svolgimento delle funzioni amministrative.

S'individua infatti nella legge una figura di comunicazione necessaria ed indispensabile per assolvere alle funzioni di titolare di un pubblico incarico, tale da esentare la fattispecie dai divieti di propaganda di cui alla legge stessa.

Ora, tenuto conto che non vi è norma prescrittiva efficace senza che un'altra norma ad essa collegata stabilisca una sanzione per la sua violazione, deve ritenersi che al divieto di cui all'art. 9, al cui accertamento si applicano le regole del procedimento amministrativo sanzionatorio, debba conseguire non soltanto la cessazione del comportamento illecito del soggetto politico, ma anche il recupero di un'informazione politica paritaria e completa, attraverso misure correttive nei confronti dell'elettorato, tali da ripristinare ad un tempo sia la legalità, che la parità di accesso alla comunicazione ed all'informazione elettorale.

A tali fini, va riconosciuto che il potere più idoneo per far cessare i comportamenti illeciti e pronunciare tali tipi di sanzioni sia piuttosto quello dell'ordinanza d'urgenza, mutuato dal regime dei provvedimenti contingibili ed urgenti tipici della materia della protezione civile e dell'edilizia.

L'AGCOM[21] adotta a tale fine i provve-

[21] Dall'analisi dei dati di monitoraggio 2005-2014 emerge un sostanziale equilibrio del tempo dedicato all'informazione politica, sia sui telegiornali che sui programmi di testata e di rete, suddiviso tra soggetti politici ed istituzionali.
Nel periodo suindicato l'apposita task-force AGCOM, costituita per le segnalazioni in materia di "par condicio", ha ricevuto solo alcune segnalazioni a livello strettamente locale. , il compito principale risulta essere quello di controllare se le imprese editoriali di un membro del Governo forniscano a quest'ultimo un "sostegno privilegiato". In tal caso, l'Autorità può sanzionare l'impresa con pene pecuniarie aumentate di un terzo rispetto al tetto fissato dalla legge sulla par condicio. Le sanzioni possono arrivare alla revoca della concessione statale del servizio radiotelevisivo, cioè all'oscuramento delle emittenti.Come l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, anche l'Autorità ha il dovere di riferire al Parlamento sui casi accertati di conflitto d'interessi. In ogni caso, le due Autorità devono far pervenire alle Camere una relazione semestrale sulle rispettive attività di controllo e di vigilanza. Il Parlamento può poi esprimere una censura politica al componente di Governo che viola la legge sul conflitto di interessi. In data 10 dicembre 2004, in attuazione della legge sul conflitto di interessi, è stato adottato, con delibera 417/04/CONS, pubblicata nella G.U. n. 300 del 23 dicembre 2004, il "Regolamento per la risoluzione dei conflitti di interesse". Nel corso dell'ultimo anno, l'Autorità ha emanato 11 regolamenti in attuazione della disciplina in materia di comunicazione politica e di parità di accesso ai mezzi di informazione, con riferimento alle campagne per l'elezione dei rappresentanti italiani al Parlamento europeo del 2004 (delibera n. 58/04/CSP), per le elezioni regionali del 2004 e del 2005 (delibere n. 59/04/CSP e n. 10/05/CSP), per le elezioni comunali e provinciali del 2004 e 2005 (delibere n. 42/04/CSP, n. 60/04/CSP e n. 11/05/CSP), per le elezioni suppletive alla Camera dei deputati (delibere n. 234/04/CSP e n. 38/05/CSP) e al Senato della Repubblica (delibera n. 280/04/CSP), nonché per i referendum nazionali di giugno 2005 (delibera n. 36/05/CSP) e regionali del giugno prossimo (delibera n. 37/05/CSP).
Inoltre, come di consueto, l'Autorità, in occasione delle scadenze elettorali, ha istituito un'unità tecnica di coordinamento, denominata Unità di raccordo con i Comitati regionali per le comunicazioni al fine di assicurare le condizioni di più efficace e tempestiva applicazione delle norme in tema di par condicio in ambito locale, in stretta collaborazione e sinergia con i Comitati regionali.
Tale unità opera a latere della Segreteria Tecnica Par Condicio. L'Unità di raccordo con i Comitati regionali per le comunicazioni è stata istituita per la prima volta in concomitanza delle elezioni politiche nazionali del 2001, alla stregua di un front office verso gli allora istituendi Comitati regionali per le comunicazioni, attraverso il quale gestire in modo ordinato le attività previste *ex lege* (che comportano un costante flusso

dimenti temporanei diretti a garantire la continuità nell'erogazione del servizio o a far cessare forme d'abuso o di scorretto funzionamento da parte dell'emittente.

18. I sondaggi elettorali e politici.

La materia dei sondaggi politici è particolarmente delicata, in quanto sia nel corso dell'attività di governo durante una legislatura, sia nella fase precedente le consultazioni elettorali, tali tipi di analisi previsionali del voto sono idonee a condizionare non soltanto le scelte degli elettori ma addirittura la stessa attività di governo e quella del Presidente della Repubblica di scioglimento o mantenimento delle Camere.

Ed è molto diffuso e frequente il desiderio inconfessato, non soltanto degli elettori, ma anche degli addetti ai lavori nelle istituzioni, di accorrere in soccorso del vincitore.

Ed è parimenti noto che l'incidenza dei sondaggi nel gioco democratico sia massima, come ne dà testimonianza l'importanza e l'attenzione che il mondo politico dedica agli istituti che ne sono autori ed interpreti, così come anticamente gli aruspici erano altrettanto importanti tra gli etruschi ed i romani nel prevedere il futuro.

Il sondaggio politico, nella pratica attuale, può riguardare le intenzioni di voto, l'apprezzamento di singoli politici da parte degli elettori, oppure le opinioni degli elettori a proposito di tematiche d'attualità.

I sondaggi d'opinione di solito vengono svolti rivolgendosi ad un campione di riferimento (un limitato numero di persone) una serie di domande ed estrapolando le risposte di un gruppo più ampio in un intervallo di confidenza secondo tecniche di tipo statistiche.

I sondaggi d'opinione sono svolti all'interno di ricerche di mercato ma anche in ambito politico, per conoscere le tendenze politiche dell'elettorato, specie in vista di elezioni o come feedback sul grado di soddisfazione/apprezzamento politico o di un partito politico. Il sondaggio d'opinione che si occupa di estrapolare i risultati elettorali durante le giornate elettorali è detto invece *"exit poll"*.

L'art. 8 della L. n. 28/2000 disciplina la materia dei sondaggi politici ed elettorali, vietando nei quindici giorni precedenti la data delle votazioni di rendere pubblici o, comunque, diffondere i risultati di sondaggi demoscopici sull'esito delle elezioni e sugli orientamenti politici e di voto degli elettori, anche se tali sondaggi sono stati effettuati in un periodo precedente a quello del divieto.

E, nel fare generico riferimento alla diffusione di sondaggi demoscopici sull'esito delle elezioni e sugli orientamenti politici e di voto degli elettori, sembra rivolgersi ad ogni mezzo di informazione e di comunicazione di massa.

Il secondo comma rinvia alla disciplina regolamentare dell'Autorità la definizione dei criteri obbligatori in base ai quali devono essere realizzati i sondaggi politici, senza però fissare, sotto tale profilo, alcun principio generale, salvo il divieto già disposto nel primo comma.

Si tratta di una vera e propria delega in bianco, in quanto come si è detto la disciplina nel periodo antecedente 15 giorni prima delle elezioni è di divieto, per cui non si capisce quali possono essere i criteri di realizzazione di sondaggi vietati. Viceversa, per il periodo anteriore, valgono i diversi puntuali criteri di cui al terzo comma, secondo i quali questi possono essere diffusi solo se accompagnati da una nota informativa recante una serie di specifiche indicazioni (soggetto realizzatore, committente e acquirente, criteri per la formazione del campione, metodo di raccolta e di elaborazione dei dati, numero del campione e universo di riferimento, domande rivolte, percentuale delle persone che hanno risposto

documentale ed informativo Co.re.com./Autorità e viceversa) ed affrontare a livello "centralizzato" eventuali esigenze "straordinarie", così da fornire indirizzi univoci a tutti i Comitati. In seguito a tale esperienza, verificata la rispondenza di tale struttura alle problematiche da affrontare, la stessa è stata regolarmente ricostituita, come quest'anno, in vista di ogni significativo appuntamento elettorale.

Al fine di verificare il rispetto della normativa in materia di pluralismo e della cosiddetta par condicio, l'Autorità, in conformità con le previsioni della legge 31 luglio 1997, n. 249, art. 1, comma 6, lettera b), punto 13, ha definito un piano di monitoraggio della programmazione delle emittenti televisive nazionali che è stato avviato nella primavera del 2000 per la parte relativa al pluralismo politico e nel maggio 2002 per la parte relativa al pluralismo sociale.

a ciascuna domanda, data di realizzazione); il sondaggio deve contestualmente essere reso disponibile, completo di tutte le indicazioni evidenziate, su apposito sito della Presidenza del Consiglio dei Ministri; il soggetto che ha realizzato il sondaggio è responsabile delle indicazioni richieste dalla norma. Nella delibera n. 256/10/CSP dell'AGCOM (regolamento sulla pubblicazione e diffusione dei sondaggi sui mezzi di comunicazione di massa) sono distinti i sondaggi d'opinione, i sondaggi politico-elettorali e le *"manifestazioni d'opinione"*, che non conducono ad un risultato elettorale virtuale vero e proprio. Il sondaggio è definito nel regolamento "Rilevazione sull'esito delle elezioni e sugli orientamenti politici e di voto degli elettori, volta a cogliere l'orientamento politico ed elettorale dei cittadini e i trend delle intenzioni di voto nei confronti di partiti politici e di candidati". Nel regolamento sono previste diverse disposizioni che univocamente tendono a generare chiarezza dell'interpretazione dei sondaggi e dunque a prevenire la possibilità di manipolarne il contenuto, per farli diventare vera e propria comunicazione politica subliminale, capace di alterare o comunque spostare il convincimento degli elettori sulla semplice base di previsioni . Ciò che conta non è tanto la veridicità delle previsioni, quanto la loro idoneità ad alterare il convincimento degli elettori, durante le campagne elettorali e referendarie, in un momento di massima sensibilità delle loro coscienze. Sono comprese nel divieto di pubblicazione nei quindici giorni antecedenti il voto le manifestazioni d'opinione, al fine di impedire forme surrettizie di influenza sulla libera scelta degli elettori e, in particolare, su quelle del cd. "elettorato fluttuante". Cioè di quella parte dell'opinione pubblica facilmente suggestionabile dai messaggi di tale tipo.

Anche in questo caso, la violazione del divieto fa scattare il potere sanzionatorio dell'Autorità *ex* art. 1, co. 31, della l. n. 249/1997 (irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria), ovviamente preceduto dalla contestazione dell'addebito.

19. Editoria su carta ed in rete.

Per l'editoria cartacea ed elettronica di quotidiani e periodici riconducibili a testate registrate la l. 28/2000 all'art. 7 (disciplina dei messaggi politici elettorali), ammette soltanto annunci di dibattiti, tavole rotonde, conferenze, discorsi, pubblicazioni destinate alla presentazione dei programmi delle liste, dei gruppi di candidati e dei candidati, nonché pubblicazioni di confronto tra più candidati. Sono esclusi da tale disciplina restrittiva gli organi ufficiali di stampa dei partiti e dei movimenti politici nonché le stampe elettorali di liste, gruppi di candidati e candidati.

La distinzione presente nella legge sembra suscettibile di equivoci ed elusioni.

«*Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*», raccomandava il principio logico del Rasoio di Occam[22].

Ebbene nella norma in esame sono presenti troppe categorie, in parte in sovrapposizione, che si prestano all'ovvia questione interpretativa, se si tratti di numero chiuso o meno, e ciò al solo fine di stabilire se il divieto possa estendersi alle categorie non previste, il cui sorgere è inevitabile in relazione alla dinamica dell'evoluzione dei mezzi di informazione.

Migliore tecnica legislativa sarebbe stata quella di individuare un criterio logico e razionale, misurato sull'individuazione non soltanto degli effettivi interessi da tutelare ma anche del relativo grado di importanza.

Tanto più che l'inevitabile spazio discrezionale affidato all'Autorità regolatrice sarebbe più efficacemente contenuto se il legislatore avesse individuato preventivamente il criterio da seguire, piuttosto che elencare singole fattispecie di cui sia dubbia la natura di numero chiuso.

20. Le radio e televisioni locali.

L'emittenza radiotelevisiva locale è destinataria di una normativa distinta, introdotta con la più recente, ma comunque inevitabilmente datata L. n.313/2003, che ha aggiunto il Capo II alla L. n.28/00. Tale disciplina ha ricevuto una normativa di attuazione attraverso un codice di autoregolamentazione proposto dagli operatori del settore e poi recepito

[22] Cfr. Alessandro Ghisalberti, Guglielmo di Ockham, (Presentazione), Vita e Pensiero, 1972 p.7 e sgg

con decreto del Ministro delle Comunicazioni 8.4.2004 (sulla base di una precedente delibera dell'Autorità che ne aveva condiviso il contenuto).

Secondo l'art. 11 *septies* della l. n. 28/2000, dal giorno successivo all'entrata in vigore del codice di autoregolamentazione cessano di applicarsi alle emittenti locali private le disposizioni del Capo I della legge, ad eccezione degli art. 4, co. 3 e 5 (in tema di messaggi autogestiti), e 8 (sondaggi politico ed elettorali). Resta fuori dall'ambito di applicazione del Capo II della l. n. 28/00 la programmazione regionale, o comunque locale, della concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo.

Secondo l'art. 11 *quater* della l. n.28/2000 *"Le emittenti radiofoniche e televisive locali devono garantire il pluralismo attraverso la parità di trattamento, l'obiettività, l'imparzialità e l'equità nella trasmissione sia di programmi di informazione, nel rispetto della libertà di informazione, sia di programmi di comunicazione politica"*.

Da queste disposizioni discende in particolare che:

- la messa in onda di programmi di *"comunicazione politica"* non può considerarsi obbligatoria per l'emittenza. Ciò che è obbligatorio per chi trasmette è tuttavia assicurare l'*"effettiva parità di condizioni tra i soggetti politici competitori, anche con riferimento alla fasce orarie e al tempo di trasmissione"*;

- allo stesso modo può considerarsi obbligatoria la trasmissione dei messaggi autogestiti gratuiti, la cui messa in onda da diritto ad un rimborso da parte del Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'economia (art. 4, comma 5, l. n. 28/2000).

Anche in questo caso devono essere assicurate condizioni economiche uniformi a tutti i soggetti politici.

I messaggi a pagamento sono molto simili agli spot pubblicitari, essendo gli unici spazi di comunicazione politica a titolo oneroso sulle emittenti locali[23], e seguono le regole di cui all'art. 37, coo. 4 e 6, del Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici *("La trasmissione di notiziari televisivi .... Può essere interrotta da pubblicità televisiva ovvero televendite soltanto una volta per ogni periodo programmato di almeno trenta minuti"* e *("..i notiziari..di durata programmata inferiore a trenta minuti, non possono essere interrotti dalla pubblicità o televendita. Se la loro durata programmata è di almeno trenta minuti, si applicano le disposizioni di cui al presente articolo.")*.

In conseguenza di tali disposizioni, l'AGCOM ha stabilito in particolare che:

- i MAP possano dunque essere inseriti all'interno di notiziari di durata superiore a trenta minuti, per ogni periodo di almeno 30 minuti;

- i MAP devono essere identificabili come tali nell'ambito della programmazione televisiva e resi conoscibili, oltre che per la presenza dei requisiti formali espressamente previsti dalla normativa, anche per una propria autonoma collocazione affinché il telespettatore sia chiaramente reso edotto della finalità propria del messaggio;

- le emittenti locali possano trasmettere i MAP senza alcun limite quantitativo, sia in riferimento al numero totale dei messaggi trasmessi, sia in riferimento al numero dei messaggi trasmessi per ogni soggetto politico;

- la durata dei MAP, pur in assenza di una espressa indicazione normativa a riguardo,

[23] La messa in onda di tali messaggi è consentita secondo i criteri e nei limiti di seguito riportati. Alla luce del quadro normativo di riferimento e tenuto conto dell'esperienza applicativa sino ad ora maturata, si ritiene che, per i MAP, non trovino applicazione i più rigorosi vincoli fissati nel co. 3 dell'art. 4 della l. n. 28/00 relativamente ai MAG (es. trasmissione all'interno di determinati contenitori).L'Autorità, in relazione a talune criticità sollevate circa la disciplina applicabile ai MAP, ha chiarito che la loro natura, ha chiarito che non è ammissibile, alla luce dei principi generali recati dalla legge n. 28/00, un'informazione fornita dietro pagamento perché essa confliggerebbe in *re ipsa* con i principi di obiettività, completezza, lealtà, imparzialità, apertura alle diverse opinioni e tendenze politiche che presidiano l'informazione radiotelevisiva. L'Autorità ha concluso rilevando come la cessione di spazi di comunicazione politica a pagamento possa esclusivamente riguardare la fattispecie dei messaggi politici autogestiti a pagamento, nel rispetto delle dettagliate condizioni previste dalla legge 313/2003 e dal Codice di autoregolamentazione dell'8.4.2004.

dovrà in ogni caso essere coerente con le finalità del messaggio (esposizione di un programma o di una opinione politica) e con la natura dello stesso (spot pubblicitario);

- le emittenti locali che intendono diffondere MAP devono dare notizia dell'offerta dei relativi spazi mediante la trasmissione di un avviso, da trasmettere almeno una volta al giorno nella fascia oraria di maggiore ascolto per tre giorni consecutivi (art. 6, co. 2, del Codice): la prima messa in onda del suddetto avviso costituisce condizione essenziale per la diffusione dei MAP in periodo elettorale (art. 6, comma 8). Pertanto, la messa in onda dell'avviso può avvenire anche a campagna elettorale già iniziata, ma non è possibile trasmettere MAP fino a quando l'avviso citato non sia stato trasmesso secondo le modalità indicate nel citato articolo 6 ed alla luce delle specifiche previsioni contenute nel regolamento elettorale adottato dall'Autorità;

- per l'accesso agli spazi di propaganda elettorale devono essere praticate condizioni, anche economiche, uniformi a tutti i soggetti politici (art. 6, co. 5).

In particolare, nel codice di autoregolamentazione è previsto che:

- il valore dei contratti per la cessione di spazi relativi ai MAG non può superare il 75% dei tetti previsti dalla vigente normativa per la spesa elettorale ammessa per ciascun candidato (art. 6, co. 11);

- a tutti i soggetti politici richiedenti spazi devono essere estese le condizioni di maggior favore eventualmente praticate ad uno di essi (art. 6, co. 5);

- la tariffa massima praticabile ai MAG non può superare il 70 per cento del listino di pubblicità tabellare;

- deve essere consentita ai soggetti politici interessati la verifica documentale dei listini (art. 6, comma 6);

- in caso di spazi di propaganda differenziati per area territoriale, vanno distintamente indicate le tariffe relative ad ogni area (art. 6, comma 7);

- in analogia a quanto previsto per i MAG, anche la trasmissione del MAP, ai fini della loro trasparenza e riconoscibilità, deve essere accompagnata, nel caso della trasmissione televisiva, dall'indicazione in sovraimpressione per tutta la loro durata della dicitura "Messaggio politico a pagamento" e dall'indicazione del soggetto politico committente (art. 6, comma 10); nel caso della diffusione radiofonica, la trasmissione dei MAP deve essere preceduta e seguita dall'annuncio "messaggio elettorale a pagamento" e dall' indicazione del soggetto committente.[24]

Queste disposizioni sono tutte preordinate alla tutela della par condicio in un particolare ambito che, secondo le relazioni annuali dei presidenti dell'Autorità, rimane la frontiera di più difficile regolazione degli interessi contrapposti[25].

[24] Fonte Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - Direzione Servizi Media - Ufficio Comunicazione politica e Conflitti di interesse "*La cd. Par condicio. Competenze dell'Autorità e modalità operative*", documento ad uso interno e non pubblicato.

[25] Nell'ultima relazione al Parlamento, si afferma che "la comunicazione politica, genere sul quale il legislatore del 2000 aveva costruito il "baricentro" della par condicio, rappresenta in effetti un veicolo di informazione ormai superato: i dati di ascolto evidenziano una scarsa attenzione del pubblico verso tipologia di programmi nei quali gli spazi sono assegnati ai soggetti politici secondo criteri aritmetici (cd. equal time rule). Di contro, è cresciuta l'attenzione per i telegiornali e per i programmi di approfondimento che, prendendo le mosse da fatti di attualità, sono realizzati con format nuovi che attraggono l'interesse del pubblico per il tipo di confronto proposto. Al riguardo, si pensi che nella recente campagna elettorale per le elezioni europee 2014 risulta che i quindici canali oggetto di monitoraggio hanno "ospitato" 739 ore di tempo di parola di soggetti politici e istituzionali nei diversi programmi ricondotti alla responsabilità di una testata giornalistica e 835 ore di tempo di antenna (ossia tempo di notizia + tempo di parola) nei telegiornali, mostrando una crescita rilevante negli ultimi anni. I compiti di vigilanza di cui l'Autorità è investita ai fini dell'accertamento del rispetto del pluralismo politico-istituzionale sono divenuti, inoltre, via via più complessi in ragione, da un lato, dell'evoluzione delle modalità di fruizione del contenuto radiotelevisivo, e dall'altro, della "incontrollabile" frammentazione partitica, ben lontana dal bipolarismo che aveva ispirato la disciplina del 2000", e che "una profonda riflessione del legislatore, volta ad adeguare l'impianto normativo al nuovo quadro mediatico e politico di riferimento… tre progetti impegneranno il legislatore: la riforma del sistema radiotelevisivo e del servizio pubblico; la natura e la governance della RAI; il ripensamento del modello di sostegno e promozione dei contenuti di informazione e comunicazione settore dell'editoria. Mi preme sottolineare come tutte queste riforme siano figlie di un cambiamento comune –

21. Monitoraggio e verifica dell'attività di informazione politica.

Il monitoraggio delle trasmissioni radiotelevisive è uno dei compiti che la l. n. 249 del 31 luglio del 1997 all'art. 1, co. 6, lett. b, n. 13, attribuisce all'Autorità.

Dal punto di vista teorico, l'attività di monitoraggio è riconducibile ad attività ispettiva e, per alcuni aspetti, anche di controllo e ne segue le regole, pur con le seguenti differenze.

Diversamente che per il controllo amministrativo, il monitoraggio ha ad oggetto il rispetto di regole tecniche. A differenza dell'attività ispettiva, invece, quella di monitoraggio è essenzialmente continuativa e concomitante, dovendo assicurare la conformità alle regole secondo un'analisi puntuale, continua e distribuita nel tempo, con oggetto necessariamente nei comportamenti uniformi e continuativi.

Quanto al rispetto della par condicio, l'attività di vigilanza a livello locale è affidata ai Co.Re.Com.[26] ed è finalizzata a verificare il rispetto del pluralismo politico/istituzionale e sociale verificando lo "spazio" che i soggetti politici e quelli rappresentativi delle diverse articolazioni della società hanno nella programmazione e il tempo dedicato alla trattazione dei diversi temi oggetto di dibattito pubblico.

Le fasi del monitoraggio affidato all'Autorità consistono nella fornitura dei dati di monitoraggio (rilevazione dati) affidata a centri esterni specializzati, individuati attraverso gare d'appalto europee; analisi dei dati raccolti dai centri di rilevazione e relativa elaborazione, eventuale redazione di documenti finalizzati all'esercizio dell'attività di vigilanza e controllo, d'ufficio o su segnalazione[27].

L'attività di monitoraggio è in definitiva rivolta alla verifica del rispetto da parte delle emittenti radiotelevisive delle norme che garantiscono l'accesso dei soggetti politici ai mezzi di informazione.

Il monitoraggio consiste in una serie di attività finalizzate alla raccolta sistematica, oggettiva e standardizzata, per ciascun programma registrato, di informazioni o dati elementari al fine di controllare il rispetto delle norme da parte delle emittenti radiotelevisive.

In particolare, l'attività di monitoraggio del pluralismo politico è finalizzata a rilevare nei programmi tutti i soggetti individuali (la persona fisica, ad esempio il singolo esponente di un partito politico) e collettivi (ad esempio, un partito politico inteso come l'insieme degli esponenti), che hanno spazio – cioè parlano o di cui si parla - nella programmazione e i tempi da essi fruiti; gli argomenti trattati da tali soggetti.

Ai fini della verifica del pluralismo politico-istituzionale, sono oggetto di monitoraggio i programmi di comunicazione politica; i messaggi autogestiti; i notiziari, con l'eccezione dei servizi teletext, i programmi di informazione/approfondimento, talk show,

quello dell'informazione e comunicazione digitale – che richiede uno sforzo verso la convergenza normativa nel riconoscimento del principio di neutralità delle reti, ma che non tralasci le necessarie garanzie del pluralismo, dell'interesse generale e della risposta a bisogni fondamentali dei cittadini nella fruizione dei contenuti. Un'Autorità convergente – che il legislatore lungimirante aveva già ritenuto tale nel 1997 – può fornire a tali riforme un apporto fondamentale.

[26] I Comitati regionali per le comunicazioni (Co. Re. Com.) sono previsti dalla L.249/97 (cd. legge Maccanico) istitutiva dell'Agcom, disciplinati però specificamente da leggi delle singole Regioni con funzioni di organo di governo, garanzia e controllo sul sistema delle comunicazioni in ambito regionale. Nei confronti dell'Agcom rappresentano organi funzionali, mentre costituiscono organi indipendenti di garanzia e consulenza per le giunte ed i consigli regionali.

I Comitati regionali per le comunicazioni sono organi misti, caratterizzati da una doppia natura: essi hanno struttura e funzionamento propri degli organi regionali, ma agiscono anche in qualità di organi funzionali dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Ad essi sono attribuiti compiti di consulenza delle Regioni in materia di comunicazione; funzioni delegate dall'Autorità; specifiche competenze attribuite dalla legge nazionale, quali la vigilanza sul rispetto della normativa in materia di par condicio, che indica nei Co.re.com. gli organismi competenti sul territorio allo svolgimento dell'istruttoria sommaria sulle ipotesi di violazione, dell'eventuale accertamento e della conseguente contestazione dei fatti ai soggetti responsabili (i Co.re.com. sono chiamati ad esercitare a livello locale tali competenze).

[27] D.lgs. 31.7.2005 n. 177 come successivamente modificato e integrato, la l. n. 28/2000 e delibera n. 136/06/CONS, e successive modificazioni e integrazioni

documentari, programmi di attualità.

Per ciascuna trasmissione oggetto di monitoraggio, la raccolta dei dati viene effettuata sulla base di una scheda di rilevazione predisposta ad hoc.

Nella scheda vengono registrati informazioni/dati elementari relativi a:

- gli elementi identificativi del programma (il canale; la rete/testata giornalistica; il titolo del programma; la data di messa in onda; l'edizione nel caso dei telegiornali; l'orario di messa in onda e di conclusione del programma; la durata complessiva del programma al netto della pubblicità; il nome del conduttore/dei conduttori del programma);
- i diversi soggetti politici e istituzionali che appaiono in video per rappresentare le proprie tesi - cioè i "soggetti che parlano" - e i diversi soggetti (individuali e collettivi) di cui si parla nei programmi.

Per ogni soggetto devono essere rilevate le seguenti informazioni: nome e cognome; sesso; tempi di parola, di notizia, di antenna, di argomento in relazione ad un soggetto; soggetto politico/istituzione di appartenenza;

- gli argomenti, vale a dire i temi trattati nel corso di un programma, anche in relazione ai soggetti che hanno spazio in video.

Per ciascun argomento trattato devono essere rilevati:

- la descrizione sintetica del tema esposto; la classificazione di ciascun tema/argomento in una specifica categoria, secondo un elenco predefinito dall'Agcom per le emittenti nazionali e secondo un elenco stabilito dai Co.re.com. che ripropone con aggiustamenti funzionali alle peculiarità del monitoraggio locale quello utilizzato dall'Autorità;
- calcolo del tempo dedicato all'argomento da un singolo soggetto o tempo dedicato all'argomento dall'intera trasmissione, o da parte di essa;
- i tempi fruiti dai diversi soggetti, anche in relazione agli argomenti esposti, e i tempi di trattazione dei diversi argomenti.

Per i programmi si computano cinque diversi tempi:

- tempo di parola, che è il tempo in cui ciascun soggetto politico parla direttamente in voce;
- tempo di notizia, che è il tempo dedicato dal giornalista/conduttore dei programmi di informazione quotidiana (telegiornali e radiogiornali) all'illustrazione di un argomento/evento in relazione ad un soggetto individuale (un singolo esponente di partito) o collettivo (ad es. tutto il partito);
- tempo di antenna, che è il tempo complessivamente dedicato a ciascun soggetto individuale e collettivo (somma di tempo di notizia e di parola);
- tempo di argomento in relazione ad un soggetto, che indica il tempo di parola dedicato da ciascun soggetto individuale alla trattazione di uno specifico argomento (tema);
- tempo di argomento, che indica il tempo complessivamente dedicato alla trattazione di un argomento nell'ambito di programmi di informazione quotidiana o di altri programmi. In questo caso, si computano i tempi di tutti i diversi soggetti, giornalisti compresi, che hanno trattato un certo argomento.

Nel caso del telegiornale o del radiogiornale, la verifica del pluralismo viene effettuata su ciascuna edizione, calcolando tutti i tempi sopra indicati.

Per quanto attiene agli altri programmi, la verifica del pluralismo è circoscritta al computo dei tempi di parola, di argomento e di argomento in relazione ad un soggetto.

Attraverso la lettura dei dati contenuti nei report e nel database[28] è possibile verificare il rispetto delle norme in materia di pluralismo nella programmazione radiotelevisiva.

Il monitoraggio ha carattere *"quantitativo"* perché il rispetto del pluralismo viene verificato principalmente attraverso il computo dei tempi che i media dedicano ai soggetti e ai temi da essi trattati nei diversi programmi.

Oltre ai tempi il monitoraggio verifica delle previsioni di legge in materia di pluralismo

[28] Le attività di monitoraggio si concludono con l'implementazione di una banca dati; inoltre, i risultati delle rilevazioni condotte su ciascuna emittente sono organizzati in report periodici, ossia in tabelle di dati aggregati. In particolare, nel periodo elettorale l'Autorità richiede alle società che effettuano il monitoraggio di produrre report quindicinali, relativi ai telegiornali/radiogiornali e ai programmi di informazione per il primo periodo di campagna elettorale, e report settimanali, relativi al secondo periodo di campagna. I report sono pubblicati sul sito dell'Autorità.

politico quali la rilevazione dell'orario di messa in onda permette di verificare la collocazione dei programmi nelle diverse fasce orarie.

22. Il procedimento sanzionatorio in materia di *par condicio*.

Il procedimento sanzionatorio in esame è iniziato d'ufficio ovvero su denuncia, con contestuale instaurazione del contraddittorio che deve necessariamente concludersi nei termini decadenziali fissati dall'art. 10.

È improprio parlare di provvedimenti sanzionatori in senso stretto, in quanto le misure previste dalla l. n. 28 del 2000 hanno carattere soprattutto ripristinatorio, in quanto dirette a ristabilire sollecitamente la parità di accesso all'informazione politico-elettorale per le singole fattispecie previste dalla legge.

Sorge quindi una prima questione: le fattispecie di illecito previste in materia dalla legge sono un numero chiuso? È noto che nei procedimenti amministrativi non vige il principio di tipicità dell'illecito, essendo quest'ultimo riconducibile ad una serie indifferenziata di comportamenti aventi l'elemento comune della violazione dell'interesse pubblico sotteso alla norma regolatrice. Pertanto la misura comminata dall'AGCOM può essere di semplice *moral suasion*, ovvero di vera e propria attività ripristinatoria, quale la trasmissione o pubblicazione di messaggi contenenti la citazione della violazione commessa e le opportune rettifiche. Sono anche possibili sanzioni amministrative pecuniarie *ex* art.15, L. 10 dicembre 1993, n. 515, come modificata dalla l. n. 28/2000 e, per le emittenti locali, dalla l. n. 313/2003. Secondo l'art. 1, coo. 31 e 32, della L. n. 249/97, in caso di violazione di particolare gravità o reiterata, è possibile adottare sanzioni pecuniarie tra € 10.330,00 e € 258.230,00 ed addirittura la sospensione o revoca della concessione o autorizzazione. Per la RAI l'accertamento della mancata osservanza delle disposizioni della Commissione parlamentare di vigilanza può dare luogo alla richiesta alla concessionaria di promuovere i procedimenti disciplinari previsti dai contratti di lavoro per i dirigenti responsabili, ai sensi dell'art. 1, co. 6, lett. c) n. 10, della l. n. 249 del 1997, nonché la verifica del rispetto del contratto di servizio.

23. Misure compensative e rafforzative nella tutela della par condicio: il silenzio elettorale.

Il silenzio elettorale indica la pausa della campagna elettorale mantenuta il giorno prima e il giorno stesso delle elezioni e, come tutta la campagna elettorale, è disciplinato dalla l. 4.4.1956 n. 212, integrata da interventi successivi[29].

Per effetto di queste disposizioni, nel giorno precedente ed in quelli stabiliti per le elezioni sono vietati i comizi, le riunioni di propaganda elettorale diretta o indiretta, in luoghi pubblici o aperti al pubblico, la riaffissione di stampati, giornali murali o altri e manifesti di propaganda (co. 1) ed inoltre nei giorni destinati alla votazione è vietata ogni forma di propaganda elettorale entro il raggio di 200 metri dall'ingresso delle sezioni elettorali, ad eccezione della nuova affissione di giornali quotidiani o periodici nelle bacheche previste all'art. 1 co. 3 l. cit. La *ratio* è di consentire all'elettore una serena riflessione sul voto che sta per esprimere. L'art. 9 *bis* del d.l. n. 807/1984 *("Divieto di propaganda elettorale"*), prevede altresì che *"Nel giorno precedente ed in quelli stabiliti per le elezioni è fatto divieto anche alle emittenti radiotelevisive private di diffondere propaganda elettorale"*. Con quest'ultima norma il legislatore, nell'estendere la previgente regola del *" silenzio elettorale"* anche a tutte le emittenti di radiodiffusione sonora e televisiva private (la concessionaria pubblica è tenuta ad osservarlo), ha inteso porre fine ad una situazione di incertezza.

Da tale disciplina tuttavia restano escluse le *"Imprese radiofoniche di partiti politici"*, in quanto l'art. 6 della L. n. 28/2000 non si applica alle imprese di radiodiffusione sonora di cui all'art. 11, co. 2, della l. 25.2.1987, n. 67, e successive modificazioni.

24. Considerazioni finali.

[29] l'art. 9 della legge n. 212 del 1956, recante *"Norme per la disciplina della propaganda elettorale"*, e l'art. 9 bis del d.l. n. 807/1984, convertito in legge 4 febbraio 1985, n. 10, recante *"Disposizioni urgenti in materia di trasmissioni radiotelevisive"*

Al termine di questo *excursus* sulla materia possano trarsi alcune conclusioni, che inevitabilmente convergono sull'esigenza di una profonda e innovativa riforma della materia, che interessi tutti gli aspetti della comunicazione e dell'informazione politica.

Si è visto infatti che la normativa attuale, come quelle riguardanti tante altre materie, è il frutto di una stratificazione iniziata quasi sessant'anni fa, aggiornata *secundum eventum litis*, e con finalità conservatrici, in occasione di conflitti politici ed elettorali dovuti all'ingresso di nuovi soggetti diversi dai partiti da considerare tradizionali ed esistenti all'inizio degli anni '90. Mai come in questo caso si rende tuttavia necessaria una riforma complessiva, che non tratti in modo atomistico le varie fattispecie, ma affidi all'Autorità indipendente il compito di regolare periodicamente la materia in questione, mediante proprie delibere da aggiornare ogni qualvolta ciò sia richiesto dalle innovazioni tecnologiche introdotte nel sistema dell'informazione e delle comunicazioni.Diversamente, qualora si continuasse ad affidare alle fonti primarie il compito di individuare le singole fattispecie, collegandovi divieti ed autorizzazioni, e le collegate sanzioni, si cadrebbe nell'attuale grave difetto della normativa in materia, che non riesce a tenere il passo con l'incessante evoluzione dei mezzi tecnologici, che consentono, come sopra si è osservato, l'elusione dei principi che compongono il nucleo della tutela della *par condicio*.

Ciò che dovrebbe residuare alla legge, nella disciplina della materia, sono soltanto i principi di derivazione costituzionale, inerenti l'uguaglianza, la libertà di manifestazione del pensiero ed il libero esercizio dei diritti politici.

«::::::::: GA :::::::::»

GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale, 11.6.2014 n. 165

Giudizio di legittimità costituzionale - Artt. 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 39 e 41 della legge della Regione Toscana 28/09/2012, n. 52; artt. 2, 3, 5, co. 2°, 6, 16 e 18 della legge della Regione Toscana 05/04/2013, n. 13..

1.– Con ricorso notificato il 29.11.2012 e depositato il successivo 6 dicembre (reg. ric. n. 185 del 2012), il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato gli artt. 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 39 e 41 della legge della Regione Toscana 28 settembre 2012, n. 52 (Disposizioni urgenti in materia di commercio per l'attuazione del d.l. 6.12.2011, n. 201 e del d.l. 24.1.2012, n. 1. Modifiche alla legge regionale n. 28 del 2005 e alla legge regionale n. 1 del 2005) per violazione degli artt. 41 e 117, secondo co., lettere e) ed m), della Costituzione.

Con la legge in parola, la Regione Toscana ha adeguato il proprio codice del commercio, adottato con la precedente legge regionale 7 febbraio 2005, n. 28 (Codice del Commercio. Testo Unico in materia di commercio in sede fissa, su aree pubbliche, somministrazione di alimenti e bevande, vendita di stampa quotidiana e periodica e distribuzione di carburanti). Le modifiche sono state determinate dall'esigenza di adeguare le disposizioni regionali alla normativa statale sull'istituzione dello sportello unico per le attività produttive (d'ora innanzi SUAP), disciplinato in particolare dall'art. 38, co. 3, 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, co. 1, della l. 6.8.2008, n. 133, e dal relativo regolamento attuativo, d.P.R. 7.9.2010, n. 160 (Regolamento per la semplificazione ed il riordino della disciplina sullo sportello unico per le attività produttive, ai sensi dell'art. 38, co. 3, del d.l. 25.6.2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6.8.2008, n. 133), che ha previsto un unico procedimento con un interlocutore unitario per la presentazione di istanze alla pubblica amministrazione in relazione ad attività imprenditoriali. In particolare il SUAP è definito dal citato d.P.R. n. 160 del 2010 come «unico punto di accesso per il richiedente in relazione a tutte le vicende amministrative riguardanti la sua attività produttiva, che fornisce una risposta unica e tempestiva in luogo di tutte le pubbliche amministrazioni comunque coinvolte nel procedimento» (art. 1, co. 1, lett. m).

La Regione, in sede di adeguamento del codice del commercio, ha provveduto, peraltro, ad inserire anche alcune novità di disciplina legate alle disposizioni di cui all'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, che ha abolito i regimi autorizzatori e sancito il principio della libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali, facendo salve le specifiche esigenze attinenti alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente e dei beni culturali, nonché all'art. 1, comma 4, del decreto-legge 24.1.2012, 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, secondo cui «I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni si adeguano ai principi e alle regole di cui ai coo. 1, 2 e 3 entro il 31 dicembre 2012, fermi restando i poteri sostitutivi dello Stato ai sensi dell'art. 120 della Costituzione», principi ai sensi dei quali «l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra 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» (art. 1, co. 2). Il Presidente del Consiglio dei ministri ha, tuttavia, ritenuto – con particolare riguardo alle disposizioni regionali relative alle medie e grandi strutture di vendita, i centri commerciali e gli impianti di distribuzione dei carburanti – che in tal modo la Regione abbia introdotto procedure aggravate, previsto requisiti ulteriori e imposto obblighi tali da ostacolare la libera concorrenza nel commercio, così intervenendo nella materia della tutela della concorrenza, rientrante nella competenza legislativa esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., nonché comprimendo la libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. e, in taluni casi, alterando i livelli essenziali delle prestazioni, sempre di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost. Più precisamente sono stati impugnati gli artt. 11, 12 e 19 della legge reg. n. 52 del 2012, ritenendosi che i medesimi, là dove stabiliscono che l'apertura, il trasferimento di sede e l'ampliamento della superficie di vendita delle medie e grandi strutture di vendita e dei centri commerciali siano soggetti ad autorizzazione rilasciata dal SUAP competente per territorio, avrebbero violato, in primo luogo, l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. Le disposizioni in parola, infatti, avrebbero reso più difficoltosi l'avvio e le modificazioni all'esercizio di attività commerciali e imposto ostacoli all'ingresso di nuovi operatori sul mercato, così da porsi in contrasto con la disciplina, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, in materia di tutela della concorrenza. In particolare, sussisterebbe contrasto con quanto stabilito dall'art. 19 della l. 7.8.1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi) e dall'art. 31, co. 2, del d.l. n. 201 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 214 del 2011. Le disposizioni statali richiamate a parametro interposto del presente giudizio, come detto, hanno abolito i regimi autorizzatori e sancito il principio della libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali, facendo salve solo specifiche esigenze attinenti alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente e dei beni culturali. Sussisterebbe, inoltre, contrasto con quanto disposto dall'art. 1, co. 1, lett. b), del d.l. n. 1 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27 del 2012, secondo cui sono contrarie al principio di libera concorrenza, stabilito dal Trattato sull'Unione europea, le norme che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati e 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 non adeguati o non proporzionati 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. Inoltre, il Presidente del Consiglio dei ministri ha ritenuto che le citate disposizioni violino anche l'art. 41 Cost., in quanto imporrebbero ostacoli sproporzionati alla libera iniziativa economica, e l'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., in quanto, limitando il principio di liberalizzazione del commercio, comprimerebbero i livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali. Analoghe violazioni degli artt. 41 e 117, secondo comma, lettera e), Cost. sono state ravvisate ad opera degli artt. 13, 14, 15 e 16 dell'impugnata legge reg. n. 52 del 2012 – che introducono rispettivamente gli artt. 18-ter, 18-quater, 18-quinquies, 18-sexies nella legge reg. n. 28 del 2005 – là dove stabiliscono una procedura per il rilascio dell'autorizzazione alle grandi strutture di vendita particolarmente complessa e onerosa, sia per la copiosità dei documenti richiesti sia per la pluralità delle fasi procedimentali, con il coinvolgimento di vari enti locali. Le medesime doglianze sono state rivolte anche contro gli artt. 17 e 18 della l. reg. n. 52 del 2012 – che inseriscono rispettivamente gli artt. 18-septies e 18-octies nella legge reg. n. 28 del 2005 – in quanto prevedono molteplici requisiti obbligatori per l'autorizzazione all'esercizio di grandi strutture di vendita, nonché avverso l'art. 20 che introduce l'art. 19-quinquies nella legge reg. n. 28 del 2005 – in quanto, di fatto, stabilisce distanze minime tra esercizi commerciali. La violazione del medesimo parametro costituzionale di cui all'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost. è stata, infine, lamentata, in relazione agli artt. 39 e 41 della l. reg. n. 52 del 2012 – che, rispet-

tivamente, sostituiscono gli artt. 54 e 56 della legge reg. n. 28 del 2005 - in quanto in entrambi i casi vengono posti vincoli sproporzionati rispetto alla finalità perseguita: la prima disposizione, infatti, prevede la presenza di impianti fotovoltaici o capacità complessive dei serbatoi per gli impianti di distribuzione dei carburanti e la seconda limita l'esercizio della vendita al dettaglio, presso gli impianti di distribuzione del carburante, ad una superficie non superiore a quella degli esercizi di vicinato.

2.– Successivamente alla proposizione del ricorso, la Regione Toscana ha modificato ulteriormente il codice del commercio con la legge regionale 5.4.2013, n. 13 (Disposizioni in materia di commercio in sede fissa e di distribuzione di carburanti. Modifiche alla legge regionale n. 28 del 2005 e alla legge regionale n. 52 del 2012). Tali modifiche sono state ritenute solo parzialmente satisfattive delle doglianze statali e sono state ulteriormente impugnate dal Presidente del Consiglio dei ministri con il ricorso notificato il 6-10.6.2013 e depositato il successivo 11 giugno (reg. ric. n. 68 del 2013).

Più precisamente, il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato gli artt. 2, 3, 5, comma 2, 6, 16 e 18 della legge reg. n. 13 del 2013, per violazione degli artt. 41, 117, primo e secondo comma, lettere e), l) ed m), della Costituzione. In particolare, l'art. 2 della legge reg. 13 del 2013 – che sostituisce l'art. 18-septies della legge reg. n. 28 del 2005 – operando una distinzione tra le grandi strutture di vendita a seconda che abbiano una superficie minore o maggiore di quattromila metri quadri e introducendo prescrizioni che subordinano il rilascio dell'autorizzazione commerciale al possesso di numerosi requisiti obbligatori estranei all'attività del commercio, in contrasto con quanto stabilito dall'art. 31, co. 2, del d.l. n. 201 del 2011, violerebbe sia l'art. 41 Cost., in quanto porrebbe ostacoli discriminatori e sproporzionati alla libera intrapresa economica, sia l'art. 117, primo comma, Cost., in quanto ostacolerebbe la formazione di un mercato unico europeo, sia ancora l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., in quanto discriminerebbe in modo ingiustificato e sproporzionato tra grandi strutture di vendita aventi superficie inferiore o superiore a quattromila metri quadrati e tra operatori toscani e operatori di altre Regioni, così limitando la concorrenza. L'art. 3 della l. reg. n. 13 del 2013 – che modifica l'art. 19 della legge reg. n. 28 del 2005 – stabilisce, invece, che le strutture di vendita di un centro commerciale sono soggette ad autorizzazione rilasciata dal SUAP secondo le procedure stabilite per le medie e grandi strutture di vendita, prevedendo che debba presentarsi la SCIA solo per l'ipotesi di modifica del settore merceologico. Tale disposizione violerebbe l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., in quanto introdurrebbe previsioni contrastanti con il principio di semplificazione amministrativa di cui all'art. 19 della l. n. 241 del 1990 – in base al quale ogni atto di autorizzazione e licenza per l'esercizio di un'attività commerciale o imprenditoriale è sostituito dalla SCIA – e di cui all'art. 31 del d.l. n. 201 del 2011 – che ha abolito i regimi autorizzativi espressi, con la sola esclusione di quelli posti a tutela degli interessi pubblici più sensibili indicati nella direttiva 12.12.2006, n. 2006/123/CE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno), attuata nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 26.3.2010, n. 59 (Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno). In questo modo, infatti, sono stati stabiliti limiti validi per i soli operatori locali con loro conseguente svantaggio concorrenziale. Sarebbe altresì violato l'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost., in quanto la norma impugnata introdurrebbe previsioni contrastanti con il principio di semplificazione amministrativa di cui all'art. 19 della legge n. 241 del 1990 e all'art. 31 del d.l. n. 201 del 2011, che costituisce un livello essenziale di prestazioni concernenti diritti civili e sociali.

L'art. 5, co. 2, della legge reg. n. 13 del 2013 – che modifica l'art. 19-quater della legge reg. n. 28 del 2005 – là dove obbliga gli esercizi commerciali di vendita in "outlet", a esporre il solo prezzo finale di vendita, violerebbe l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., in quanto ostacolerebbe la concorrenza limitando la possibilità di confronto tra prezzi, e l'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost., in quanto inciderebbe sui principi di trasparenza dei prezzi e sulla tutela del consumatore, quale disciplinata dall'art. 2, co. 2, lett. c), e dalla Parte II, Titolo II, del d.lgs. 6.9.2005, n. 206 (Codice del con-

sumo, a norma dell'art. 7 della l. 29.7.2003, n. 229), attinente alla materia del diritto civile riservata alla competenza esclusiva dello Stato.

L'art. 6 della legge reg. n. 13 del 2013 – che modifica l'art. 19-quinquies, introdotto nella legge reg. n. 28 del 2005 dall'art. 20 della legge reg. n. 52 del 2012 – là dove stabilisce limitazioni concernenti le distanze tra esercizi commerciali, violerebbe sia l'art. 41 Cost., in quanto determinerebbe restrizioni in contrasto con l'art. 1 del d.l. n. 1 del 2012, convertito dalla legge n. 27 del 2012, che ha recepito le prescrizioni della direttiva 2006/123/CE, sia l'art. 117, primo comma, Cost., in quanto introdurrebbe limitazioni in contrasto con l'art. 1 del d.l. n. 1 del 2012, convertito dalla legge n. 27 del 2012, che ha recepito le prescrizioni dalla direttiva 2006/123/CE, sia ancora l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., in quanto introdurrebbe obblighi in contrasto con l'art. 1 del d.l. n. 1 del 2012, convertito dalla legge n. 27 del 2012, che ha recepito le prescrizioni della citata direttiva 2006/123/CE.

L'art. 16 della legge reg. n. 13 del 2013 – che sostituisce l'art. 54-bis, comma 1, della legge reg. n. 28 del 2005, condizionando alla presenza di una adeguata sorveglianza la possibilità di installare impianti di distribuzione del carburante dotati esclusivamente di apparecchiature "self-service" con prepagamento senza la presenza del gestore, si porrebbe in contrasto con l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., in quanto, attribuendo ai soli operatori toscani maggiori oneri, economici e organizzativi, contrastanti con l'obiettivo di liberalizzazione contenuto nell'art. 28, co. 7, 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, come modificato e integrato dall'art. 18, co. 1, del d.l. n. 1 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27 del 2012, lederebbe il principio di parità concorrenziale.

Infine, l'art. 18 della l. reg. n. 13 del 2013 – che sostituisce l'art. 84, comma 3, della legge reg. n. 28 del 2005, prescrivendo il funzionamento contestuale della modalità "servito" e della modalità "self-service" durante l'orario di apertura dell'impianto – violerebbe l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., in quanto imponendo oneri aggiuntivi in contrasto con quanto stabilito dall'art. 28, co. 7, del citato d.l. n. 98 del 2011, lederebbe la parità concorrenziale.

3.– Preliminarmente, in considerazione della omogeneità e della connessione delle questioni sollevate nei due ricorsi, deve essere disposta la riunione dei giudizi, al fine di definirli con un'unica pronuncia.

4.– Quanto alle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 39 e 41 della legge reg. n. 52 del 2012, risulta intervenuta rinuncia all'impugnazione da parte del ricorrente, seguita da rituale accettazione da parte della Regione resistente, di tal che i relativi giudizi devono essere dichiarati estinti per tale causa, ai sensi dell'art. 23 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

5.– Sempre in via preliminare deve osservarsi che, contrariamente a quanto dedotto dall'Avvocatura generale dello Stato nella memoria integrativa depositata in data 24 marzo 2014, in ordine alle questioni relative agli artt. 17, 19 e 20 della legge reg. n. 52 del 2012, le modifiche intervenute ad opera della successiva legge reg. n. 13 del 2013 non determinano la cessazione della materia del contendere.

Per addivenire a tale esito del giudizio in caso di modifica delle disposizioni impugnate occorre, infatti, da un lato che la nuova disciplina possa ritenersi pienamente satisfattiva delle pretese del ricorrente e, dall'altro, che le norme previgenti non abbiano ricevuto medio tempore applicazione (ex plurimis, sentenze n. 97 del 2014, n. 272, n. 266 e n. 228 del 2013).

Nella specie, invero, va osservato che gli artt. 17 e 18 della legge reg. n. 52 del 2012 hanno inserito gli artt. 18-septies e 18-octies nella legge reg. n. 28 del 2005, introducendo molteplici requisiti obbligatori per l'autorizzazione all'esercizio di grandi strutture di vendita e imponendo, in tal caso, l'obbligo per il privato di apprestare un servizio di trasporto privato a tariffe di servizio pubblico. Il menzionato art. 18-septies della legge reg. n. 28 del 2005, quale introdotto dalla legge reg. n. 52 del 2012, è stato poi modificato dall'art. 2 della legge reg. n. 13 del 2013: quest'ultima disposizione non ha però abrogato tutti i requisiti obbligatori stabiliti per le grandi e medie strutture di vendita già censurati in relazione al testo originario, e ha introdotto ulteriori requisiti obbligatori per

le strutture di vendita con superficie superiore a quattromila metri quadri, oggetto di ulteriori censure, prospettate con il ricorso n. 68 del 2013. Da un lato, quindi, la modifica normativa non può ritenersi pienamente satisfattiva e, dall'altro, l'oggetto delle disposizioni regionali, che prevedono requisiti per l'esercizio di strutture di vendita, impedisce di ritenere che le stesse non abbiano ricevuto applicazione per il periodo di circa sei mesi della loro vigenza, considerata anche l'assenza di specifiche deduzioni in proposito da parte della stessa Regione resistente. Ne consegue che non possono ritenersi sussistenti i presupposti per la dichiarazione della cessazione della materia del contendere. Per quanto concerne l'art. 19 della legge reg. n. 52 del 2012, esso ha modificato l'art. 19 della legge reg. n. 28 del 2005, prevedendo che soggetto destinatario delle istanze per l'esercizio di un centro commerciale sia il SUAP, anziché il Comune. Successivamente, l'art. 3 della legge reg. n. 13 del 2013 ha introdotto nel predetto art. 19 il comma 1-bis, che prevede una SCIA per le modifiche di settore merceologico, lasciando inalterato il resto della disposizione. Salvo quanto si dirà successivamente sulla lacuna motivazionale della censura relativa alle disposizioni in parola, neppure in questo caso la modifica può ritenersi satisfattiva delle doglianze prospettate nel ricorso, né può assumersi con certezza che la disposizione precedente sia rimasta medio tempore inapplicata, di tal che neppure in riferimento all'art. 19 della legge reg. n. 52 del 2012 possono ritenersi sussistenti i presupposti per dichiarare cessata la materia del contendere.

Quanto poi all'art. 20 della medesima legge reg. n. 52 del 2012, esso introduce l'art. 19-quinquies nella legge reg. n. 28 del 2005, stabilendo di fatto distanze minime tra esercizi commerciali, come rilevato dal ricorrente. La citata disposizione di cui all'art. 19-quinquies è stata poi modificata dall'art. 6 della legge reg. n. 13 del 2013, ma la norma impugnata (stabilita al comma 5) è rimasta inalterata, di tal che anche in questo caso non può ritenersi cessata la materia del contendere, in quanto la modifica non può ritenersi satisfattiva né la disposizione anteriore alla modifica inapplicata, avendo in realtà mantenuto vigore.

6.– Ancora in punto di ammissibilità deve osservarsi come il ricorrente assuma che le disposizioni di cui agli art. 11, 12 e 19 della legge reg. n. 52 del 2012 e all'art. 3 della legge reg. n. 13 del 2013 – che modificano gli artt. 17, 18 e 19 della legge reg. n. 28 del 2005 – abbiano determinato l'ampliamento delle attività assoggettate ad autorizzazione anziché a mera segnalazione di inizio attività, senza addurre una motivazione sufficientemente argomentata e documentata. La genericità della doglianza e la mancata specificazione delle singole disposizioni legislative statali in materia di urbanistica ed edilizia che si assumono illegittimamente derogate dalla legislazione regionale impediscono a questa Corte di esaminare nel merito gli addotti profili di illegittimità costituzionale delle norme impugnate. Una adeguata e puntuale ricostruzione del complessivo contesto normativo statale sul quale le norme censurate avrebbero illegittimamente inciso sarebbe stata tanto più necessaria se si considera che le disposizioni in oggetto risultano, invece, limitarsi a sostituire il SUAP al Comune, quale soggetto destinatario delle istanze per l'esercizio di grandi e medie strutture di vendita e di centri commerciali. Pertanto, in considerazione di tale lacuna motivazionale, devono dichiararsi inammissibili per insufficiente motivazione e incompleta ricostruzione del quadro normativo (ex plurimis, ordinanze n. 114 del 2013 e n. 174 del 2012) le questioni aventi ad oggetto gli artt. 11, 12 e 19 della legge reg. n. 52 del 2012 e l'art. 3 della legge reg. n. 13 del 2013, salvo quanto si dirà in relazione a quella parte dell'art. 19 della legge reg. n. 28 del 2005, come modificato dall'impugnato art. 12 della legge reg. n. 52 del 2012, che richiama le disposizioni di cui agli artt. da 18-ter a 18 octies, disposizioni queste ultime oggetto di autonoma e motivata censura.

7.– Nel merito le residue questioni di legittimità costituzionale sono fondate.

7.1.– Gli artt. 13, 14, 15 e 16 introducono ex novo nella legge reg. n. 28 del 2005, recante il codice del commercio della Regione Toscana, le disposizioni di cui agli artt. 18-ter, 18-quater, 18-quinquies e 18-sexies, che aggravano gli oneri di produzione documentale a carico di chi presenti istanza al SUAP per aprire, ampliare o trasferire una grande struttura di vendita, addossandogli l'onere di effettuare a-

nalisi dei flussi veicolari, delle infrastrutture viarie e dei parcheggi, di predisporre un bilancio dei rifiuti nonché di allegare progetti supplementari e di avanzare istanze per lo svolgimento di conferenze dei servizi. In tal modo, il legislatore regionale ha alterato la procedura davanti al SUAP quale prevista dal legislatore statale – in particolare dall'art. 38, comma 3, del d.l. n. 112 del 2008 – aumentando le richieste poste a carico dei privati e istituendo nuovi passaggi procedimentali. La Regione, con l'occasione di adeguare la legislazione regionale alla sopravvenuta normativa statale relativa al SUAP, in realtà ha introdotto requisiti ulteriori rispetto a quelli prescritti dalla legislazione vigente in considerazione delle dimensioni e della tipologia dell'esercizio commerciale, oltre che del tipo di intervento che l'esercente intende effettuare (apertura, ampliamento, trasferimento, cambio del settore merceologico, etc.). I predetti oneri documentali e le attività supplementari richieste, insieme con l'appesantimento della procedura davanti allo sportello unico, rappresentano un ostacolo effettivo alla libera concorrenza nella Regione Toscana, sotto un duplice profilo, interregionale e intraregionale. Da un lato, gli operatori che intendono operare nel territorio della Regione Toscana si trovano esposti a maggiori oneri rispetto ai competitori di altre Regioni, anche limitrofe; dall'altro, all'interno della stessa Regione, tali oneri aggiuntivi rappresentano per i nuovi esercenti delle barriere all'entrata che pongono questi ultimi in una posizione di svantaggio rispetto a chi già svolge un'attività commerciale. La discriminazione rilevata è dunque duplice: sia interspaziale, fra operatori di Regioni diverse, sia intertemporale, fra operatori già presenti nel mercato e nuovi. In tal modo la legislazione regionale impugnata interferisce illegittimamente con la competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, che in riferimento all'esercizio delle attività commerciali trova espressione nell'art. 31, comma 2, del d.l. n. 201 del 2011. Con questa disposizione si è stabilito che «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». L'eventuale esigenza di contemperare la liberalizzazione del commercio con quelle di una maggiore tutela della salute, del lavoro, dell'ambiente e dei beni culturali deve essere intesa sempre in senso sistemico, complessivo e non frazionato (sentenze n. 85 del 2013 e n. 264 del 2012), all'esito di un bilanciamento che deve compiere il soggetto competente nelle materie implicate, le quali nella specie afferiscono ad ambiti di competenza statale, tenendo conto che la tutela della concorrenza, attesa la sua natura trasversale, assume carattere prevalente e funge, quindi, da limite alla disciplina che le Regioni possono dettare in forza della competenza in materia di commercio (sentenze n. 38 del 2013 e n. 299 del 2012) o in altre materie.

Di conseguenza deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 13, 14, 15 e 16 della legge reg. n. 52 del 2012, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), in materia di tutela della concorrenza.

7.2.– Per le medesime ragioni le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto l'art. 17 della legge reg. n. 52 del 2012 e l'art. 2 della legge reg. n. 13 del 2013 sono fondate.

L'art. 17 ha inserito l'art. 18-septies nel codice del commercio della Toscana di cui alla legge reg. n. 28 del 2005, il quale prevede che le grandi strutture di vendita soddisfino alcuni requisiti obbligatori, relativi tra l'altro alle dotazioni energetiche, alla collaborazione con le associazioni di volontariato sociale, alla produzione, raccolta e gestione dei rifiuti, alla realizzazione di accordi sindacali di secondo livello. La medesima disposizione prevede altresì che le grandi strutture di vendita, con superficie superiore a quattromila metri quadrati, siano dotate di ulteriori elementi, quali strutture per il lavaggio dei mezzi commerciali, fasce verdi per la protezione dall'inquinamento, bacini per la raccolta delle acque piovane, parcheggi per le biciclette e le auto elettriche (con i relativi punti di ricarica), servizi di trasporto pubblico e privato, spazi per l'accoglienza del cliente e aree dedicate ai bambini. La disposizione è stata poi modificata dall'art. 2 della legge reg. Toscana n. 13 del 2013 che, come già ricordato, da un lato non ha abrogato tutti i

requisiti obbligatori stabiliti per le grandi strutture di vendita già censurati in relazione al testo originario e, dall'altro, ne ha introdotto di nuovi, che sono stati impugnati con il successivo ricorso statale n. 68 del 2013. Anche in questo caso, secondo quanto asserito negli scritti difensivi della Regione Toscana, il legislatore regionale ha interpretato le norme statali interposte in materia di liberalizzazione delle attività economiche, e in particolare l'art. 31, comma 2, del d.l. n. 201 del 2011 e l'art. 1 del d.l. n. 1 del 2012, come attributive di competenze legislative a favore della Regione per la salvaguardia di valori quali la tutela dell'ambiente, della salute, dei lavoratori e dei consumatori, che invero rientrano nelle materie più disparate di competenza esclusiva dello Stato. La tutela dei predetti valori è effettivamente considerata dal legislatore statale quale valida ragione di deroga al principio generale della liberalizzazione delle attività commerciali; tuttavia, i predetti valori non possono essere tutelati dal legislatore regionale attraverso l'esercizio della competenza residuale del commercio, che incontra un limite nella natura trasversale e prevalente della tutela della concorrenza, di competenza esclusiva dello Stato. L'introduzione di ulteriori requisiti per le grandi strutture commerciali da parte del legislatore regionale, benché ispirata a ragioni di protezione dell'ambiente, della salute e di altre esigenze sociali che ai sensi della legislazione statale vigente potrebbero giustificare un limite alla liberalizzazione, ha, invero, l'effetto diretto di rendere più onerosa, rispetto agli operatori di altre Regioni e agli operatori già attivi nella stessa Regione Toscana, l'esercizio dell'attività economica, con evidente disparità concorrenziale e conseguente lesione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.

7.3.– Da quanto si è appena rilevato risulta che anche la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 della legge reg. n. 52 del 2012 è fondata. Il citato art. 18, infatti, introduce l'art. 18-octies della legge reg. n. 28 del 2005, secondo cui il rilascio dell'autorizzazione alle grandi strutture di vendita è subordinato alla conformità del progetto ai requisiti di cui all'art. 18-septies della medesima legge reg. n. 28 del 2005 che, come appena visto, determina una disparità concorrenziale, con conseguente lesione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.

7.4.– La dichiarazione di illegittimità costituzionale dei requisiti previsti dagli articoli da 18-ter a 18-octies, introdotti con gli artt. 13, 14, 15, 16, 17 e 18 delle legge n. 52 del 2012 e modificati con l'art. 2 della legge reg. n. 13 del 2013, comporta che debba dichiararsi illegittimo anche l'art. 12 della legge reg. n. 52 del 2012 nella parte in cui, modificando l'art. 18, comma 1, della legge reg. n. 28 del 2005, stabilisce che la procedura davanti al SUAP si svolga «secondo le condizioni e le procedure di cui agli articoli da 18-ter a 18-octies».

7.5.– Le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 20 della legge reg. n. 52 del 2012 – che aggiunge l'art. 19-quinquies al testo della legge reg. n. 28 del 2005 – e dell'art. 6 della legge reg. n. 13 del 2013 sono fondate.

L'art. 20 della legge reg. n. 52 del 2012 introduce, infatti, una procedura aggravata per i casi di strutture di vendita in forma aggregata, che la stessa disposizione definisce, come «strutture di vendita adiacenti tra loro, anche verticalmente, o insediate a distanza reciproca inferiore a 120 metri lineari», assumendo pertanto la distanza minima tra gli esercizi quale elemento qualificante di tale tipologia di esercizio commerciale, il quale è peraltro sconosciuto alla normativa statale. Una simile disposizione deve ritenersi in contrasto con l'art. 34, comma 3, del d.l. n. 201 del 2011, convertito dalla legge n. 214 del 2011 e con l'art. 1 del d.l. n. 1 del 2012, convertito dalla legge n. 27 del 2012 i quali, nel recepire le prescrizioni della direttiva 2006/123/CE, abrogano le norme che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati e non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, vietando in particolare l'imposizione di distanze minime tra le sedi di esercizio di un'attività economica. Del resto, la stessa difesa della Regione ha evidenziato, quale ratio della norma regionale, quella di evitare la parcellizzazione dell'offerta in esercizi ravvicinati, per contrastare non meglio specificate finalità elusive. Orbene, proprio il condizionamento dell'offerta quantitativa è ciò che intendono impedire le norme statali sopra ricordate, emanate, in conformità all'art. 117, primo comma, Cost. in attuazione di obblighi comunitari e in applicazione

dell'art. 117, co. 2, lett. e), Cost. Di qui l'illegittimità costituzionale dell'impugnato art. 20 della legge reg. n. 52 del 2012. L'art. 6 della successiva legge reg. n. 13 del 2013 si è poi limitato ad aggiungere il comma 6-bis al predetto art. 19-quinquies della legge reg. n. 28 del 2005, norma che ha l'effetto di ridurre la distanza minima, da 120 a 60 metri lineari, nel caso in cui il titolo edilizio sia stato rilasciato dopo il 21 aprile 2009 e non oltre il 20 aprile 2010. In tali limitati casi, quindi, viene semplicemente stabilita una distanza minima inferiore rispetto a quella ordinaria, ma la disposizione costituisce pur sempre una norma che contrasta con le medesime disposizioni europee e statali sopra richiamate, in violazione della tutela della concorrenza.

Gli impugnati art. 20 della legge reg. n. 52 del 2012 e art. 6 della legge reg. n. 13 del 2013 vanificano, quindi, le finalità di massima liberalizzazione delle attività economiche perseguite dalla direttiva citata (ex plurimis, sentenza n. 291 del 2012), con conseguente illegittima limitazione della libertà di concorrenza, in violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., e invasione della relativa competenza esclusiva dello Stato ex art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., esercitata con le ricordate norme statali che tale direttiva hanno recepito.

7.6.– La questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 2, della legge reg. n. 13 del 2013 è fondata.

La disposizione impugnata, infatti, modifica l'art. 19-quater della legge reg. n. 28 del 2005, ed esige che gli esercizi commerciali di vendita in "outlet" espongano il solo prezzo finale di vendita. Una simile imposizione restringe la libertà imprenditoriale nella comunicazione dei prezzi praticati, così da ostacolare il libero esercizio della concorrenza in violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. La Regione anche in questo caso si ritiene legittimata a disciplinare le regole sull'esposizione dei prezzi di vendita sulla base di un'allegata esigenza di tutela del consumatore che, quand'anche potesse ritenersi effettivamente sussistere, attiene a materie di competenza esclusiva dello Stato (segnatamente alla materia del diritto civile), esponendosi così ai rilievi già in precedenza sviluppati in ordine al fatto che le norme statali con finalità di liberalizzazione non possono interpretarsi come attributive di nuove competenze regionali in materie che loro non competono in base ai principi costituzionali.

7.7.– Analogamente è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 della legge reg. n. 13 del 2013 che, sostituendo l'art. 54-bis, comma 1, della legge reg. n. 28 del 2005, condiziona alla presenza di una adeguata sorveglianza la possibilità di installare nuovi impianti di distribuzione del carburante dotati esclusivamente di apparecchiature "self-service" prepagato senza la presenza del gestore. Tale disposizione contrasta con l'obiettivo di liberalizzazione contenuto nell'art. 28, comma 7, del d.l. n. 98 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 111 del 2011, come modificato e integrato dall'art. 18, comma 1, del d.l. n. 1 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27 del 2012. Infatti, il maggiore onere economico e organizzativo imposto ai gestori toscani di impianti di distribuzione dei carburanti e, tra questi, a quelli che li intendono installare ex novo rispetto a quelli che li hanno già installati, viola il principio di parità concorrenziale e conseguentemente l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. Né si può giustificare l'intervento del legislatore regionale in base a ragioni di ordine pubblico, trattandosi anche in questo caso di esigenze che attengono ad un ambito di competenza statale esclusiva, e che in ogni caso richiederebbero un medesimo livello di garanzia negli impianti già installati, come nei nuovi.

7.8.– La questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 della legge reg. n. 13 del 2013 è fondata.

Occorre anzitutto osservare che tale disposizione, relativa all'orario degli impianti di distribuzione di carburanti, sostituendo l'art. 84, comma 3, della legge reg. n. 28 del 2005, impone il funzionamento contestuale della modalità "servito" e della modalità "self-service" durante l'orario di apertura dell'impianto, in contrasto con quanto stabilito dall'art. 28, comma 7, del citato d.l. n. 98 del 2011, espressivo della competenza statale esclusiva in materia di concorrenza ex art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. L'onere aggiuntivo imposto agli operatori toscani origina, invero, una alterazione della parità concorrenziale in patente

violazione del citato art. 28, co. 7, secondo cui «Non possono essere posti specifici vincoli all'utilizzo di apparecchiature per la modalità di rifornimento senza servizio con pagamento anticipato, durante le ore in cui è contestualmente assicurata la possibilità di rifornimento assistito dal personale, a condizione che venga effettivamente mantenuta e garantita la presenza del titolare della licenza di esercizio dell'impianto rilasciata dall'ufficio tecnico di finanza o di suoi dipendenti o collaboratori. […]».

8.– Restano assorbiti gli ulteriori profili di illegittimità costituzionale dedotti dal Presidente del Consiglio dei ministri.

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

1) dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 13, 14, 15, 16, 17, 18 e 20 della l. della Regione Toscana 28.9.2012, n. 52 (Disposizioni urgenti in materia di commercio per l'attuazione del d.l. 6.12.2011, n. 201 e del d.l. 24.1.2012, n. 1. Modifiche alla legge regionale n. 28 del 2005 e alla legge regionale n. 1 del 2005) e degli artt. 2, 5, co. 2, 6, 16 e 18 della legge della Regione Toscana 5.4.2013, n. 13 (Disposizioni in materia di commercio in sede fissa e di distribuzione di carburanti. Modifiche alla legge regionale n. 28 del 2005 e alla legge regionale n. 52 del 2012);

2) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 12 della legge reg. n. 52 del 2012, nella parte in cui, modificando l'art. 18, co. 1, della legge della Regione Toscana 7.2.2005, n. 28 (Codice del Commercio. Testo Unico in materia di commercio in sede fissa, su aree pubbliche, somministrazioni di alimenti e bevande, vendita di stampa quotidiana e periodica e distribuzione di carburanti), stabilisce che l'autorizzazione sia rilasciata dallo sportello unico per le unità produttive «secondo le condizioni e le procedure di cui agli articoli da 18-ter a 18-octies»;

3) dichiara estinto, relativamente alle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 39 e 41 della legge reg. n. 52 del 2012, il processo;

4) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 11, 12, nella parte residua, e 19 della legge reg. n. 52 del 2012, nonché dell'art. 3 della legge reg. n. 13 del 2013, promosse dal Presidente del Consiglio dei ministri, in riferimento agli artt. 41 e 117, co. 2, lett. e) ed m), della Costituzione, con i ricorsi indicati in epigrafe.

«::::::::: GA :::::::::»

SANITÀ E SICUREZZA SOCIALE

NOTIZIE E AGGIORNAMENTI

DETENZIONE E PORTO D'ARMI: LA LICENZA DI PORTO D'ARMI PUÒ ESSERE NEGATA ANCHE IN ASSENZA DI SENTENZA DI CONDANNA PER REATI CONNESSI AL CORRETTO USO DELLE ARMI, MA REATI DIVERSI ANCHE NON ATTINENTI ALLA MATERIA DELLE ARMI, DA CUI SI POSSA DESUMERE LA NON COMPLETA *"AFFIDABILITÀ"* ALL'USO DELLE STESSE

L'autorizzazione alla detenzione ed al porto d'armi postulano che il beneficiario osservi una condotta di vita improntata alla piena osservanza delle norme penali e di quelle poste a tutela dell'ordine pubblico, nonché delle regole di comune buona convivenza, tale da non destare il sospetto di un possibile uso improprio delle armi, la sentenza contraddittoriamente, poi, ha ritenuto che i fatti allegati dall'amministrazione non fossero sintomatici di indole incline alla violenza ed idonei a supportare un giudizio di "pericolosità sociale" dell'interessato. Invero, nessun giudizio di pericolosità sociale del richiedente deve precedere il rilascio dell'autorizzazione al porto d'armi, ma solamente un giudizio prognostico sull'affidabilità del soggetto e sull'assenza di rischio che egli possa abusare delle armi (CdS, III, 12.6.2014, n. 2987). La valutazione dell'Autorità di pubblica sicurezza è caratterizzata da ampia discrezionalità, perseguendo in tale materia lo scopo di prevenire, per quanto possibile, i delitti (ma anche i sinistri involontari), che potrebbero avere occasione per il fatto che vi sia la disponibilità di armi da parte di soggetti non pienamente affidabili; tanto che il giudizio di "non affidabilità" è per certi versi più stringente rispetto a quello di "pericolosità sociale", giustificando per esempio il diniego anche in situazioni che non hanno dato luogo a condanne penali o misure di pubblica sicurezza, ma a situazioni genericamente non ascrivibili a "buona condotta" (si è ritenuto, ad es., legittimo il diniego in situazioni di inusuale conflittualità fisica e verbale nei rapporti familiari, o di convivenza, o di vicinato: CdS, III, 19.9.2013, n. 4666). Secondo la giurisprudenza di questa Sezione, da cui il Collegio non ha motivo di discostarsi, la licenza di porto d' armi può essere negata anche in assenza di sentenza di condanna per specifici reati connessi proprio al corretto uso delle armi, potendo l'Autorità amministrativa valorizzare nella loro oggettività sia fatti di reato diversi, sia vicende e situazioni personali del soggetto che non assumano rilevanza penale, concretamente avvenuti, anche non attinenti alla materia delle armi, da cui si possa desumere la non completa "affidabilità" all'uso delle stesse (CdS, III, 29.7.2013, n. 3979). Le norme di cui agli artt. 11 e 43 del r.d. 18.6.1931, n. 773, difatti, oltre ad ipotesi tipiche di diniego vincolato, collegato alla riportata condanna per alcuni reati, consentono di negare le autorizzazioni di polizia, in generale, a chi ha riportato condanna per delitti contro la personalità dello Stato o contro l'ordine pubblico, ovvero per delitti contro le persone commessi con violenza, o per furto, rapina, estorsione, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione, o per violenza o resistenza all'autorità, e a chi non ha tenuto una buona condotta. In particolare, l'art. 43 cit., per quanto riguarda la licenza di portare armi, prevede il divieto di autorizzazione a chi ha riportato condanna alla reclusione per i medesimi delitti di cui sopra, non colposi, ovvero a chi ha riportato condanna a pena restrittiva della libertà personale per violenza o resistenza all'autorità o per delitti contro la personalità dello Stato o

contro l'ordine pubblico; oppure, da ultimo, a chi ha riportato condanna per diserzione in tempo di guerra, anche se amnistiato, o per porto abusivo di armi. Con norma di chiusura, inoltre, l'ultimo capoverso dello stesso articolo dispone che "la licenza può essere ricusata ai condannati per delitto diverso da quelli sopra menzionati e a chi non può provare la sua buona condotta o non dà affidamento di non abusare delle armi" (la prova della buona condotta, a seguito della sentenza della Corte Cost. 16.12.1993, n. 440, grava sull'Amministrazione). Quest'ultimo inciso trova applicazione nella fattispecie. Non sembra, invero, illogico, alla luce della disposizione normativa, che il -OMISSIS- abbia attribuito rilevanza a fatti e precedenti penali sia relativi alla illegale detenzione di armi e munizioni (condanna della -OMISSIS-con sentenza del -OMISSIS-, confermata dalla Corte di Cassazione, alla pena di mesi 8 di reclusione e alla multa di lire 140.000); sia non concernenti il buon uso delle armi, ma comunque denotanti senza dubbio una condotta non perfettamente specchiata. Ci si riferisce ai fatti di reato in materia previdenziale e di contributi previdenziali e assistenziali di cui all'art. 2, co. 1, della l. n. 638/83, oggetto del decreto penale del GIP della -OMISSIS- del 23.3.1992; alle sentenze del 30 gennaio 1995, del 24.1.1996 e del 26.2.1996, emesse a -OMISSIS-, per omissione di ritenute previdenziali ex art. 2, co. 1°, della l. n. 638/83; alla sentenza della -OMISSIS-del -OMISSIS-, per omesso versamento di ritenute previdenziali e assistenziali ex art. 2, co. 1, del d.lgs. n. 463/1983 ed alla sentenza della Corte di Cassazione del -OMISSIS-, per la medesima fattispecie; anche se si tratta di sentenze tutte che hanno dichiarato estinti i reati a seguito di intervenuto versamento tardivo delle somme dovute. Appare pertinente anche il richiamo alle violazioni in materia edilizia (ancorché ottenuta la riabilitazione, come osserva il ricorrente nel ricorso introduttivo, pag. 9), nonché alla misura degli arresti domiciliari per il delitto di corruzione, nell'ambito del procedimento penale pendente presso il -OMISSIS-ed alla sospensione della patente di guida per omissione di soccorso a seguito di incidente stradale, in quanto si tratta di circostanze tutte insieme valorizzate al fine di valutare la sussistenza del requisito di "affidabilità" necessario al rilascio dell'autorizzazione. In definitiva, il provvedimento impugnato indica fatti e circostanze in modo dettagliato e preciso, e, sebbene in modo scarno, ne ricava congruamente un giudizio di non sussistenza del requisito soggettivo dell' "affidabilità", in modo sufficiente a rendere comprensibile l'iter logico seguito e non manifestamente illogiche le conclusioni adottate; trattasi, infatti, di elementi tutti ben idonei, nel loro complesso, a fondare la valutazione fatta dal Prefetto, della quale non si evidenzia alcuna irragionevolezza o difetto di istruttoria, alla luce della chiara propensione dell'interessato ad una non episodica violazione delle regole. ***(Consiglio di Stato Sez. III del 1.8.2014, n. 4121).***

«::::::::: GA :::::::::»

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. V 27.5.2014, n. 2751

Concessione edilizia - attivazione impianto - produzione di farine proteiche- non e´ 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 nocumento 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 comma 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.

«::::::::: GA :::::::::»

PARERI

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

DOMANDA

Natura giuridica dell'Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (IRCCS) di proprietà dello Stato Vatican. (Parere 24.5.2014-226911, CT 35469/2012, SEZ. VII, Avv. Paola Palmieri).

RISPOSTA

Con la richiesta di parere in oggetto codesta Amministrazione ha chiesto alla Scrivente di pronunciarsi in ordine alla natura pubblica o privata dell'Istituto di Ricovero e Cura a carattere scientifico IRCCS "Casa Sollievo della Sofferenza - gestione della omonima Fondazione Casa Sollievo della Sofferenza - Opera di San Pio da Petrelcina", di proprietà dello Stato vaticano e da esso vigilata - e proponente, per il tramite del proprio Istituto di ricovero e cura a carattere scientifico - IRCSS, di diversi progetti nell'ambito dell'Invito relativo al P.O.N. "Ricerca e competitività". Tale quesito veniva sollevato in relazione alla nota con cui, la omonima Fondazione, riferiva di essere stata considerata dagli istituti di credito incaricati delle verifiche finanziarie, talvolta quale persona giuridica privata e talvolta quale struttura assimilabile ad una struttura pubblica. Pertanto, la stessa chiedeva di confermare ad entrambi gli istituti bancari l'assimilabilità dell'IRCCS Casa sollievo ad un ente pubblico, quanto meno con riferimento alla necessità di stipulare una fideiussione a garanzia del finanziamento erogato nell'ambito del bando PON. A sostegno, veniva inoltre richiamata la garanzia accordata dal Ministero della Salute in occasione di uno "starting grant" da parte del Consiglio europeo della ricerca (ERC), detto Ministero avendo considerato l'Istituto in parola quale ente riconducibile allo Stato Città del Vaticano. Con nota interlocutoria del 26.11.2012 prot. 467357 questo G.U. chiedeva di trasmettere il bando PON 2007-2013 e di indicare le fonti che disciplinano la garanzia del finanziamento erogato nell'ambito del bando PON I nonché il VII programma quadro e il bando relativo al progetto CBCD260888 cui si riferiva la garanzia prestata dal Ministero della salute. Tale nota non risultava pervenuta presso codesto Ministero che, in seguito alla rinnovata richiesta, il 28 gennaio u.s. inoltrava per le vie brevi il decreto direttoriale con cui era approvato lo schema di garanzia a prima richiesta, utilizzabile per le iniziative di cui al d.lgs. 297 del 1999 rappresentando, al contempo, di non poter fornire il bando cui si riferiva la garanzia prestata dal Ministero della salute. Successivamente, veniva trasmessa ulteriore documentazione (istanza di partecipazione all'Avviso indetto da codesto ministero, decreti di riconoscimento adottati in favore dell'ente, Statuto dell'ente datato 2010). Dagli elementi così raccolti è possibile rilevare che, soggetto proponente nell'ambito della procedura di cui all'Avviso in oggetto, unitamente ad altri partners, è l'IRCSS Casa sollievo della sofferenza che, come testualmente si evince dalla domanda di presentazione del progetto, possiede la forma giuridica di ente privato con personalità giuridica - "Fondazione esclusa la Fondazione banca-

ria". Si osserva inoltre, che a tale Fondazione - ente morale di diritto ecclesiastico - è stata riconosciuta la personalità giuridica con d.P.R. 14.1.1971, ai sensi dell'art. 29 lett. d) del concordato e dell'art. 4 della legge n. 848 del 1929, che ne riconosce la personalità giuridica e ne approva lo Statuto. Si osserva, al riguardo, che il riconoscimento è avvenuto prima della modificazione del Concordato attuata con Accordo del 18.2.1984 ratificato-con l. 25.3.1985, n. 121 e della nuova l. 20.5.1985, n. 222 sugli enti ecclesiastici. Anche nel vigore della precedente disciplina era, tuttavia, da escludere che il riconoscimento degli enti ecclesiastici, fra cui le fondazioni di culto e di religione, comportasse il conferimento di una personalità giuridica pubblica nell'ordina-mento dello Stato. Come ben chiarito dalla Cassazione a Sezioni Unite con sentenza n. 2656 del 1990, "ciò risultava chiaramente dagli accordi fra Stato e Chiesa e dalle relative leggi d'attuazione, in cui più volte veniva precisato che il riconoscimento era effettuato "agli effetti civili" (art. 31 del Concordato 11.2.1929 e art. 4 della l. 27.5.1929, n. 848) e che tali effetti si riassumevano nella capacità di acquistare e possedere, salve le disposizioni concernenti gli acquisti dei corpi morali (e cioé le autorizzazioni previste dal codice civile per gli acquisti immobiliari delle persone giuridiche private) (art. 30 del Concordato e artt. 4, 9 e 10 della legge n. 848 del 1929). "Ma la natura pubblica degli enti ecclesiastici" - prosegue la decisione in esame - "è da escludere anche in base ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, sia perché fra i fini propri della Repubblica non possono ricomprendersi quelli della religione cattolica (art. 7 e 8 Cost.) sia perché detti enti, a differenza degli Enti pubblici, sono sottratti a qualsiasi controllo dello Stato sui beni e sugli organi, controllo che appartiene esclusivamente alle competenti autorità della Chiesa (art. 30 del Concordato 11.2.1929) (vedi in questo senso Cass. 13.12.1983 n. 7357; Cass. 10.7.1980 n. 4430; Cass. 28.11.1978 n. 5580)". "Tale situazione non sarebbe, inoltre, mutata a seguito delle modifiche al Concordato adottate il 18.2.1984 e a seguito della l. 20.5.1985, n. 222; con tali provvedimenti si è ribadito che gli enti ecclesiastici vengono riconosciuti "come persone giuridiche agli effetti civili" e si è stabilito l'obbligo a carico, anche degli Enti ecclesiastici preesistenti, dell'iscrizione nel registro delle persone giuridiche private, prevista dall'art. 33 c.c. (artt. 1, 4, 5 e 6 della legge n. 222 del 1985). In particolare, col nuovo accordo è stato precisato che l'equiparazione effettuata dal Concordato del 1929 del fine di culto e di religione ai fini di beneficenza e di istruzione agli effetti tributari (art. 29, lett. h) vale solo per le attività dirette a quei fini (art. 7, n. 3) e cioé all'esercizio del culto e alla cura delle anime, alla formazione del clero e dei religiosi, a scopi missionari, alla catechesi e all'educazione cristiana (art. 16, lett. a, della legge n. 222 del 1985), mentre le altre attività svolte dagli enti ecclesiastici, e cioé quelle di assistenza e beneficenza, istruzione, educazione e cultura nonché quelle commerciali o a scopo di lucro (art. 16, lett. b, della l. n. 222 del 1985 suddetta) sono soggette alle leggi dello Stato concernenti tali attività e al regime tributario previsto per le medesime (art. 7, n. 3, modifica del Concordato)". Poiché la Fondazione persegue finalità sociali di assistenza, pure essendo priva di fini di lucro, la stessa dovrebbe pacificamente rientrare tra gli enti di diritto privato sulla base dei principi suesposti. Va, tuttavia, considerata la possibilità di riconoscere natura pubblica al-l'ente in oggetto sulla base di altro iter argomentativo in relazione alla qualificazione della Fondazione quale IRCCS - Istituto di ricovero e cura a carattere scientifico privato, ad essa pervenuta con decreto del 16.4.2007, con cui il Ministero della Salute, accertata la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 13, co. 3 lett. da a) ad h) del d.l.gs. 16.10.2003, n. 288, ha conferito a detto ente il riconoscimento del carattere scientifico della "Casa Sollievo della Sofferenza, Istituto con personalità giuridica di diritto privato". Nella specifica veste di Istituto scientifico di ricovero e cura ex lege n. 288/2003, l'Ospedale Casa sollievo della sofferenza, svolge attività ospedaliera, è inserito nel Servizio Sanitario nazionale ed è sottoposto alla vigilanza del Ministero della Salute (art. 1 della l. 288/2003: Gli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico sono enti a rilevanza nazionale dotati di autonomia e personalità giuridica che, secondo standards di eccel-

lenza, perseguono finalità di ricerca, prevalentemente clinica e traslazionale, nel campo biomedico e in quello dell'organizzazione e gestione dei servizi sanitari ed effettuano prestazioni di ricovero e cura di alta specialità o svolgono altre attività aventi i caratteri di eccellenza di cui all'art. 13, co. 3, lett. d).

La normativa, inoltre, a partire dalla L. n. 132 del 1968, ha equiparato gli ospedali "classificati" ai sensi della medesima legge (quale è l'Ospedale Casa sollievo della sofferenza), gestiti dagli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, alle strutture ospedaliere pubbliche (nel senso della parità di trattamento ai fini dell'osservanza dei tetti di spesa). Tali indici, con particolare riferimento alle finalità pubblicistiche perseguite e alla vigilanza statale, potrebbero far concludere per una connotazione pubblicistica dell'ente in esame anche al di là delle generali considerazioni relative ai meri enti ecclesiastici civilmente riconosciuti. Nonostante la suddetta equiparazione ex lege si è, tuttavia, affermato in giurisprudenza che ciò non determina un mutamento della natura giuridica di detti enti che, pertanto, per il consolidato orientamento della Corte di Cassazione (che si è pronunciata più volte in relazione alla natura dei rapporti di lavoro instaurati con gli IRCCS) sono da ricondurre agli enti di diritto privato. In tal senso e con espresso riferimento all'ente in oggetto: "Cass. civ., 15 marzo 1985, n. 2019 - Gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, esercenti attività ospedaliera (nella specie: casa sollievo della sofferenza), anche quando ottengano la classificazione del proprio ospedale a norma dell'art. 1 ultimo comma, L. 12 febbraio 1968, n. 132, non assumono la qualità di enti pubblici, poiché tale classificazione, se comporta l'inserimento di detta affinità nell'ambito della programmazione della rete ospedaliera pubblica, ponendola sotto la vigilanza dei ministro della sanità e della competente usi (art. 18 citata L. n. 132 del 1968 e 41, L. 23 dicembre 1978, n. 833), non interferisce sulla natura degli enti cui l'attività medesima fa capo, i quali mantengono piena autonomia organizzativa e finanziaria; ne consegue che le controversie inerenti al rapporto di lavoro dei dipendenti degli ospedali dei suddetti enti ecclesiastici esulano dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblico impiego, e spettano alla cognizione dei giudice ordinario". Nel medesimo senso: Cass. civ., 10 ottobre 1983 n. 5865: "Gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti che esercitano attività ospedaliera, quale la casa sollievo della sofferenza, non sono inquadrabili fra gli enti ospedalieri in senso stretto, cioè fra gli enti pubblici non economici, secondo la disciplina della L. 12 Febbraio 1968, n. 132, non modificata in proposito dalla L. 23 dicembre 1978, n. 833 istitutiva dei servizio sanitario nazionale (il cui art. 41 si limita ad aggiungere alla vigilanza del ministero della sanità quella dell'usi), nemmeno quando essi abbiano ottenuto la classificazione del loro ospedale a norma dell'art. 1 co. 6 della citata legge del 1968, la quale spiega rilievo solo al fine di inserire tali ospedali nella programmazione propria della rete ospedaliera pubblica; anche in detto caso, pertanto, le controversie inerenti al rapporto di lavoro dei dipendenti degli indicati enti ecclesiastici esulano dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e spettano alla cognizione del giudice ordinario". Alla luce di tali elementi pare innegabile la natura privatistica dell'ente, peraltro affermata dallo stesso Istituto, che ha partecipato all'avviso indetto da codesta Amministrazione in qualità di ente privato, come dichiarato dallo stesso soggetto interessato in sede di domanda. Nella scheda di presentazione relativa al progetto Virtualab, in particolare, si afferma testualmente che "la natura giuridica dell'Ospedale è quella di un ente privato, di proprietà della Santa Sede, che eroga pertanto un servizio pubblico". Se all'interno del nostro ordinamento l'ente in esame opera quale ente di diritto privato assoggettato alle leggi dello Stato, ne discende che, ai fini del-l'ammissione ai benefici agevolativi sul fondo FAR lo stesso soggiace alle regole poste dall'Avviso e dalla normativa primaria e regolamentare di riferimento che, con riferimento agli enti e società di natura privata, impone la verifica della stabilità economico finanziaria affinché sia garantita la corretta assegnazione di risorse pubbliche e subordina l'erogazione delle anticipazioni sul contributo in favore di enti privati alla prestazione di una idonea garanzia. Ciò non to-

glie che, a determinati fini, il medesimo ente possa rilevare quale ente con personalità giuridica pubblica di diritto straniero, nella specie dello Stato Città del Vaticano, alla stregua del diritto canonico.

Ciò sembrerebbe giustificare - a quanto è possibile affermare sulla base della limitata documentazione inviata - il rilascio di una garanzia da parte del Ministero della Salute alla Fondazione di cui trattasi, ente appartenente ad uno Stato (Città del Vaticano), non firmatario del VII PQ. Codesto Ministero non ha potuto inviare, come richiesto, la copia del progetto a cui si riferisce il Ministero della salute.

Sembra, tuttavia, che in quello specifico caso la garanzia sia stata accordata all'ente nella sua qualità di public body riconducibile ad uno diverso Stato. La problematica, pertanto, sembra attenere al diverso ambito dei rapporti tra Stati, ed alle garanzie che uno Stato aderente può prestare in favore di altri Stati non firmatari, ovvero in favore di enti ed a questi ultimi riconducibili.

Tale profilo, tuttavia, a parere di questo G.U. non viene in rilievo nel caso di specie, in cui l'esenzione dalla verifica economica sembra riferirsi ai soli enti configurabili quali enti di diritto pubblico secondo l'ordinamento interno tra i quali, anche per ragioni prudenziali e in assenza di pronunce giurisprudenziali che affermino il contrario, non può essere annoverato l'ente in oggetto alla luce delle considerazioni e delle pronunce sopra esposte.

Si resta a disposizione per ulteriori chiarimenti. Trattandosi di questione di massima il presente parere è stato sottoposto all'esame del Comitato consultivo, ai sensi dell'art. 26 della l. 3.4.1979, n. 103, che si è espresso in conformità nella seduta del 22.5.2014.

«::::::::: 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@gazzettaamministrativai.it unitamente a:

1) i dati personali dell'Autore, la qualifica professionale e i recapiti;
2) un abstract di massimo 250 parole sia in italiano che in inglese, 6 parole chiave e la sua qualificazione attraverso le categoria del sistema U-Gov Miur (saggio, commento, nota... etc...) ;
3) una formale richiesta (v. allegato a) di pubblicazione comprensiva delle seguenti dichiarazioni da parte dell'Autore:

a) che il lavoro sia esclusivo frutto dell'Autore e sia stato redatto nel rispetto delle norme del diritto d'autore e della riservatezza delle informazioni anche con riferimento alle fonti utilizzate;

b) che l'Autore non ha già pubblicato ovvero non ha chiesto la pubblicazione dello scritto ad altra rivista telematica sia scientifica che di informazione;

c) che le posizioni espresse impegnano l'Autore e non la rivista;

d) che l'Autore esonera la rivista da ogni responsabilità con riguardo alla scelta di pubblicare, in parti separate, non pubblicare lo scritto oltre che di rimuovere il contributo dalla rivista in caso di violazione di norme di legge.

Esame preliminare:

La redazione, su proposta del **Direttore** o del Vice **Direttore**, svolge un esame preliminare dello scritto e, in particolare, ne valuta:

a) l'attinenza del tema trattato con quelli oggetto della rivista;

b) la qualificazione, anche sulla base dell' espressa richiesta dell'Autore, tra le diverse tipologie di contributi di cui alla classificazione U-Gov Miur;

c) la presenza dei requisiti minimi di accettabilità anche con riguardo alle informazioni rese dall'Autore all'atto della richiesta di pubblicazione di cui ai punti da a) a d);

d) l'eventuale modifica dell' area tematica;

e) qualora lo scritto venga classificato come contributo di “attualità” finalizzato all’aggiornamento professionale, il successivo invio per la valutazione finale da parte di due componenti del **Comitato di redazione**.

Referaggio:
L’Autore di "saggi e contributi scientifici", in caso di esito positivo dell'esame preliminare, riceverà la comunicazione che lo scritto sarà sottoposto a referaggio.
L'attività di valutazione scientifica dei contributi è differenziata a seconda del tipo di contributo da pubblicare:

a) **Referaggio di saggi e contributi scientifici:**
Nel caso di collocazione dello scritto nella categoria "saggi e contributi scientifici", il lavoro sarà sottoposto alla valutazione di due revisori fra i componenti del **Comitato di referee**, italiani o stranieri, esperti della materia o del tema oggetto dello scritto medesimo, di cui almeno un professore ordinario, che saranno in rapporto esclusivamente con la **Direzione** della rivista.
È adottato, in via preferenziale, il **sistema di valutazione** c.d. *doublé blind peer review:* il contributo è inviato dal **Direttore** della Rivista ai due revisori in forma anonima e all'autore non sono rivelati i nomi dei revisori, i quali sono vincolati (alla pari del **Direttore** della Rivista) a tenere segreto il loro operato. La segretezza dell'identità dei revisori, anche in caso di giudizio positivo, è a garanzia di una maggiore indipendenza di giudizio.
In via residuale e a discrezione del **Direttore**, può essere utilizzato anche il sistema di valutazione del *peer review* c.d. *open*, in cui si garantisce la forma anonima della valutazione, ma i soggetti chiamati ad effettuare la valutazione potranno conoscere l'identità dell'autore del contributo sottoposto a valutazione.

b) **Referaggio di contributi di “attualità” finalizzati all’aggiornamento professionale:**
Per i contributi classificati sotto la categoria "attualità", la valutazione del lavoro sarà effettuata da due componenti del **comitato di redazione** della rivista. In ogni caso, a garanzia di una maggiore indipendenza del giudizio, la valutazione del contributo avverrà sempre in forma rigorosamente anonima e l'autore non potrà conoscere l'identità dei soggetti chiamati a valutare il contributo. Per garantire la celere pubblicazione di un documento di estrema attualità, la valutazione del contributo potrà essere effettuata anche dal **Direttore.**

c) **Referaggio di note a sentenza e recensioni:**
In ragione del loro carattere più o meno snello, note a sentenza e recensioni possono essere assoggettate, a scelta del **Direttore**, alla procedura di cui *sub* a ovvero *sub* b.

d) **Referaggio di saggi e contributi di autori di riconosciuta autorevolezza scientifica:**
In via eccezionale, su proposta del **Direttore** accolta dal comitato di **Direzione**, i contributi di autori di riconosciuta autorevolezza scientifica possono essere pubblicati senza referaggio preventivo, ferma rimanendo la responsabilità del **Direttore**.

Valutazione del contributo:
La valutazione del contributo avviene sulla base dei seguenti criteri:

a) la rigorosità dell'impostazione metodologica;

b) l'adeguatezza della bibliografia fatta salva la possibilità di scritti volutamente privi di riferimenti bibliografici;

c) la chiarezza espositiva;

d) l’apporto di novità fornito allo stato di avanzamento degli studi sull'argomento; nelle note a sentenza, il contributo di novità è quello apportato alla motivazione della sentenza stessa, in senso critico o migliorativo.

Esito del referaggio
L'esito del referaggio può comportare:

a) l'accettazione del contributo per la pubblicazione integrale o in parti distinte senza modifiche;

b) l'accettazione subordinata a modifiche migliorative, che sono sommariamente indicate dal revisore; in questo caso il contributo è restituito all'autore per le modifiche da apportare; l'a-

deguatezza delle modifiche apportate è successivamente valutata dal **Direttore** della Rivista senza necessità di ulteriore referaggio;

c) la non accettazione dello scritto per la pubblicazione.

In caso di valutazione divergente dei due valutatori, la decisione finale è presa dal direttore della Rivista, sentito il Comitato di Direzione.

Doveri dei revisori.

II 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 ina 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 somiglianzà 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 ima 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 perla pubblicazione.

Conflitto di interessi

Un conflitto di interessi può sussistere quando un autore (o la sua istituzione), un *referee* o un membro della redazione hanno rapporti personali o economici che possono influenzare in modo

inappropriato il loro comportamento. Questo conflitto può esistere anche se il soggetto ritiene che tali rapporti non lo influenzino. Sta alla direzione della rivista gestire nel miglior modo possibile eventuali conflitti di interessi (ad esempio tramite il sistema dei *referees* anonimi in doppio cieco), e agli autori può venire richiesta una dichiarazione in merito.

HANNO PARTECIPATO

Dott.ssa Alessia Auriemma, Dott.ssa Marta Capesciotti, Dott. Francesco Corvisieri, Dott. Alessandra Dominici, Dott.ssa Laura Ferrero, Dott.ssa Francesca Fontanarosa, Dott. Massimiliano G. Maffei, Dott. Gabriele Magrini, Dott.ssa Tiziana Molinaro, Avv. Michela Montanari, Avv. Daniela Muntoni, Prof. Vincenzo Musacchio, Dott. Francesco Nardi, Avv. Paola Palmieri, Dott. Paolo Romani, Dott.ssa Bianca Santoro, Avv. Paolo Turco, Avv. Stefano Varone, Dott. Sabato Vinci.

Chiuso in redazione il 26 settembre 2014
Finito di stampare nel settembre 2014
presso la Tipografia Spedim – Montecompatri (Rm)