

ALLEGATO I
PRIMO DOSSIER PER IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI STATO
SULLE ANTINOMIE NORMATIVE

Uno dei nuovi compiti dell'Ufficio del massimario è costituito dall'*"elaborazione di appositi dossier, al fine di segnalare al Presidente del Consiglio di Stato i casi di normazione "non aggiornata, non coordinata, o comunque di complessa interpretazione e applicazione"* (art. 14 *ter*, 3° comma lett f) del regolamento di organizzazione).

Come anticipato nell'ambito della relazione generale di cui il presente *dossier* costituisce allegato, si esporranno qui di seguito tre potenziali antinomie normative che sono state portate all'attenzione dell'U.M., se del caso, al fine di effettuare apposite segnalazioni al Governo in vista di possibili iniziative normative finalizzate alla loro risoluzione.

1. Modifica soggettiva del R.T.I. nelle pubbliche gare per perdita dei requisiti di una mandante.

La sentenza dell'Adunanza plenaria 25 gennaio 2022, n. 2 si è occupata del tema della perdita dei requisiti di partecipazione da parte di una mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese (R.T.I.) nel corso della fase pubblicitica della gara.

Più in particolare l'Adunanza plenaria è stata chiamata ad interpretare l'articolo 48 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (*Codice dei contratti pubblici*), recante la disciplina dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di operatori economici

La sezione deferente chiedeva di chiarire se, ai sensi dell'articolo 48 del d.lgs. 50 del 2016 (nel testo modificato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56), sia possibile procedere alla modifica soggettiva di un R.T.I. a seguito della perdita dei requisiti di partecipazione di una mandante, anche laddove tale perdita si sia determinata (non già in corso di esecuzione del contratto, bensì) in fase di gara.

Nel risolvere in via interpretativa la questione posta, l'Adunanza plenaria ha rilevato un'oggettiva antinomia fra

- (da un lato) il comma 18 dell'articolo 48, il quale ammette la sostituzione del mandante che abbia perduto i requisiti di cui all'articolo 80, ma richiamando soltanto l'ipotesi in cui tale perdita sia avvenuta in fase di esecuzione e
- (dall'altro) il successivo comma 19-*ter*, il quale ammette in modo espresso tale sostituzione *"anche laddove le modifiche soggettive (...) si verificano in fase di gara"*.

L'Adunanza plenaria ha risolto in via interpretativa la rilevata antinomia, affermando il seguente principio di diritto: *“la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo Codice”*.

Resta fermo, tuttavia, che la questione meriterebbe probabilmente una definizione in via normativa, anche al fine di confermare l'interpretazione offerta dall'Adunanza plenaria.

Lo schema di decreto legislativo attuativo della delega di cui alla legge 21 giugno 2022, n. 78 (approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri il 16 dicembre 2022), all'articolo 68 sembra andare comunque nella direzione della risoluzione della rilevata antinomia normativa.

2. Informativa interdittiva antimafia e ammissione al controllo giudiziario.

Con ordinanza 6 giugno 2022, n. 4578 la sesta sezione del Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria alcune questioni relative all'ammissione dell'operatore economico alla misura di prevenzione patrimoniale del controllo giudiziario c.d. volontario (art. 34-*bis*, comma 6, del d. lgs. n. 159 del 2011).

La sezione rimettente ha rilevato che l'art. 34-*bis*, commi 6 e 7, del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, anche nella formulazione successiva alla recente riforma di cui al decreto-legge 6 novembre 2021, n. 159 (convertito con modificazioni dalla legge 29 dicembre 2021, n. 133) non reca alcuna norma di coordinamento tra il giudizio amministrativo e il controllo giudiziario, ma prevede solo che il controllo giudiziario ad istanza di parte possa essere richiesto dall'impresa che ha impugnato avanti al giudice amministrativo l'informativa antimafia (*«le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lettera b) del comma 2 del presente articolo»*).

Il Collegio osserva quindi che l'assenza di una espressa previsione di coordinamento, dovuta ad una difettosa tecnica legislativa non sanata nemmeno con la recente novella, pone al giudice amministrativo la difficoltà di determinare l'ambito della propria cognizione, una volta che l'impresa si risolva a chiedere la misura del controllo giudiziario.

Anche le ordinanze della terza sezione 6 luglio 2022, nn. 5615 e 5624 hanno sottolineato l'esistenza di incertezze interpretative e applicative in ordine alla portata degli articoli 34 e 34-*bis* del 'Codice delle leggi antimafia' n. 159 del 2011

La sezione ha esaminato in particolare l'ipotesi in cui, nella pendenza del giudizio amministrativo avverso l'informativa interdittiva, l'impresa venga ammessa a controllo giudiziario ai sensi del richiamato art. 34-*bis*. Più in particolare si pone la questione se, nelle more della definizione del procedimento di controllo giudiziario, occorra disporre o meno la sospensione del giudizio amministrativo avverso l'informativa interdittiva.

Su tale aspetto di rilievo processuale il collegio rileva un contrasto in giurisprudenza, anche a causa di un dato normativo non chiaro, ragione per cui ritiene necessario rimettere la relativa questione all'Adunanza plenaria (art. 99 c.p.a.).

In relazione alla questione prospettata si sono registrati in giurisprudenza ben cinque diversi orientamenti.

Il collegio deferente, pur dando atto di tali diversi orientamenti, indica le ragioni di carattere sistematico e processuale in base alle quali ritiene maggiormente persuasiva la tesi della piena autonomia fra il giudizio amministrativo di impugnazione dell'interdittiva e gli esiti del procedimento di controllo giudiziario.

3. Tutela della disabilità ed esenzione dal lavoro notturno.

Con la sentenza 17 ottobre 2022, n. 8798 la seconda sezione del Consiglio di Stato ha definito una controversia avente ad oggetto la corretta interpretazione e applicazione dell'articolo 53 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53*), in tema di lavoro notturno e di condizioni per l'esenzione dal relativo obbligo.

In particolare, occorre fornire la corretta interpretazione del comma 3 dell'articolo in questione, secondo cui *"ai sensi dell'articolo 5, comma 2, lettera c), della legge 9 dicembre 1977, n. 903, [non sono] obbligati a prestare lavoro notturno la lavoratrice o il lavoratore che abbia a proprio carico un soggetto disabile ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e successive modificazioni"*.

La disposizione si limita a richiamare (quale presupposto per l'esenzione) la generica circostanza per cui il lavoratore *"abbia a proprio carico"* un soggetto portatore di handicap, senza fare alcuna menzione al carattere di *"gravità"* dello stato di disabilità che giustifica tale esenzione (coerentemente alla previsione di cui all'art. 3, comma 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104 - *Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate* -).

La controversia trae origine dal diniego opposto dal Ministero dell'interno all'istanza di esenzione dal lavoro notturno proposta da un sovrintendente della P.S. il quale aveva allegato, a supporto della richiesta, l'esigenza di assistere la propria coniuge, portatrice di *handicap* (senza che fosse allegata la gravità di tale stato).

La sezione ha accolto la tesi della parte pubblica offrendo una lettura sistematica dell'articolo 53 secondo cui lo stesso presuppone – sia pure nell'apparente silenzio della disposizione – lo stato di gravità della patologia che giustifica l'esenzione dal lavoro notturno. Al contempo è stata evidenziata una antinomia normativa che dovrebbe essere risolta dal legislatore una volta per tutte.

In particolare *“il Collegio ritiene che il più volte citato art. 53, comma 3, del d.lgs. n. 151 del 2001 non possa essere letto in maniera avulsa dal contesto normativo nel quale si inserisce, ovvero nell'ambito del regime delle tutele della genitorialità, all'interno del quale sono state innestate misure per i prestatori di assistenza ad un disabile, anche non genitori. L'infelice formulazione della norma, che nel riprodurre la previsione della legge comunitaria del 1998, come innestata in quella del 1977 sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro, non si è data cura di inserirvi l'esplicito richiamo al requisito della gravità, presente invece nell'art. 42 del medesimo Testo unico con riferimento all'istituto del congedo, non può certo risolversi nel generalizzato riconoscimento della fruizione del beneficio in relazione all'assistenza di un invalido purché sia, in assenza peraltro di qualsivoglia disciplina giuridica aggiuntiva (...)”*.