

**ATTIVITA' DEL CONSIGLIO DI STATO
E DEL CGARS 2017**

(a cura di Giulia Ferrari, Consigliere di Stato)

ATTIVITA' CONSULTIVA

SOMMARIO: 1. La riforma Madia della Pubblica amministrazione. 1.1. Attuazione della sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016 sulla riforma Madia. **1.2.** Decreto correttivo del Testo unico sulle partecipate. **1.3.** Documento unico di circolazione degli autoveicoli. **1.4.** Decreto correttivo delle disposizioni relative alla responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti. **1.5.** Decreto correttivo delle disposizioni relative alla dirigenza sanitaria. **1.6.** Riorganizzazione, la razionalizzazione ed il potenziamento dell'efficacia delle funzioni dei Corpi di polizia. **1.7.** Riforma del pubblico impiego. **1.8.** Riforma del ciclo della misurazione e della valutazione della *performance*. **1.9.** Decreto correttivo delle disposizioni sulle funzioni e sui compiti del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e ordinamento del relativo personale. **1.10.** Visite fiscali nel pubblico impiego. **1.11.** Decreto correttivo delle disposizioni sulla riorganizzazione e semplificazione della disciplina delle Autorità portuali. **1.12.** Decreto correttivo delle disposizioni in materia di razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato. **2. Il nuovo Codice dei contratti pubblici. 2.1.** Decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo sulla progettazione in materia di lavori pubblici nei tre livelli progettuali. **2.2.** Regolamento governativo sugli appalti dei beni culturali. **2.3.** Linee guida Anac sugli affidamenti *in house*. **2.4.** Regolamento sui servizi sostitutivi di mensa (cd. buoni pasto). **2.5.** Programmazione triennale dei lavori pubblici e programma biennale per servizi e forniture. **2.6.** Linee guida Anac sul "Monitoraggio delle Amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato". **2.7.** Correttivo del nuovo Codice dei contratti pubblici. **2.8.** Disciplina delle procedure di scelta del contraente e l'esecuzione dei contratti all'estero. **2.9.** Competenza, a seguito del primo correttivo al Codice dei contratti pubblici, ad adottare gli atti di attuazione del sistema di qualificazione del contraente generale. **2.10.** Polizze tipo per le garanzie fidejussorie. **2.11.** Linee guida Anac relative alle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili. **2.12.** Procedure e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici, del programma biennale per l'acquisizione di forniture e servizi e dei relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali. **2.13.** Linee guida per l'iscrizione nell'elenco delle Amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*. **2.14.** Linee guida che aggiornano le precedenti linee guida di nomina, ruolo e compiti del Responsabile unico del procedimento. **2.15.** Linee guida Anac sull'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice dei contratti pubblici. **2.16.** Linee guida Anac relative a criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici. **2.17.** Linee guida Anac di aggiornamento delle linee guida n. 1, sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria. **3. Questioni di rilevante**

impatto sociale. 3.1. Obbligatorietà del vaccino per gli alunni delle scuole per l'infanzia. **3.2.** Regolamento in materia di accesso al pensionamento anticipato per i lavoratori precoci. **3.3.** Regolamento in materia di APE sociale. **3.4.** Regolamento in materia di APE volontario. **3.5.** Riordino della protezione civile. **4. Religione. 4.1.** Approvazione governativa dei ministri di culto di confessioni acattoliche. **5. Regioni. 5.1.** Regolamento disciplinante le modalità di contestazione delle cause di incompatibilità nei confronti degli Assessori della Regione Sicilia. **6. Enti locali. 6.1.** Decadenza dei Sindaci dei Comuni della regione siciliana i cui consigli comunali siano stati già sciolti. **6.2.** Patto di stabilità interno per gli enti locali. **6.3.** Decreto che, nell'ambito dell'attuazione del principio del pareggio del bilancio, disciplina le modalità procedurali con cui le Regioni devono realizzare intese dirette ad armonizzare le richieste dagli enti territoriali di avere spazi disponibili per attuare investimenti. **6.4.** Regolamento in materia di ricorso all'indebitamento da parte delle Regioni e degli enti locali. **7. Enti pubblici. 7.1.** Statuto della Cassa delle ammende. **7.2.** Composizione del Consiglio di amministrazione degli I.A.C.P. in Sicilia. **7.3.** Riduzione dei componenti il Consiglio di amministrazione dell'Ente parco per contenimento. **8. Pubblica amministrazione. 8.1.** Linee guida in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle P.A. e degli enti pubblici economici. **8.2.** Individuazione delle modalità di attuazione del Codice in materia di protezione dei dati personali relativamente al trattamento dei dati effettuato, per le finalità di polizia, da organi, uffici e comandi di polizia. **8.3.** Correttivo del Codice dell'amministrazione digitale. **9. Contratti della Pubblica amministrazione. 9.1.** Progettazione. **10. Confisca. 10.1.** Regolamento recante la determinazione delle modalità di destinazione alla Corte penale internazionale di somme, beni e utilità confiscati. **11. Sanità. 11.1.** Nomina dei direttori generali delle aziende sanitarie e ospedaliere nella Regione Sicilia. **11.2.** Trattamento economico del direttore sanitario e del direttore amministrativo delle aziende del Servizio sanitario della Regione Sicilia. **12. Agricoltura. 12.1.** Testo unico sui controlli in materia di agricoltura biologica. **13. Commercio. 13.1.** Regolamento sul marchio nazionale di qualità ambientale dei prodotti. **14. Edilizia residenziale pubblica. 14.1.** Composizione del Consiglio di amministrazione degli I.A.C.P. in Sicilia. **15. Energia. 15.1.** Sopravvivenza del regime tariffario speciale istituito dal d.P.R. n. 730 del 1963 anche dopo l'entrata in vigore della novella di cui all'art. 1, comma 3 *ter*, l. n. 41 del 2010. **16. Comunicazioni televisive e radiofoniche. 16.1.** Regolamento concernente i criteri di riparto delle risorse del Fondo per il pluralismo dell'informazione in favore delle emittenti televisive e radiofoniche locali. **17. Circolazione stradale. 17.1.** Modifiche del Codice della strada. **17.2.** Criterio di applicazione dell'art. 122, comma 5, del Codice della strada sulle esercitazioni su veicoli nei quali non possa prendere posto l'istruttore della scuola guida. **17.3.** Provvedimenti interdittivi relativi alla patente di guida "speciale", appartenente al personale alle Forze armate, alla patente comune "ordinaria". **18. Navigazione. 18.1.** Modifica del Codice della nautica da diporto. **19. Magistrati. 19.1.** Stabilizzazione dei magistrati onorari. **20. Militari, forze armate e di polizia. 20.1.** Cassa di previdenza delle Forze armate in relazione al transito nell'Arma dei Carabinieri del personale del Corpo Forestale dello Stato. **20.2.** Equo indennizzo per il personale dirigente della Polizia. **21. Professioni. 21.1.** Elezioni dei

componenti i Consigli degli ordini forensi circondariali. **21.2.** Corsi di formazione per la professione forense. **21.3.** Liquidazione dei compensi per la professione forense. **22. Cinema. 22.1.** Riforma delle disposizioni legislative in materia di lavoro nel settore cinematografico e audiovisivo. **22.2.** Tutela dei minori nel settore cinematografico e audiovisivo. **22.3.** Promozione delle opere europee e italiane da parte dei fornitori di servizi di media audiovisivi. **23. Giochi. 23.1.** Regolamento sulla disciplina del gioco del Bingo con partecipazione a distanza. **23.2.** Qualificazione giuridica dei rapporti tra il Ministero delle politiche agricole e forestali e le società che gestiscono gli ippodromi e le scommesse che vengono organizzate all'interno di detti impianti. **24. Terzo settore. 24.1.** Codice del Terzo settore. **25. Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. 25.1.** Ricorso straordinario proposto avverso la circolare del Ministero dell'Interno che reca istruzioni operative sul reato di omicidio stradale e lesioni personali stradali.

1. La riforma Madia della Pubblica amministrazione.

Il coinvolgimento del Consiglio di Stato in funzione consultiva sulla riforma Madia della Pubblica amministrazione è continuato anche nel 2017, con i pareri resi sugli schemi dei decreti attuativi della legge delega 7 agosto 2015, n. 124.

1.1. Attuazione della sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016 sulla riforma Madia.

Con parere 17 gennaio 2017, n. 83 la Commissione speciale si è pronunciata sulle modalità di attuazione della sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 25 novembre 2016 sulla riforma Madia, che ha dichiarato incostituzionale la legge Madia nella parte in cui la delega, per cinque decreti legislativi di attuazione (servizi pubblici, dirigenza, dirigenza sanitaria, licenziamento disciplinare, società partecipate), aveva previsto solo il “parere” con le Regioni e non l’“intesa”. La questione è sorta in relazione ai decreti legislativi sulla dirigenza sanitaria, sul licenziamento disciplinare e sulle società partecipate già in vigore al momento della sentenza della Consulta. I decreti legislativi sui servizi pubblici e sulla dirigenza, infatti, non sono stati più adottati.

Il Consiglio di Stato ha innanzitutto rilevato l'importanza di “portare a termine le previsioni della l. delega 7 agosto 2015, n. 124 a seguito della sentenza della Corte”, anche “per non far perdere slancio riformatore all'intero disegno: i decreti legislativi interessati dalla sentenza costituiscono, infatti, non soltanto misure di grande rilievo di per sé, ma anche elementi di una riforma complessiva, che risulterebbe meno incisiva se limitata ad alcuni settori”.

Ha quindi indicato al Governo le modalità con cui attuare la sentenza della Corte costituzionale senza far venir meno le riforme già adottate. Ha chiarito che non è necessario intervenire nuovamente sulla legge delega, poiché questa deve ritenersi già riscritta dalla Corte in conformità al dettato costituzionale, con la previsione dell'intesa al posto del parere. La sentenza della Corte è, infatti, “manipolativa”, del tipo sostitutivo di procedura. Essa fornisce già una lettura adeguatrice della legge che, dopo l'intervento del giudice delle leggi, prevede l'intesa e non il parere ed è, così, riscritta in conformità al dettato costituzionale.

La Commissione speciale ha poi affermato che non occorre valutare quale sia l'incidenza di un vizio del procedimento disciplinato da un atto legislativo presupposto sull'atto successivamente adottato, in quanto la Corte ha inteso modulare in modo chiaro gli effetti della propria pronuncia, escludendo che i decreti legislativi siano stati incisi direttamente dalla pronuncia di illegittimità costituzionale. Corollario di questo postulato è che tali decreti restano validi ed efficaci fino ad una eventuale pronuncia della Corte che li riguardi direttamente, e salvi i possibili interventi correttivi che nelle more dovessero essere effettuati. Il Governo deve, dunque, adottare decreti correttivi che intervengano direttamente sui decreti legislativi e che si risolvano nell'applicazione della disciplina della delega – come modificata dalla Corte costituzionale – al processo di riforma in corso.

La Commissione ha quindi chiarito che l'intesa “deve riferirsi al decreto nel suo complesso”, e non solo a sue singole parti. In primo luogo perché il giudizio di costituzionalità ha riguardato la legge delega e non il decreto legislativo, con la conseguenza che non è possibile identificare con certezza le disposizioni attuative suscettibili di essere coinvolte in un eventuale futuro giudizio di costituzionalità. In secondo luogo, perché la Corte ha utilizzato una tecnica di giudizio, fondata sul bilanciamento degli interessi costituzionali coinvolti, che impedisce di individuare, se non per ambiti generali, la specifica disposizione ritenuta non conforme al sistema di riparto delle funzioni legislative. In particolare la Corte costituzionale ha riportato, in sintesi, l'intero contenuto dei decreti legislativi per poi rilevare come una parte di esso fosse riconducibile ad ambiti materiali di competenza statale e un'altra parte ad ambiti materiali di competenza regionale. In questi casi, si realizza una situazione che può essere risolta mediante il criterio della prevalenza o quello della leale collaborazione. Nei casi decisi, la Corte ha ritenuto che non fosse individuabile un nucleo precettivo da ricondurre, in via prevalente, a materie di spettanza statale o regionale e, pertanto, ha concluso nel senso che la “inestricabile” connessione di funzioni, definita anche come “uno stretto intreccio tra materie e competenze”, o come una “ipotesi ... di concorrenza di competenze, che apre la strada al principio di leale collaborazione”, facesse sorgere “la necessità del ricorso all'intesa”, forma più pregnante rispetto al parere con il sistema delle Conferenze. Ciò non toglie, ovviamente, che in sede di raggiungimento dell'intesa in Conferenza la leale collaborazione dovrà essere incentrata sulle parti del decreto che involgono effettivamente ambiti di competenza regionale e non estendersi a quelle, pur presenti, che disciplinano chiaramente aspetti di competenza esclusiva dello Stato.

La Commissione speciale ha poi affrontato la questione se l'effetto correttivo sanante possa operare retroattivamente eliminando, dunque, *ex tunc* il vizio procedimentale, ed estendere la sua portata anche agli atti, ai comportamenti e ai rapporti attuativi dei decreti legislativi posti in essere prima dell'adozione del decreto correttivo. Ha affermato che la previsione di effetti *ex tunc* sembra naturalmente rientrare nella piena disponibilità delle parti dell'intesa e, quindi, nell'oggetto della concertazione a ciò finalizzata. In questa prospettiva è necessario – specialmente in caso di conferma del testo originario – che la procedura di leale collaborazione tra Governo e Autonomie regionali, in sede di Conferenza, consideri anche una disciplina della fase temporale

intermedia tra l'adozione dei due decreti: per consentire, eventualmente, il funzionamento del meccanismo di sanatoria retroattiva e per evitare, in ogni caso, che aspetti i quali, in questa fase, rientrano nella disponibilità delle parti dell'intesa possano divenire, in futuro, oggetto di eventuali censure di illegittimità ad opera dalle parti stesse. Alla stregua di quanto esposto nel parere si è ritenuto ammissibile, oltre che opportuno, che l'intesa si riferisca anche agli effetti relativi al periodo intercorso tra l'entrata in vigore del decreto legislativo originario e quella delle misure di correzione. Il parere, infine, ha segnalato l'importanza di intervenire anche per i settori per i quali la delega è scaduta (dirigenza e servizi pubblici). Un percorso possibile è quello di una nuova delega, ma non è l'unico. E' ipotizzabile, ad esempio, anche un disegno di legge governativo avente, almeno in parte, il contenuto del decreto delegato che andrebbe a sostituire. La Commissione speciale ha peraltro rilevato che la Corte costituzionale non si è pronunciata su come assicurare il principio di leale collaborazione con le Regioni per procedimenti legislativi diversi da quello della legge delega. E d'altra parte – ha concluso il parere – “apparirebbe problematico individuare per il Parlamento vincoli procedurali diversi e ulteriori rispetto a quelli tipizzati dalla Carta costituzionale”.

1.2. Decreto correttivo del Testo unico sulle partecipate.

La Commissione speciale ha reso il parere 14 marzo 2017, n. 638 sul decreto correttivo (poi approvato con d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100) del Testo unico sulle partecipate (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175), che ha dato esecuzione alla sentenza n. 251 del 25 novembre 2016 della Corte costituzionale. Come chiarito *sub* prg. 1.1, con tale decisione il giudice delle leggi aveva dichiarato incostituzionale la legge Madia perché su alcuni decreti (come quello sulle società partecipate) non prevedeva l'“intesa” con le Regioni, ma soltanto il loro “parere”. Il Consiglio di Stato, con parere n. 83 del 17 gennaio 2017, aveva indicato proprio la strada dei “decreti correttivi” per assicurare la prosecuzione del processo di riforma.

Il decreto correttivo in questione, sul quale la Commissione speciale deve rendere il parere, ha previsto che l'intesa delle Regioni può sanare tutte le disposizioni già vigenti, con effetti retroattivi, sì da assicurare la certezza dei rapporti in corso. Ha chiarito la Commissione speciale che l'intesa con le Regioni deve riguardare esplicitamente sia il decreto correttivo che le disposizioni già introdotte con il testo unico, in una prospettiva di sanatoria *ex tunc* delle norme introdotte. Tale esigenza appare efficacemente presa in considerazione dal combinato disposto degli artt. 1 e 18 dello schema di decreto in esame: l'art. 1 ha, infatti, una valenza confermativa delle disposizioni non modificate dal correttivo stesso, l'art. 18 fa salvi gli effetti già prodotti dal d.lgs. n. 175 del 2016. Entrambe queste norme, sottoposte anch'esse all'intesa, come tutto il decreto correttivo, appaiono fornire all'intera riforma un effetto sanante, in attuazione del *dictum* della Corte costituzionale.

Prima di passare all'esame dell'articolato dello schema di decreto, la Commissione ha affermato che l'adozione del correttivo non può limitarsi alla, pur fondamentale, esigenza relativa alla partecipazione regionale al procedimento normativo. Oltre che essere l'occasione per “sanare” il *deficit* partecipativo, rilevato dalla sentenza del giudice delle leggi, esso deve anche servire ad apportare tutte le modifiche necessarie per

un miglior funzionamento, in sede applicativa, delle norme originariamente introdotte. Occorre, allora, considerare le potenzialità (e i limiti) di tale strumento nella logica complessiva della legge delega 7 agosto 2015, n. 124 e in quella generale del ‘modello’ dei decreti legislativi correttivi.

La Commissione ha quindi svolto alcune considerazioni di massima sul ruolo dei decreti integrativi e correttivi, una figura non prevista dall’art. 76 Cost., ma ormai stabile nella più recente prassi costituzionale. Ha in primo luogo ricordato che il mancato recepimento di una parte della delega entro il termine di scadenza consuma definitivamente il relativo potere, senza che tale mancato esercizio possa essere recuperato in sede di adozione di decreti correttivi. Tramite questi ultimi sono consentite, appunto, “integrazioni e correzioni” (anche rilevanti), a seguito di una periodo di “sperimentazione applicativa”, riguardanti le parti di delega già esercitate, ma non un esercizio tardivo, per la prima volta, della delega stessa. Inoltre, lo strumento del correttivo non può nemmeno costituire una sorta di ‘nuova riforma’, pur rispettosa della delega originaria, che modifichi le scelte di fondo operate in sede di primo esercizio della delega, attuando un’opzione di intervento radicalmente diversa da quella del decreto legislativo oggetto di correzione. Se questi sono i limiti dei decreti correttivi, molte sono le potenzialità e utilità degli stessi. L’adozione dei decreti legislativi attuativi di una legge delega di riforma non è sufficiente ad attuare per intero la riforma stessa. La “fase cruciale” dell’attuazione passa, innanzitutto, attraverso la verifica delle disfunzioni – giuridiche, amministrative o anche semplicemente pratiche – del testo originario. Ogni riforma può presentare all’inizio criticità o lacune, che possono essere eliminate con una fase di progressivo adattamento, attraverso l’adozione di decreti “integrativi e correttivi”. Con tali decreti, infatti, si può (e si deve) intervenire, da un lato, per garantire la “qualità formale” del testo, con l’eliminazione di illegittimità, refusi, difetti di coordinamento, errori tecnici, illogicità, contraddizioni, dall’altro – e forse soprattutto – per apportare le correzioni e le integrazioni che l’applicazione pratica renda opportune, se non indispensabili, per il buon funzionamento della riforma. Tali misure non sono ‘aggiuntive’ rispetto alla riforma medesima, ma fanno parte integrante della stessa, e ne possono determinare il successo in misura rilevante.

La Commissione ha quindi concluso nel senso che - così come il ‘modello’ della legislazione delegata disegnato dall’art. 76 Cost. e attuato nella prassi costituzionale costituisce, potenzialmente, uno degli strumenti di intervento più efficaci per costruire una riforma organica (nella sua interazione tra Parlamento e Governo, tra indirizzi di *policy* e normativa di dettaglio, e con un *decision making process* ormai partecipato e arricchito da vari pareri) - così il ‘modello’ del decreto legislativo integrativo e correttivo costituisce uno strumento fondamentale, altrettanto importante, per assicurarne la realizzazione in concreto.

Tutto ciò chiarito in termini generali, la Commissione ha affermato che, nel caso sottoposto al suo esame, il decreto correttivo dovrebbe non limitarsi ad attuare la sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016, ma anche introdurre tutte le modifiche necessarie per risolvere incertezze e per far funzionare, nella pratica, le norme originarie. Invece, il monitoraggio delle problematiche emerse dopo l’entrata in vigore della riforma risulta carente. Pertanto, il parere fornisce indicazioni non soltanto

sulle norme del correttivo, ma anche su quelle del testo unico che non vengono modificate dallo schema e che, invece, richiederebbero un intervento alla luce delle incertezze emerse nella prassi o delle disfunzioni già segnalate dal parere sullo schema originario (n. 968 del 2016) e ancora attuali. Tra i vari rilievi, la Commissione ha segnalato, in particolare: la perdurante criticità, evidenziata già con il primo parere sullo schema di testo unico, di attribuire al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di escludere singole società dall'applicazione della riforma, con semplice provvedimento amministrativo, con possibile violazione del principio di legalità e dubbio fondamento nella legge di delega; la ancor più grave criticità di estendere, con il correttivo, tale potere derogatorio anche ai Presidenti delle Regioni, perché ciò consentirebbe ad un'autorità regionale di derogare, con suo provvedimento, a una disciplina statale generale propria dell'ordinamento civile; l'incertezza sul riparto tra giudice civile e giudice contabile sulla responsabilità dei amministratori delle società partecipate, su cui il Consiglio di Stato propone di distinguere con maggiore chiarezza per evitare possibili sovrapposizioni; l'esigenza di rendere effettivo il principio di "fallibilità" delle società pubbliche, raccordandone la disciplina con la norma del testo unico che impone alle Amministrazioni locali partecipanti di accantonare nel bilancio un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato delle società *in house*, misura che "negherebbe in radice la possibilità per le società *in house* di fallire" e che potrebbe risolversi anche in un indebito aiuto di Stato; la necessità di pervenire ad una riunificazione della disciplina in tema di enti *in house*, contenuta, peraltro con qualche difformità, sia nel t.u. sulle società partecipate sia nel Codice dei contratti pubblici del 2016 e di chiarirne alcuni aspetti, tra cui la modalità di scelta del socio privato; l'opportunità di specificare l'applicabilità del Codice dei contratti pubblici anche agli acquisti di beni e servizi da parte delle società pubbliche; l'importanza "cruciale" del ruolo del Ministero (e, in prospettiva, delle Regioni) contro le elusioni dalla riforma, su cui andrebbero irrobustiti i poteri di intervento, e della fase transitoria di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche attuali entro il 30 giugno 2017.

1.3. Documento unico di circolazione degli autoveicoli.

La Commissione speciale ha reso il parere 11 aprile 2017, n. 877 sullo schema di decreto legislativo (poi approvato con d.lgs. 29 maggio 2017, n. 98) recante disposizioni relative alla razionalizzazione dei processi di gestione dei dati di circolazione e di proprietà di autoveicoli, motoveicoli e rimorchi, finalizzata al rilascio di un documento unico, ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. d), l. 7 agosto 2015, n. 124.

Una delle principali novità dello schema di decreto in esame è la introduzione, dal 1° luglio 2018, di un "documento unico" per gli autoveicoli, costituito dalla nuova carta di circolazione che incorporerà anche i dati oggi contenuti nel certificato di proprietà. La Commissione ha giudicato tale novità una semplificazione importante, "rilevante sul piano dei rapporti tra Amministrazione e cittadino", che incide "non solo sul versante degli oneri amministrativi a carico dei cittadini ... ma anche su quello dei costi della produzione, archiviazione e controllo a carico dell'Amministrazione. Si pone così fine a una duplicazione difficilmente giustificabile, derivante dalla storica coesistenza di due archivi non comunicanti o, comunque, parzialmente disallineati e, conseguentemente, preposti al rilascio di due documenti distinti".

Forti perplessità sono invece espresse dal parere in relazione alla mancata unificazione delle due banche dati: il Pubblico registro automobilistico (PRA), gestito dall'ACI, e l'Archivio nazionale dei veicoli (ANV), gestito dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Lo schema di decreto dispone esclusivamente modifiche concernenti le funzioni amministrative, disponendone il parziale trasferimento dall'A.C.I. al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e delineando un nuovo iter di comunicazione dei dati alle due banche per il tramite del Centro elaborazione dati (CED) presso il MIT, senza tuttavia intervenire sulle strutture e sulle banche dati, che continuano a restare separate e distinte.

Ad avviso della Commissione, “non appare compiutamente dimostrato dallo schema in oggetto che l'intervento adottato ... sia di per sé sufficiente, in assenza di un connesso intervento sull'unificazione degli archivi, a soddisfare le finalità imposte dalla legge delega”, ovvero la riduzione dei costi attuali e la realizzazione di risparmi per l'utenza. Della realizzazione di tali due connesse finalità, “non vi è evidenza” nello schema in esame. “Ciò che la legge richiedeva” – ha aggiunto la Commissione – al fine di realizzare gli obiettivi della delega “era compiere un ulteriore passo avanti verso la compenetrazione delle due banche dati, tanto da contemplare, sempre che ne fosse verificata la “sostenibilità organizzativa ed economica”, finanche l'unicità del soggetto gestore, individuabile nel Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti o, “eventualmente”, in una Agenzia appositamente costituita”.

Di conseguenza, il parere ha rilevato criticità sulle specifiche disposizioni del decreto dedicate alla “tariffa unica” a regime: “I riferimenti alla somma delle due tariffe (sempur quale limite massimo) ed all'imposta di bollo ‘unificata’, tale da assicurare i medesimi effetti finanziari previsti a legislazione vigente, costituiscono indice di un approccio ‘conservativo’ sul tema dei costi gestionali, e correlativamente inefficace su quello dei possibili risparmi per gli utenti”.

Da ultimo è posta attenzione sul meccanismo di attuazione della riforma, che nelle previsioni dello schema è subordinato alla necessaria adozione di un decreto ministeriale. Nel parere è stato raccomandato anche, per garantire la tempestività della riforma ed evitare i possibili rischi legati a un ritardo del Decreto, di inserire direttamente nell'ambito dello schema “disposizioni che assicurino il raggiungimento degli obiettivi della riduzione dei costi e del conseguimento di risparmi per gli utenti”.

1.4. Decreto correttivo delle disposizioni relative alla responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti.

Con parere n. 891 del 18 aprile 2017 la Commissione speciale ha esaminato il decreto correttivo (poi approvato con d.lgs. 20 luglio 2017, n. 118) del d.lgs. 20 giugno 2016, n. 116 relativo alla responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti.

Il decreto correttivo, oltre ad introdurre modifiche migliorative nel corpo del citato d.lgs. n. 116 del 2016, mira ad implementare il rispetto del principio di leale collaborazione istituzionale, come imposto dalla sentenza della Corte costituzionale 25 novembre 2016, n. 251, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della citata legge-delega n. 124 del 7 agosto 2015 perché incidenti a vario titolo su materie di competenza anche regionale, senza che fosse pienamente garantito un

pregnante coinvolgimento delle Autonomie regionali da attuare mediante lo strumento dell'intesa.

Nel parere è stato preliminarmente ricordato che la materia del licenziamento disciplinare nel pubblico impiego, come regolata dalla normativa vigente prima della l. n. 124 del 2015, è stata oggetto di particolare attenzione, anche da parte dell'opinione pubblica, e di pressanti rilievi. In particolare, si è da più parti osservato che la precedente disciplina prevedeva garanzie procedurali eccessive rispetto a situazioni nelle quali il comportamento del pubblico dipendente presentava aspetti di illiceità immediatamente evidenti. Tale sproporzione è stata evidenziata soprattutto in relazione a circostanze nelle quali il comportamento illecito è posto in essere in forme particolarmente eclatanti, tali da provocare scandalo e sfiducia nell'operato dei pubblici dipendenti e, conseguentemente, delle istituzioni nelle quali essi operano. In tale contesto, il Legislatore è intervenuto e con l'art. 17, comma 1, lett. s), l. n. 124 del 2015 ha delegato il Governo alla "introduzione di norme in materia di responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti finalizzate ad accelerare e rendere concreto e certo nei tempi di espletamento e conclusione l'esercizio dell'azione disciplinare". La delega, come si è detto, è stata esercitata con il d.lgs. n. 116 del 2016, sul quale il Consiglio di Stato ha reso il parere n. 864 del 5 aprile 2016.

Il decreto correttivo, sul cui schema è stato chiesto il parere del Consiglio di Stato, è intervenuto, tra l'altro, sulla norma (art. 3) che aveva modificato i termini procedurali previsti dall'art. 53 *quater*, comma 3 *quater*, t.u. 30 marzo 2001, n. 165, aumentando, ad avviso della Commissione speciale in modo condivisibile, la durata dei termini: a) per la denuncia al Pubblico Ministero e la segnalazione alla Procura regionale della Corte dei conti dell'avvio del procedimento disciplinare nei casi di falsa attestazione della presenza in servizio; b) entro i quali la Procura della Corte dei conti, quando ne ricorrono i presupposti, agisce, nei confronti del dipendente licenziato, per danno d'immagine. Condivisibile è stata ritenuta anche l'esigenza (art. 4) di fornire alla Pubblica amministrazione uno strumento (la comunicazione all'Ispettorato della funzione pubblica circa l'adozione dei vari atti del procedimento disciplinare) utile a monitorare in modo continuo ed efficace i risultati della "riforma Madia".

Il parere ha chiuso ricordando alcuni suggerimenti che erano stati dati dal Consiglio di Stato sullo schema di decreto, poi approvato con d.lgs. n. 116 del 2016, e che non erano stati recepiti dal Governo.

Ha segnalato nuovamente la necessità di un approfondimento in relazione all'art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 116 del 2016 e, in particolare, al relativo inserimento nell'art. 55 *quater*, d.lgs. n. 165 del 2001 del comma 3 *quater*, il quale prevede l'introduzione dell'azione di responsabilità per danni all'immagine della Pubblica amministrazione nel caso previsto dal precedente comma 3 *bis* ("falsa attestazione della presenza in servizio, accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze"). In proposito, nel parere n. 864 del 2016 la Commissione speciale aveva sì riconosciuto in generale che il danno alla immagine di una Pubblica amministrazione per eclatanti episodi di assenteismo è evidente, e che relative azioni risarcitorie contro gli assenteisti sono uno degli strumenti per riequilibrare situazioni percepite dalla opinione pubblica come gravi ingiustizie. La Commissione aveva però rilevato al riguardo la probabile assenza di una specifica

delega legislativa negli artt. 16 e 17, l. n. 124 del 2015 ed ha auspicato che il Governo valutasse positivamente il suggerimento di espungere dal testo in esame le disposizioni oggetto di quei forti dubbi di carenza di delega, ferma restando l'esigenza di introdurre tali disposizioni nell'ordinamento con idoneo mezzo legislativo anche d'urgenza. Analoghi rilievi erano stati formulati per quel che concerneva (nell'originaria stesura del decreto n. 116 del 2016) la responsabilità penale dei dirigenti che restassero inerti a fronte di fatti di assenteismo. Tale ultimo rilievo è stato accolto nella stesura finale del d.lgs. n. 116 del 2016 dal Governo, il quale non ha invece ritenuto di seguire le indicazioni della Commissione speciale relative alla criticità – sul piano del rapporto tra le fonti normative – dell'introduzione nel decreto legislativo dell'azione di responsabilità per danno all'immagine della Pubblica amministrazione.

1.5. Decreto correttivo delle disposizioni relative alla dirigenza sanitaria.

Con parere n. 898 del 19 aprile 2017 la Commissione speciale si è pronunciata sullo schema di decreto (poi approvato con d.lgs. 26 luglio 2017, n. 126), di modifica del d.lgs. 4 agosto 2016, n. 171 (sul quale il Consiglio di Stato aveva reso il parere 5 maggio 2016, n. 1113) sulla dirigenza sanitaria. Il correttivo è stato formulato tenendo conto dei rilievi della sentenza della Corte costituzionale 25 novembre 2016, n. 251 e del conseguente parere di questo Consiglio di Stato 17 gennaio 2017, n. 83 reso in ordine alle modalità applicative e, quindi, dopo una dialettica procedimentale con la Conferenza unificata Stato-Regioni in esito alla quale sono stati concordati emendamenti.

Ha chiarito la Commissione speciale che il correttivo al d.lgs. n. 171 del 2016 ha accentuato il carattere discrezionale della procedura di conferimento degli incarichi di direttore generale in sede regionale, perché ha previsto che la commissione regionale sia nominata dal Presidente della Regione secondo modalità e criteri definiti dalle Regioni. La valorizzazione dell'autonomia delle Regioni rispecchia la tendenza dell'ordinamento già evidenziata dalla Corte costituzionale, da ultimo anche nella citata sentenza n. 251 del 2016. Il correttivo ha poi eliminato dal testo del vigente art. 2, comma 1, d.lgs. n. 171 del 2016 il limite numerico (“non inferiore a tre e non superiore a cinque”) nella rosa dei candidati da proporre al Presidente della Regione; così discostandosi dal citato parere n. 1113 del 2016, il quale aveva rilevato che, circoscrivendo il numero degli idonei, all'esito della procedura idoneativa, si limitava la possibile arbitrarietà della scelta, la si avvicinava a una sostanziale insindacabilità, allontanandola per contro da una impostazione meritocratica; criticità queste rafforzate dalla già rilevata ininfluenza del punteggio assegnato ai candidati in sede nazionale. La Commissione speciale ha quindi ribadito quanto già affermato nel 2016, e cioè che una modifica di queste previsioni, con un nuovo sbilanciamento verso la fiduciarità della nomina, rischierebbe di attenuare la concreta portata della riforma e il suo impatto sull'organizzazione del Servizio sanitario.

La Commissione ha invece condiviso la prevista possibilità di attingere ad altri nominativi inseriti in una rosa di candidati per una selezione svoltasi negli ultimi tre anni, purché i candidati risultino ancora iscritti nell'elenco nazionale, nell'ipotesi di decadenza o di mancata conferma del Direttore generale.

In proposito, peraltro, una esigenza di omogeneità suggerirebbe di prevedere la possibilità di attingere in via prioritaria alla stessa selezione regionale già svoltasi per quel determinato incarico resosi vacante.

1.6. Riorganizzazione, la razionalizzazione ed il potenziamento dell'efficacia delle funzioni dei Corpi di polizia.

La Commissione speciale ha reso il parere n. 915 del 21 aprile 2017 sulla riorganizzazione, la razionalizzazione ed il potenziamento dell'efficacia delle funzioni dei Corpi di polizia (approvata poi con d.lgs. 29 maggio 2017, n. 95). Si tratta del completamento dell'unitaria attuazione dei principi di delega sulla riorganizzazione degli stessi Corpi di polizia, conseguente alla razionalizzazione ed al potenziamento dell'efficacia delle funzioni di polizia e all'assorbimento del Corpo forestale dello Stato, attuati con il primo d.lgs. 19 agosto 2016, n. 177, con la riduzione da cinque a quattro delle Forze di Polizia (Polizia di Stato, Arma dei carabinieri, Corpo della guardia di finanza e Corpo di Polizia Penitenziaria), già individuate dall'art. 16, l. 1 aprile 1981, n. 121.

Il testo investe molti aspetti della carriera e della condizione economica ed operativa degli operatori della Sicurezza. Tutte le osservazioni e le considerazioni del parere mirano ad assicurare il buon esito della riforma al fine di rimuovere le incongruenze e le ambiguità interpretative che potrebbero dar vita al contenzioso.

In linea generale la Commissione speciale ha rilevato che, sul piano delle carriere e dei ruoli, la riforma costituisce un passo importante per il superamento sia di regimi "transitori" dell'assetto delle varie carriere (risalenti a diversi lustri fa) e sia del blocco del contratto degli statali nel 2010 e prorogato anche per il 2015. Tale situazione aveva determinato molte insoddisfazioni e un ulteriore incremento del contenzioso del personale. Ha aggiunto che il "comparto Sicurezza richiedeva un impegno urgente, serio e concreto" per le Forze di polizia e che, accanto a tale essenziale finalità, "appare forse opportuno evidenziare meglio anche che la dichiarata razionalizzazione delle Forze di polizia determina un migliore servizio ai cittadini, sia sotto il profilo della sicurezza che dell'ordine pubblico".

La Commissione ha sollevato alcune osservazioni volte a migliorare il testo (ad es., in tema di accesso dei sovrintendenti, di accelerazione dell'accesso alla dirigenza e di disallineamento nella progressione di carriera degli Ispettori PS/CC) e sull'ampiezza delle disposizioni transitorie.

Quanto alle specifiche disposizioni relative alla Polizia di Stato, la Commissione ha valutato positivamente sia la scelta di procedere ad una rideterminazione delle dotazioni organiche dei ruoli del personale, sia quella di abbassare i limiti di età attualmente previsti e di elevare il titolo di studio richiesto per l'accesso ai ruoli, trattandosi di decisioni finalizzate ad assicurare una maggior funzionalità e professionalità del Corpo. Ha tuttavia sottolineato la necessità di reintrodurre il diploma di laurea ad indirizzo economico quale titolo di studio valido per l'accesso alla carriera, in considerazione dei rilevanti fenomeni di attività economiche anche internazionali della criminalità organizzata.

Quanto alle disposizioni relative all'Arme dei Carabinieri, la Commissione ha rilevato favorevolmente la sostanziale omogeneità dell'intervento normativo e la sua riconducibilità a un sistema funzionale coerente.

In conclusione, la Commissione ha espresso un giudizio complessivamente positivo sia sotto il profilo sostanziale che quello formale, su un provvedimento che è destinato a valorizzare il "servizio svolto dalle donne e dagli uomini delle Forze di polizia, e per consentire loro quella serenità necessaria a garantire sicurezza, soccorso pubblico e difesa del Paese".

1.7. Riforma del pubblico impiego.

Con parere 21 aprile 2017, n. 916 la Commissione speciale si è espressa sullo schema di decreto (poi approvato con d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75) di riforma del testo unico del pubblico impiego.

La Commissione ha apprezzato, innanzitutto, "la particolare attenzione ... nel perseguire i fondamentali obiettivi della riforma", "finalizzati alla creazione di un apparato professionale qualificato ed adeguato, regolato dal merito e orientato al servizio, capace di interagire fattivamente con le esigenze dell'utenza, secondo una logica operativa di progressiva sostituzione dell' 'amministrazione per atti' con 'l'amministrazione di risultato', dell'esercizio di un potere con l'erogazione di un servizio.". La riforma – secondo il parere – considera "l'utenza ... come l'effettivo destinatario di ogni cambiamento e come titolare principale di un potere di controllo diffuso sul funzionamento della Pubblica amministrazione".

Tra i rilievi di ordine generale il Consiglio di Stato ha segnalato la mancata attuazione di alcune parti della delega: ad esempio, in materia di prove concorsuali che privilegiano i casi pratici, o di soppressione del voto minimo di laurea, o di svolgimento dei concorsi. Perplexità sono state evidenziate anche con riferimento al ricorso a "linee guida ministeriali", sia per l'uso di un termine che potrebbe creare confusione con la materia di contratti pubblici (meglio parlare di "linee di indirizzo"), sia per la necessità di chiarire la loro natura giuridica (che non può essere normativa, ma solo amministrativa), sia per il possibile rischio che tali linee introducano direttamente una parte della disciplina delegata, al di fuori del controllo del Parlamento; l'esigenza di una ulteriore valorizzazione del titolo di dottore di ricerca; la necessità di un maggiore raccordo con le recenti riforme del lavoro privato; l'importanza di un adeguato monitoraggio sul funzionamento della riforma; la rilevanza di un, limitato, investimento (o re-investimento) finanziario, se non altro per la eventuale riconversione degli apparati burocratici o per il loro riassetto organizzativo per il raggiungimento dei nuovi obiettivi.

Sulla disciplina delle fonti e sui rapporti tra la legge e la contrattazione collettiva, il parere ha ritenuto che lo schema si ponga in un'ottica di riordino normativo e sembri trovare, in tal senso, un fondamento nella delega. Ha raccomandato, però, di vigilare sul rispetto, nella pratica, dei confini tra legislazione e contrattazione, per evitare limitazioni di fatto dell'autonomia collettiva e reintroduzione di meccanismi di regolazione autoritativa.

Il superamento della tradizionale determinazione del fabbisogno delle Amministrazioni ancorata alla dotazione organica e l'introduzione di un piano del fabbisogno

effettivo del personale costituisce, per il Consiglio di Stato, “un punto fondamentale del disegno riformatore”. Ci si muove “nel senso di un’ autorizzazione alla spesa (cd. *budget* per le assunzioni) per ogni singola Amministrazione, che lascia libera, poi, quest’ultima nel se e nel come assumere, scegliendo i profili professionali più rispondenti alle sue esigenze e fondati sull’ effettivo fabbisogno”. Da un lato, il parere raccomanda un attento monitoraggio al Dipartimento per la funzione pubblica, cruciale per il buon funzionamento del nuovo meccanismo, dall’ altro rileva come il piano del fabbisogno del personale assume “anche un ruolo, potenzialmente molto propulsivo, di modernizzazione”, poiché costituisce uno strumento di conoscenza delle nuove esigenze professionali e – se ben monitorato e utilizzato – può “consentire anche la tempestiva individuazione delle ‘professioni del futuro’”.

E’ stata dalla Commissione speciale apprezzata anche la previsione dell’ utilizzo delle “Linee di indirizzo per la pianificazione dei bisogni del personale”, finalizzate ad orientare le Amministrazioni nella predisposizione dei rispettivi piani, nonché sui poteri di vigilanza e di adeguamento *ex post* del Dipartimento della funzione pubblica. Il Consiglio di Stato ha fornito indicazioni su quali dovrebbero essere alcuni specifici contenuti di tali linee di indirizzo, così come chiede al Governo di chiarire meglio l’ambito di intervento *ex post*, specie in caso di rapporti di lavoro già instaurati e di impiego regionale e locale.

Tra gli interventi in materia di concorsi pubblici, il parere ha pienamente condiviso la prevalenza accordata alla lingua inglese, mentre ha giudicato eccessivamente timida l’attuazione al principio di delega sulla valorizzazione del titolo di dottore di ricerca. Ha quindi affermato che è necessaria una “ incisiva semplificazione in tema di verifica dei titoli di partecipazione dei candidati”, che dovrebbe essere compiuta dopo lo svolgimento delle prove scritte, soltanto nei confronti di coloro che abbiano effettivamente partecipato a tutte le prove scritte, consegnando i relativi elaborati.

Nel parere è stato sottolineato come lo schema di decreto legislativo abbia introdotto restrizioni al ricorso al cd. lavoro flessibile. Il Consiglio di Stato, dopo avere evidenziato la problematicità di una disciplina ancora disorganica e oggetto di continui interventi da parte del giudice comunitario, ha ritenuto utile l’ introduzione di eventuali misure “sanzionatorie effettive, proporzionate e dissuasive” a fronte di un illegittimo ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato che, surrettiziamente, mascherino un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, nonché la previsione espressa che, in caso di ricorso illegittimo al lavoro flessibile, al lavoratore è dovuto comunque il risarcimento di cui all’ art. 28, comma 2, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

Quanto alla stabilizzazione del personale precario, il parere ha rilevato che la previsione di assunzioni dirette “costituisce una rilevante eccezione al principio del concorso pubblico di cui all’ art. 97 Cost.”. Ha tuttavia convenuto sulla “eccezionale possibilità” di ricorrere a tale deroga in casi, come quello in esame, in cui si introduce una disciplina più restrittiva per il futuro ma ci si deve anche far “carico della posizione di quanti, per anni e magari per decenni, hanno prestato attività lavorativa in favore della Pubblica amministrazione con contratti di lavoro flessibile”. Ha quindi raccomandato un attento monitoraggio “al fine di evitare che la norma finalizzata all’ eliminazione del precariato si trasformi in una surrettizia – e inammissibile – sanatoria generale” e ha concluso affermando che è comunque preferibile lo strumento

delle procedure concorsuali riservate rispetto a un'immissione "affidata al mero fatto di aver svolto dei compiti in favore dell'Amministrazione".

Sulle misure di sostegno alla disabilità, il parere ha condiviso l'istituzione di una Consulta nazionale, per garantire una efficace integrazione delle persone affette da disabilità ai sensi della l. 12 marzo 1999, n. 68, e di un responsabile dei processi di inserimento, con il compito di curare i rapporti con il centro per l'impiego territorialmente competente per l'inserimento lavorativo dei disabili, nonché con i servizi territoriali per l'inserimento mirato e propone le soluzioni tecnologiche che facilitino l'inserimento; al predetto responsabile spetta anche la verifica dell'attuazione del processo di inserimento, recependo e segnalando ai servizi competenti eventuali situazioni di disagio e di difficoltà nell'integrazione dei disabili. Si tratta di due punti qualificanti del progetto per garantire l'efficace inserimento dei lavoratori disabili nelle complesse dinamiche del pubblico impiego, dovendo sul punto tenersi conto che la materia è influenzata dai fondamentali principi costituzionali (artt. 2, 3, comma 2, e 38, comma 3) e sovranazionali (Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della l. 3 marzo 2009, n. 18).

Il parere ha raccomandato l'esigenza di un maggiore raccordo con le funzioni dell'INAIL al quale, ai sensi dell'art. 1, comma 166, l. n. 190 del 23 dicembre 2014 (legge di stabilità 2015), sono attribuite le competenze in materia di reinserimento e di integrazione lavorativa delle persone con disabilità da lavoro, da realizzare con progetti personalizzati mirati alla conservazione del posto di lavoro o alla ricerca di nuova occupazione, con interventi formativi di riqualificazione professionale, con progetti per il superamento e per l'abbattimento delle barriere architettoniche sui luoghi di lavoro, con interventi di adeguamento e di adattamento delle postazioni di lavoro".

Articolati rilievi sono stati formulati dal Consiglio di Stato in relazione alle modifiche in tema di responsabilità disciplinare. Pur ritenendo apprezzabile lo sforzo di introdurre una "norma di chiusura", quale l'illecito disciplinare per i dipendenti che non attivino efficacemente il procedimento disciplinare, ha rilevato l'eccessivo automatismo di un meccanismo che dovrebbe, invece, essere più flessibile. Ha espresso una valutazione sostanzialmente favorevole sulle modifiche di forme e termini del procedimento disciplinare e sulla previsione dell'estinzione del procedimento disciplinare in caso di estinzione del rapporto di lavoro. Ha argomentato la forte criticità dell'integrale eliminazione della perentorietà dei termini del procedimento disciplinare e della cd. "dequotazione dei vizi formali", suggerendo di reintrodurre almeno la perentorietà dei due termini di inizio e fine del procedimento disciplinare, oltre che l'ampliamento del termine iniziale e l'introduzione di possibili correttivi all'inerzia e a eventuali tecniche dilatorie.

La Commissione speciale ha giudicato parimenti critica l'integrale riapertura del procedimento disciplinare a seguito di annullamento giudiziale della sanzione disciplinare per violazione del principio di proporzionalità. Ha suggerito di conservare gli esiti processuali dell'accertamento dell'illecito e di demandare direttamente al giudice la fissazione della nuova misura della sanzione, senza dover ripetere l'intero procedimento, nonché di riformulare la disposizione relativa alla riattivazione del procedi-

mento disciplinare sospeso per pendenza del procedimento penale chiarendo espressamente che, in sede disciplinare, non può derivare alcun effetto automatico in relazione a provvedimenti giurisdizionali non definitivi e che è, invece, consentita l'autonomia valutazione dei nuovi elementi di fatto emersi anche in provvedimenti di natura giurisdizionale, ancorché non definitivi. Nel parere è stato infine raccomandato di puntualizzare e precisare le fattispecie di illeciti che conducono al licenziamento disciplinare e che sembrano maggiormente generiche.

Infine, il parere si è espresso favorevolmente sulla previsione della tutela reale del pubblico dipendente in caso di illegittimo licenziamento. I dubbi sulla insussistenza di un criterio di delega in proposito appaiono superabili, per il Consiglio di Stato, poiché il decreto si limita a consolidare uno degli orientamenti giurisprudenziali già affermatosi a diritto vigente, e attua quindi il principio generale di "risoluzione delle antinomie".

1.8. Riforma del ciclo della misurazione e della valutazione della *performance*.

Con parere 21 aprile 2017, n. 917 la Commissione speciale si è espressa sullo schema di decreto legislativo (poi approvato con d.lgs. 25 maggio 2017, n. 74) recante la riforma del ciclo della misurazione e della valutazione della *performance*, che era stato approvato con d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, riferita sia alle singole Amministrazioni che alle singole unità organizzative, fino ad arrivare ai singoli dipendenti.

Ha premesso che l'impostazione della legge delega 7 agosto 2015, n. 124, in coerenza con la più recente scienza dell'organizzazione pubblica, pone obiettivi ambiziosi, che richiederanno attenzione e impegno per la relativa attuazione. In particolare, per l'esercizio della delega, l'art. 17, comma 1, lett. r), l. n. 124 fa espresso riferimento ai criteri: a) della semplificazione delle norme in materia di valutazione dei dipendenti pubblici ed, al contempo di riconoscimento del merito e di premialità delle prestazioni; b) della razionalizzazione e integrazione dei sistemi di valutazione; c) dello sviluppo di sistemi distinti di misurazione rispettivamente dei risultati raggiunti dall'organizzazione e dei risultati raggiunti dai singoli dipendenti; d) del potenziamento dei processi di valutazione indipendente del livello di efficienza e qualità; e) della riduzione degli adempimenti in materia di programmazione anche attraverso una maggiore integrazione con il ciclo di bilancio; f) del coordinamento della disciplina in materia di valutazione e controlli interni; g) della previsione di forme di semplificazione specifiche per i diversi settori della Pubblica amministrazione.

La Commissione speciale, pur apprezzando il complesso delle disposizioni dello schema di decreto, ha rilevato che il testo sviluppa solo in parte le potenzialità della delega su alcuni punti qualificanti, quali, ad esempio, sul ruolo degli Organismi indipendenti di valutazione (OIV) nell'integrazione con i meccanismi di bilancio.

Il parere si è poi soffermato su alcuni specifici aspetti della riforma.

Ha rilevato la mancanza di una qualche forma di sanzione, o comunque di deterrenza, per il caso in cui non vengano adottati il Piano della *performance* e la Relazione sulla *performance*, che rende possibile verificare quanto del Piano si è effettivamente tradotto in pratica.

Il testo attuale rischia, poi, di creare una sorta di impasse nel caso – non teorico – in cui il Piano non sia stato adottato, senza però che tutti i dirigenti, ovvero alcuni di essi,

siano di ciò responsabili. Costoro, stando alla lettera della norma, conforme peraltro al principio generale di responsabilità per colpa, avrebbero allora titolo per pretendere una retribuzione di risultato, che però per ipotesi si dovrebbe determinare a partire dal Piano mancante. La Commissione ha, quindi, suggerito di rendere esplicita la competenza ad adottare il Piano e, se del caso, la Relazione, e di prevedere in caso di inerzia un meccanismo sostitutivo, similmente a quanto avviene nell'ordinamento generale per altri strumenti di tipo pianificatorio.

La Commissione ha poi ricordato che uno dei punti deboli del sistema precedente è stato individuato nel fatto che gli OIV, in molte situazioni, non fossero realmente inseriti nei processi operativi e gestionali dell'Amministrazione e disponessero altresì di strumenti deboli o obsoleti, come le relazioni di monitoraggio, i questionari a suo tempo prescritti dalla Civit, le schede allegate alla validazione della relazione sulla *performance*, ecc. Il nuovo testo, che pure contiene significativi miglioramenti, potrebbe essere ulteriormente rafforzato tenendo conto di tali problematiche. La scelta qualificante del decreto in esame, di conferire agli OIV un ruolo centrale nella valutazione della *performance*, ad avviso della Commissione, va perseguita fino in fondo e va, quindi, previsto per tali organismi un regime giuridico adeguato al loro ruolo. L'OIV deve disporre di poteri coerenti con la funzione di garanzia della corretta regolazione delle spettanze economiche, ad esso attribuito. In tale direzione, senza per questo sconvolgere prassi amministrative in uso da anni, si potrebbero, si legge nel parere, prevedere strumenti più incisivi quali, ad esempio, un potere ispettivo, senza preavviso, degli organi e uffici oggetto di valutazione, con potere di verbalizzare le operazioni relative; il diritto di accesso al sistema informatico ed agli atti e documenti degli organi e uffici stessi, su modello analogo a quello dell'accesso del consigliere degli enti locali previsto dall'art. 43, comma 2, t.u. 18 giugno 2000, n. 267. Ancora con riferimento all'OIV la Commissione ha ricordato che in numerose realtà i componenti di tali Organismi sono stati spesso sollecitati o costretti, dalla palese incongruità tra giudizi e risultanze, a utilizzare la loro personale autorevolezza per esercitare, in via di fatto, una irrituale *moral suasion* per ristabilire l'equità e l'imparzialità dei giudizi su singoli dirigenti ingiustamente penalizzati. Sarebbe quindi opportuno – preliminarmente alla formulazione della proposta di valutazione dei dirigenti di vertice – prevedere la possibilità dell'OIV di esprimere un parere non vincolante sulle proposte di valutazione di tutti gli altri dirigenti formulate dai rispettivi responsabili. Ciò al fine di verificare la loro rispondenza alle risultanze previste dal sistema di valutazione e misurazione della performance, in base ai criteri di congruenza con i principi generali del presente decreto legislativo, di ragionevole differenziazione delle valutazioni, di bilanciamento e perequazione tra i diversi settori dell'Amministrazione, sia centrali che periferici, e di coerenza e compatibilità rispetto alla performance organizzativa rilevata ai diversi livelli. Tale parere avrebbe la funzione sia di garanzia nei riguardi dei valutati che di strumento istruttorio per l'acquisizione di strumenti utili al fine della corretta e completa formulazione delle proposte di valutazione dei vertici dell'Amministrazione.

1.9. Decreto correttivo delle disposizioni sulle funzioni e sui compiti del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e ordinamento del relativo personale.

La Commissione speciale ha reso il parere n. 918 del 21 aprile 2017 sullo schema di modifiche (poi approvate con d.lgs. 29 maggio 2017, n. 97) ai dd.lgs. 8 marzo 2006, n. 139 (relativo al riassetto delle disposizioni relative alle funzioni ed ai compiti del Corpo nazionale dei vigili del fuoco) e 13 ottobre 2005, n. 217 (relativo all'ordinamento del personale del Corpo nazionale dei vigili del fuoco).

La Commissione ha affermato che la modifica dell'ordinamento del Corpo nazionale dei vigili del fuoco persegue, per un verso, l'obiettivo di rafforzare il coinvolgimento della componente rappresentata dal personale volontario, valorizzandone più compiutamente le funzioni e delineandone meglio compiti e doveri. Per altro verso, si è voluto meglio definire il ruolo del Corpo con riferimento ai compiti essenziali dallo stesso espletati in materia di soccorso pubblico.

Quanto a tale ultimo versante – del quale è evidente la portata strategica – dall'audizione dei rappresentanti del Corpo da parte della stessa Commissione è risultata confermata la circostanza che l'estensione dei compiti affidati al Corpo nazionale dei vigili del fuoco è stata preceduta dal preventivo interpello degli altri soggetti coinvolti negli interventi di soccorso pubblico, dai quali non sono pervenute manifestazioni di mancata condivisione, e che detto riassetto opera nell'ottica del pieno e reciproco coordinamento con il Dipartimento della Protezione Civile, in caso di eventi emergenziali, appunto, “di protezione civile”, quali frane, piene, terremoti, alluvioni e ogni altra pubblica calamità.

In via preliminare la Commissione ha rilevato che l'articolato di riforma appare complessivamente coerente con gli obiettivi enunciati, concludendo con un parere favorevole con osservazioni.

Nel procedere analiticamente all'esame delle diverse disposizioni, il parere si è soffermato, tra l'altro, sulle disposizioni in materia di risorse logistiche e strumentali. Ha evidenziato come la norma richiami il nuovo Codice dei contratti, approvato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nella parte relativa alla scelta del contraente per ciò che concerne l'attività costruttiva e manutentiva, prevedendo altresì che in ipotesi di urgenza comprovata dei progetti ivi richiamati il parere sui medesimi sia fornito dal Comitato tecnico regionale. Si prevede poi la possibilità che i mezzi, i materiali, le attrezzature, destinate al servizio antincendio ed al soccorso tecnico, siano concessi al Corpo in comodato. Nella Relazione illustrativa allo schema di decreto è stato chiarito che detti beni potrebbero provenire dalle Regioni, ma anche da associazioni ovvero da privati. La Commissione ha segnalato, in proposito, che la costante giurisprudenza civile di merito e di legittimità ritiene non distonica, rispetto alla previsione codicistica del contratto di comodato (la cui caratteristica precipua è, come è noto, quella della gratuità), la previsione di un modesto rimborso (comodato cd. “oneroso”). Ha quindi suggerito di valutare l'opportunità di specificare o meno l'essenzialità della integrale gratuità della concessione in comodato del detto materiale.

Invece, in relazione alla disparità di trattamento, rispetto alle Forze di polizia ed alle Forze Armate, lamentata dai funzionari direttivi appartenenti ai ruoli tecnici e operativi del Corpo nazionale dei vigili del fuoco - con precipuo riguardo allo sviluppo di carriera e all'applicazione di istituti di tutela economica e previdenziale in favore del personale, di cui alle note inviate anche ai competenti Organi parlamentari - la Commissione si è rimessa alle opportune valutazioni di pertinenza del Governo, ai fini

dell'individuazione, avuto riguardo alle risorse disponibili, di istituti normativi perequativi e dell'applicazione di misure organizzative premianti e di valorizzazione della professionalità acquisita, in occasione della riorganizzazione, anche su base territoriale, del Corpo stesso.

1.10. Visite fiscali nel pubblico impiego.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere n. 1939 del 4 settembre 2017 sullo schema di decreto sulle visite fiscali nel pubblico impiego.

Il decreto è volto a stabilire la disciplina per lo svolgimento delle visite fiscali e per l'accertamento delle assenze dal servizio per malattia, in ossequio a quanto disposto dall'art. 55 *septies*, comma 5 *bis*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, così come novellato dall'art. 18, d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75.

L'atto normativo in esame, inoltre, secondo quanto evidenziato dal dicastero proponente, è finalizzato a “armonizzare, per quanto possibile, la disciplina per lo svolgimento delle visite fiscali e per l'accertamento delle assenze dal servizio per malattia tra settore pubblico e privato”, sostituendo da una parte la previgente disciplina recata dal decreto del Ministro per la Pubblica amministrazione e l'innovazione n. 206 del 18 dicembre 2009 e mutuando, dall'altra, quanto già previsto dai decreti del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 15 luglio 1986, del 18 aprile 1996, del 12 ottobre 2000 e dell'11 gennaio 2016, previa attualizzazione delle relative previsioni “alla luce delle tecnologie cui l'I.N.P.S. fa ordinariamente ricorso per lo svolgimento dei propri controlli in materia medico-legale”. Ha chiarito la Sezione che il regolamento disciplina le “modalità per lo svolgimento delle visite fiscali e per l'accertamento delle assenze dal servizio per malattia, nonché l'individuazione delle fasce orarie di reperibilità” ai sensi dell'art. 55 *septies*, comma 5 *bis*, d.lgs. n. 165 del 2001, introdotto dall'art. 18, d.lgs. n. 75 del 2017.

Per quanto concerne, quindi, la potestà normativa esercitata nel caso di specie, quest'ultima trova il suo fondamento nella succitata normativa, in base alla quale “al fine di armonizzare la disciplina dei settori pubblico e privato, con decreto del Ministro per la semplificazione e la Pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sono stabilite le fasce orarie di reperibilità entro le quali devono essere effettuate le visite di controllo e sono definite le modalità per lo svolgimento delle visite medesime e per l'accertamento, anche con cadenza sistematica e ripetitiva, delle assenze dal servizio per malattia”, con la conseguenza che la Sezione non ha alcun rilievo da formulare al riguardo, atteso che l'emanazione del presente decreto rientra nella competenza del Ministero proponente ai sensi della normativa testé richiamata.

Peraltro, per quanto concerne l'iter seguito dall'Amministrazione nella predisposizione dello schema *de quo*, ha rilevato la Sezione che dalla documentazione in atti non emerge la presenza di un vero e proprio concerto da parte del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, viceversa richiesto dal richiamato comma 5 *bis* dell'art. 55 *septies*, essendoci solo “nulla osta al preventivo assenso” sullo schema del Capo dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Ma, come più volte sottolineato dal Consiglio di Stato in sede consultiva, il concerto del Ministro è qualcosa di sostanzialmente diverso dal “nulla osta al preventivo assenso” poiché, con

il concerto, il Ministro partecipa dell'iniziativa politica concorrendo ad assumerne la responsabilità: il concerto, conseguentemente, può essere manifestato da un funzionario soltanto per espresso incarico o per delega del Ministro, e non sotto la forma di semplice nulla osta. La Sezione ha quindi concluso che - al fine di evitare che la suddetta omissione si rifletta sulla regolarità formale del provvedimento normativo in esame - è necessario che l'Amministrazione referente acquisisca tale concerto prima dell'approvazione definitiva del decreto stesso.

La Sezione, inoltre, con riferimento alla parte del decreto che prevede che le comunicazioni tra lavoratore, datore di lavoro ed I.N.P.S. debbano avvenire per il tramite di specifici canali telematici e con modalità, stabilite dalla stessa I.N.P.S., idonee a garantire la riservatezza dei soggetti sottoposti a visita fiscale ai sensi del Codice della *privacy* di cui al d.lgs. n. 196 del 2003. La Sezione, quindi, in considerazione della necessità di garantire, in una materia particolarmente delicata come quella in esame, la riservatezza dei dati dei soggetti sottoposti a visita fiscale, auspica che nella succitata fase d'individuazione delle modalità di comunicazione sia acquisito il parere del Garante per la *privacy*, anche se quanto precede non risulta esplicitamente previsto dalla normativa di delega.

Nel parere è stata espressa completa condivisione sul fine precipuo che il Regolamento si propone di raggiungere, *id est* la piena armonizzazione della disciplina dei settori pubblico e privato, Peraltro, proprio per agevolare il raggiungimento delle finalità indicate dall'Amministrazione, la Sezione ha ritenuto di formulare alcune osservazioni.

Ha, ad esempio, rilevato che nell'individuare, quali fasce orarie di reperibilità, i periodi ricompresi tra le ore 9 e le 13 e tra le ore 15 e le 18 di ciascun giorno, il decreto ha mantenuto gli orari attualmente previsti per i pubblici dipendenti, lasciando dunque immutata la differenziazione tra dipendenti pubblici e privati, in relazione ai quali sono previste fasce orarie di reperibilità più brevi, ricomprese tra le ore 10 e le 12 e tra le ore 17 e le 19. Tale scelta è stata motivata dall'Amministrazione evidenziando che "l'armonizzazione alla disciplina prevista per i lavoratori privati avrebbe comportato (per i dipendenti pubblici) una riduzione delle fasce orarie da sette ore giornaliere a sole quattro e, quindi, una minore incisività della disciplina dei controlli". La Sezione ha però rilevato che tale motivazione, basandosi su una nozione di controllo prettamente quantitativa, non appare adeguata a superare la circostanza che la disposizione in esame potrebbe essere ritenuta non conforme al criterio di delega recato dall'art. 55 *septies*, comma 5 *bis*, d.lgs. n. 165 del 2001, nella parte in cui dispone che l'atto normativo *de quo* debba essere finalizzato a "armonizzare la disciplina dei settori pubblico e privato". La Sezione ha quindi invitato l'Amministrazione a procedere, con le modalità ritenute più opportune, all'armonizzazione della disciplina delle fasce orarie di reperibilità fra dipendenti pubblici e dipendenti del settore privato, in base a quanto esplicitamente previsto dalla normativa di delega.

1.11. Decreto correttivo delle disposizioni sulla riorganizzazione e semplificazione della disciplina delle Autorità portuali.

La Commissione speciale ha reso il parere 24 ottobre 2017, n. 2199 sullo schema di correttivo del d.lgs. 4 agosto 2016, n. 169 sulla riorganizzazione e semplificazione della disciplina delle Autorità portuali.

La Commissione si è preliminarmente soffermata sul rapporto tra lo schema di decreto correttivo sottoposto al suo esame e la riforma delle Autorità portuali di cui al d.lgs. n. 169 del 2016, sul quale lo stesso Consiglio di Stato ha fornito il proprio apporto consultivo ai sensi dell'art. 8, comma 5, l. 7 agosto 2014, n. 124 (parere della Commissione speciale 9 maggio 2016, n. 1142). Nel parere in questione, la Commissione speciale, allora nominata, aveva considerato gli importanti obiettivi che con la riforma il Governo aveva inteso realizzare, di riorganizzazione del sistema di governo delle Autorità portuali, di semplificazione della struttura e del funzionamento interno delle autorità del settore e di razionalizzazione delle competenze amministrative di queste ultime.

Particolare apprezzamento era stato espresso al disegno di medio – lungo periodo di intervenire sulla dimensione “monoscalo” delle Autorità portuali con il superamento dell'obsoleto modello del *city port* di cui alla l. 28 gennaio 1994, n. 84, per passare alle “Autorità di sistema portuale”, così da superare l'eccessivo ‘localismo’, che contraddistingueva il sistema precedente, e realizzare una maggiore interazione e integrazione con le aree logistiche del paese.

Del pari, nel parere sulla riforma del 2016 la Commissione speciale aveva rimarcato positivamente le innovazioni introdotte, e di più breve periodo, preordinate a semplificare e snellire gli adempimenti amministrativi connessi allo svolgimento delle attività portuali.

Secondo il parere 9 maggio 2016, n. 1142, la riforma poi attuata con il d.lgs. n. 169 del 2016 si inquadra(va) in quella “rinnovata visione dell'Amministrazione pubblica, che il Consiglio di Stato sostiene e incoraggia”, secondo cui “lo Stato è chiamato non solo a esercitare funzioni autoritative e gestionali, ma anche a promuovere crescita, sviluppo e competitività”, con strumenti moderni e multidisciplinari.

Nel contempo, nel citato parere la Commissione speciale aveva sottolineato che per il raggiungimento degli obiettivi strategici, i pur necessari interventi di riorganizzazione della *governance* dei porti e di semplificazione delle strutture e delle procedure amministrative non sono da soli sufficienti a ridare slancio economico al settore. A questo scopo era stata posta in rilievo l'esigenza di non circoscrivere la cruciale riforma delle Autorità portuali a una mera riduzione dei suoi vertici istituzionali e alla creazione di forme di coordinamento a livello locale e nazionale, ma di imprimere un vero rilancio della portualità sulla base della pianificazione nazionale e dell'apertura al mondo della logistica e dell'intermodalità.

Il parere aveva segnalato infine l'esigenza di accompagnare la riforma in esame, in tempi brevi, con iniziative ulteriori su temi (in parte, già delineati dalla Conferenza unificata Stato - Regioni) quali: l'istituzione sul territorio nazionale di ambiti logistici di area vasta, che coinvolgano soggetti pubblici e privati e, in particolare, i gestori delle altre infrastrutture, ferroviarie, stradali, aeroportuali; la possibilità di estendere alle aree retroportuali i regimi fiscali e doganali applicati ai porti; l'intervento sulle regole di dragaggio.

Tutto ciò precisato, la Commissione speciale ha constatato che nella documentazione di accompagnamento dello schema di decreto in esame non vengono forniti elementi informativi sulla prima fase di attuazione della riforma e, più in generale, sullo stato in cui si trovano le iniziative collegate ed inserite del complessivo disegno di riorganizzazione del sistema nazionale della logistica, delle infrastrutture e dei trasporti. Ha affermato di essere consapevole che il periodo di poco più di un anno dall'approvazione della riforma costituisce un arco temporale limitato per una compiuta ed attendibile verifica delle ricadute applicative di una riforma di così ampio respiro e dai non trascurabili impatti sul settore. Nondimeno, ha ribadito che, in coerenza con la funzione tipica del decreto correttivo - di strumento per apportare ad una riforma legislativa più ampia le modifiche necessarie per rimediare ad eventuali distorsioni applicative registrate nella fase di prima attuazione -sarebbe stata opportuna in questa occasione una prima ricognizione degli effetti della riforma del 2016 ed una analisi delle correzioni rese conseguentemente necessarie.

La Commissione speciale ha ricordato che obiettivi del correttivo sono: 1) la semplificazione nella classificazione dei porti; 2) l'abrogazione del sistema precedente di individuazione dei servizi di interesse generale da affidare all'interno dei porti, devoluta al ministro competente (ora Ministro delle infrastrutture e dei trasporti); 3) la devoluzione della disciplina degli ambiti portuali all'interno delle Autorità di sistema portuale ad una fonte amministrativa, data dal piano regolatore di sistema portuale di competenza di queste ultime (così almeno dovrebbe essere inteso l'obiettivo in questione, espresso nella non chiara formulazione: "necessità di semplificare le modalità di previsione che i limiti territoriali degli ambiti portuali delle AdSP individuati dal piano regolatore di sistema portuale dei porti o delle aree portuali rientranti nelle stesse"); 4) la revisione della materia del lavoro portuale, per renderla aggiornata con un'evoluzione del mercato contraddistinta dalla presenza di "navi di sempre maggiori dimensioni" e dallo sviluppo "di nuove tecnologie nelle operazioni portuali, che inducono a richiedere crescenti livelli di efficienza".

Il parere, nel condividere l'impostazione generale del decreto correttivo alla luce degli obiettivi così enunciati, ha tuttavia rilevato che, con riguardo alla revisione del sistema di classificazione dei porti, occorre meglio chiarire la connessione di questo profilo con i criteri della delega legislativa di cui all'art. 8, comma 5, l. n. 124 del 2015, testualmente riguardante la "riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le autorità portuali di cui alla l. 28 n. 84 del 1994, con particolare riferimento al numero, all'individuazione di autorità di sistema nonché alla *governance* tenendo conto del ruolo delle regioni e degli enti locali e alla semplificazione e unificazione delle procedure doganali e amministrative in materia di porti".

In secondo luogo, per quanto concerne la revisione del lavoro all'interno dei porti, la Commissione ha ritenuto necessario che siano chiarite la coerenza con esso e l'effettiva utilità dello strumento appositamente previsto, consistente nel "Piano dell'organico del porto dei lavoratori delle imprese".

1.12. Decreto correttivo delle disposizioni in materia di razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato.

La Commissione speciale ha reso il parere 31 ottobre 2017, n. 2263 sullo schema di decreto correttivo del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 177, in materia di razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato

La Commissione Speciale ha evidenziato le peculiarità della base normativa del decreto delegato, dando rilievo anche ai più recenti orientamenti del diritto europeo ed internazionale; l'opportunità di assicurare una piena coerenza ed omogeneità dell'oggetto di disciplina, di modo tale che il provvedimento trovi sbocco in un complessivo riordino normativo delle disposizioni legislative nella materia; la necessità di monitorare la riforma anche ai fini di ulteriori, futuri interventi normativi di correzione.

Quanto alle specifiche disposizioni del testo esaminato, al di là di questioni prettamente formali, la Commissione ha valutato positivamente la scelta di intervenire sul regime dell'iscrizione obbligatoria ai fondi previdenziali integrativi dei militari, al fine di evitare il danno economico che si verificherebbe per il personale del disciolto Corpo forestale dello Stato che, obbligato alla contribuzione alla Cassa di previdenza delle Forze armate e trovandosi a meno di sei anni di servizio dal congedo, non maturerebbe il diritto a percepire la relativa indennità supplementare.

Al riguardo, si è però ritenuto necessario completare tale disciplina transitoria, prevedendo anche la possibilità di ottenere la restituzione di quanto versato per gli Ufficiali che, transitati nell'Arma dal Corpo forestale con più di sei anni residui di servizio (e quindi iscritti d'ufficio al fondo di previdenza integrativo di cui all'art. 1913 cod. ord. mil.), lascino il servizio prima dei sei anni di effettivo versamento.

Più in generale, la Commissione ha altresì rilevato l'opportunità di estendere all'Arma dei Carabinieri ed al Corpo della Guardia di finanza il regime previdenziale già previsto per il personale della Marina militare (nonché dell'Aeronautica militare, per l'ipotesi di cui al secondo comma), dall'art. 1919, commi 2 e 3, cod. proc. mil., nel caso di nomina dei Sottufficiali al grado di Ufficiale in servizio permanente.

Quanto infine all'ipotesi di un articolato regime disciplinare transitorio per i procedimenti in essere del personale del disciolto Corpo forestale dello Stato, di cui all'art. 8 dello schema di riforma, la Commissione ha preliminarmente evidenziato l'opportunità, a determinate condizioni, di ridurre sensibilmente l'ambito e l'efficacia nel tempo, apparendo comunque non più eludibile, per quel che riguarda il Corpo dei Vigili del fuoco, l'adozione di uno specifico regolamento di disciplina, in attuazione dell'art. 139, d.lgs. 13 ottobre 2005, n. 217.

In conclusione, la Commissione ha espresso un giudizio complessivamente positivo sia sotto il profilo sostanziale che quello formale, su un provvedimento che è destinato ad incidere profondamente, negli anni a venire, su un settore nevralgico a livello internazionale, quale la tutela dell'ambiente e della biodiversità.

2. Il nuovo Codice dei contratti pubblici.

L'attività consultiva del Consiglio di Stato in relazione al Codice dei contratti pubblici, adottato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, è stata intensa anche nel 2017. Molti sono stati infatti i pareri resi su schedi di decreto ministeriali e Linee guida, o aggiornamento alle stesse, dell'Anac.

2.1. Decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo sulla progettazione in materia di lavori pubblici nei tre livelli progettuali.

La Commissione speciale ha reso il parere 10 gennaio 2017, n. 22 sullo schema di Decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo sulla progettazione in materia di lavori pubblici nei tre livelli progettuali, adottato, su proposta del Consiglio superiore dei lavori pubblici, ai sensi dell'art. 23, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

La Commissione ha preliminarmente chiarito che nel decreto, muovendo dalla pluriennale esperienza sviluppata dal Consiglio superiore dei lavori pubblici nell'esame di progetti di opere pubbliche è stata prestata particolare attenzione ad alcuni nodi critici del processo di progettazione, quali ad esempio la necessità della preventiva esecuzione delle indagini geologiche, idrogeologiche, idrologiche, idrauliche, geotecniche, sismiche, ambientali, archeologiche, come supporto essenziale alle scelte progettuali, l'esigenza di affrontare contestualmente le problematiche connesse ai profili ambientali e paesaggistici ed all'eventuale presenza di vincoli e di interferenze nel sottosuolo, la necessità di una corretta ed esauriente elaborazione del progetto a livello di progettazione definitiva soprattutto riguardo agli aspetti strutturali ed impiantistici, la necessità di una corretta articolazione del quadro economico, la problematica della definizione di costi parametrici per le diverse tipologie di opere, l'inserimento delle opere di mitigazione e compensazione ambientale nell'ambito della progettazione fin dal livello della fattibilità e la conseguente quantificazione dei relativi costi nei quadri economici, la necessità di definizione puntuale degli elaborati integrativi del progetto in caso di eliminazione di uno o più livelli di progettazione: tutti aspetti di valenza strategica sui quali lo schema di decreto si propone la finalità di intervenire.

In quest'ottica, la novità più rilevante rispetto al precedente quadro normativo è rappresentata innanzi tutto dal superamento dello "studio di fattibilità" e del "progetto preliminare", di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, attraverso l'introduzione del "progetto di fattibilità tecnica ed economica". A questo primo livello di progettazione il Codice affida, infatti, il compito di individuare, tra più soluzioni progettuali alternative, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare ed alle prestazioni da fornire. Per il perseguimento di tale finalità, secondo quanto precisato all'art. 23, commi 5 e 6, il Codice stabilisce che il progetto di fattibilità tecnica ed economica deve essere redatto sulla base dell'avvenuto svolgimento – per tutte le possibili soluzioni progettuali alternative – di tutte le indagini e gli studi necessari per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare e le relative stime economiche.

Ciò comporta che il progetto di fattibilità tecnica ed economica assuma un ruolo chiave nell'ambito del processo di progettazione, in quanto rappresenta il livello in cui deve essere effettuata la scelta della soluzione progettuale valutata come la migliore tra tutte le possibili soluzioni progettuali alternative, che dovrà essere sviluppata nei due livelli successivi del progetto definitivo ed esecutivo in modo da non subire variazioni sostanziali, ma allo stesso tempo ha come conseguenza un notevole impegno di risorse economiche a questo livello iniziale del processo di progettazione,

a fronte della certezza che soltanto una delle soluzioni progettuali alternative prese in esame verrà prescelta e quindi sviluppata nei livelli successivi.

Proprio in relazione alla funzione strategica attribuita dal Codice al progetto di fattibilità tecnica ed economica ai fini del perseguimento della “qualità della progettazione”, ma al contempo in considerazione dei profili economici connessi all’elaborazione del progetto di fattibilità come attualmente concepito, nello schema di decreto è stata prevista la possibilità di articolare il progetto di fattibilità in un’unica fase di elaborazione oppure in due fasi, in relazione al tipo e alla dimensione dell’intervento. Nel caso dell’articolazione in due fasi, la prima fase consente l’individuazione e l’analisi di tutte le possibili soluzioni progettuali alternative, sotto il profilo del tracciato e delle scelte tipologiche, tecnologiche, impiantistiche, organizzative e finanziarie, compresa “l’opzione zero” (ossia la non realizzazione dell’intervento) mediante specifiche analisi di fattibilità, al fine di pervenire alla scelta della soluzione migliore sotto il profilo qualitativo, tecnico ed economico; tale fase è finalizzata a consentire all’Amministrazione aggiudicatrice di individuare, tra le diverse alternative progettuali, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze/fabbisogni da soddisfare. Questa prima fase si conclude con la redazione del “documento di fattibilità delle alternative progettuali”, che viene esaminato dall’Amministrazione aggiudicatrice per valutare le diverse alternative progettuali analizzate e stabilire quale sia la migliore tra esse, da sviluppare nella seconda fase di elaborazione del progetto di fattibilità.

La prima fase di elaborazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica è prepedutiva alla seconda fase, nella quale, a seguito delle determinazioni assunte dall’Amministrazione aggiudicatrice, il progetto di fattibilità viene sviluppato e completato relativamente alla soluzione progettuale prescelta.

Nel caso di articolazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica in un’unica fase, non viene preliminarmente redatto ed approvato il documento di fattibilità delle alternative progettuali e quindi nel progetto di fattibilità tecnica e economica devono essere dapprima individuate ed analizzate tutte le possibili alternative progettuali sotto il profilo del tracciato e delle scelte tipologiche, tecnologiche, impiantistiche, organizzative e finanziarie, compresa “l’opzione zero” (ossia la non realizzazione dell’intervento) mediante specifiche analisi di fattibilità, al fine di pervenire alla scelta della soluzione migliore sotto il profilo qualitativo, tecnico ed economico; la soluzione prescelta, in quanto valutata la migliore dal progettista, deve essere quindi sviluppata secondo quanto indicato nello stesso decreto. In questo caso, l’Amministrazione effettua soltanto *a posteriori* le proprie valutazioni riguardo al progetto di fattibilità tecnica e economica già integralmente elaborato.

Sul progetto definitivo e su quello esecutivo, la novità più importante è data dall’introduzione, tra i documenti da predisporre, di alcune relazioni specialistiche ed elaborati grafici attualmente richiesti e disciplinati soltanto da specifiche normative di settore.

La finalità è inserire i suddetti documenti progettuali in un testo normativo unitario relativo alla progettazione in materia di lavori pubblici, anche per facilitare tali adem-

pimenti da parte dei progettisti ed evitare quindi la successiva richiesta di atti progettuali integrativi da parte delle Amministrazioni preposte, con conseguente allungamento dei tempi di esame dei progetti.

Per i casi in cui, come previsto dal Codice, non vengano sviluppati tutti i tre livelli della progettazione, nel decreto sono stati puntualmente indicati tutti gli elaborati progettuali da predisporre in aggiunta a quelli richiesti nel caso di sviluppo di tutti i livelli della progettazione. Ciò al fine di dar conto in ogni caso degli sviluppi e degli esiti di studi, indagini ed analisi di fattibilità, che si sarebbero dovute svolgere in livelli progettuali precedenti, e delle conseguenti elaborazioni progettuali già effettuate, per evitare che vengano esclusi dal processo di progettazione, che si configura sempre come un processo unitario, alcuni passaggi essenziali tipici dei livelli precedenti. Analogamente, sono stati puntualmente definiti tutti gli elaborati progettuali da predisporre in relazione alle diverse modalità di affidamento dei lavori previste dal Codice, in modo che l'Amministrazione possa disporre di tutti i necessari documenti progettuali di carattere tecnico ed amministrativo.

2.2. Regolamento governativo sugli appalti dei beni culturali.

La Commissione speciale ha reso il parere 30 gennaio 2017, n. 263 sul Regolamento governativo sugli appalti dei beni culturali, adottato ai sensi dell'art. 146, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Lo schema mutua in buona parte la previgente disciplina regolamentare contenuta nel d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e nel decreto del Ministro per i beni e le attività culturali 3 agosto 2000, n. 294, e si pone in continuità con la disciplina previgente, salvi limitati aggiornamenti.

Si tratta di un "regolamento classico", con la peculiarità che si ha un regolamento autonomo per i lavori relativi a beni culturali, mentre nel vigore del previgente Codice dei contratti la disciplina era contenuta nel regolamento generale.

Il parere ha chiarito che in tal modo si passa così dal regolamento governativo a quello interministeriale, con un *iter* procedimentale più snello, e viene, inoltre, perseguito l'obiettivo di raccogliere in un testo normativo unitario ed organico la "disciplina speciale" per gli appalti di lavori riguardanti i beni culturali.

L'esigenza di organicità sottesa alla scelta del Codice di affidare ad un regolamento *ad hoc* la normativa secondaria riguardante i lavori relativi a beni culturali, tuttavia, andrebbe ulteriormente perseguita sotto un duplice profilo.

Il parere ha altresì chiarito che la natura regolamentare del decreto interministeriale in esame comporta che esso non possa essere meramente ripetitivo di disposizioni già contenute nel Codice, perché tale ripetizione, oltre ad essere superflua e contraria ai principi in tema di rapporti tra fonte primaria e fonte regolamentare, si pone anche in diretto contrasto con l'ambito assegnato dall'art. 146, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 alla fonte secondaria, nonché con la stessa legge delega.

Anzitutto, la clonazione di una norma primaria in una fonte di rango secondario è contraria ai canoni di semplificazione, riduzione dello *stock* normativo, certezza del diritto, che costituiscono principi portanti della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, espressamente enunciati come "drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti e un più elevato

livello di certezza del diritto”, e di “semplificazione e riordino del quadro normativo vigente”. In secondo luogo, la duplicazione di fonti normative a differenti livelli di gerarchia rende caotico il quadro regolatorio complessivo e ne rende quindi difficoltosa la ricostruzione da parte degli operatori del settore e degli interpreti. In terzo luogo, potrebbe essere vanificata l’abrogazione della norma primaria disposta da successivi interventi legislativi sul Codice, se questi non dispongano contestualmente l’abrogazione della corrispondente linea guida. Da ultimo, ma non per ordine di importanza, l’eventuale non pedissequa riproduzione della norma primaria da parte delle linee guida nella migliore delle ipotesi potrebbe ingenerare negli interpreti e operatori di settore incertezze nella ricostruzione del quadro regolatorio della materia; per contro, nei casi in cui l’antinomia non sia superabile sul piano interpretativo, i contrasti venutisi a determinare tra i due livelli regolatori potrebbe determinare l’illegittimità della fonte subordinata, vale a dire delle linee guida in esame.

Nel parere, favorevole allo schema di decreto, il Consiglio di Stato ha sottolineato l’opportunità di una disciplina *ad hoc* e ancora più snella per i lavori sotto i 40.000 euro. In tali casi si dovrebbe consentire che il certificato di buon esito dei lavori possa essere rilasciato, oltre che dalla soprintendenza, anche dall’Amministrazione aggiudicatrice. Nel parere del Consiglio di Stato, inoltre, si esprime parere favorevole su una delle principali novità previste dallo schema di Regolamento, e cioè sulla “possibilità di omettere, in situazioni particolari, il progetto esecutivo e di affidare i lavori sulla base del progetto definitivo”, e si sottolinea che “per prevenire il contenzioso occorre validare definitivamente la scelta con previsioni *ad hoc* in sede di decreti correttivi al codice appalti”.

2.3. Linee guida Anac sugli affidamenti *in house*.

La Commissione speciale ha reso il parere 1 febbraio 2017, n. 282 sulle Linee guida “vincolanti” dell’Anac “per l’iscrizione nell’elenco delle Amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*”, previsto dall’art. 192, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 il quale, nell’esercizio della delega conferita dall’art. 1, comma 1, lett. eee), l. 28 gennaio 2016, n.11, ha istituito presso l’Anac, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, un elenco delle Amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*. L’iscrizione nell’elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l’esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l’Anac definisce con proprio atto. La domanda di iscrizione consente alle Amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori di effettuare, sotto la propria responsabilità, affidamenti diretti dei contratti all’ente strumentale.

Ha ricordato ancora il parere che il citato comma 1 dell’art. 192, ha investito l’Anac del potere di dettare disposizioni vincolanti sulla tenuta dell’elenco, nell’esercizio di un potere che si traduce in atti che non sono regolamenti in senso proprio (art. 213, comma 2, del Codice), ma atti di regolazione flessibile, di portata generale e con efficacia vincolante, come tali sottoposti alle garanzie procedurali e giustiziabili davanti agli organi della giustizia amministrativa, ai sensi dell’art. 120 c.p.a..

Le linee guida disciplinano le informazioni contenute nell'elenco; i soggetti legittimati a richiedere l'iscrizione; le modalità di presentazione della domanda e l'avvio del procedimento; l'istruttoria per la verifica dei requisiti; la comunicazione di variazioni; la cancellazione. Correttamente, ad avviso della Commissione speciale, le linee guida si occupano dei soli requisiti "soggettivi" dell'*in house*, e non delle regole di trasparenza dei singoli affidamenti, quali l'onere per le stazioni appaltanti di motivare il mancato ricorso al mercato (art. 192, comma 2); l'obbligo di pubblicazione e aggiornamento di tutti gli atti connessi all'affidamento, ove non secretati (art. 192, comma 3).

Ha ancora chiarito il parere che le linee guida non possono integrare i presupposti legittimanti l'*in house providing*, come definiti dall'art. 12 della direttiva 24/2014/UE e recepiti nell'art. 5 del Codice e dall'art. 16, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (testo unico sulle società a partecipazione pubblica), ma devono limitarsi a una loro prudente esemplificazione

Quanto alla rilevanza giuridica del nuovo istituto, nel quadro del regime speciale dell'*in house providing*, la Commissione ha richiamato il parere 1 aprile 2016, n. 855, reso sullo schema del nuovo Codice dei contratti pubblici che, muovendo dall'assunto della sufficienza, come fattore di legittimazione all'affidamento domestico, della mera presentazione della domanda, e non dell'effettiva iscrizione nell'elenco, ha dedotto che la pubblicità prevista dal codice abbia efficacia dichiarativa. Il legislatore non ha, quindi, inteso assoggettare l'esercizio della facoltà di avvalersi del modulo *in house* a un accertamento costitutivo o a un'iscrizione con efficacia abilitante. Infatti l'art. 192 non ha ampliato il catalogo dei requisiti sostanziali, che consentono all'Amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore l'affidamento di compiti di autoproduzione a "proprie" strutture organizzative, senza procedure competitive, e in alternativa al ricorso al mercato secondo logiche di *outsourcing*.

A supporto di tale conclusione va rilevato che: le condizioni di esclusione di un appalto pubblico (o di una concessione) dall'ambito di applicazione del Codice e, quindi, gli elementi costitutivi della fattispecie dell'affidamento *in house*, sono dettate esclusivamente dall'art. 5 del Codice - norma di portata generale e "auto-sufficiente" - che non contiene alcun riferimento all'elenco; in linea di continuità con detta normativa, anche l'art. 16, d.lgs. n. 175 del 2016, fissa i requisiti sostanziali di tale modello alternativo all'esternalizzazione (controllo analogo, attività dedicata, partecipazione pubblica qualificata), senza contemplare il profilo pubblicitario; i criteri direttivi per il recepimento delle direttive comunitarie vietano l'introduzione, ovvero il mantenimento, di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive medesime (cosiddetto *goldplating*); rispetto alle finalità perseguite, da leggere nel quadro comunitario di riferimento, sarebbe priva di proporzionalità una regola che, pur in presenza dei requisiti sostanziali, subordinasse la praticabilità dell'affidamento all'iscrizione nell'elenco, paralizzando, nelle more della definizione della procedura pubblicitaria, l'esercizio di un potere discrezionale attribuito dalla legge.

Il parere ha però escluso che l'elenco abbia una portata meramente notiziale, volta esclusivamente a sollecitare un controllo esterno del "mercato".

Lo attesta *in primis*, sul piano letterale, la constatazione che, alla stregua del dato testuale dell'art. 192, comma 1, l'iscrizione è disposta "anche al fine di garantire livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici", così sottintendendo la sussistenza di altri e più pregnanti effetti giuridici del meccanismo pubblicitario e dei poteri ad esso connessi. Con espressioni di sicura portata precettiva, poi, la stessa norma stabilisce che la domanda di iscrizione "consente" agli enti pubblici di effettuare "sotto la propria responsabilità" affidamenti diretti e che, prima dell'iscrizione nell'elenco, deve essere riscontrata, da parte dell'Anac, l'esistenza dei requisiti per procedere all'affidamento diretto. In presenza di tale dettato legislativo la Commissione ha ritenuto di accedere a un'interpretazione, coerente con il sistema normativo di riferimento, in cui la funzione di controllo assegnata all'Anac sia pienamente compatibile con lo schema funzionale, secondo cui l'autoproduzione mediante organismi domestici è subordinata soltanto al rispetto delle condizioni fissate direttamente dalla legge.

Ad avviso della Commissione speciale la domanda di iscrizione nell'elenco – doverosa e presidiata dalle sanzioni di cui all'art. 213 del Codice – non costituisce un atto di iniziativa procedimentale diretto ad assegnare all'Amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore un "titolo" abilitativo necessario per procedere ad affidamenti diretti.

Essa ha, piuttosto, una duplice rilevanza. Da un lato – secondo uno schema concettuale che estende al potere amministrativo sottoposto a controllo pubblicistico il paradigma della segnalazione certificata delle attività private di cui all'art. 19, l. 7 agosto 1990, n. 241 – essa consente *ex se* di procedere all'affidamento senza gara, rendendo operativa in termini di attualità concreta, senza bisogno dell'intermediazione di un'attività provvedimento preventiva, la legittimazione astratta riconosciuta dal legislatore.

Dall'altro lato, detta domanda innesca una fase di controllo dell'Anac, tesa a verificare la sussistenza dei presupposti soggettivi ai quali la normativa – comunitaria e nazionale – subordina la sottrazione alle regole della competizione e del mercato. Tale controllo, quando si esercita con esito positivo, non si realizza mediante l'espressione di un "consenso", incompatibile con l'assenza di un regime autorizzatorio, bensì si esaurisce nel mero "riscontro" della sussistenza dei requisiti di legge, con conseguente iscrizione che consolida una legittimazione già assicurata, nei termini descritti, dalla presentazione della domanda.

La verifica dell'Anac si traduce in un provvedimento solo se si conclude con un esito negativo (diniego di iscrizione nell'elenco o cancellazione dallo stesso). In tal caso, l'Autorità non adotta un provvedimento di rigetto di un'istanza, bensì un atto di accertamento negativo, assimilabile a un provvedimento di esercizio del potere inibitorio analogo a quello del citato art. 19, l. n. 241 del 1990. Tale determinazione rende le Amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori incapaci, *rebus sic stantibus*, di procedere - per il futuro - ad affidamenti diretti a quella specifica società. È evidente, infatti, che se la domanda di iscrizione consente all'ente controllato di avvalersi della facoltà legale di affidamento domestico, il rigetto della medesima o la cancellazione dell'iscrizione non può non riverberarsi, per coerenza nel sistema, nel venir

meno, per il futuro, del presupposto legittimante. L'effetto pregiudizievole evidenziato da tale *deminutio* consente di qualificare tali atti alla stregua di provvedimenti amministrativi, esercizio di potere autoritativo, come tali impugnabili davanti agli organi della giustizia amministrativa.

In assenza di norma di legge abilitante, e in conformità ai principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di salvaguardia della *sécurité juridique*, il parere ha invece escluso che il diniego di iscrizione o la cancellazione possa produrre l'automatica caducazione degli affidamenti in essere e, *a fortiori*, dei contratti già stipulati. Gli affidamenti *in house* già in essere restano efficaci, ma l'Anac potrà agire attraverso la cd. "raccomandazione vincolante", invitando l'Amministrazione a rimuovere il provvedimento illegittimo.

Quanto ai requisiti sostanziali necessari per procedere all'affidamento *in house*, il Consiglio di Stato, con particolare riferimento al requisito del cd. "controllo analogo", rileva che i parametri fissati dall'Anac "sono esemplificativi e non fissano una griglia esaustiva", poiché altrimenti ciò costituirebbe una integrazione o una modifica delle "regole elastiche fissate dalla legge".

2.4. Regolamento sui servizi sostitutivi di mensa (cd. buoni pasto).

Sullo schema di decreto del Ministero dello sviluppo economico, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sui servizi sostitutivi di mensa tramite erogazione dei buoni pasto, adottato ai sensi dell'art. 144 del nuovo Codice dei contratti pubblici, la Commissione speciale ha reso il parere favorevole n. 287 del 3 febbraio 2017.

Il parere ha ricordato che, prima dell'emanazione del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), le procedure di affidamento dei servizi sostitutivi di mensa e le relative modalità di gestione trovavano il proprio quadro normativo di riferimento nel d.l. 30 giugno 2005, n. 115, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 agosto 2005, n. 168, e nel d.P.C.M. 18 novembre 2005.

Il predetto d.P.C.M. qualificava l'attività di emissione di buoni pasto come finalizzata a rendere, per il tramite di esercizi convenzionati, il servizio sostitutivo di mensa aziendale, a sua volta definito come somministrazione di alimenti e bevande e cessione di prodotti di gastronomia pronti per il consumo immediato effettuate dagli esercizi a ciò autorizzati ai sensi della vigente normativa.

La normativa in commento veniva in larga parte trasfusa nell'art. 285, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, il cui art. 385 provvedeva ad abrogare il d.P.C.M. 18 novembre 2005. Attualmente, la disciplina dei servizi sostitutivi di mensa è stata prevista dall'art. 144 del nuovo Codice dei contratti.

Tale disposizione - nel disciplinare i servizi di ristorazione, tra i quali sono espressamente richiamati i servizi di mensa (ivi compresi, pertanto, quelli erogati, in via sostitutiva, mediante emissione di buoni pasto) - stabilisce, al comma 1, che i medesimi sono aggiudicati esclusivamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, fermo restando che la valutazione dell'offerta tecnica tiene conto, in particolare, degli aspetti relativi a fattori quali la qualità dei generi alimentari (con particolare riferimento a quella di prodotti biologici, tipici e tradizionali, di quelli a denominazione protetta, nonché di

quelli provenienti da sistemi di filiera corta e da operatori dell'agricoltura sociale), il rispetto delle disposizioni ambientali in materia di *green economy*, dei criteri ambientali minimi e della qualità della formazione degli operatori.

Il comma 5 del citato art. 144 ha previsto l'emanazione, da parte del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'ANAC, di un decreto con il quale sono individuati gli esercizi presso i quali può essere erogato il servizio sostitutivo di mensa reso a mezzo dei buoni pasto, le caratteristiche dei buoni pasto e il contenuto degli accordi stipulati tra le società di emissione di buoni pasto e i titolari degli esercizi convenzionabili. Tale decreto, ad avviso della Commissione speciale, in mancanza di espressa previsione circa la sua natura, va qualificato come regolamentare, da adottare quindi nelle forme e secondo le procedure di cui all'art. 17, comma 3, l. 23 agosto 1988, n. 400, in considerazione del contenuto generale ed astratto delle relative disposizioni che, dopo l'abrogazione del d.P.C.M. del 18 novembre 2005, erano pressoché tutte confluite in atti normativi di rango quanto meno regolamentare. Del resto, la valenza stessa della disciplina e degli obblighi introdotti dal provvedimento, ed il rilievo degli interessi in gioco, hanno fatto ritenere preferibile, anche sul piano dell'opportunità, intervenire con un atto di rango regolamentare, sottoposto ad una più rigorosa procedura di valutazione della legittimità e della coerenza con i generali indirizzi normativi del Governo.

A riprova della correttezza di tale conclusione il parere ha rilevato che il richiamato art. 144, così come già le disposizioni previgenti corrispondenti, nel disciplinare il servizio sostitutivo di mensa individua espressamente i requisiti e i presupposti necessari ai fini dell'avvio e dell'esercizio dell'attività di emissione di buoni pasto in via generale, applicabili sia ai datori di lavoro pubblici che ai datori di lavoro privati e, con la stessa generalità di applicazione, stabilisce le modalità per acquisire il relativo titolo legittimante, nonché gli aspetti relativi ai fattori qualificanti dell'attività a tutela soprattutto degli utenti del servizio. Alla luce di tali considerazioni, è sembrato ovvio che anche il rinvio all'emanazione del provvedimento attuativo potesse dare luogo ad un atto di valenza generale, al fine di introdurre maggiore trasparenza e certezza delle norme regolative di rapporti, a vantaggio soprattutto del lavoratore, al quale è riconosciuto il buono per soddisfare il bisogno primario del pasto durante la prestazione lavorativa, apparendo peraltro potenzialmente incongruo, in un mercato sostanzialmente unitario, distinguere un ambito specificamente regolamentato da uno invece rimesso, sulla base di appositi rapporti contrattuali, alla sola volontà delle parti.

Tutto ciò chiarito in termini generali, la Commissione speciale ha condiviso la *ratio* generale dell'intervento, ispirata all'aumento della concorrenza e delle possibilità di fruizione del servizio da parte dell'utenza.

Il parere si è soffermato, tra l'altro, sul superamento del divieto assoluto di cumulabilità dei buoni pasto, attualmente previsto e sostanzialmente inapplicato. Il nuovo decreto consente di cumulare l'utilizzo dei buoni entro il limite di 10. Il Consiglio di Stato ha condiviso il principio, che è frutto di un accordo con le parti sociali e recepisce una esigenza diffusa, dovuta ai costi effettivi del pasto rispetto al valore dei buoni. Ha suggerito però una "pur lieve riduzione" del limite dei 10, al fine di evitare "effetti non propriamente neutri sulle diverse categorie di esercizi" e rischi legati al possibile

“snaturamento delle caratteristiche del buono pasto”, che resta un titolo “rappresentativo del servizio sostitutivo di mensa” e non può essere utilizzato come “una sorta di buono spesa universale e surrogato del danaro contante”.

Il parere ha poi condiviso la scelta di non introdurre, per i titoli “non elettronici”, l’obbligo di indicazione sul buono del nominativo del titolare. È una scelta che segue una “apprezzabile ottica di semplificazione” e che non pregiudica le finalità di accertamento, assicurate comunque dall’obbligo di firma del titolare al momento dell’utilizzo.

La Commissione speciale ha reso parere favorevole anche alle misure contro il ritardo nei pagamenti agli esercizi convenzionati, salvi alcuni miglioramenti del testo, per renderle ancora più efficaci.

E’ stato inoltre affrontato il fenomeno dell’aumento indiscriminato dei “servizi aggiuntivi” richiesti dalle società emettitrici di buoni pasto agli esercenti, che comporta una traslazione sulla rete degli esercizi convenzionati degli elevati ribassi presentati dalle stesse società emittenti in sede di offerta economica. Per contenere tale criticità, il parere ha suggerito una riformulazione che, in linea con quanto già osservato anche dall’Anac, limiti i “servizi aggiuntivi” ammessi solo a quelli “che consistono in prestazioni ulteriori rispetto all’oggetto principale della gara e abbiano un’oggettiva e diretta connessione intrinseca con l’oggetto della gara”.

Infine, la Commissione ha suggerito la necessità di un adeguato monitoraggio sull’efficacia del nuovo regime e ha ricordato che l’adozione del decreto è particolarmente urgente, poiché colma una lacuna normativa generatasi sin dall’aprile 2016, con l’entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti.

2.5. Programmazione triennale dei lavori pubblici e programma biennale per servizi e forniture.

La Commissione speciale ha reso il parere 13 febbraio 2017, n. 351 sullo schema di decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sulla programmazione triennale dei lavori pubblici e sul programma biennale per servizi e forniture ai sensi dell’art. 21, comma 8, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (decreto che non è mai stato definitivamente approvato, anche in ragione delle novità legislative che stavano per intervenire, poi approvate con il primo correttivo al Codice dei contratti *ex* d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56).

Ha premesso il parere che, nel settore dei contratti pubblici, la programmazione è una fase importante del cd. “ciclo di vita” dell’appalto.

L’art. 32, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nell’elencare le varie fasi della procedura di affidamento statuisce, infatti, al comma 1, che le stazioni appaltanti nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici devono rispettare gli atti di programmazione previsti dal Codice o dalle norme vigenti.

Dall’analisi della disciplina di settore, a livello comunitario e nazionale, emerge che il legislatore ha in passato dedicato maggiore attenzione alla fase della selezione del contraente predisponendo numerose norme di dettaglio, mentre poche norme disciplinavano la fase della programmazione; ciò verosimilmente sul presupposto che la corretta gestione della fase della selezione assicuri la scelta di un buon contraente e, di conseguenza, un esatto adempimento della prestazione dedotta in contratto. Tuttavia,

è diventato sempre più evidente che la fase di affidamento e esecuzione del contratto non possa prescindere da una attenta ed adeguata programmazione, alla quale ultimamente il legislatore ha dedicato, in modo condivisibile, maggiore attenzione.

L'art. 21 si occupa di programmazione, sia in relazione ai lavori sia agli acquisti di beni e servizi. L'articolo prevede che le Amministrazioni aggiudicatrici adottino il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali. I programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio.

Il parere si è soffermato sulla programmazione nei lavori pubblici, con particolare riguardo alle opere incompiute. Ha ricordato che in passato è stato istituito il SIMOI – “Sistema informativo di monitoraggio delle opere incompiute” – con lo scopo di creare, a livello informativo e statistico, una banca-dati costituita da appositi elenchi-anagrafe delle opere incompiute di competenza delle Amministrazioni statali, regionali e locali. Le cause ostative al compimento delle opere sono state individuate per la maggior parte nella mancanza di fondi, nelle interruzioni per cause tecniche e infine nel fallimento dell'impresa esecutrice o nel mancato interesse al completamento da parte del gestore; in molti casi, poi, il ritardo nell'ultimazione dei lavori, l'interruzione o la sospensione protratta negli anni hanno comportato inevitabilmente il mancato rispetto dei costi preventivati per la realizzazione ed un rilevante aumento degli stessi. La non ultimazione di un'opera pubblica determina inoltre un poco efficiente uso delle risorse pubbliche, nonché l'impossibilità di soddisfare le necessità della collettività cui sono destinate tali opere.

Ha aggiunto che l'art. 21, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 prevede l'obbligo per ogni Amministrazione pubblica di effettuare la ricognizione delle opere incompiute in occasione della predisposizione dei piani triennali degli investimenti; si tratta di una previsione innovativa rispetto a quanto stabilito all'art. 128 dell'abrogato Codice degli appalti (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), ove vi era solo un riferimento al “completamento dei lavori già iniziati”. Nell'occasione, le Amministrazioni devono svolgere approfondimenti e valutare se esistono le condizioni per procedere con il completamento, oppure l'eventuale riutilizzazione, anche ridimensionata, o una diversa destinazione d'uso, o la cessione a titolo di corrispettivo per la realizzazione di altra opera, oppure la vendita o, da ultimo, la demolizione, qualora le esigenze di pubblico interesse non consentano l'adozione di soluzioni alternative.

Il programma triennale dei lavori pubblici e i relativi aggiornamenti annuali si riferiscono ai lavori il cui valore stimato sia pari o superiore a 100.000 euro e individuano i lavori da avviare nella prima annualità.

Sostanzialmente immutata rispetto alla previsione dell'art. 128 del vecchio Codice è la previsione dell'obbligo, per i lavori di importo superiore a un milione di euro, ai fini dell'inserimento nell'elenco annuale, di redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica.

Il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali sono pubblicati sul profilo del committente, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dell'Osservatorio.

Il parere ha quindi chiesto al Governo di introdurre, nel testo definitivo del decreto, misure adeguate per verificare, successivamente all'entrata in vigore del regolamento, il conseguimento degli obiettivi della programmazione. Difatti – si afferma nel parere – si tratta di “una funzione cruciale dalla quale dipende il successo dell'intero intervento di riforma”, e, in particolare, la “effettiva e drastica riduzione delle opere incompiute”.

Il Consiglio di Stato ha infine posto in evidenza l'importanza di rendere obbligatoria la programmazione anche nel campo degli appalti di servizi e di forniture. La Commissione speciale ha, infine, suggerito al Governo di riconoscere adeguato rilievo, in sede di fissazione delle priorità dell'attività programmatica, agli interventi di ricostruzione post-terremoto.

2.6. Linee guida Anac sul “Monitoraggio delle Amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato”.

La Commissione speciale ha reso il parere 29 marzo 2017, n. 775 sullo schema delle linee guida che l'Anac ha adottato per definire le modalità con le quali le Amministrazioni aggiudicatrici, attraverso la predisposizione e applicazione di sistemi di monitoraggio, esercitano il controllo sull'attività dell'operatore economico affidatario di un contratto di Partenariato Pubblico Privato (“PPP”), verificando in particolare la permanenza in capo allo stesso dei rischi trasferiti.

Il parere ha preliminarmente ricordato che l'espressione Partenariato Pubblico Privato indica un complesso fenomeno giuridico, di matrice europea, caratterizzato da una sostanziale equiordinazione tra soggetti pubblici e soggetti privati per la realizzazione di un'attività volta al conseguimento di interessi pubblici, in cui ai primi (soggetti pubblici) è attribuito il compito di individuare/selezionare gli interessi pubblici da tutelare e garantire, nonché lo strumento economico/giuridico/finanziario più adeguato per poterli conseguire, oltre che la vigilanza e il controllo sul loro effettivo raggiungimento, mentre ai secondi (i soggetti privati, che mettono a disposizione dell'Amministrazione pubblica, le proprie capacità finanziarie e il proprio complessivo *know how*) è riconosciuto il diritto di ritrarre utilità, mediante la disponibilità o lo sfruttamento economico dell'opera (attraverso le ordinarie fasi della sua realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione).

Si tratta di uno strumento di cooperazione per l'effettiva ed efficace realizzazione degli interessi pubblici, che non solo si presenta come attuativo del principio di solidarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, Cost., ma che costituisce concretamente anche un rimedio significativo per il superamento di crisi finanziarie e dei vincoli pubblici posti alla spesa pubblica; esso risulta altresì tendenzialmente idoneo a promuovere un significativo rinnovamento della Pubblica amministrazione attraverso l'acquisizione di specifiche conoscenze tecniche e scientifiche, proprie delle realtà private, capaci di fornire nuovi e innovativi strumenti per rendere l'azione amministrativa sempre maggiormente coerente con i principi di imparzialità e buon andamento predicati dall'art. 97 Cost..

Ha aggiunto la Commissione che, come emerge dalle definizioni contenute negli art. 3, comma 1, lett. eee), e 180, d.lgs.18 aprile 2016, n. 50, caratteristiche peculiari del

contratto di partenariato pubblico e privato sono l'onerosità e il trasferimento del rischio in capo all'operatore, nonché l'equilibrio economico finanziario, che costituisce in particolare il presupposto per la corretta allocazione dei rischi.

Tali caratteristiche portano ragionevolmente a ritenere che il partenariato pubblico privato costituisca in realtà un fenomeno economico – finanziario, che trova disciplina giuridica nel relativo contratto di partenariato, qualificabile come contratto atipico, in cui le parti fissano nel modo ritenuto più idoneo e adeguato l'assetto dei propri rispettivi in funzione del conseguimento dell'interesse pubblico individuato esclusivamente dalla parte pubblica.

Sulla base di tale breve ricostruzione, il partenariato pubblico privato si delinea come un *genus* contrattuale riferibile a più modelli specifici, tra cui rientrano la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere e servizi che presentano le caratteristiche di cui ai commi precedenti.

In quest'ottica, conformemente alla stessa derivazione comunitaria del partenariato pubblico privato e alla sua natura economico – finanziaria, prima ancora che giuridica, risulta decisivo, ai fini del suo concreto utilizzo, un approccio 'multidisciplinare' da parte delle Amministrazioni responsabili, in cui la professionalità dei giuristi si affianchi a quella degli economisti e dei tecnici.

A tal fine, ad avviso della Commissione speciale, è altrettanto decisivo il contributo, conoscitivo e regolatorio, che può apportare - agli operatori economici e alle stesse Pubbliche amministrazioni - l'Anac sotto un profilo duplice: da un lato, diffondendo la cultura del partenariato come strumento idoneo a superare le difficoltà economiche delle Amministrazioni pubbliche e a migliorare l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa e 'capacitando' le stazioni appaltanti all'uso di questo strumento, economico più che giuridico; dall'altro, fornendo indicazioni e indirizzi operativi chiari, per un uso efficace dello strumento del PPP e disciplinando gli spazi di discrezionalità (comunque necessari per poter gestire contratti relativi a servizi anche molto differenti) delle stazioni appaltanti.

Con precipuo riferimento alle linee guida, il parere ha chiarito che esse hanno una duplice natura.

Sono non vincolanti quanto al contenuto della parte prima (Analisi e allocazione dei rischi) e invece vincolanti quanto alla seconda parte (Monitoraggio dell'attività dell'operatore economico): ciò in conseguenza della stessa previsione normativa, che assegna direttamente natura vincolante alle linee guida Anac, espressamente richiamandole solo per quanto riguarda la predisposizione e l'applicazione di sistemi di monitoraggio per il controllo da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice sull'attività dell'operatore economico.

In effetti la prima parte, come evidenziato dalla stessa Autorità, contiene sostanzialmente indicazioni, come tali non vincolanti, per consentire alle Amministrazioni aggiudicatrici la identificazione e la valutazione dei rischi connessi alla valutazione e alla gestione dell'opera, anche al fine di adottare le misure idonee a ridurre gli effetti negativi di tali vizi.

In tale prospettiva, le linee guida contenute nella prima parte svolgono una funzione di formazione/informazione e al tempo stesso di indirizzo: l'obiettivo è la corretta e adeguata conoscenza e l'auspicabile ottimale utilizzo di un complesso strumento non solo giuridico, ma anche e soprattutto economico – finanziario, quale appunto il partenariato pubblico privato, di importanza strategica per l'effettivo perseguimento degli interessi pubblici, stimolando contemporaneamente un approccio dinamico e multidisciplinare all'attività della Pubblica amministrazione per la realizzazione di opere e la fornitura di servizi del tutto diverso da quello sostanzialmente statico fondato sulla logica degli appalti; d'altra parte l'attività di supporto conoscitivo, propulsivo e di indirizzo concretamente fornito dall'Anac, è idonea a convogliare nel giusto ambito di legalità l'ampia discrezionalità amministrativa che, nella materia *de qua*, è attribuita dalla legge all'Amministrazione pubblica.

Ha aggiunto la Commissione che non è ravvisabile alcuno ostacolo, di carattere testuale o sistematico, alla coesistenza nelle linee guida di contenuti vincolanti e non vincolanti. Al contrario, l'unificazione formale in un unico atto risponde meglio ai canoni di *better regulation* evidenziati dal Consiglio di Stato in occasione del parere 1 aprile 2016, n. 855, reso sullo schema del nuovo Codice dei contratti pubblici.

La Commissione ha in particolar modo apprezzato, nell'ottica della delineata attività di formazione/informazione e indirizzo, gli spunti forniti per l'identificazione dei rischi, la loro specificazione in tipi, il tratteggiamento della cd. matrice dei rischi ai fini della loro valutazione nonché gli elementi per la valutazione dell'equilibrio economico-finanziario del contratto di partenariato e per la revisione del piano economico-finanziario. Ha peraltro rilevato la Commissione la necessità di completare tali profili indicando esplicitamente a chi spetti, in concreto, all'interno delle strutture delle Amministrazioni aggiudicatrici, il compito di verificare tali elementi ed elaborare conseguentemente il relativo documento (mappa o matrice dei rischi). Questa attività, che rappresenta una parte costitutiva/integrante del contratto, appare prevista unicamente come strumento indispensabile per il controllo sull'attività dell'operatore economico e non anche strumento ugualmente indispensabile della fase di programmazione, di scelta del contratto del partenariato pubblico privato (rispetto all'appalto) e di guida per la corretta indizione della fase procedimentale della scelta del contraente. Si tratta di una integrazione necessaria proprio per consentire alle Amministrazioni aggiudicatrici di poter efficacemente scegliere lo strumento più opportuno (contratto di partenariato o appalto) per l'adeguato ed efficace perseguimento dell'interesse pubblico: tale delicato compito, coerentemente con l'impianto sistematico della disciplina dei contratti pubblici dettata dal nuovo Codice, dovrebbe essere affidato al responsabile del procedimento, cui dovrebbe spettare anche il compito di predisporre o di proporre agli organi di governo dell'ente quanto meno lo schema completo delle adeguate clausole contrattuali.

Analoga necessità, ad avviso della Commissione, è riscontrabile anche nella seconda parte delle linee guida, laddove non viene indicato a chi spetti in concreto l'attività di controllo e monitoraggio sull'attività dell'operatore economico, di cui la corretta definizione delle clausole contrattuali, la matrice dei rischi e il flusso informativo del monitoraggio rappresentano strumenti operativi di garanzia. Tale compito potrebbe/dovrebbe essere posto in capo al direttore dell'esecuzione del contratto, fermo

restando la necessità di fornire le opportune indicazioni per il coordinamento delle attività, rispettivamente di responsabile del procedimento e di direttore dell'esecuzione che trovano il loro punto di contatto proprio nel documento contrattuale della mappa o matrice dei rischi o quanto meno nella predisposizione delle clausole del contratto di partenariato pubblico privato.

Il parere ha ritenuto auspicabile che le Linee guida forniscano alle Amministrazioni aggiudicatrici le opportune indicazioni anche sulle caratteristiche delle professionalità richieste per il personale chiamato a svolgere tali delicati compiti, sulla sua formazione e sul suo costante aggiornamento.

Infine, la Commissione ha rilevato che le linee guida non prevedono alcuna forma di monitoraggio della loro effettiva capacità di guida di un istituto così complesso e multidisciplinare come il partenariato pubblico privato. Appare invece opportuno prevedere che l'attuazione di dette linee guida sia sottoposta ad un'effettiva e stringente attività di monitoraggio e controllo per poter apprezzarne in concreto la loro effettiva applicazione, l'idoneità e l'adeguatezza a guidare i processi decisionali delle Amministrazioni aggiudicatrici nel rispetto dei principi della normativa sui contratti pubblici (e più in generale dei principi costituzionali e comunitari), onde intervenire tempestivamente ed efficacemente per eventuali revisioni, rivisitazioni e aggiornamenti.

2.7. Correttivo del nuovo Codice dei contratti pubblici.

La Commissione speciale ha reso il parere 30 marzo 2017, n. 782 sullo schema di correttivo del nuovo Codice dei contratti pubblici, poi approvato con d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

La Commissione ha precedentemente richiamato quanto più volte il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha chiarito, e cioè che il mancato recepimento di una parte della delega entro il termine di scadenza consuma definitivamente il relativo potere, e tale mancato esercizio non può essere recuperato in sede di adozione di decreti correttivi. Tramite questi ultimi sono consentite, appunto, "integrazioni e correzioni" (anche rilevanti), a seguito di una periodo di "sperimentazione applicativa", riguardanti le parti di delega già esercitate, ma non un esercizio tardivo, per la prima volta, della delega. Inoltre, lo strumento del correttivo non può nemmeno costituire una sorta di 'nuova riforma', pur rispettosa della delega originaria, che modifichi le scelte di fondo operate in sede di primo esercizio della delega, attuando un'opzione di intervento radicalmente diversa da quella del decreto legislativo oggetto di correzione.

Il parere ha rilevato come gli interventi correttivi ed integrativi richiesti dal d.lgs. n. 50 del 2016 possono essere classificati in quattro categorie principali.

In primo luogo, il Codice presenta, ad una analisi complessiva, numerosi refusi ed errori, che sembrerebbero *prima facie* meramente materiali, spesso imputabili ai tempi ristretti di confezionamento del Codice.

Molti di questi errori (oltre 180), sono stati già corretti con il già citato avviso di rettifica pubblicato nel luglio 2016; altri ne restano, e la circostanza che si tratti spesso di refusi o errori materiali non rende meno impellente l'esigenza di correzione, atteso che essi sono, comunque, fonte di incertezze e di dubbi applicativi.

Si tratta, dunque, di una prima tipologia di correzioni indispensabili (rimozione di errori materiali e refusi), anche se esulano, a stretto rigore, dal *proprium* di un decreto

correttivo, volto a introdurre modifiche prevalentemente di carattere “sostanziale”, che si rendono necessarie o opportune dopo un congruo periodo di applicazione pratica.

Una seconda tipologia di correzioni riguarda la disciplina di coordinamento “esterno” e le conseguenti abrogazioni delle numerose disposizioni di leggi speciali che hanno inciso sulla materia dei contratti pubblici. Tali interventi correttivi sono necessari per un migliore coordinamento del nuovo Codice con altre leggi vigenti, coordinamento quasi del tutto mancato in sede di adozione del Codice: si pensi solo a titolo di esempio, al mancato coordinamento con il Codice del processo amministrativo, i cui artt. 120 e ss., in materia di rito appalti, e l’art. 133, lett. e), n. 2) in materia di giurisdizione continuano a rinviare a disposizioni dell’abrogato Codice degli appalti, approvato con d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163. Occorre, pertanto, procedere a ulteriori abrogazioni espresse di disposizioni rimaste extravaganti e a operazioni di coordinamento, che talora sono molto delicate (come, ad esempio, nel caso del rapporto con il d.lgs. 15 novembre 2011, n. 208 in tema di appalti nel settore delle armi).

Una terza tipologia di correzioni si rende necessaria al fine di rimuovere alcuni errori di recepimento delle direttive e di attuazione della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, che si traducono in altrettante illegittimità delle disposizioni del Codice per contrasto con le direttive o per eccesso di delega.

Infine, ma non per ordine di importanza, una quarta tipologia di correzioni è finalizzata a rimediare a difficoltà insorte nella prima applicazione dei nuovi istituti, come emerso dalle audizioni, dal dibattito dottrinale e dalla prima giurisprudenza. Proprio in relazione a quest’ultimo aspetto vanno evidenziate le relevantissime potenzialità e utilità del decreto correttivo. Esse sono intrinsecamente connesse – e per questo sono ancora più importanti – alla “fase cruciale dell’attuazione” di ogni riforma.

Come si è ripetuto più volte (*in primis*, con parere 1 aprile 2016, n. 855 reso sullo schema del Codice dei contratti), una riforma è tale solo quando raggiunge un’effettiva attuazione, che sia percepita da cittadini e imprese e rilevata dai dati statistici. A questo scopo, l’adozione dei decreti legislativi attuativi di una legge (delega) di riforma non è sufficiente: l’esperienza internazionale insegna che sempre più spesso le riforme ‘si perdono’ nelle prassi amministrative conservative, nel difetto di un’adeguata informatizzazione, nel mancato apprendimento dei meccanismi da parte degli operatori pubblici, nel difetto di comunicazione con i cittadini e le imprese, che non riescono a conoscere, e quindi a rivendicare, i loro nuovi diritti.

Orbene, questa “fase cruciale” dell’attuazione passa, innanzitutto, attraverso la verifica delle disfunzioni – giuridiche, amministrative o anche semplicemente pratiche – del testo originario. Nessuna riforma nasce subito perfetta, ma molte possono diventarlo con una fase di progressivo adattamento: per tale ragione, i decreti “integrativi e correttivi” di un decreto legislativo hanno un ruolo essenziale.

Con tali decreti, infatti, si può (e si deve) intervenire, da un lato, per garantire la “qualità formale” del testo, con l’eliminazione di illegittimità, refusi, difetti di coordinamento, errori tecnici, illogicità, contraddizioni, dall’altro – e forse soprattutto – per apportare le correzioni e le integrazioni che l’applicazione pratica renda opportune, se non indispensabili, per il buon funzionamento della riforma. Tali misure non sono

‘aggiuntive’ rispetto alla riforma medesima, ma fanno parte integrante della stessa, e ne possono determinare il successo in misura rilevante.

Può dunque affermarsi che, così come il ‘modello’ della legislazione delegata disegnato dall’art. 76 Cost. e attuato nella prassi costituzionale costituisce, potenzialmente, uno degli strumenti di intervento più efficaci per costruire una riforma organica (nella sua interazione tra Parlamento e Governo, tra indirizzi di *policy* e normativa di dettaglio, e con un *decision making process* ormai partecipato e arricchito dai vari pareri), così il ‘modello’ del decreto legislativo integrativo e correttivo costituisce uno strumento fondamentale altrettanto importante per assicurarne la realizzazione in concreto. Difatti, nel rispetto del principio di stabilità dell’ordinamento giuridico, occorre assicurare che le norme abbiano un tempo ragionevole di applicazione e di assimilazione, consentendo agli operatori di adeguarsi ad esse. Continui cambiamenti non giustificati da un effettivo riscontro nella pratica nuocciono alla certezza delle regole, alla stabilità del quadro regolatorio, alla efficienza di Amministrazioni e imprese. Non a caso, già con il parere 1 aprile 2016 n. 855, il Consiglio di Stato, aveva avuto modo di affermare che un’attività diversa, ma non meno importante di quella attuativa, è l’attività di monitoraggio e di valutazione *ex post* dell’impatto della regolazione, anche “quale punto di partenza essenziale per i successivi interventi correttivi e di *fine tuning* della riforma”.

In altri termini, l’analisi *ex post*, compiuta tramite la verifica di impatto successiva all’entrata in vigore delle nuove norme (la cd. VIR, di cui al d.P.C.M. 19 novembre 2009, n. 212, di attuazione dell’art. 14, l. 28 novembre 2005, n. 244), degli effetti dell’intervento iniziale deve trasfondersi, dopo una fase di prima attuazione adeguata, nella costruzione di interventi integrativi e correttivi mirati.

Ciò chiarito in termini generali, va rilevato che lo schema di correttivo modifica 119 dei 220 articoli del Codice e interviene dopo solo un anno; mentre il Codice non è stato ancora completato con tutti gli atti attuativi previsti, pari a 53.

Il parere è poi passato all’esame delle singole disposizioni.

Con riferimento alle norme sui progetti e progettisti, ha affermato che deve esservi un coordinamento, rimesso al livello politico, tra i prezziari regionali per i lavori pubblici e i prezzi standard determinati dall’Anac. Deve esservi maggiore chiarezza sul criterio di scomputo dei costi della manodopera dal costo dell’appalto soggetto a ribasso d’asta. Vanno valorizzate le professionalità interne alle Pubbliche amministrazioni, fissando la priorità della progettazione interna rispetto a quella esterna, già prevista dall’abrogato Codice del 2006. Va poi riconsiderata l’introduzione dell’obbligo, per i progettisti dipendenti pubblici, di iscrizione all’Ordine professionale, in assenza di una riflessione più ampia di carattere ordinamentale, sulla legge professionale.

Relativamente ai contratti sotto soglia, ha chiarito la Commissione che un numero minimo troppo alto di imprese da invitare rischia di vanificare le esigenze di semplificazione. Ha aggiunto che in nome della celerità e semplificazione non può essere sacrificata la necessità di un rigoroso controllo sull’assenza di condanne penali e interdittive antimafia per l’affidatario di contratti sotto soglia.

In ordine alla qualificazione degli operatori economici, il parere ha chiarito che la stessa deve essere affidata ad un vero e proprio regolamento e non a linee guida e non

deve essere cartolare, ma effettiva: può essere attribuita per prestazioni effettivamente eseguite, in un arco temporale ragionevole.

Ha aggiunto che il *rating* di impresa va meglio coordinato con quello di legalità, anche in relazione alla funzione premiale di entrambi. La gratuità del soccorso istruttorio, voluta dalla legge delega, non esclude la possibilità che sia addossato al concorrente il costo del servizio, anche in funzione di deterrenza di condotte negligenti.

Sulle garanzie, il parere ha condiviso la previsione di esoneri e riduzioni delle garanzie per contratti sotto i 40.000 euro per agevolare le piccole e medie imprese, ma va stabilito se il beneficio è cumulabile o no con altri in tema di garanzie. Ha ritenuto altresì corretto ripristinare il vincolo di solidarietà tra garanti e l'escussione della garanzia anche in caso di fatto meramente colposo dell'aggiudicatario.

In ordine al criterio di aggiudicazione al prezzo più basso e alle offerte anomale la Commissione ha ritenuto che, fermo il rispetto della delega che privilegia l'aggiudicazione secondo criteri qualitativi rispetto all'aggiudicazione al prezzo più basso, quest'ultima non può prescindere da un corretto progetto esecutivo. Ha aggiunto che il sorteggio del criterio di determinazione della soglia di anomalia è utile a fugare il rischio di collusioni nelle gare aggiudicate al prezzo più basso e ha escluso che vada elevata la soglia di individuazione delle offerte anomale né che debbano essere introdotti automatismi eccessivi nell'esclusione delle offerte anomale, in ogni caso preclusi per gli appalti di interesse transfrontaliero.

Con riferimento agli appalti della protezione civile, è stato affermato che il loro affidamento diretto presuppone una situazione di urgenza qualificata, subordinata a una declaratoria di emergenza, e non possono essere ammessi in situazioni fronteggiabili in via ordinaria, o in cui non vi sia una declaratoria dello stato di emergenza da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Per quanto attiene alle concessioni e alle concessioni autostradali, è stata esclusa la possibilità di elevare dal 30 al 49% la percentuale del concorso pubblico al rischio del concessionario, né quella dei contratti di partenariato pubblico-privato (PPP) e di prevedere deroghe agli obblighi di esternalizzazione dei concessionari autostradali, per le manutenzioni ordinarie e gli affidamenti di importo inferiore a 150.000 euro, perché in contrasto con la legge delega. Va rispettato, anche nella sostanza, il principio di delega che richiede il tempestivo avvio delle gare in relazione alle concessioni autostradali scadute o in scadenza e per l'effetto, entro il termine massimo assegnato, i bandi di gara vanno non solo predisposti, ma pubblicati.

2.8. Disciplina delle procedure di scelta del contraente e l'esecuzione dei contratti all'estero.

Con parere 11 maggio 2017, n. 1119 la Commissione speciale si è pronunciata sullo schema recante le direttive generali del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale per la disciplina delle procedure di scelta del contraente e l'esecuzione dei contratti all'estero *ex art. 1, comma 7, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*. La Commissione ricorda che tale norma attribuisce al Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale la disciplina delle procedure di scelta del contraente "da svolgersi all'estero", nonché la regolamentazione dell'esecuzione del conseguente contratto che, parimenti, debba avere luogo al di fuori dei confini nazionali. La norma

precisa che resta ferma la piena vigenza del “Codice” per quanto attiene alle procedure di affidamento comunque svolte in Italia e delinea, altresì, la disciplina transitoria da applicarsi nelle more dell’elaborazione delle “direttive”. La previsione legislativa lascia al Ministero, nella redazione delle “direttive”, un assai ampio margine di apprezzamento discrezionale. Il Ministero, infatti, è vincolato a due soli doveri: dal punto di vista procedimentale deve acquisire il previo “accordo” dell’Anac; dal punto di vista sostanziale deve “tenere conto dei principi fondamentali del presente codice”, per vero non ulteriormente specificati, nonché “delle procedure applicate dall’Unione europea e dalle organizzazioni internazionali di cui l’Italia è parte”.

Il parere ha chiarito che la natura giuridica delle “direttive generali” non è espressamente definita dal legislatore. La Commissione ha ritenuto che si sia in presenza di un provvedimento avente valenza tipicamente normativa e, in particolare, di un regolamento. Conducono a tale conclusione: a) la natura generale ed astratta delle relative previsioni, strutturalmente suscettibili di applicazione in un numero indefinito di casi; b) l’indeterminatezza, anche *ex post*, dei relativi destinatari, qualificati solo in base alla natura di “Sedi estere” dell’Amministrazione ministeriale *stricto sensu* intesa e di altre Amministrazioni pubbliche; c) la capacità innovativa dell’ordinamento giuridico, posto che le “direttive” sono dettate in esecuzione di una precisa disposizione di rango primario al fine di colmare un vuoto normativo. Dunque, secondo il parere, deve ritenersi che, indipendentemente dal *nomen iuris*, nel caso di specie si è in presenza di un regolamento ministeriale ai sensi dell’art. 17, comma 3, l. 23 agosto 1988, n. 400, con la conseguente applicazione della disciplina prevista per tale tipologia di fonte normativa.

Tale qualificazione comporta inoltre che, una volta acquisito il preventivo parere del Consiglio di Stato, il testo definitivamente approvato dal Ministro – che non può dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo e deve essere comunicato al Presidente del Consiglio dei Ministri prima della formale emanazione – dovrà essere sottoposto al visto ed alla registrazione della Corte dei conti e pubblicato per esteso in Gazzetta ufficiale, con entrata in vigore subordinata alla prescritta *vacatio legis* di quindici giorni.

Ad avviso della Commissione si profila ragionevole ed opportuna, per evidenti ragioni di semplicità e armonia operativa, la scelta di sottoporre tutte le procedure di affidamento e tutti i contratti da eseguire all’estero ad un’omogenea disciplina; per analoghe ragioni, è condivisibile la scelta di non distinguere, *in subiecta materia*, fra spazio giuridico “UE” e spazio giuridico “extra-UE”. È, tuttavia, necessario – sempre secondo il parere – sostituire, al ristretto novero dei soli “principi fondamentali” del Codice individuato al comma 2, un richiamo per così dire ‘aperto’ a tutti i “principi” recati dall’art. 30 del Codice, giacché i contratti conclusi all’estero non sono in radice esclusi dalla disciplina codicistica e, dunque, sono soggetti al più ampio ambito di principi dell’art. 30 e non solo a quelli dettati dall’art. 4 del medesimo codice per i “contratti esclusi”.

Con riferimento alla norma che impone il rispetto della disciplina locale “in materia ambientale, urbanistica, di tutela dei beni culturali e paesaggistici, artistici ed archeologici, in materia antisismica e di sicurezza”, la Commissione ha sottolineato che il rispetto della disciplina locale non può consentire, in materie “sensibili” come quelle

enucleate nel comma in parola, l'obliterazione degli standard nazionali ed europei, se più stringenti e rigorosi di quelli vigenti nel Paese di esecuzione del contratto e sempre che il loro rispetto sia in concreto perseguibile.

E' stato ancora evidenziato che l'attribuzione a tutte indistintamente le "Sedi estere" della qualità di stazione appaltante, pur rispondendo ad oggettive esigenze pratico-operative (si pensi agli Stati ad ordinamento federale), potrebbe causare disfunzioni e maggiori spese. Il Ministero potrebbe, quindi, valutare di potenziare ruolo e funzioni dei centri interservizi amministrativi, in particolare incentivandone o, a fortiori, prescrivendone la costituzione almeno per le Missioni con maggiore provvista di personale ed attribuendo alla relativa competenza non solo "le tipologie di contratti" specificamente indicate con futuri decreti, ma anche tutte le procedure di gara di ammontare comunque superiore ad una soglia prestabilita. E' stato altresì suggerito al Ministero di promuovere in sede attuativa – se del caso, inizialmente, anche solo in via sperimentale – l'attribuzione della funzione di centrale di committenza alle Sedi estere con maggiore provvista di personale specializzato, affinché possano curare le procedure di gara relative anche a Paesi formalmente estranei all'ambito territoriale di competenza, ma comunque connotati da affinità sociale, economica, culturale, giuridica e politica rispetto al Paese di accreditamento: una simile *best practice* di concentrazione consentirebbe economie di scala e risparmio di energie amministrative e, nel contempo, solleverebbe le Missioni più piccole dai connessi incombeni gestionali.

2.9. Competenza, a seguito del primo correttivo al Codice dei contratti pubblici, ad adottare gli atti di attuazione del sistema di qualificazione del contraente generale.

La Commissione speciale ha reso il parere 21 giugno 2017, n. 1479 in ordine alla competenza, a seguito del primo correttivo al Codice dei contratti pubblici, ad adottare gli atti di attuazione del sistema di qualificazione del contraente generale. Il dubbio sorge in quanto dalla lettura dell'art. 197, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 sembra che la competenza sia dell'Anac mediante l'adozione di linee guida, mentre dalla lettura del citato art. 199 dello stesso Codice sembra che la competenza sia del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti mediante l'adozione di un decreto.

Si è trattato, pertanto, di stabilire se sia estensibile anche al sistema di qualificazione del contraente generale l'art. 83, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal decreto correttivo, nella parte in cui, recependo i rilievi prospettati dal Consiglio di Stato, con il parere 1 aprile 2016, n. 855, prevede che il sistema generale di qualificazione degli operatori economici debba avvenire mediante decreto ministeriale in ragione della natura "intrinsecamente normativa" del suo contenuto.

Nel fornire la risposta al quesito nel parere è stata ricostruita la normativa che nel tempo si è succeduta in relazione al sistema di qualificazione degli operatori economici e del contraente generale.

Alla luce della ricostruzione effettuata la Commissione Speciale ha ritenuto che la volontà del legislatore sia stata quella di "estendere" anche al contraente generale la modifica che ha riguardato le disposizioni generali di qualificazione.

A tale conclusione, il Consiglio di Stato è pervenuto all'esito dell'analisi del dato letterale e della ragione sistematica dell'intervento correttivo.

Sul piano letterale, il legislatore ha modificato espressamente il regime transitorio di cui agli artt. 199 e 216, comma 27 *bis*, relativi al contraente generale, mediante un espresso richiamo al decreto di cui al secondo comma dell'art. 83. La mancata modifica anche dell'art. 197, per quanto si tratti della norma che pone la disciplina a regime, non può avere valenza determinante, proprio in ragione del fatto che la stessa non è stata oggetto di modifiche.

Sul piano della ragione sistematica, il legislatore del 2016 ha effettuato una chiara opzione a favore del sistema "unitario", che eviti differenziazioni di regime del sistema qualificazione dipendenti dalla presenza di un qualsiasi operatore economico ovvero di un contraente generale. In questo senso depono l'attribuzione alle SOA dei compiti di attestazione che nel precedente sistema erano affidati, per il solo contraente generale, ad un decreto ministeriale. Deve, pertanto, presumersi che il legislatore del 2017 abbia inteso continuare lungo questo percorso unitario, estendendo anche al contraente generale la modifica che ha riguardato la natura delle fonti di regolazione. Del resto, si sottolinea nel parere, è la valenza intrinsecamente normativa dell'atto che giustifica la sua veste regolamentare. Ed è indubbio che tale valenza l'atto l'abbia anche quando esso trovi applicazione nell'ambito della disciplina del contraente generale.

In relazione al sistema di qualificazione nel parere sono stati segnalati alcuni errori materiali, conseguenza di un mancato coordinamento normativo, che possono essere corretti con un avviso di rettifica.

In particolare, tale avviso dovrà sostituire i riferimenti alle linee guida contenuti nell'art. 83, comma 2 e nell'art. 216 con il riferimento al "decreto di cui all'art. 83, comma 2".

In relazione al sistema di qualificazione del contraente generale, che è l'oggetto specifico del parere, la Commissione speciale ha sottolineato come la misura più idonea per ridare coerenza al sistema sia rimessa al legislatore. In questo caso, infatti, la difficoltà del ricorso al mero avviso di rettifica deriva dal fatto che non è sufficiente una mera sostituzione delle espressioni "linee guida" con "decreto di cui al secondo comma dell'art. 83". Ciò in quanto il sistema di qualificazione rimane comunque affidato ad una pluralità di atti (linee guida e decreti regolamentari) che presentano un contenuto eterogeneo. E' dunque necessaria, ad avviso della Commissione speciale, una modifica sostanziale della norma.

2.10. Polizze tipo per le garanzie fideiussorie.

Sullo schema di regolamento sulle polizze tipo per le garanzie fideiussorie previste dagli artt. 103, comma 9, e 104, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 la Commissione speciale ha reso il parere 12 luglio 2017, n. 1665.

Ha innanzitutto rilevato che il Ministero ha ritenuto di esercitare il suo potere regolamentare con riferimento a due ulteriori forme di garanzia previste dal Codice dei contratti pubblici, e cioè alla garanzia per l'anticipazione del prezzo e alla garanzia provvisoria (o per la partecipazione alla procedura), previste rispettivamente dagli artt. 35, comma 18, e 93, d.lgs. n. 50 del 2016. La Commissione ha osservato che la scelta di unificare in un unico atto regolamentare queste forme di garanzia è condivisibile non solo per il rinvio operato dalla disposizione da ultimo richiamata (non riguardante

quindi le garanzie per l'anticipazione del prezzo), ma anche per ragioni di organicità della normativa, alla stregua delle quali è certamente preferibile che essa sia racchiusa in un unico testo.

La Commissione ha nondimeno rilevato che il regolamento non reca gli schemi tipo delle ulteriori garanzie previste dal nuovo Codice dei contratti pubblici, relative alla responsabilità dell'esecutore dei lavori per danni subiti dalle stazioni appaltanti e nei confronti dei terzi, previste dai commi 7 e 8 dell'art. 104. La relazione ministeriale motiva questa scelta sulla base della "più ristretta delega recata in un primo tempo dai citati artt. 103 e 104", poi resa estensibile con la riformulazione del comma 9 dell'art. 103 da parte del correttivo al Codice, e dalla natura di *corpus* unitario ed autonomo di queste ulteriori forme di garanzia, tali da potere "essere oggetto di separata e successiva regolamentazione", all'esito della necessaria consultazione con le categorie professionali interessate.

Pur prendendo atto di questa spiegazione, la Commissione non ha tuttavia ritenuto sussistenti ragioni di urgenza tali da intervenire normativamente solo su alcune forme di garanzia, completando la disciplina in epoca successiva. In subordine, ha auspicato che, in occasione della futura approvazione degli schemi tipo di queste ulteriori forme di garanzia, si proceda ad una riunificazione dell'intera disciplina delle garanzie previste dal Codice ricorrendo, se del caso, al meccanismo già esistente previsto dall'art. 17, comma 4 *ter*, l. 23 agosto 1988, n. 400. Naturalmente, tale lavoro di riordino potrebbe tener conto – oltre che della necessità di integrare la disciplina successiva con quella precedente – anche dell'aggiornamento di quest'ultima alla luce delle esigenze che andranno riscontrate nella fase attuativa attraverso una adeguata opera di monitoraggio.

Quanto alla natura del decreto in questione, la Commissione, in assenza di indicazioni da parte dell'art. 103, comma 9, del Codice, ha ritenuta corretta la qualificazione dello stesso come regolamento e, in particolare, come regolamento ministeriale ai sensi dell'art. 17, comma 3, l. n. 400 del 1988. Depone in questo senso l'esigenza di assicurare che gli schemi tipo siano cogenti nei confronti dei relativi destinatari: stazioni appaltanti, ma soprattutto offerenti, senza alcuna interferenza con la disciplina civilistica sulle clausole vessatorie e le formalità da essa previste.

Il parere ha anche chiarito che il Ministero può approvare il regolamento anche con contenuti non identici a quelli concordati con le categorie professionali con le quali è stato raggiunto l'accordo, in conformità con l'attribuzione formale all'autorità ministeriale del potere regolamentare previsto dall'art. 103, comma 9. Nondimeno, la natura qualificata della partecipazione al procedimento di approvazione del regolamento riconosciuta alle associazioni di categoria comporta una corrispondente limitazione dei "margini di manovra" dei Ministri emananti, nel senso che l'approvazione finale da parte di questi ultimi deve intervenire su un testo che, per aspetti direttamente interessanti l'attuazione degli scopi legislativamente stabiliti, sia sostanzialmente concordato con le associazioni di categoria "previamente" sentite e che, dunque, non stravolga i contenuti dell'accordo raggiunto.

In questi casi, pertanto, laddove l'autorità ministeriale intenda procedere a modifiche "sostanziali" rispetto al testo inizialmente concordato, appare necessaria una "riapertura" delle consultazioni, per ottenere un consenso anche sulle suddette modifiche.

Questa conclusione appare inoltre opportuna per prevenire i rischi di contenzioso che una disciplina (sebbene solo parzialmente) non concordata potrebbe generare. In definitiva, è rimessa al prudente apprezzamento e alla sensibilità dell'autorità ministeriale la scelta se ed in che misura modificare (o integrare), senza disattendere la sostanza, gli accordi raggiunti nell'ambito della consultazione con le associazioni rappresentative di categoria previste dall'art. 103, comma 9, del Codice.

Questa facoltà deve invece reputarsi intatta per modifiche che siano ritenute necessarie ai fini del rispetto della normativa primaria costituente il fondamento del potere regolamentare in questione.

2.11. Linee guida Anac relative alle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili.

La Commissione speciale ha reso il parere 19 luglio 2017, n. 1708 sulle linee guida Anac relative alle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, rispetto al quale l'art. 63, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 fissa requisiti più stringenti. Non basta, infatti, invocare ragioni di natura tecnica o afferenti la tutela di diritti di proprietà intellettuale, occorre anche che sia comprovato che non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto.

La ragione dell'intervento regolatorio è la constatazione che nella prassi - secondo quanto emerge dall'analisi delle informazioni presenti nella banca dati dell'Anac - le stazioni appaltanti ricorrono frequentemente alla procedura negoziata senza bando, adducendo motivazioni legate all'esistenza di privative, all'infungibilità dei prodotti o servizi da acquistare, ai costi eccessivi che potrebbero derivare dal cambio di fornitore. Si tratta di situazioni che caratterizzano diversi settori tra cui, a titolo di esempio, il settore sanitario, le acquisizioni di servizi e forniture informatiche, i servizi di manutenzione e gli acquisti di materiali di consumo per determinate forniture/macchinari.

Quanto alla natura giuridica di tali linee guida, il parere ha ritenuto che appartengano al novero di quelle a carattere non vincolante, che hanno una funzione promozionale di buone prassi da parte delle stazioni appaltanti.

Invero, l'art. 63 del Codice costituisce disposizione completa che non rinvia ad atti attuativi. Le linee guida in esame, pertanto, adottate in virtù della previsione generale di cui all'art. 213, comma 2, del Codice, hanno lo scopo di fornire un indirizzo applicativo a fronte della rilevazione di una prassi di ricorso eccessivo alla procedura negoziata senza bando.

Lo stesso schema di linee guida, nella premessa, reca l'indicazione in ordine al carattere non vincolante delle stesse.

2.12. Procedure e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici, del programma biennale per l'acquisizione di forniture e servizi e dei relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali.

La Commissione ha reso il parere 27 luglio 2017, n. 1806 sullo schema di decreto sulle procedure e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici, del programma biennale per l'acquisizione di forniture e servizi e dei relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali.

Già un primo schema di decreto era stato sottoposto alla valutazione del Consiglio di Stato, che aveva reso il parere 13 febbraio 2017, n. 351. Il decreto che non è mai stato definitivamente approvato, anche in ragione delle novità legislative che stavano per intervenire, poi approvate con il primo correttivo al Codice dei contratti *ex d.lgs.* 19 aprile 2017, n. 56.

Con il cd. correttivo è stato aggiunto che, ai fini dell'inserimento nel programma triennale, le Amministrazioni aggiudicatrici approvano preventivamente, ove previsto, il documento di fattibilità delle alternative progettuali, di cui all'art. 23, comma 5, del Codice dei contratti.

Aggiungasi che il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali sono pubblicati sul profilo del committente, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dell'Osservatorio di cui all'art. 213 del Codice. Il parere ha ancora sottolineato che, con scelta condivisibile, il legislatore ha introdotto la trasparenza nella partecipazione di portatori di interessi e dibattito pubblico. L'art. 22 del nuovo Codice disciplina, infatti, il dibattito pubblico nella pianificazione e programmazione di lavori di rilevanza sociale e di impatto territoriale e sulle popolazioni ivi insediate. Tale previsione è considerata uno dei punti qualificanti del codice perché dà attuazione ai criteri direttivi di trasparenza e partecipazione previsti alle lett. ppp) e qq) dell'art. 1, comma 1, della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11. Il dibattito pubblico, che guarda chiaramente al modello francese del cd. *débat public*, permette ai cittadini di informarsi e di esprimere il proprio punto di vista sui grandi progetti organizzativi o di infrastruttura: l'obiettivo è ascoltare tutte le parti interessate, per arricchire lo schema iniziale del progetto di fattibilità e prevenire l'eventuale e futuro contenzioso.

La Commissione ha altresì ricordato che il Consiglio di Stato in sede consultiva (*ex multis*, pareri 10 marzo 2016, n. 764; 1 aprile 2016, n. 855; 15 aprile 2016, n. 929) ha più richiamato l'attenzione sulla necessità di introdurre misure finalizzate alla verifica *ex post* circa il conseguimento degli obiettivi sottesi alla scelta normativa adottata. Si tratta di una funzione cruciale dalla quale dipende l'effettivo successo dell'intero intervento di riforma, ivi compresa la drastica riduzione delle opere incompiute. È ormai chiaro che il lavoro di monitoraggio *ex post* è quasi più importante di quello di analisi *ex ante*. Non si può dare per scontato che una riforma ben scritta funzioni davvero; non si può trascurare ciò che a quella riforma accade dopo la sua entrata in vigore. Non di rado, essa può mancare i suoi obiettivi per ragioni apparentemente poco significative: ad esempio, perché necessita di una piccola correzione di tiro, che però nessuno rileva, o perché la prassi applicativa reintroduce silenziosamente ostacoli che di fatto ne vanificano il risultato. Occorre monitorare il funzionamento dei meccanismi introdotti, bisogna misurare i cambiamenti che si sono effettivamente verificati, occorre studiare prassi applicative e analizzarne gli effetti. Vero è che l'impostazione di massima dell'istituto (il quale prevede una programmazione triennale 'per scorri-

mento' con aggiornamenti annuali) postula – almeno in via implicita – forme di verifica circa lo stato di attuazione degli interventi programmati. Tuttavia, potrebbe essere opportuno esplicitare più chiaramente in che modo operino tali forme di verifica e in che modo esse si traducano non solo nella predisposizione e nell'aggiornamento degli strumenti di programmazione, ma pure nella sanzione (fosse anche a livello reputazionale) in caso di opere rimaste ingiustificatamente incompiute e di incapacità a rispettare i tempi previsti, ad esempio, per l'affidamento e l'esecuzione di un'opera. Va poi distinto il controllo sull'effettivo assolvimento da parte delle Amministrazioni degli obblighi connessi alla predisposizione e all'aggiornamento dei programmi, dall'accertamento delle cause per cui la normativa eventualmente mostri delle difficoltà di carattere applicativo.

La Commissione, fatte queste brevi premesse di carattere generale, è quindi passata all'esame dell'intero articolato, formulando parere favorevole con osservazioni.

2.13. Linee guida per l'iscrizione nell'elenco delle Amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*.

Con parere 5 settembre 2017, n. 1940 la Commissione speciale si è pronunciata sullo schema di linee guida per l'iscrizione nell'elenco delle Amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, previsto dall'art. 192, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Ha preliminarmente ricordato che l'Autorità Nazionale Anticorruzione aveva già trasmesso una precedente stesura delle Linee Guida al Consiglio di Stato, che si è espresso con il parere di Commissione speciale n. 282 del 1° febbraio 2017 n. 282. Oltre a recepire i rilievi formulati nel predetto parere n. 282 del 2017, l'Anac ha introdotto ulteriori aggiornamenti delle Linee guida, sia per tener conto modifiche normative apportate dal primo correttivo al Codice, approvato con d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, sia per apportare taluni accorgimenti procedurali utili per il miglior funzionamento del sistema di gestione dell'elenco.

Il parere ha esaminato l'intero articolato. Ha, in particolare, evidenziato, con riferimento alla “cancellazione dall'elenco e la revoca degli appalti”, che la precedente formulazione prevedeva che, dalla data di cancellazione dall'elenco, “[...] i contratti già aggiudicati devono essere revocati e affidati con le procedure di evidenza pubblica previste dal Codice. La continuità del servizio può essere garantita disponendo che, nelle more dello svolgimento delle procedure di gara, l'esecuzione del contratto prosegue da parte dell'organismo controllato”.

La Commissione speciale n. 282 del 2017 aveva rilevato che “[l]a disposizione [...] non gode della necessaria copertura legislativa. Il legislatore non assegna all'Anac un potere diretto di annullamento straordinario dell'affidamento disposto senza gara o di revoca dei contratti già stipulati, ma il diverso potere di raccomandazione, finalizzato alla rimozione dell'atto illegittimo da parte della Pubblica amministrazione che lo abbia adottato (art. 211, comma 2, del Codice dei contratti pubblici; sulla natura giuridica dell'istituto della raccomandazione, si rinvia al parere reso dalla Commissione speciale 28 dicembre 2016, n. 2777 sullo schema di regolamento di attuazione predisposto dall'Anac)”. E' stata quindi manifestata la necessità di eliminare il periodo e i

precetti che “trovano fondamento sull’atecnica e irrituale fattispecie di revoca del contratto ivi prevista, introducendo una norma che richiami il potere dell’Anac di verificare la sussistenza dei presupposti per l’adozione di una raccomandazione vincolante, ex art. 211, comma 2, del Codice, finalizzata all’eliminazione dell’affidamento *contra legem* ...”. Nelle more, il legislatore – facendo proprie le preoccupazioni espresse da questo Istituto con il parere n. 855 del 2016 – ha abrogato il cd. potere di raccomandazione vincolante (così l’art. 123, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 56 del 2017) e ha introdotto (con l’art. 52 *ter*, comma 1, d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2017, n. 50) all’art. 211 del Codice dei contratti pubblici i commi, da 1 *bis* a 1 *quater*, che, nella sostanza, legittimano l’Anac a ricorrere per l’impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Coerentemente con le nuove previsioni normative, le linee guida – riferite, rispettivamente, ai casi in cui l’Anac accerta l’assenza dei requisiti di legge che devono essere posseduti per l’iscrizione nell’Elenco e quelli in cui ne dispone la cancellazione per la sopravvenuta carenza di tali requisiti – sono state adeguate prevedendo, in luogo dell’esercizio del potere di raccomandazione vincolante (oramai abrogato), l’esercizio dei poteri di cui all’art. 211, commi 1 *bis* e 1 *ter*, del Codice dei contratti pubblici. Il potere di impugnativa, nella nuova formulazione delle Linee guida, è espressamente riferito “ai contratti già aggiudicati mediante il modulo dell’*in house providing*”.

Senonché, ad avviso della Commissione speciale, appare più conforme al sistema di riparto vigente che l’oggetto della impugnazione sia l’atto amministrativo di affidamento diretto della concessione o dell’appalto pubblico – la norma, del resto, nello specificare gli atti impugnabili dall’Anac, fa riferimento, infatti, ai bandi, agli altri atti generali, insieme ai provvedimenti singolari – e che la patologia del contratto resti disciplinata secondo la tassonomia prefigurata dalle apposite norme in tema di risoluzione (art. 108 del Codice), recesso (art. 109 del Codice) e inefficacia (art. 121 c.p.a.). Il parere conclude nel senso che va, invece, rimessa alla giurisprudenza l’individuazione, caso per caso, delle condizioni in presenza delle quali l’Anac potrà ottenere l’invalidazione o la dichiarazione di inefficacia del contratto.

2.14. Linee guida che aggiornano le precedenti linee guida di nomina, ruolo e compiti del Responsabile unico del procedimento.

La Commissione speciale ha reso il parere 25 settembre 2017, n. 2040 sullo schema di linee guida Anac che aggiornano le precedenti linee guida (n. 3 del 26 ottobre 2016) di nomina, ruolo e compiti del Responsabile unico del procedimento, a seguito dell’intervento del primo decreto correttivo al Codice, approvato con d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, il quale ha apportato in tema di disciplina del ruolo e delle funzioni del RUP (art. 31) un numero limitato di modifiche, di contenuto – però – piuttosto significativo. Resta confermata l’assoluta centralità del ruolo del RUP nell’ambito dell’intero ciclo dell’appalto, nonché le cruciali funzioni di garanzia, di trasparenza e di efficacia dell’azione amministrativa che ne ispirano la disciplina codicistica. In primo luogo, è stata precisata la disciplina relativa al momento di nomina del RUP, chiarendo che

l'individuazione debba avvenire "nell'atto di adozione o di aggiornamento dei programmi di cui all'art. 21, comma 1, ovvero nell'atto di avvio relativo ad ogni singolo intervento per le esigenze non incluse in programmazione". E' stato altresì opportunamente precisato che la sostituzione del RUP individuato nella programmazione di cui all'art. 21, comma 1, non comporta modifiche alla stessa. In secondo luogo sono state apportate alcune significative modifiche alla disposizione che legittima l'Anac all'adozione delle linee guida in esame, almeno nella parte in cui esse assumono valenza vincolante. Sotto tale aspetto il decreto correttivo ha innanzitutto corretto la non perspicua *littera legis* per ciò che riguarda la qualificazione stessa dell'atto di regolazione subprimaria in esame, che ora viene correttamente ricondotto all'ambito delle linee guida. Con tale modifica il Legislatore del correttivo ha inoltre provveduto a fornire un più solido fondamento normativo alle parti delle linee guida n. 3 del 26 ottobre 2016, che esulavano dalla tassativa indicazione dei (tre) ambiti ai quali il Legislatore del 2016 aveva limitato tale intervento di regolazione subprimaria.

In particolare, a seguito del 'correttivo' rinvencono un'espressa copertura legislativa le previsioni delle linee guida riferite ai presupposti della nomina e alle relative modalità. Ne consegue che le previsioni già recate dalle linee guida n. 3 del 26 ottobre 2016 su tali ulteriori ambiti disciplinari perdono la loro valenza non vincolante (ai sensi dell'art. 213, comma 2, del Codice) e vengono ascritte a pieno titolo - a decorrere dall'entrata in vigore dell'aggiornamento in esame - all'ambito delle linee guida di contenuto vincolante.

E' stato ancora osservato che nella maggior parte dei casi gli aggiornamenti di cui allo schema di linee guida in oggetto derivano dalle modifiche apportate al testo dell'art. 31 ad opera del 'decreto correttivo'. In alcuni casi, però, il testo aggiornato ha proceduto a rimodulazioni della precedente disciplina in assenza di modifiche della normativa primaria di riferimento (come nel caso dei requisiti di professionalità del RUP per appalti e concessioni di lavori per importi compresi fra 150 mila euro e un milione di euro). La Commissione ha peraltro ritenuto che l'introduzione di tali ulteriori rimodulazioni del contenuto delle linee guida non risulti precluso, trattandosi comunque di legittimo (ri-)esercizio del potere di regolazione subprimaria demandato all'Anac.

2.15. Linee guida Anac sull'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice dei contratti pubblici.

La Commissione speciale ha reso il parere n. 2042 del 25 settembre 2017 sullo schema di linee guida sull'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

La Commissione ha principiato ricordando che l'ipotesi di esclusione per "grave illecito professionale", di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), richiede che la sussistenza del presupposto, in presenza del quale deve essere disposta l'esclusione, debba essere valutato dalla stazione appaltante nell'esercizio della propria discrezionalità. In altri ter-

mini, se l'esclusione per grave illecito professionale costituisce atto vincolato, l'accertamento del relativo presupposto necessita di una adeguata valutazione e di una congrua motivazione da parte della stazione appaltante. Infatti, la circostanza che l'operatore economico si sia reso "colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità", costituisce un tipico concetto giuridico indeterminato e la categoria dei concetti giuridici a contenuto indeterminato attiene ad una particolare tecnica legislativa nella quale, per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici. Di talché, è solo la valutazione della stazione appaltante che potrà ritenere sussunta la fattispecie concreta nel concetto di grave illecito professionale descritto in astratto dalla norma.

Ha quindi rilevato che, fermo restando che la condanna con sentenza definitiva, il decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o la sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. per taluno di questi delitti determina l'automatica esclusione dell'operatore economico dalla gara, nel senso che la stazione appaltante non può compiere alcuna autonoma valutazione, ma deve senz'altro procedere all'esclusione ai sensi della lett. b) del comma 1 dell'art. 80 del Codice dei contratti - sarebbe opportuno specificare che la condanna non definitiva per taluno di questi reati può acquisire rilevanza quale "illecito professionale grave" e, quindi, come motivo di esclusione ai sensi ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c). Va da sé che, nell'ipotesi di condanna non definitiva, la stazione appaltante, in assenza dell'automatismo esistente ove la condanna sia definitiva, deve valutare se il fatto sia tale da rendere dubbia l'integrità o affidabilità dell'operatore economico e, in ragione di tale valutazione, deve motivare adeguatamente l'eventuale esclusione dalla gara.

2.16. Linee guida Anac relative a criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici.

La Commissione speciale ha reso il parere 19 ottobre 2017, n. 2163 sullo schema di linee guida relative a criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici. In effetti la Commissione speciale si era già espressa, con parere 14 settembre 2016, n. 1919, sull'iniziale schema di provvedimento predisposto dall'Autorità. Il nuovo intervento è giustificato in ragione delle modifiche recate alla fonte primaria di autorizzazione all'adozione delle Linee guida dal primo correttivo al codice dei contratti, approvato con d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

La Commissione ha ribadito l'opportunità, già segnalata con il parere n. 1919 del 2016, di articolare la composizione dell'Albo in modo da separare gli esperti "esterni" dagli esperti "interni" alle stazioni appaltanti, nonché di creare un'area dedicata agli esperti che operano in delicati e specifici settori, quale è quello, ad esempio, della sicurezza pubblica. Questa esigenza assume ancora di più rilevanza in quanto, come si dirà oltre, il decreto correttivo ha dettato una particolare disciplina in presenza di

contratti per i servizi e le forniture di elevato contenuto scientifico, tecnologico o innovativo, che possono essere affidati ad “esperti interni” alla stazione appaltante.

Il parere ricorda altresì come era già stata sottolineata l’opportunità di prevedere, nelle linee guida, l’obbligo, per le stazioni appaltanti, di comunicare il compenso dei singoli commissari e il costo complessivo, sostenuto dall’Amministrazione, connesso alla procedura di nomina. A tale proposito, l’art. 77, comma 10, del Codice dispone che la tariffa di iscrizione all’Albo e il compenso massimo per i commissari è stabilito con “decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministero dell’economia e delle finanze, sentita l’Anac”. La Commissione speciale ha quindi messo in rilievo la necessità che il suddetto decreto ministeriale venga adottato in tempi brevi, in quanto la determinazione del compenso costituisce un elemento essenziale del conferimento dell’incarico, con la conseguenza che un ritardo nella predisposizione delle tabelle potrebbe impedire l’entrata in vigore dell’intera disciplina in esame. Il presente parere viene trasmesso, pertanto, anche al competente Ministero.

Le linee guida disciplinano anche gli aspetti relativi alla copertura assicurativa. Recedendo i rilievi formulati con il parere n. 1919 del 2016 l’Autorità ha chiarito che l’obbligo della suddetta copertura deve essere disposto a favore delle sole Amministrazioni per conto delle quali si svolge l’incarico di commissario, e non anche a favore di terzi. La questione, ha evidenziato la Commissione speciale, che resta aperta, attiene alla necessità di prevedere tale obbligo assicurativo anche a favore dei dipendenti selezionati come commissari della propria Amministrazione. La scelta dell’Anac è stata quella di non imporre tale obbligo per evitare di fare gravare sui commissari “interni” un costo eccessivo per lo svolgimento di un’attività per la quale non è prevista la corresponsione di un compenso. La Commissione speciale, pur ritenendo corretta la scelta effettuata, ritiene che sarebbe opportuno che siano le stesse stazioni appaltanti a farsi carico dei costi derivanti dalla copertura assicurativa o da altre analoghe misure. Il meccanismo, che presiede al sistema di responsabilità dell’Amministrazione aggiudicatrice, è tale per cui il terzo danneggiato può rivolgersi, per ottenere il risarcimento del danno, direttamente all’Amministrazione o al dipendente. Il singolo commissario è, pertanto, esposto ad un’azione di responsabilità diretta per danni conseguenti all’attività da esso posta in essere per la quale non opera il sistema assicurativo ovvero ad un’azione di responsabilità indiretta quale conseguenza di un’azione di rivalsa da parte dell’Amministrazione per gli eventuali danni erariali subiti per avere dovuto corrispondere al terzo danneggiato, che si sia rivolto direttamente alla stazione appaltante, una somma a titolo di risarcimento del danno. Orbene, in questi casi sarebbe opportuno che le singole Amministrazioni stipulassero un contratto di assicurazione in modo da evitare che sia il dipendente, per il quale non è previsto alcun compenso “aggiuntivo”, a subire le conseguenze negative sul piano economico per l’attività posta in essere per conto dell’Amministrazione aggiudicatrice di appartenenza.

2.17. Linee guida Anac di aggiornamento delle linee guida n. 1, sull’affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria.

La Commissione speciale ha reso il parere 22 dicembre 2017, n. 2698 sullo schema di delibera di aggiornamento delle linee guida n. 1, recanti “Indirizzi generali sull’affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria”. L’aggiornamento deriva dalla duplice esigenza di adeguare le linee guida al decreto correttivo del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56) e di dare risposta a richieste di chiarimenti provenienti dagli operatori del settore.

La Commissione ha reso, nel complesso, parere favorevole sulle singole disposizioni, con alcune osservazioni.

Ha invece ritenuto che non sia legittima la modifica introdotta nella parte relativa alle “Indicazioni operative” relative all’affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria, laddove si prevede che l’Amministrazione “può ricorrere” alle professionalità interne per i lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, paesaggistico, agronomico e forestale, storico-artistico, conservativo e tecnologico, ai sensi dell’art. 23, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. La norma primaria contenuta in tale disposizione, non modificata dal correttivo, si esprime in termini di obbligatorietà dell’utilizzo dei progettisti interni alle Amministrazioni, come si desume dall’uso dell’indicativo “ricorrono”, anziché in termini di facoltà, come invece pare doversi evincere dalla modifica in esame. Non appare, ad avviso della Commissione, condivisibile la spiegazione fornita nella relazione illustrativa a proposito di tale innovazione, e cioè i rischi – segnalati dagli *stakeholders* – di possibili interpretazioni “non in linea con il dettato normativo”, tendenti in particolare all’affidamento dei servizi in via prioritaria a progettisti interni all’Amministrazione e a quelli esterni solo in caso di assenza di adeguate professionalità. In contrario a quanto si assume sul punto va, infatti, sottolineato che la preferenza verso l’affidamento della progettazione all’interno dell’Amministrazione è una diretta conseguenza della scelta del legislatore, a sua volta rispondente all’esigenza di ordine imperativo che nelle scelte adottate in sede di progettazione delle opere pubbliche sia assicurato in massimo grado l’interesse generale.

Non si ravvisano dunque i presupposti per possibili interpretazioni difformi dalla norma primaria, atteso che la precedente formulazione era perfettamente in linea con quest’ultima. La Commissione speciale ha dunque concluso segnalando la necessità di mantenere inalterate, *in parte qua*, le linee guida.

3. Questioni di rilevante impatto sociale.

3.1. Obbligatorietà del vaccino per gli alunni delle scuole per l’infanzia.

In risposta a un quesito del Presidente della Regione Veneto, la Commissione speciale, con il parere 26 settembre 2017, n. 2065, ha dato l’interpretazione degli artt. 3 e 3 *bis*, l. 31 luglio 2017, n. 119 (Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale), di conversione, con modificazioni, del d.l. 7 giugno 2017, n. 73, in ordine all’applicazione delle sanzioni a carico dei genitori, dei tutori o comunque delle figure esercenti la potestà parentale dei bambini che frequentano le scuole d’infanzia o che ricevono servizi educativi per l’infanzia, ivi inclusi quelli privati non paritari, e con particolare riguardo alle determinazioni conseguenti alla mancata presentazione della documentazione che dimostri l’adempimento agli obblighi vaccinali per i minori da zero a sedici anni di età previsto dalla predetta legge.

Ha chiarito la Sezione che sulla questione è insorto un contrasto tra la Regione e i Ministeri della salute e dell'istruzione, dell'università e della ricerca (d'ora in poi: i Ministeri), in ordine all'applicazione degli artt. 3, comma 3, e 3 *bis*, comma 5, d.l. n. 73 del 2017. In particolare, il Presidente ritiene che le previsioni sopra richiamate non si prestino a un'esegesi univoca e che occorra un chiarimento in merito alle conseguenze della mancata presentazione della documentazione che dimostri l'avvenuto adempimento agli obblighi vaccinali. Più in dettaglio, il Presidente ha chiesto a questo Consiglio di precisare, sulla base dell'interpretazione del plesso normativo sopra richiamato, se già con decorrenza dall'anno scolastico corrente, ossia dall'anno scolastico 2017/2018, si debba ritenere preclusa la frequenza scolastica ai minori i cui rappresentanti legali, ancorché tenuti a dimostrare nei modi e nei tempi stabiliti dalla fonte primaria l'avvenuto adempimento dell'obbligo vaccinale, non abbiano presentato la documentazione occorrente.

Il dubbio ermeneutico oggetto del quesito poggia sulla considerazione che i Ministeri, con circolare congiunta del 1° settembre 2017, hanno diramato indicazioni operative per l'attuazione del citato d.l. n. 73 del 2017 con le quali si è previsto che i minori, i cui genitori (o tutori o affidatari) non abbiano presentato entro l'11 settembre 2017 la documentazione prescritta, non possano frequentare i servizi educativi per l'infanzia né le scuole dell'infanzia, pur rimanendo comunque iscritti, con possibilità di essere nuovamente ammessi ai servizi stessi, una volta assolto l'obbligo di presentare la ridetta documentazione.

In difformità rispetto a quanto stabilito con la predetta circolare congiunta, nella Regione Veneto si è disposto, con atto amministrativo a carattere generale, che nell'anno scolastico 2017/2018, ai bambini già iscritti si applichi un "regime transitorio", senza preclusione della frequenza fino all'anno scolastico 2019/2020 anche in mancanza di prova documentale dell'avvenuto adempimento dell'obbligo vaccinale. Secondo tale ricostruzione, il comma 5 dell'art. 3 *bis* prevedrebbe la decadenza dall'iscrizione, quale conseguenza della mancata presentazione della surricordata documentazione, soltanto a decorrere dall'anno scolastico 2019/2020.

Sostiene il Presidente della Regione Veneto che la riferita interpretazione applicativa del combinato disposto degli artt. 3 e 3 *bis*, d.l. n. 73 del 2017 sia quella corretta dal momento che, diversamente opinando, si determinerebbe l'esito paradossale di impedire la frequenza a bambini già iscritti e considerati tali (ossia, come iscritti) ai fini dell'erogazione dei servizi e della programmazione scolastica.

La Commissione Speciale ha espresso innanzi tutto l'avviso che l'approdo a questo Consiglio della vicenda sopra tratteggiata rappresenti un esempio virtuoso di gestione dei conflitti, effettivi o potenziali, tra le Amministrazioni della Repubblica. Il clamore mediatico che ancor oggi accompagna le, talora vibrante, contestazioni dell'obbligo vaccinale non deve infatti oscurare, sul versante strettamente amministrativo, l'importanza della scelta di sana e prudente gestione degli interessi pubblici compiuta dal Presidente della Regione Veneto.

Con precipuo riferimento al quesito sottoposto, la Commissione speciale ha affermato che le vicende della copertura vaccinale vanno esaminate proprio sul versante della loro dimensione solidaristica e di fattore primario di eguaglianza sostanziale.

Ha ritenuto che la previsione della copertura vaccinale sia funzionale all'adempimento di un generale dovere di solidarietà che pervade e innerva tutti i rapporti sociali e giuridici. Senza entrare in valutazioni di carattere epidemiologico che dovrebbe essere riservate agli esperti (e che certamente non spettano ai giuristi), risulta infatti

evidente - sulla base delle acquisizioni della migliore scienza medica e delle raccomandazioni delle organizzazioni internazionali - che soltanto la più ampia vaccinazione dei bambini costituisca misura idonea e proporzionata a garantire la salute di altri bambini e che solo la vaccinazione permetta di proteggere, proprio grazie al raggiungimento dell'obiettivo dell'immunità di gregge, la salute delle fasce più deboli, ossia di coloro che, per particolari ragioni di ordine sanitario, non possano vaccinarsi. Porre ostacoli di qualunque genere alla vaccinazione (la cui "appropriatezza" sia riconosciuta dalla più accreditata scienza medico-legale e dalle autorità pubbliche, legislative o amministrative, a ciò deputate) può risolversi in un pregiudizio per il singolo individuo non vaccinato, ma soprattutto vulnera immediatamente l'interesse collettivo, giacché rischia di ledere, talora irreparabilmente, la salute di altri soggetti deboli.

Del resto lo stesso art. 32 Cost. enfatizza la dimensione solidaristica del diritto alla salute e il tema del possibile conflitto tra diritto individuale e interesse collettivo nell'ambito delle vaccinazioni obbligatorie è stato approfondito dalla Corte costituzionale (tra l'altro, nelle sentenze del 22 giugno 1990, n. 307, del 23 giugno 1994, n. 258 e del 18 aprile 1996, n. 118). Si è infatti affermato (sent. n. 258 del 23 giugno 1994) che: «...la norma del citato art. 32 Cost. postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto negativo di non assoggettabilità a trattamenti sanitari non richiesti od accettati) con il coesistente e reciproco diritto di ciascun individuo (sent. n. 218 del 1994) e con la salute della collettività (sent. n. 307 del 1990); nonché, nel caso in particolare di vaccinazioni obbligatorie, "con l'interesse del bambino", che esige "tutela anche nei confronti dei genitori che non adempiono ai compiti inerenti alla cura del minore" (sent. n. 132 del 1992). Su questa linea si è ulteriormente precisato che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.: a) "se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale (sent. n. 307 del 1990); b) se vi sia "la previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario e, pertanto, tollerabili" (sent. n. 307 del 1990); c) se nell'ipotesi di danno ulteriore alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio - ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica - sia prevista comunque la corresponsione di una "equa indennità" in favore del danneggiato (sent. n. 307 del 1992 cit. e v. ... l. 25 febbraio 1992, n. 210). E ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria, la quale "trova applicazione tutte le volte che le concrete forme di attuazione della legge impositiva del trattamento o di esecuzione materiale di esso non siano accompagnate dalle cautele o condotte secondo le modalità che lo stato delle conoscenze scientifiche e l'arte prescrivono in relazione alla sua natura" (sulla base dei titoli soggettivi di imputazione e con gli effetti risarcitori pieni previsti dall'art. 2043 c.c.: sent. n. 307 del 1990 cit.).»

La Costituzione, dunque, contrariamente a quanto divisato dai sostenitori di alcune interpretazioni riduzionistiche del diritto alla salute, non riconosce un'incondizionata e assoluta libertà di non curarsi o di non essere sottoposti a trattamenti sanitari obbligatori (anche in relazione a terapie preventive quali sono i vaccini), per la semplice ra-

gione che, soprattutto nelle patologie ad alta diffusività, una cura sbagliata o la decisione individuale di non curarsi può danneggiare la salute di molti altri esseri umani e, in particolare, la salute dei più deboli, ossia dei bambini e di chi è già ammalato. Ha ancora ricordato la Commissione speciale che ai sensi dell'art. 32 (secondo cui "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.") la salute non è solo oggetto di un diritto, ma è anche un interesse della collettività; sicché, come ricordato dalla Corte costituzionale nella sentenza del 2 giugno 1994, n. 218, la tutela della salute implica anche il "dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri"; il tutto nel rispetto del limite della normale tollerabilità delle conseguenze per chi sia soggetto a "determinati" trattamenti sanitari imposti per legge (e solo per legge, stante la relativa riserva) e sulla base di un rapporto di proporzionalità con le esigenze di tutela della salute altrui. Invero, tali simmetriche posizioni di diritto e dovere "... dei singoli si contemperano ulteriormente con gli interessi essenziali della comunità, che possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o prevedere la soggezione di essa ad oneri particolari. Situazioni di questo tipo sono evidenti nel caso delle malattie infettive e contagiose ... Salvaguardata in ogni caso la dignità della persona, ..., l'art. 32 Cost. prevede un contemperamento del coesistente diritto alla salute di ciascun individuo; implica inoltre il bilanciamento di tale diritto con il dovere di tutelare il diritto dei terzi che vengono in necessario contatto con la persona per attività che comportino un serio rischio, non volontariamente assunto, di contagio." (sent. n. 218 del 1994).

Sulla base di tale disposto costituzionale, dunque, la copertura vaccinale può non essere oggetto dell'interesse di un singolo individuo, ma sicuramente è d'interesse primario della collettività e la sua obbligatorietà – funzionale all'attuazione del fondamentale dovere di solidarietà rispetto alla tutela dell'altrui integrità fisica – può essere imposta ai cittadini dalla legge, con sanzioni proporzionate e forme di coazione indiretta variamente configurate, fermo restando il dovere della Repubblica (anch'esso fondato sul dovere di solidarietà) di indennizzare adeguatamente i pochi soggetti che dovessero essere danneggiati dalla somministrazione del vaccino (e a ciò provvede la l. n. 210 del 1992) e di risarcire i medesimi soggetti, qualora il pregiudizio a costoro cagionato dipenda da colpa dell'Amministrazione.

La mancata considerazione di siffatto dovere di solidarietà rischierebbe, peraltro, di minare alla base anche l'eguaglianza sostanziale tra i cittadini sulla quale poggia la stessa democrazia repubblicana, atteso che i bambini, costretti a frequentare classi in cui sia bassa l'immunità di gregge, potrebbero essere esposti a pericoli per la loro salute, rischi ai quali invece non andrebbero incontro bambini appartenenti a famiglie stanziate in altre parti del territorio nazionale. La discriminazione tra bambini e bambini, tra cittadini sani e cittadini deboli, non potrebbe essere più eclatante. Il servizio sanitario e il servizio scolastico, da chiunque gestiti, debbono quindi garantire alti e omogenei livelli di copertura vaccinale in tutto il Paese, dal momento che la stessa ragion d'essere di tali servizi è quella di rendere effettivi, all'insegna del buon andamento amministrativo e della leale collaborazione tra i vari livelli di governo, i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione e, tra questi, in primo luogo il diritto alla vita

e alla salute, quali indefettibili precondizioni per un pieno sviluppo della persona umana, pure in quella particolare formazione sociale che è la scuola.

Come si è detto, l'art. 32 Cost. assegna alla Repubblica il compito, da attuare in via legislativa e amministrativa, di tutelare la salute. Tale compito è essenzialmente ripartito tra lo Stato e le Regioni, posto che la "tutela della salute" rientra nell'elenco di materie che l'art. 117, comma 3, Cost. assegna alla potestà legislativa concorrente delle Regioni, conservando tuttavia allo Stato la fissazione dei principi fondamentali. Inoltre il medesimo compito di tutela è altresì riconducibile, per taluni aspetti, alla sola potestà legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dello stesso art. 117, comma 2, lett. m) e q), allorché si tratti di assicurare la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" o di disporre in tema di "profilassi internazionale".

Prescindendo in questa sede dalle competenze esclusive dello Stato in materia di ambiente (di cui all'art. 117, comma 2, lett. s), Cost.), che pure interferiscono con quelle in tema di tutela della salute (sotto il profilo dell'esistenza di diritto a un ambiente salubre), la Commissione speciale ha ritenuto che le norme di legge sulle vaccinazioni obbligatorie (e, comunque, quelle relative all'individuazione di tali vaccinazioni) siano ascrivibili al novero dei principi fondamentali alla cui osservanza è tenuta la legislazione regionale concorrente sia, soprattutto, all'ambito della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni socio-sanitarie che, per le elementari esigenze di uguaglianza prima ricordate, debbono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, nel rispetto degli obblighi internazionali relativi alla profilassi (anch'essi poggiati sulla solidarietà tra gli Stati e le popolazioni di altri Paesi).

Non confligge con il quadro appena delineato - e, anzi, lo rafforza - il principio di precauzione applicato al settore della salute. Il principio di precauzione non vive, infatti, in una dimensione prevalentemente assiologica (esso cioè non presuppone una precisa scelta di valori-fine) né opera in un'unica direzione (segnatamente, in quella dell'interdizione delle decisioni pubbliche "rischiose"). Al contrario, il principio di precauzione vige in una dimensione essenzialmente metodologica ed è bidirezionale. Non a caso è stato sostenuto in dottrina che il principio di precauzione non offra "regole per decidere", ma soltanto "regole per procedere", poiché permette di individuare il percorso di procedimentalizzazione delle decisioni delle autorità pubbliche in situazioni di incertezza, consentendo una gestione collettiva del rischio. In altri termini, il principio di precauzione non obbliga affatto alla scelta del "rischio zero", semmai impone al decisore pubblico (legislatore o amministratore), in contesti determinati, di prediligere, tra le plurime ipotizzabili, la soluzione che renda possibile il bilanciamento tra la minimizzazione dei rischi e la massimizzazione dei vantaggi, attraverso l'individuazione, sulla base di un test di proporzionalità, di una soglia di pericolo accettabile; la selezione di tale soglia, tuttavia, può compiersi unicamente sulla base di una conoscenza completa e, soprattutto, accreditata dalla migliore scienza disponibile. Sicché il principio di precauzione può, talora, condurre le autorità pubbliche a non agire oppure, in altri casi, può spingerle ad attivarsi, adottando misure proporzionate al livello di protezione prescelto (cioè adeguate rispetto alla soglia di pericolo accettabile). Che questa sia l'interpretazione corretta del principio di precauzione è confermato dalla giurisprudenza amministrativa nazionale, che si è occupata del tema (tra i molti precedenti, si richiama la sentenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana 3 settembre 2015, n. 581) e, specialmente, dalla comunicazione interpretativa della Commissione europea del 2 febbraio 2000 - COM/2000/01 def.

(va ricordato infatti che il principio di precauzione è di origine internazionale e sovranazionale), nella quale si è chiarito che “(l’)attuazione di una strategia basata sul principio di precauzione dovrebbe iniziare con una valutazione scientifica, quanto più possibile completa, identificando, ove possibile, in ciascuna fase il grado d’incertezza scientifica.”.

A quello di precauzione si accompagna poi il principio di prevenzione, atteso che la massima efficacia della minimizzazione del rischio, nei sensi sopra indicati, si ottiene, in genere, attraverso un intervento sulle cause della possibile insorgenza del pericolo. Ebbene, non vi è dubbio che il sistema della vaccinazioni obbligatorie sia informato anche a questo principio giuridico, complementare a quello di precauzione e altrettanto rilevante.

Tutto ciò chiarito, la Commissione speciale ha concluso che, al cospetto dei profili costituzionali sopra esaminati, si presentino inconferenti e non assumano rilievo, perché recessivi rispetto alla tutela della salute pubblica, gli argomenti di natura “civiltistica” volti a valorizzare l’interesse economico dei genitori dei bambini non vaccinati a non sostenere inutilmente l’onere economico di rette scolastiche e pure l’interesse a far frequentare ai propri figli un determinato istituto scolastico privato.

3.2. Regolamento in materia di accesso al pensionamento anticipato per i lavoratori precoci.

La Commissione speciale ha reso il parere 28 aprile 2017, n. 961 sullo schema di regolamento adottato ai sensi dell’art. 1, commi 199 a 205, l. 11 dicembre 2016, n. 232, in materia di accesso al pensionamento anticipato per i lavoratori cd. precoci, mediante la riduzione del requisito contributivo.

Attraverso l’art. 1, commi da 199 a 205, l. n. 232 del 2016, si è prevista la riduzione del requisito contributivo, e la conseguente anticipazione del trattamento pensionistico a far data dal 1° maggio 2017, per talune categorie di soggetti indicate al comma 199, tutti accomunati dall’essere lavoratori precoci, ovvero lavoratori che hanno cominciato a lavorare almeno da un anno prima del raggiungimento del diciannovesimo anno di età. L’anticipazione si realizza rispetto al requisito contributivo stabilito con il d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, il cui art. 24, com’è noto, ha riformato radicalmente il sistema pensionistico, abolendo la pensione di anzianità e prevedendo la possibilità di accedere, in alternativa a quella di vecchiaia, alla pensione anticipata, indipendentemente dall’età anagrafica, in presenza del requisito contributivo di 42 anni e un mese per gli uomini e di 41 anni e un mese per le donne. Tali soglie, per effetto degli aumenti già programmati per il 2013 ed il 2014, nonché in relazione all’adeguamento della speranza di vita (che finora era stata sempre crescente), sono ad oggi fissate a 42 anni e 10 mesi per gli uomini e a 41 anni e 10 mesi per le donne. Sicché, in ultima analisi, la misura in esame si traduce in una riduzione del requisito contributivo e nella conseguente anticipazione della pensione nell’ordine di un anno e dieci mesi per gli uomini e di dieci mesi per le donne.

A differenza di quanto previsto in materia di APE sociale, la misura oggetto del presente parere non è sperimentale, ma a regime.

Sono tuttavia fissati precisi limiti di spesa, il che ha reso necessario prevedere altresì criteri di priorità, di due tipi, in ordine successivo: il primo, legato alla data di raggiungimento del requisito contributivo; il secondo, che scatta a parità di tale momento, legato a sua volta alla data di presentazione della domanda di accesso al beneficio.

Il comma 202 dell'art. 1 demanda ad un d.P.C.M., da adottarsi entro 60 giorni dall'entrata in vigore della legge (termine già ampiamente trascorso), il compito di disciplinare le modalità di attuazione delle previsioni di legge, avuto riguardo ad una serie di elementi, la maggior parte dei quali di carattere procedurale, relativi: a) alla determinazione delle caratteristiche specifiche delle attività lavorative di cui al comma 199, lett. d); b) alle procedure per l'accertamento delle condizioni per l'accesso al beneficio di cui ai commi da 199 a 205 e alla relativa documentazione da presentare a tali fini; c) all'attività di monitoraggio e alla procedura di cui al comma 203 del presente articolo, da effettuare con il procedimento di cui all'art. 14, l. 7 agosto 1990, n. 241; d) alle comunicazioni che l'ente previdenziale, erogatore del trattamento pensionistico, fornisce all'interessato in esito alla presentazione della domanda di accesso al beneficio; e) alla predisposizione dei criteri da seguire nello svolgimento dell'attività di verifica ispettiva da parte del personale ispettivo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nonché degli enti che gestiscono forme di assicurazione obbligatoria; f) alle modalità di utilizzo da parte dell'ente previdenziale delle informazioni relative alla dimensione, all'assetto organizzativo dell'azienda e alle tipologie di lavorazioni aziendali, anche come risultanti dall'analisi dei dati amministrativi in possesso degli enti previdenziali, ivi compresi quelli assicuratori nei confronti degli infortuni sul lavoro; g) all'individuazione dei criteri di priorità di cui al comma 203; h) alle forme e modalità di collaborazione tra enti che gestiscono forme di assicurazione obbligatoria, con particolare riferimento allo scambio di dati ed elementi conoscitivi in ordine alle tipologie di lavoratori interessati.

Ha osservato la Commissione speciale che lo schema di regolamento tende talvolta a riprodurre integralmente il testo della legge, ripetendone in particolare l'individuazione dei soggetti beneficiari, sebbene con alcune integrazioni che saranno esaminate nel prosieguo; altre volte, per gli aspetti più propriamente attuativi, a fare invece rinvio ad ulteriori atti di definizione del procedimento istruttorio, quali un "Protocollo predisposto congiuntamente da Ministro del lavoro e delle politiche sociali, INPS, INAIL, ANPAL ed Ispettorato nazionale del lavoro".

Mentre, nel primo caso, ci si allontana dalla regola che vieta di ripetere a livello regolamentare quello che già è prescritto sul piano legislativo (Cons. St., comm. spec., 30 gennaio 2017, n. 263), nel secondo caso, invece, si rischia di non dare pieno corso e contenuto esattamente conoscibile ai criteri dettati dalla fonte primaria, rimettendo a fonti non regolamentari aspetti non secondari della disciplina dell'istituto.

Con riferimento al primo profilo, la clonazione di una norma primaria in una fonte di rango secondario è contraria ai canoni di semplificazione, riduzione dello *stock* normativo, certezza del diritto, che costituiscono principi portanti della legge delega n. 11 del 2016, espressamente enunciati come "drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti e un più elevato livello di certezza del diritto", e di "semplificazione e riordino del quadro normativo vigente" (art. 1, comma 1, lett. d) ed e).

In secondo luogo, la duplicazione di fonti normative a differenti livelli di gerarchia rende confuso il quadro regolatorio complessivo e ne rende, quindi, difficoltosa la ricostruzione da parte degli operatori del settore e degli interpreti.

In terzo luogo, potrebbe essere vanificata l'abrogazione della norma primaria disposta da successivi interventi legislativi sul codice se questi non disponessero contestualmente l'abrogazione della corrispondente norma regolamentare.

Il parere ha inoltre individuato modalità, anche procedurali, in grado di assicurare l'immediata operatività di tali misure e il rispetto del termine di legge del 1° maggio 2017, a tutela dei diritti dei destinatari. Si è cercato di semplificare l'accesso ai benefici, limitando gli adempimenti formali a quelli effettivamente necessari.

A tal fine, in entrambi i pareri si è quindi cercato di semplificare l'accesso ai benefici, dispensando i richiedenti dall'adempimento di oneri formali non strettamente giustificati e dall'osservanza di termini troppo gravosi, senza per questo trascurare la necessità che sia assicurato un controllo serio sull'effettivo possesso dei requisiti e realizzato, più in generale, il costante monitoraggio delle domande per verificare il corretto ed effettivo utilizzo delle risorse di bilancio stanziato.

3.3. Regolamento in materia di APE sociale.

La Commissione speciale ha reso il parere 28 aprile 2017, n. 960 sullo schema di regolamento, adottato ai sensi dell'art. 1, commi 179-186, l. 11 dicembre 2016, n. 232, che dà attuazione a recenti misure legislative, attese da tempo e di forte impatto sociale, concernenti il riconoscimento in via sperimentale per talune categorie di lavoratori di una particolare indennità sino al raggiungimento dell'età anagrafica richiesta per la pensione di vecchiaia.

Il parere ha individuato modalità, anche procedurali, in grado di assicurare l'immediata operatività di tali misure e il rispetto del termine di legge del 1° maggio 2017, a tutela dei diritti dei destinatari.

A tal fine si è quindi cercato di semplificare l'accesso ai benefici, dispensando i richiedenti dall'adempimento di oneri formali non strettamente giustificati e dall'osservanza di termini troppo gravosi, senza per questo trascurare la necessità che sia assicurato un controllo serio sull'effettivo possesso dei requisiti e realizzato, più in generale, il costante monitoraggio delle domande per verificare il corretto ed effettivo utilizzo delle risorse di bilancio stanziato.

3.4. Regolamento in materia di APE volontario.

La Commissione speciale ha reso il parere 21 luglio 2017, n. 1710 sullo schema di regolamento di attuazione dell'art. 1, commi da 166 a 178, l. 11 dicembre 2016, n. 232, che istituisce, a decorrere dal 1° maggio 2017, in via sperimentale fino al 31 dicembre 2018, l'anticipo finanziario a garanzia pensionistica ("APE volontario").

Questo parere segue quelli, resi nel mese di aprile, in materia di APE sociale e in materia di accesso al pensionamento anticipato dei lavoratori cd. precoci.

Il Consiglio di Stato ha apprezzato, innanzitutto, lo spirito dell'intervento normativo, il quale si inserisce in un più vasto programma volto a risolvere le criticità constatate, anche con riferimento al contesto internazionale ed europeo, all'indomani del d.l. n.

201 del 2011 (cd. “Riforma Fornero”), che ha profondamente inciso sul sistema previdenziale italiano. L’APE volontario rappresenta un’ulteriore risposta (dopo l’APE sociale e l’APE per i lavoratori precoci) alle suddette criticità, a beneficio dei soggetti in possesso dei requisiti di cui all’art. 1, comma 167, l. 11 dicembre 2016, n. 232 (età minima di 63 anni, almeno 20 anni di contributi e non più di 3 anni e 7 mesi dalla maturazione del diritto alla pensione).

Tali soggetti – nel rispetto dei vincoli economici e di finanza pubblica e coerentemente con l’assetto delineato dalla riforma pensionistica – possono ottenere un prestito corrisposto in quote mensili per dodici mensilità e fino alla maturazione del diritto alla pensione di vecchiaia. La restituzione del prestito avviene a partire dalla maturazione del diritto alla pensione di vecchiaia, con rate di ammortamento mensili per una durata di venti anni. Il prestito è coperto da una polizza assicurativa obbligatoria per il rischio di premorienza, assistita, in ultima istanza, dalla garanzia dello Stato.

Per meglio raggiungere tale obiettivo, il parere ha rappresentato al Governo una serie di osservazioni, volte prevalentemente a rafforzare la tutela degli aventi diritto e a non delimitarne troppo l’ambito. Tra l’altro, si suggerisce di considerare l’opportunità (e a volte la necessità): di prevedere, a domanda dell’interessato, l’efficacia retroattiva della norma, in modo da sterilizzare il ritardo nell’emanazione del regolamento e far beneficiare degli effetti della misura fin dalla data del 1° maggio 2017, con conseguente maturazione del diritto alla corresponsione degli arretrati dei ratei dell’anticipazione pensionistica. Ciò potrebbe avvenire in favore di quei soggetti che versino in situazioni particolarmente disagiati, anche a causa della perdita dell’attività lavorativa, e che tuttavia non si trovino nelle condizioni di potere beneficiare, in vista della maggiore flessibilità in uscita, degli strumenti dell’APE sociale o di quella per i lavoratori precoci; di una sollecita conclusione degli Accordi Quadro, i quali di fatto condizionano la pratica operabilità dell’istituto sia nel momento (genetico) della stipulazione dei contratti di finanziamento e di assicurazione ai fini del perfezionamento della fattispecie di APE, sia in quello (diacronico) dell’esecuzione del rapporto; di integrare gli indicatori per il monitoraggio sul funzionamento dell’intervento, soprattutto con quelle informazioni che attengono agli aspetti non disciplinati né dalla legge né dal decreto attuativo, bensì dagli accordi quadro (le condizioni generali e particolari del contratto di finanziamento e del contratto di assicurazione, l’informativa precontrattuale e contrattuale), e che concernono il punto centrale della riforma; di affiancare, alla già prevista assistenza fornita dagli intermediari a ciò autorizzati (essenzialmente, i patronati), altre forme di comunicazione, informazione, interlocuzione e orientamento al pubblico, quali, per esempio, sportelli di ricevimento e di accoglienza presso l’Inps e numeri verdi, serviti da un adeguato *call center*; dell’introduzione di strumenti di mediazione e di conciliazione che, per un verso, contribuiscano in via preventiva a elidere il contenzioso e, per altro verso, contribuiscano a risolvere in via successiva il contenzioso attraverso modalità alternative al sistema giurisdizionale ordinario, da attivarsi anche presso l’Inps; di distinguere gli elementi la cui attestazione ricade sotto la responsabilità personale del richiedente e quelli, invece, rientranti sotto la piena responsabilità dell’Inps, poiché presenti nei suoi archivi; di disciplinare più compiutamente il diritto di recesso dal contratto di finanziamento e dal contratto di assicurazione, in modo più trasparente verso il richiedente e più congruente con

quanto previsto dalla disciplina bancaria (art. 125 *ter*, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385) e a tutela dei consumatori (art. 67 *duodecies* del Codice del consumo, n. 206 del 6 settembre 2005); di meglio circoscrivere, anche sul piano temporale, la rilevanza di eventuali pregresse situazioni debitorie ostative al riconoscimento del diritto all'APE, attesa la necessità, anche in ragione della natura onerosa del beneficio, di evitare eccessivi restringimenti della platea dei richiedenti di fronte a situazioni (essenzialmente, debiti pregressi e iscrizioni pregiudizievoli) non più caratterizzate da attualità o gravità; di specificare nelle condizioni generali di contratto, mediante clausole chiare e immediatamente intelleggibili, gli effetti conseguenti, in corso di erogazione dell'APE, all'adeguamento dei requisiti pensionistici all'aspettativa di vita, quali che essi saranno (rideterminazione del piano di ammortamento, della relativa rata mensile o finanche della durata del finanziamento), incidendo gli stessi sulla fase di esecuzione del contratto e sul sinallagma contrattuale; di delimitare i poteri esercitabili dall'istituto finanziatore in relazione alla verifica delle dichiarazioni effettuate dal soggetto richiedente e di circoscrivere i casi di esclusione che determinano la mancata accettazione della proposta del contratto di finanziamento, avendo la legge inteso istituire un regime regolamentato all'interno del quale si svolge una contrattazione che non è "libera", bensì ancorata a precisi casi di rifiuto di stipulare.

La Commissione ha suggerito altresì l'introduzione, a tal fine, di una misura utile a evitare o ridurre anche un futuro contenzioso, quale potrebbe essere un *sub* procedimento interlocutorio avente ad oggetto richieste di chiarimento da formularsi da parte dell'istituto finanziatore al soggetto richiedente, con risposte da presentarsi mediante osservazioni scritte.

3.5. Riordino della protezione civile.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere 19 dicembre 2017, n. 2647 sullo schema di decreto legislativo di riordino della protezione civile, ai sensi della l. 16 marzo 2017, n. 30.

Ha ricordato il parere che l'intervento normativo del Governo, nell'esercizio della delega normativa, ha come finalità il miglioramento del Servizio di protezione civile attraverso la ricognizione e la riforma della materia. Vengono, infatti, riordinate e ricondotte ad un'unità di sistema le numerose norme che, in materia, si sono succedute nel tempo per creare una disciplina organica in coerenza con i principi della delega.

In relazione al quadro normativo vigente prima della l. n. 30 del 2017 è stato ricordato che, secondo la ricostruzione fatta dalla Corte costituzionale con la sentenza 30 ottobre 2003, n. 327, i principi fondamentali sono rinvenibili nella legge di riforma 24 febbraio 1992, n. 225, istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile. Ai sensi di tale legge, più volte novellata negli anni, le diverse competenze e responsabilità per gli interventi di protezione civile sono definite in base a tre diverse tipologie di "eventi": eventi fronteggiabili mediante interventi degli enti e delle Amministrazioni competenti in via ordinaria; eventi che comportano l'intervento coordinato di più enti o Amministrazioni competenti in via ordinaria; calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, richiedono mezzi e poteri straordinari.

Le attività in cui si articolano gli interventi di protezione civile, ai sensi dell'art. 3 della citata legge, sono quelle di previsione e prevenzione, che attengono ad un momento precedente rispetto al realizzarsi di situazioni di rischio, nonché quelle di soccorso e di superamento dell'emergenza.

Con interventi normativi, che si sono succeduti nel tempo, sono state poi individuate competenze e responsabilità rispettivamente dello Stato, delle Regioni e degli enti locali in funzione della tutela delle collettività interessate. In particolare, alle Regioni sono state affidate le attività di previsione e prevenzione, senza distinzione di tipologia di eventi, da esercitare, in ossequio ai principi di sussidiarietà, cooperazione e adeguatezza, tenendo conto degli indirizzi operativi predisposti dal Presidente del Consiglio dei ministri, ovvero dal Ministro dell'interno da lui delegato, d'intesa con le Regioni stesse e gli enti locali, nonché dell'attività consultiva e propositiva della Commissione nazionale per la previsione e la prevenzione dei grandi rischi, degli indirizzi e dei criteri generali formulati dal Dipartimento della protezione civile. Alle Province e ai Comuni è stata affidata l'attuazione dei relativi programmi regionali.

Per l'attività di gestione dell'emergenza, inoltre, è stata prevista una competenza dello Stato per i soli eventi di natura straordinaria (ovvero calamità naturali o connesse con l'attività dell'uomo che, in ragione della loro intensità ed estensione, debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo), in cui lo Stato, delibera e revoca lo stato di emergenza, emana le ordinanze per l'attuazione degli interventi di emergenza, predispone i piani di emergenza e la loro attuazione, con la precisazione che l'intervento statale avviene solo nel caso in cui l'intensità degli eventi calamitosi sia tale da superare le capacità di risposta operativa di Regioni ed enti locali. In ogni caso, va considerato che la gravità degli eventi calamitosi, nonché l'intrinseca difficoltà delle operazioni di soccorso e l'immediatezza con cui le stesse devono essere poste in atto, può coinvolgere tutte le Amministrazioni pubbliche.

Ha ancora ricordato la Sezione che con la l. n. 30 del 2017 il Governo è stato delegato ad adottare, entro nove mesi dalla data di entrata in vigore della legge stessa, uno o più decreti legislativi di ricognizione, riordino, coordinamento, modifica e integrazione delle disposizioni legislative vigenti che disciplinano il Servizio nazionale della protezione civile e le relative funzioni, in base ai principi di leale collaborazione e di sussidiarietà e nel rispetto dei principi e delle norme della Costituzione e dell'ordinamento dell'Unione europea. Da rilevare, infatti, che, a seguito della riforma del 2001 del titolo V della Costituzione, è di competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni e pertanto il provvedimento si propone di fissarne il quadro generale dei principi fondamentali e degli indirizzi.

Per il legislatore delegante ciò deve avvenire attraverso la ricognizione delle fonti normative primarie vigenti, che regolano le materie oggetto della l. n. 225 del 1992, e degli ulteriori provvedimenti normativi, anche relativi a specifici eventi calamitosi, per garantirne la coerenza giuridica, logica e sistematica. Si tratta di un intervento ad ampio raggio, che configura l'attività di protezione civile come volta a tutelare la vita, l'integrità fisica delle persone, i beni, gli insediamenti e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi naturali o di origine antropica.

Per la legge delega le attività di protezione civile sono articolate in attività di previsione, prevenzione e mitigazione dei rischi connessi con gli eventi calamitosi, di pianificazione e gestione delle emergenze per favorire la ripresa delle normali condizioni di vita, per ripristinare la funzionalità dei servizi essenziali e per ridurre il rischio residuo nelle aree colpite dagli eventi medesimi.

Il legislatore delegante – già sulla scorta della normativa previgente – ha configurato inoltre un'organizzazione di tipo policentrico che opera a livello centrale, regionale e locale, e ha previsto la possibilità di definire livelli di coordinamento intermedi con l'attribuzione delle funzioni in materia di protezione civile allo Stato, alle regioni, ai

comuni, alle unioni dei comuni, alle città metropolitane, agli enti di area vasta di cui alla l. 7 aprile 2014, n. 56, e alle diverse componenti e strutture operative del Servizio nazionale della protezione civile. Coerentemente ai principi oramai radicatisi nel nostro ordinamento c'è una precisa distinzione fra funzioni di indirizzo politico e di gestione amministrativa e la differenziazione tra le responsabilità, i compiti e i poteri autoritativi. Particolare attenzione è rivolta, altresì, alla promozione e all'esercizio coordinato delle attività fra i diversi livelli di governo, secondo il principio di sussidiarietà e garantendo l'unitarietà dell'ordinamento.

Consapevoli che il sistema di protezione civile si basa anche sull'apporto imprescindibile dei singoli, la legge delega prevede anche la disciplina della partecipazione dei cittadini, singoli e associati, alle attività di protezione civile. Merita attenzione, ad avviso del parere, anche l'esplicita previsione che i decreti legislativi – allo scopo di evitare il ripetersi di prassi tenute nel passato – devono identificare le tipologie dei rischi per i quali si esplica l'azione di protezione civile con la precisazione che non rientrano nell'azione di protezione civile gli interventi per eventi programmati o programmabili in tempo utile che possano determinare criticità organizzative.

Ciò chiarito in termini generali, il Consiglio di Stato ha preliminarmente rilevato che il testo risulta carente nell'attuazione di una parte della delega, poiché sarebbe stato opportuno, da un lato, individuare i casi in cui non è necessario operare in deroga perché “la concreta situazione ordinaria rende possibile l'avvio di procedure rispettose dei principi comunitari e del codice degli appalti” e, dall'altro, “introdurre dei meccanismi di verifica successivi sull'attività compiuta e il rispetto delle norme previste”. Occorre, poi, un coordinamento più puntuale con il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), che pure disciplina in modo dettagliato le procedure di somma urgenza (art. 163).

Sui singoli articoli, tra le varie osservazioni, la Sezione – pur consapevole della delicatezza dei rapporti con le autorità regionali – ha espresso la propria contrarietà all'obbligo di “intesa” tra il Prefetto e il Presidente della giunta regionale per l'adozione di ogni atto, anche nell'immediatezza dell'evento calamitoso. Secondo il Consiglio di Stato, “nell'immediatezza dell'evento, l'interesse pubblico primario da perseguire è quello della tempestività e dell'efficacia dell'intervento: esso richiede una assoluta celerità delle decisioni e, pertanto, una ‘linea di comando’ chiara e univoca, che consenta di assumere comunque, anche in assenza di ‘intesa’, scelte tempestive”.

Riguardo alla tipologia dei rischi di protezione civile, il parere ha condiviso pienamente la parte dello schema che vieta il ricorso a procedure in deroga per “gli interventi e le opere per eventi programmati o programmabili” (come troppo spesso avvenuto in passato, anche in relazione a grandi eventi o a manifestazioni sportive). Proprio in tale logica, però, il Consiglio di Stato ha segnalato l'esigenza di evitare disposizioni poco chiare, presenti invece nello schema, che potrebbero portare a distorsioni o addirittura ad elusioni di tale divieto.

Quanto all'importanza della prevenzione dei rischi e della “pianificazione di protezione civile” del territorio, il Consiglio di Stato ha insistito sulla necessità non solo di prevedere le relative azioni, ma anche di monitorare attentamente le attività effettivamente compiute. Nel rilevare che “le *best practices* internazionali della protezione civile, e la stessa ratio della delega, considerano l'attività di previsione, prevenzione, pianificazione di pari, se non maggiore, importanza rispetto a quella di gestione delle emergenze”, il parere ha suggerito l'inserimento nel testo di una norma apposita per verificare, *ex post*, i risultati dell'attività di prevenzione: “solo così – si afferma – si

diminuirà il rischio di trovarsi di fronte a ‘sciagure che potevano essere evitate’ (si pensi, ad esempio, a tutta la materia del dissesto idrogeologico)”.

Si è infine suggerito di rimodulare i tempi di durata dello stato di emergenza (previsto in 12 mesi, prorogabili di altri 12) riducendo l’estensione della possibile proroga a non più di 6 mesi e prevedendo la necessità di una dettagliata motivazione sulle ragioni che hanno reso necessaria la proroga anche per evidenziare eventuali responsabilità.

4. Religione.

4.1. Approvazione governativa dei ministri di culto di confessioni acattoliche.

Con il parere 7 novembre 2017, n. 2325, la sez. I ha risposto al quesito, posto dal Ministero dell’interno, sulla disciplina relativa all’approvazione governativa della nomina a ministro di culto acattolico. Dopo aver ricordato i diversi pareri espressi dalla prima Sezione, ha chiesto una nuova pronuncia “volta a riconsiderare una riduzione dei limiti numerici dei fedeli per l’approvazione dei ministri di culto, tenendo conto dei diversi criteri di aggregazione delle confessioni religiose sul territorio, e in ogni caso a non porre”, quale criterio minimo, il numero di almeno cinquecento fedeli presenti in ambito locale. Ciò anche perché il Ministero ritiene “indispensabile un’attenzione particolare da riservare alle minoranze religiose”. Ha spiegato il Ministero che l’esigenza di una nuova pronuncia deriva dalla necessità di chiarire la “divergenza di prospettive evidenziata tra i differenti pareri del Consiglio di Stato sopra citati” e dalla constatazione che vi sono “comunità di fede le quali, per loro parametri organizzativi interni, si presentano alquanto parcellizzate e incapaci di raggiungere una consistenza minima di fedeli indicata nel parere 11 gennaio 2012, n. 1834 – pari ad almeno 500 in ambito locale o 5.000 a livello nazionale – e che quindi non avrebbero la possibilità di avere alcun ministro di culto approvato, in grado di compiere atti valevoli anche per l’ordinamento giuridico dello Stato”. Inoltre, l’Amministrazione ha rilevato che il Consiglio di Stato con parere n. 71/2014, fermo il riferimento di una consistenza minima sul territorio nazionale di almeno 5.000 fedeli, ha individuato un ulteriore criterio per la concessione dell’approvazione nella circostanza che in una Regione, ove è presente una comunità religiosa locale, sia pure esigua, non ci sia nessun altro ministro di culto munito dell’approvazione.

La Sezione ha preliminarmente ricordato che il ministro di culto ricopre un ruolo funzionale che lo distingue dai fedeli, in virtù del quale sono riconosciuti particolari diritti, ma sono anche previsti obblighi e incompatibilità.

Occorre distinguere i ministri di culto di confessioni religiose che hanno stipulato intese con lo Stato e quelli appartenenti a confessioni che non hanno stipulato intese e che trovano la loro disciplina nella l. 24 giugno 1929, n.1159. Per i primi la qualifica è data con la nomina da parte della confessione religiosa, senza alcun tipo di ingerenza da parte dello Stato; per i secondi, invece, affinché gli atti da questi compiuti possano produrre effetti civili, oltre alla nomina occorre il decreto d’approvazione del ministro. Come più volte la Sezione ha chiarito in precedenti pareri, la mancata approvazione governativa della nomina a ministro di culto acattolico non è di ostacolo all’esercizio del ministero, ma impedisce che gli atti compiuti dai ministri possano avere effetti per l’ordinamento giuridico, così ad esempio non possono celebrare matrimoni con effetti civili, non possono eseguire collette all’interno e all’ingresso degli edifici destinati al proprio culto (art. 4, r.d. 28 febbraio 1930, n.289) e non possono essere dispensati dalla chiamata alle armi (art. 7, r.d. n. 289 del 1930) o prestare assistenza religiosa ai

militari acattolici (art. 8, r.d. n. 289 del 1930) in caso di mobilitazione delle forze armate dello Stato.

Ha ancora ricordato la Sezione, richiamando un proprio precedente (22 ottobre 2009 n. 6357), che sulla natura dell'approvazione della nomina: "È certo che, nel periodo politico-istituzionale in cui fu emanata la legge sui cd. culti ammessi nello Stato, l'approvazione era qualificabile in termini di atto di controllo di alto contenuto discrezionale rimesso all'apprezzamento degli organi di governo, come si desume dai lavori preparatori. Si trattava di una vera e propria preventiva autorizzazione alla libera attività del culto nello Stato. Il mutato quadro costituzionale ha fatto sì – in ambito dottrinale - che, oltre a coloro che vorrebbero continuare ad ascrivere l'istituto alla categoria della approvazione propriamente intesa, altri lo ascrivono all'autorizzazione, in quanto diretta a rimuovere un limite all'esercizio di un potere già spettante al soggetto interessato, che determinerebbe, in relazione ad alcune funzioni ministeriali, una sorta di delegazione di pubblici poteri; e altri ancora – secondo una prospettazione che appare forse più convincente – lo ascrivono alla concessione (*sub specie* dell'ammissione), conferendo il provvedimento il particolare *status* di ministro "approvato", che non compete alla generalità dei cittadini".

Quanto ai criteri di approvazione nomina dei ministri di culto di confessioni diverse da quella cattolica da parte del Ministero dell'interno, la Sezione ha ricordato che già il parere, della stessa sez. I, 11 gennaio 2012, n. 1834/11, aveva posto l'attenzione sul valore della soglia quantitativa minima di fedeli necessari per potere procedere alla nomina dei ministri di culto di confessioni religiose che non hanno stipulato intese. Era stato allora precisato che la consistenza numerica è solo uno dei fattori che l'Amministrazione deve tenere in considerazione per l'approvazione della nomina indicati dall'art. 20, r.d. 289 del 1930. Come correttamente ricordato nella formulazione del quesito "l'esiguità del numero sembrerebbe deporre a sfavore della rilevanza qualitativa della comunità religiosa e, conseguentemente, della necessità che il ministro debba compiere atti di culto produttivi di effetti giuridici nel nostro ordinamento". Se l'effetto esclusivo dell'approvazione della nomina del ministro di culto è l'attribuzione agli atti da lui compiuti di effetti non solo per la confessione di appartenenza ma per l'intero ordinamento giuridico generale dello Stato, è necessario che la concessione di una tale prerogativa statale sia giustificata da una effettiva esigenza in questo senso.

Sulla consistenza numerica il Consiglio di Stato aveva quindi voluto "individuare un modulo base di fedeli al di sopra del quale può essere giustificata la presenza di un ministro di culto munito di autorizzazione alla celebrazione del matrimonio con effetti civili nell'ordinamento dello Stato". In questo senso la Sezione aveva chiarito che "il gruppo di fedeli del particolare culto per il quale è richiesta l'approvazione della nomina di un ministro dovrebbe tendere al valore orientativo di 500 persone, distribuite nelle varie fasce di età. L'Amministrazione potrà verificare tale valore e prendere in esame modelli riferiti ad altri culti anche non regolati da intese con lo Stato Italiano e modificare ove opportuno il valore del modulo base di 500. Un secondo aspetto da esaminare è individuato nella distribuzione sul territorio dei gruppi di fedeli della stessa confessione religiosa. La dimensione del "modulo base" avrà valore solo se riferita a una comunità di fedeli concentrata in un agglomerato urbano o comunque in un ambito territoriale sufficientemente ristretto. Ove invece la collocazione sul territorio dei fedeli non sia concentrata in un ambito sufficientemente ristretto ma interessi

l'intero territorio nazionale il valore di tale modulo (...) dovrà essere di misura nettamente superiore, orientativamente intorno alle cinquemila unità. La nomina del ministro di culto potrà essere approvata al verificarsi in alternativa dei due moduli”.

La Sezione, quindi, in risposta al quesito posto dal Ministero dell'interno, ha ritenuto di confermare in via generale il criterio quali-quantitativo indicato con il citato parere n. 1834 del 2012, con la precisazione che si tratta di criteri orientativi e che l'Amministrazione può valutare di volta in volta se approvare la nomina in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto.

In altri termini - fermo restando il principio per cui l'approvazione da parte dal Ministero della nomina a ministro di culto di una confessione religiosa diversa da quella cattolica non limita la professione del culto né la celebrazione del relativo culto né l'assistenza spirituale ai fedeli - spetta all'Amministrazione compiere un'accurata istruttoria per verificare sia i requisiti soggettivi del ministro di culto sia la consistenza quali-quantitativa del culto. Sotto tale ultimo aspetto il riferimento ad un numero minimo di fedeli su base nazionale o locale può fungere da criterio per le determinazioni dell'Amministrazione ma non deve essere letto nel senso dell'esistenza di una rigorosa soglia al di sotto della quale non è possibile approvare la nomina. L'Amministrazione valuterà quindi se, pur essendo esiguo il numero di fedeli su base locale, la confessione religiosa possa contare su un adeguato numero di fedeli a livello nazionale, e potrà valutare la presenza in territori vicini di altri ministri di culto o le specifiche esigenze del caso concreto.

5. Regioni.

5.1. Regolamento disciplinante le modalità di contestazione delle cause di incompatibilità nei confronti degli Assessori della Regione Sicilia.

La Sezione consultiva del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha reso il parere 28 febbraio 2017, n. 151 sullo schema di regolamento *ex art. 10 septies*, l. reg. 20 marzo 1951, n. 29, disciplinante le modalità di contestazione delle cause di incompatibilità nei confronti degli Assessori della regione Sicilia.

Il regolamento assegna la competenza al Presidente della Regione in ragione dell'attuale connotazione del sistema elettorale e della forma di governo regionale in Sicilia in senso presidenziale. Le modifiche apportate alla l. reg. Sicilia n. 29 del 1951 con la l. reg. Sicilia n. 7 del 2005 hanno, infatti, previsto l'elezione del Presidente della Regione a suffragio universale e diretto dei cittadini siciliani e che al medesimo spetti la nomina degli assessori.

Con il parere in questione sono stati meglio previsti l'ambito di applicazione, le modalità di contestazione delle cause di incompatibilità, l'obbligo a carico dell'Assessore regionale di rendere con cadenza annuale una dichiarazione di insussistenza di cause di incompatibilità ed una scansione procedimentale assai rapida.

6. Enti locali.

6.1. Decadenza dei Sindaci dei Comuni della regione siciliana i cui consigli comunali siano stati già sciolti.

Con parere 11 aprile 2017, n. 280 la Sezione consultiva del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha risposto ad un quesito sottoposto dalla Presidenza della Regione Siciliana in ordine alla decadenza dei Sindaci dei Comuni della regione siciliana i cui consigli comunali siano stati già sciolti, alla luce dell'art. 2, l.

reg. Sicilia 29 marzo 2017, n. 6, di interpretazione autentica delle disposizioni contenute nel comma 2 *bis* dell'art. 11, l. reg. 15 settembre 1997, n. 35.

Ha ricordato la Sezione che con precedente parere 19 ottobre 2016, n. 1049 aveva fornito una interpretazione dell'art. 11, comma 2 *bis*, l. reg. n. 35 del 1997, inserito dalla l. reg. n. 17 del 2016, ritenendo, in base ai canoni dell'interpretazione letterale, sistematica e costituzionalmente orientata, che la previsione (secondo cui "La cessazione del consiglio comunale per qualunque altra causa comporta la decadenza del sindaco e della rispettiva giunta e la nomina di un commissario") non trova applicazione immediata, ma si applichi a decorrere dal primo rinnovo degli organi comunali successivo alla data di entrata in vigore della l. reg. n. 17 del 2016.

E' peraltro sopravvenuta la l. reg. n. 6 del 2017, che contiene una norma autoqualificantesi come di "interpretazione autentica in materia di cessazione delle cariche negli enti locali", a tenore della quale "Il comma 2 *bis* dell'art. 11, l. reg. 15 settembre 1997, n. 35 si interpreta come immediatamente applicabile dalla data di entrata in vigore della legge regionale 11 agosto 2016, n. 17" (art. 2, l. reg. n. 6 del 2017).

La norma di interpretazione arriva ad una soluzione opposta all'interpretazione sostenuta con il citato parere n. 1049/2016. La Presidenza della Regione ha affermato, nella richiesta di parere, di ritenere la norma sopravvenuta incostituzionale, perché non sarebbe una norma di interpretazione, ma innovativa, con un illegittimo effetto retroattivo, in violazione dei principi di certezza del diritto e ragionevolezza, e chiede se la norma possa essere disapplicata da parte della Presidenza della Regione, o quali altri rimedi giuridici siano possibili.

Ha ricordato il parere che la "disapplicazione" delle leggi è consentita, da parte di giudici e Pubbliche amministrazioni, solo ove esse siano in contrasto con il diritto europeo di immediata e diretta applicazione (Trattato FUE, regolamenti, direttive scadute e puntuali), ma non anche quando le leggi siano sospette di contrasto con la Costituzione.

Non è infatti consentito un "sindacato diffuso" di costituzionalità, ma solo un sindacato rimesso alla Corte costituzionale, che può essere adita o in via incidentale, ove penda un giudizio davanti ad una giurisdizione, mediante incidente di costituzionalità sollevato da un giudice, o in via principale, mediante ricorso dello Stato contro le leggi regionali, o delle Regioni contro le leggi statali, con cui si denuncia la invasione delle reciproche sfere di competenza.

E' pertanto preclusa alla Presidenza della Regione la disapplicazione dell'art. 2, l. reg. n. 6 del 2017.

Ne consegue che, nel vigore dell'art. 2, l. reg. n. 6 del 2017, e stante la sua immediata applicabilità, è dovere della Presidenza della Regione disporre la decadenza dei Sindaci dei Comuni i cui consigli comunali siano stati già sciolti nonché, per i Comuni i cui consigli comunali debbano essere sciolti, disporre contestualmente la decadenza dei relativi Sindaci. Tanto va fatto con la massima tempestività consentita dai tempi dell'azione amministrativa assicurando, ove possibile, che ciò avvenga in tempo utile per consentire la minima durata del commissariamento, e il rinnovo degli organi comunali nel più breve tempo possibile, mediante elezioni concomitanti con la prossima data di elezioni amministrative nella Regione Siciliana.

I Sindaci, attenti dai provvedimenti di decadenza, valuteranno se attivare i rimedi giurisdizionali consentiti dall'ordinamento sollecitando, mediante ricorso giurisdizionale, anche eventuali questioni di costituzionalità nei confronti dell'art. 2, l. reg. n. 6 del 2017, che sembrano *prima facie* non manifestamente infondate, alla luce dei principi in tema di norme di interpretazione autentica e di norme retroattive, e dei canoni di ragionevolezza, proporzionalità, certezza del diritto, economicità dell'azione amministrativa.

6.2. Patto di stabilità interno per gli enti locali.

La sez. I ha reso il parere 21 febbraio 2017, n. 457 sulla complessa problematica riguardante i possibili profili di responsabilità che potrebbero determinarsi in capo al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti qualora soggetti beneficiari di mutui, interamente o parzialmente non erogati, concessi dalla Cassa depositi e prestiti sulla base di leggi speciali che ne prevedono l'ammortamento a carico dello Stato, dovessero avvalersi della facoltà riconosciuta dall'art. 9 *bis*, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 3 agosto 2009, n. 102 (patto di stabilità interno per gli enti locali).

Ha chiarito la Sezione che la disposizione in questione ha un ambito di applicazione ben perimetrato, riguardando: soltanto mutui concessi dalla Cassa depositi e prestiti; nell'ambito di questi, soltanto i mutui assentiti sulla base di leggi speciali che ne prevedono l'ammortamento a carico dello Stato; nell'ambito di questi, solo quelli che all'entrata in vigore della norma non sono stati interamente erogati dalla stessa Cassa depositi e prestiti.

Ove ricorrano le tre condizioni sopra richiamate, il soggetto beneficiario (o il rispettivo ente pubblico di riferimento), se non intende proseguire in tutto o in parte nella realizzazione dell'investimento finanziato con il mutuo in questione, può assumere due determinazioni: - rinunciare al mutuo, anche parzialmente, per la parte non erogata; - non rinunciare (in tutto o in parte) al mutuo, ma destinare diversamente una parte della quota di esso non erogata e non rinunciata ad uno scopo diverso da quello per il quale il mutuo era stato in origine assentito.

La Sezione ha quindi chiarito che: a) i commi 6 e 7 dell'art. 9 *bis*, d.l. n.78 del 2009 hanno un ambito applicativo limitato alle quote dei mutui concessi dalla Cassa depositi e prestiti non ancora erogate; b) tale quota dei mutui può essere in tutto o in parte rinunciata dal soggetto beneficiario ovvero dall'ente pubblico di riferimento dello stesso soggetto beneficiario; c) per la parte non rinunciata tale quota dei mutui non ancora erogata può essere destinata, su richiesta del soggetto beneficiario ovvero dell'ente pubblico di riferimento, in misura non superiore al 50%, ad altri interventi di propria competenza; in tal caso il residuo dovrebbe essere destinato ad ulteriori utilizzazioni ben individuate ma estranee all'ambito di competenza del beneficiario o dell'ente pubblico di riferimento; d) sia per il caso di rinuncia che per il caso di diversa destinazione parziale del mutuo dovrebbero gravare sul soggetto beneficiario gli effetti economici conseguenti al venir meno delle risorse destinate ad onorare i rapporti contrattuali in essere collegati all'impiego delle risorse medesime.

Ciò sembrerebbe imporre un particolare onere di motivazione dell'atto di rinuncia, posto che essa determinerebbe: a) una specifica onerosità per il soggetto beneficiario,

altrimenti non dovuta e altrimenti non giustificabile in termini di responsabilità contrattuale; b) una lesione della situazione giuridica dei titolari dei rapporti contrattuali in essere – come nel caso evidenziato dal Ministero istante – che si vedrebbero privati unilateralmente della possibilità di dare corso ai contratti sottoscritti.

La Sezione ha quindi concluso nel senso dell'impossibilità di dare una risposta in via generale al quesito posto dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, non essendo ipotizzabile una esenzione della stessa Amministrazione – in astratto – da ogni tipo di responsabilità nell'ambito di azioni che dovessero essere promosse dagli aggiudicatari nei confronti dei soggetti attuatori beneficiari dei mutui in questione. Spetterà al decreto del Ministero dell'economia e delle finanze previsto dal comma 8 dell'art. 9 bis, d.l. n. 78 del 2009 – nell'ambito delle modalità attuative con cui, a seguito delle richieste operate dai soggetti beneficiari ovvero degli enti pubblici di riferimento, si determineranno gli effetti conseguenti sui mutui assunti dalla Cassa depositi e prestiti e non ancora erogati – fissare criteri e fornire indicazioni precise in proposito, eventualmente con riferimento ad una casistica esemplificativa.

6.3. Decreto che, nell'ambito dell'attuazione del principio del pareggio del bilancio, disciplina le modalità procedurali con cui le Regioni devono realizzare intese dirette ad armonizzare le richieste dagli enti territoriali di avere spazi disponibili per attuare investimenti.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere 17 gennaio 2017, n. 84 sullo schema di decreto che, nell'ambito dell'attuazione del principio del pareggio del bilancio, disciplina le modalità procedurali con cui le Regioni devono realizzare intese dirette ad armonizzare le richieste dagli enti territoriali di avere spazi disponibili per attuare investimenti.

Lo schema, che include anche le modalità attuative del potere sostitutivo dello Stato in caso di inerzia o ritardo da parte delle Regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano, è precipuamente finalizzato a favorire l'utilizzo dell'avanzo di amministrazione degli esercizi precedenti e le operazioni di indebitamento degli enti territoriali per il finanziamento degli investimenti.

Ha chiarito il parere che la disciplina in esame deve essere collocata nell'ambito di cui alla l. 24 dicembre 2012, n. 243 "Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio del bilancio ai sensi dell'art. 81, sesto comma della Costituzione", con riferimento in particolare all'art. 10, con cui sono stati posti i cardini fondamentali della materia con riferimento: al principio per cui il ricorso all'indebitamento da parte degli enti territoriali può essere consentito solo per finanziare spese di investimento, fermi restando i limiti previsti dalla legge dello Stato (per gli enti locali, dall'art. 202 e ss., t.u. 18 agosto 2000, n. 267; per le Regioni e le province autonome, dall'art. 62, comma 6, d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118); le operazioni di indebitamento devono essere accompagnate da piani di ammortamento di durata non superiore alla vita utile dell'investimento, che devono evidenziare gli oneri da sostenere e le fonti di copertura al fine di assicurare la sostenibilità dell'investimento nel medio-lungo periodo; le operazioni di investimento realizzate attraverso l'utilizzo dei risultati di amministrazione degli esercizi precedenti devono essere effettuate sulla base di apposite intese concluse in ambito regionale che devono garantire, per l'anno di riferimento, il rispetto del saldo di

cui all'art. 9, comma 1, della stessa l. n. 243 del 2012, per cui si considerano in equilibrio i bilanci quando, sia nella fase di previsione che di rendiconto, registrano un saldo non negativo in termini di competenza ed in termini di cassa tra entrate finali e spese finali; al fine di assicurare il rispetto degli obiettivi di finanza pubblica per il complesso degli enti territoriali della regione interessata (compresa la regione stessa) vengono demandate ad apposite intese regionali sia il ricorso alle operazioni di indebitamento sul rispettivo territorio, sia la possibilità di utilizzare gli avanzi pregressi per operazioni di investimento; le operazioni di investimento realizzate attraverso il ricorso al debito e l'utilizzo dei risultati di amministrazione degli esercizi precedenti non soddisfatte dalle predette intese concluse in ambito regionale sono effettuate sulla base dei "patti di solidarietà nazionali"; infine, il comma 5 prevede che con d.P.C.M. siano disciplinati i criteri e le specifiche modalità di attuazione della disposizione in argomento

Ha chiarito il parere che l'ambito di applicazione delle intese regionali è specificamente circoscritto alle operazioni di investimento delle regioni, delle province autonome di Trento e di Bolzano e degli enti locali di cui all'art. 10, l. 24 dicembre 2012, n. 243, che siano realizzate attraverso l'indebitamento e/o l'utilizzo dei risultati di amministrazione degli esercizi precedenti. Si lascia comunque aperta la possibilità che gli interventi che non possono essere soddisfatti dalle intese, possono essere eventualmente realizzati con i patti di solidarietà nazionale – sempre nel rispetto dei saldi – ricorrendo all'indebitamento e all'utilizzo dei risultati di amministrazione degli esercizi precedenti delle predette Amministrazioni. Ciascun ente territoriale può comunque effettuare le operazioni di investimento attraverso il ricorso all'indebitamento e l'utilizzo dei risultati di amministrazione degli esercizi precedenti, nel rispetto del proprio saldo. Si prevede, infine, che, fermo restando il rispetto del saldo, le disposizioni del decreto si applicano compatibilmente con gli statuti speciali e le relative norme di attuazione, nonché con gli accordi con lo Stato in materia di finanza pubblica.

Lo schema di decreto ha ancora previsto che l'atto formale di perfezionamento dell'intesa deve rispettare gli specifici criteri gradualistici di ripartizione degli spazi finanziari disponibili, individuati con prioritario riferimento ai comuni esclusi dai vincoli di finanza pubblica nell'anno 2015 in quanto con popolazione fino a 1.000 abitanti e degli enti che dispongono, da un lato, di progetti esecutivi e di consistenti avanzi di amministrazione e, dall'altro, di limitati spazi di saldo per il loro utilizzo. Le Regioni e province autonome possono autonomamente definire ulteriori criteri al fine di tenere conto della specificità dei singoli territori, nonché ulteriori modalità applicative, ferme restando le scadenze previste dal presente decreto e il rispetto del saldo nel territorio regionale.

Le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano possono cedere, per uno o più esercizi successivi, agli enti locali del proprio territorio, spazi finanziari per i quali non è prevista la restituzione negli esercizi successivi. Tale possibilità è indirizzata a favorire gli investimenti nei settori strategici del proprio territorio.

La Sezione ha espresso un parere pienamente favorevole sul testo, con qualche osservazione.

Il testo proposto è stato, infatti, ritenuto coerente con le finalità, dirette e indirette, che hanno portato ad attribuire alle Regioni specifiche funzioni di indirizzo e di programmazione degli investimenti nell'ambito del territorio di competenza, soprattutto per l'incremento degli investimenti sul territorio.

Ha espresso apprezzamento riguardo alla norma che demanda alle regioni l'armonizzazione delle differenti esigenze e l'ottimizzazione del rapporto tra risorse e investimenti, soprattutto per la chiarezza complessiva dell'impianto e per l'individuazione di criteri di graduazione che opportunamente danno rilievo prioritario, innanzitutto ai comuni con popolazione inferiore ai 1.000 abitanti (a tutela delle zone montane e rurali) e, in via gradata, agli enti con progetti esecutivi (come tali, più rapidamente cantierabili), con consistenti avanzi di amministrazione e limitati spazi di saldo per il loro utilizzo. Condivisibile è anche l'individuazione dei criteri di priorità con riferimento, principalmente, ai comuni con popolazione inferiore ai 1.000 abitanti (a tutela delle zone montane e rurali), agli enti con progetti esecutivi (i cui interventi sono più rapidamente cantierabili).

Il parere ha peraltro rilevato che al fine di evitare che le opportune misure previste dall'art. 10, l. n. 243 del 2012 e dal regolamento di che trattasi possano produrre effetti distorsivi nella distribuzione degli spazi finanziari, con impatti anche potenzialmente negativi sugli investimenti da effettuare, sarebbe utile, anche solo a fini di deterrenza, chiarire (se del caso, anche in un nuovo articolo ad hoc, la cui rubrica potrebbe essere "Sanzioni") che anche alle procedure in esame si applica il disposto dei commi 507 e 508 dell'art. 1, l. n. 232 del 2016 (Legge di Bilancio 2017), i quali prevedono "sanzioni" nei confronti degli enti territoriali nel caso di non pieno utilizzo degli spazi finanziari e di mancata trasmissione delle informazioni richieste.

E' stato ancora osservato, sul piano sostanziale, che: con riferimento all'istituzione di un Osservatorio presso il Ministero dell'economia e delle finanze per il monitoraggio degli esiti delle intese, sarebbe importante inserire indicatori specificamente rilevanti al fine di consentire all'Osservatorio medesimo di verificare, sulla base di elementi concreti, l'incidenza, l'efficienza e l'efficacia delle intese regionali e dei patti di solidarietà rispetto alla finalità di assicurare il pieno utilizzo di tutte le potenzialità di investimento degli Enti locali. Ancora, in caso di intervento sostitutivo dello Stato, sarebbe opportuno specificare meglio che, ferme restando le priorità di cui sopra, in caso di ricorso al criterio dell'attribuzione degli spazi finanziari in misura proporzionale si dovrebbe comunque salvaguardare sia l'unitarietà degli interventi richiesti sia l'utilità finale degli investimenti.

6.4. Regolamento in materia di ricorso all'indebitamento da parte delle Regioni e degli enti locali.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere favorevole 4 settembre 2017, n. 1937 sullo schema di Regolamento in materia di ricorso all'indebitamento da parte delle Regioni e degli enti locali, ivi incluse le modalità attuative del potere sostitutivo dello Stato, in caso di inerzia o ritardo da parte delle Regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano.

La Sezione ha preliminarmente chiarito che l'art. 2, comma 16, d.P.C.M. 21 febbraio 2017, n. 21, prevede l'istituzione, senza oneri per la finanza pubblica, di un Osservatorio presso il Ministero dell'economia e delle finanze - Ragioneria generale dello Stato, con il duplice compito di monitorare l'esito delle intese regionali, contemplate dallo stesso art. 2, finalizzate a disciplinare le operazioni di investimento (realizzate attraverso il ricorso al debito o l'utilizzo dei risultati di amministrazione degli esercizi precedenti delle regioni, delle province autonome di Trento e di Bolzano e degli enti locali), e di favorire il pieno utilizzo degli spazi finanziari da parte di ciascun ente. Più in particolare, il secondo periodo del predetto comma 16 stabilisce che, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, siano disciplinate le modalità di organizzazione e di funzionamento dell'Osservatorio, nonché le modalità e la definizione di indicatori di monitoraggio, in termini di efficacia, efficienza e pieno utilizzo degli spazi finanziari, oggetto delle intese, finalizzati alla realizzazione degli investimenti.

Lo schema di regolamento individua gli ambiti e le finalità dell'Osservatorio, stabilendo che esso ha sede presso il Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato e opera utilizzando le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente; indica la composizione e la durata in carica dei componenti, specificando che l'incarico è a titolo gratuito; disciplina il funzionamento e l'organizzazione dell'Osservatorio, stabilendo, tra l'altro, il quorum costitutivo, la frequenza delle riunioni, l'avalimento di un ufficio di segreteria, le modalità e i termini di convocazione dei componenti e di verbalizzazione delle sedute; ai fini dello svolgimento dell'attività di monitoraggio, fissa cinque specifici indicatori volti a verificare il pieno utilizzo degli spazi finanziari finalizzati alla realizzazione di investimenti in termini di efficacia ed efficienza; si prevede, tuttavia, la possibilità di introdurre ulteriori indicatori di monitoraggio ed è imposto l'obbligo dell'Osservatorio di predisporre una relazione annuale sull'esito dell'attività di monitoraggio completa di indicazioni e suggerimenti utili ad ottimizzare il pieno utilizzo dei predetti spazi finanziari; prevede, infine, che l'Osservatorio elabori principi generali e strategie volte a favorire il pieno utilizzo degli spazi finanziari attraverso la promozione di specifiche iniziative e programmi di formazione e sensibilizzazione delle Amministrazioni statali e degli enti territoriali; specifica che dal regolamento non derivano nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

7. Enti pubblici.

7.1. Statuto della Cassa delle ammende.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere (24 gennaio 2017, n. 183) favorevole sullo schema di statuto della Cassa delle ammende, ente pubblico previsto dalla l. 9 maggio 1932, n. 547 per finanziare i progetti di rieducazione dei destinatari di condanne penali, di assistenza alle loro famiglie, di miglioramento delle condizioni carcerarie.

In assenza dello statuto, la Cassa fino a oggi ha operato sulla base di quanto disposto dagli artt. da 121 a 130, d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 (Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative delle libertà), che cesseranno di avere efficacia dalla data di entrata in vigore dello Statuto, con il quale

sono stati definiti la composizione degli organi e le loro funzioni, nonché precisate le finalità e le modalità di intervento dell'ente.

Ha segnalato la Sezione che, come riconosciuto dalla stessa Amministrazione proponente, nel corso dell'attività la gestione della Cassa è stata poco efficace, soprattutto a causa dell'assenza di una strategia di base e di un'adeguata programmazione, in grado di orientare in modo unitario l'attività di finanziamento; ciò nonostante l'attività finanziaria della Cassa concorre all'attuazione del fondamentale principio costituzionale (art. 27, comma 3, Cost.) della finalità rieducativa della pena.

Muovendo dalla considerazione di tali difficoltà, le dichiarate finalità dell'intervento sono state: a) valorizzare in modo proficuo la funzione del Consiglio di amministrazione, definendo concretamente le finalità dell'ente e i presupposti sulla cui base la Cassa possa finanziare un programma o un progetto; b) perseguire un migliore e razionale svolgimento dell'attività, orientando la suddetta attività in vista della corretta ed effettiva attuazione di programmi e progetti per i quali sia stato concesso un finanziamento; c) prevedere efficaci, adeguati e concreti strumenti di controllo, attraverso l'introduzione di momenti procedurali di costante verifica della concreta attuazione dei programmi e dei progetti approvati.

Il parere ha ritenuto che lo schema del provvedimento si presenti coerente con il perseguimento di tali obiettivi. Ma, soprattutto, ha ritenuto altamente apprezzabile la volontà del Ministero di provvedere, dopo un arco temporale di 85 anni, ad una effettiva riforma del sistema di finanziamento dei programmi di reinserimento in favore di "detenuti ed internati", di assistenza alle loro famiglie, di miglioramento delle loro condizioni carcerarie. Una riforma che – ispirata al perseguimento dei valori contenuti nel richiamato principio di rieducazione della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost. – vede un suo elemento imprescindibile in un cambio di funzionalità, di gestione, di *governance* dell'ente a ciò preposto, *id est* la Cassa delle ammende.

La Sezione ha condiviso l'estensione dei potenziali beneficiari degli interventi: non solo detenuti, ma anche destinatari di misure alternative alla detenzione, quali ad esempio le *community sanctions*, e delle iniziative di giustizia riparativa. Tali misure e iniziative si sono dimostrate più efficaci della restrizione carceraria a ridurre il tasso di recidiva, specialmente nel settore minorile. Nonostante un dettato apparentemente restrittivo della legge del 1932, il parere reputa che una sua "interpretazione costituzionalmente orientata" consenta tale estensione.

Il parere peraltro ha anche fornito molteplici suggerimenti per il miglioramento dell'articolato, si è espresso sul Consiglio di amministrazione dell'ente, consigliandone una maggiore "apertura" ad esperti del settore, mentre oggi è composto soltanto da dirigenti ministeriali.

Ha altresì sottolineato l'importanza di "una valutazione completa" dei programmi di intervento, che guardi "alla effettiva utilità del progetto, prima ancora che alla sua esatta confezione amministrativo-contabile". A tale scopo ha reputato necessario definire meglio le priorità di intervento e individuare indicatori – oggi assenti – in grado di monitorare l'efficacia dei finanziamenti concessi e l'effettivo raggiungimento delle finalità rieducative perseguite.

7.2. Composizione del Consiglio di amministrazione degli I.A.C.P. in Sicilia.

La Sezione consultiva del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha reso il parere 15 novembre 2017, n. 930 in ordine alla composizione del Consiglio di amministrazione degli I.A.C.P. in Sicilia.

Ha preliminarmente ricordato che nella Regione Sicilia l'art. 39, l. reg. Sicilia 7 maggio 2015, n. 9, in attuazione dell'art. 6, d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (secondo cui "tutti gli enti pubblici, anche economici, e gli organismi pubblici, anche con personalità giuridica di diritto privato, provvedono all'adeguamento dei rispettivi statuti al fine di assicurare che, a decorrere dal primo rinnovo successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto, gli organi di amministrazione e quelli di controllo, ove non già costituiti in forma monocratica, nonché il collegio dei revisori, siano costituiti da un numero non superiore, rispettivamente, a cinque e a tre componenti"), ha ulteriormente ridotto a tre il numero massimo dei componenti dei Consigli di amministrazione degli enti e ha operato una delegificazione delle regole di composizione, demandando ai competenti assessori una operazione non solo "riduttiva" del numero dei membri, ma anche "selettiva" delle rappresentanze di interessi, fissando alcuni criteri di orientamento della discrezionalità lasciata agli assessori regionali.

Ha quindi affermato che in Sicilia, plausibile criterio di composizione del Consiglio di amministrazione degli I.A.C.P., alla luce di una corretta esegesi dell'art. 39, comma 4, l. reg. n. 9 del 2015, in combinato disposto con l'art. 6, l. 22 ottobre 1971, n. 865, potrebbe essere: 1) un rappresentante dell'Amministrazione regionale, che assume la qualifica di Presidente e rappresentante legale dell'ente, designato dall'Assessore regionale delle infrastrutture e della mobilità (ovvero dall'Assessore regionale famiglia, delle politiche sociali e del lavoro, ovvero congiuntamente da entrambi gli Assessori) e nominato dalla giunta regionale (in sostituzione dei rappresentanti di cui ai nn. 2 e 3 dell'art. 6, l. n. 865 del 1971); 2) un membro eletto dal consiglio provinciale (ora assemblea del Libero consorzio comunale o conferenza metropolitana della Città metropolitana *ex l. reg. Sicilia 24 marzo 2014, n. 8*), in sostituzione dei tre rappresentanti di cui al n. 1 dell'art. 6, l. reg. n. 865 del 1971; 3) un rappresentante delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, nominato dalla giunta provinciale (ora giunta del Libero consorzio comunale o giunta metropolitana della Città metropolitana *ex l. reg. n. 8 del 2014*) su terna proposta dalle organizzazioni medesime (in sostituzione dei tre rappresentanti di cui al n. 4 dell'art. 6, l. n. 865 del 1971).

7.3. Riduzione dei componenti il Consiglio di amministrazione dell'Ente parco per contenimento.

Con parere 17 ottobre 2017, n. 844 la Sezione consultiva del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha risposto al quesito in ordine alla natura di organo di indirizzo politico, rappresentativo delle autorità aderenti, del Consiglio dell'Ente parco e all'applicabilità a detto consiglio del comma 4 dell'art. 39, l. reg. 7 maggio 2015, n. 9 sul contenimento della spesa pubblica, che richiede di ridurre il numero dei componenti dei Consigli di amministrazione e degli organi di amministrazione degli enti.

La Sezione ha escluso l'applicazione di tale normativa sul rilievo che la stessa non può modificare la composizione del Consiglio di amministrazione dell'Ente Parco, per ragioni di contenimento della spesa pubblica, senza incorrere in una censura di incostituzionalità, ma solo prevedere la gratuità della partecipazione al Consiglio del parco.

Si impone, allora, una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 39, l. reg. n. 9 del 2015, laddove prevede la riduzione dei componenti degli organi di amministrazione

degli Enti pubblici regionali, sottoposti a vigilanza e controllo dell'Amministrazione regionale, per ragioni di contenimento della spesa pubblica, nel senso che tale previsione non riguarda gli organi la cui composizione è vincolata all'osservanza di norme fondamentali statali, come accade nel caso della composizione dei Consigli del parco, corrispondenti alle comunità del parco.

8. Pubblica amministrazione.

8.1. Linee guida in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle P.A. e degli enti pubblici economici.

La Commissione speciale ha reso il parere n. 1257 del 29 maggio 2017 sullo schema di Linee guida di aggiornamento delle Linee guida (n. 8 del 17 giugno 2015) in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle P.A. e degli enti pubblici economici.

Ha preliminarmente chiarito la Commissione che, pur non essendo le Linee guida in questione un atto per il quale è obbligatorio il parere del Consiglio di Stato, lo stesso è stato richiesto nella logica di fattiva cooperazione istituzionale, la cui applicazione appare ormai prassi consolidata e fruttuosa.

Le linee guida in esame costituiscono, infatti, atto non regolamentare mediante il quale l'Anac chiarisce la portata applicativa e le ricadute organizzative degli adempimenti stabiliti dalla normativa (l. 6 novembre 2012, n. 190 e d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, come novellati dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97) a carico dei soggetti pubblici e privati sottoposti, al pari delle Pubbliche amministrazioni (anche se in misura non sempre coincidente), agli obblighi finalizzati a prevenire la corruzione e ad assicurare la trasparenza nell'azione amministrativa, rispetto ai quali l'Anac ha una potestà di vigilanza.

L'esercizio di detta potestà di vigilanza è stato recentemente disciplinato dall'Anac mediante i regolamenti n. 328 (in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi nonché sul rispetto delle regole di comportamento dei pubblici funzionari, con riferimento al d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39), n. 329 (in materia di rispetto degli obblighi di pubblicazione) e n. 330 (in materia di prevenzione della corruzione), approvati con contestuali deliberazioni in data 29 marzo 2017.

Pertanto, le linee guida in esame appaiono riconducibili al novero delle linee guida non vincolanti, mediante le quali l'Anac fornisce ai soggetti interessati indicazioni sul corretto modo di adempiere agli obblighi previsti dalla normativa e sull'adempimento dei quali ha poteri di vigilanza, indicazioni che costituiranno parametro di valutazione per l'esercizio di tali poteri e l'adozione dei provvedimenti conseguenti.

I destinatari (*in primis*, presso ciascuna società o ente privato controllato, partecipato o vigilato da p.a., il responsabile della prevenzione della corruzione e per la trasparenza, di cui agli artt. 1, comma 7, l. n. 190 del 2012, e 43, d.lgs. n. 33 del 2013, ed i funzionari incaricati dei diversi adempimenti; nonché, i funzionari incaricati del controllo e della vigilanza presso le Pubbliche amministrazioni di riferimento) possono discostarsi dalle linee guida mediante atti che contengano una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, idonea a dar conto delle ragioni della diversa scelta amministrativa.

Al di fuori di questa ipotesi, la violazione delle linee guida può essere considerata, in sede giurisdizionale, come elemento sintomatico dell'eccesso di potere, sulla falsariga dell'elaborazione che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari.

Quanto alla finalità della disciplina, il parere ha richiamato le esigenze che l'adempimento degli obblighi di trasparenza venga considerato non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma anche come strumento ordinario e primario di riavvicinamento dei cittadini alla Pubblica amministrazione e di partecipazione all'azione dei pubblici poteri; che, in questa prospettiva, si eviti la trappola costituita da adempimenti onerosi e non necessari che rischiano, paradossalmente, di creare una sorta di 'burocrazia della trasparenza'; che la funzionalità allo scopo delle linee guida e delle misure organizzative adottate dai destinatari venga valutata nel medio-lungo periodo, attraverso un'adeguata attività di monitoraggio e di rilevazione statistica.

La Commissione speciale, proprio con riferimento a tali esigenze ha segnalato la necessità che la formulazione delle linee guida privilegi tale finalità istruttiva, richiamando e non parafrasando i precetti normativi, evidenziando i punti di essi che necessitano una scelta interpretativa e le soluzioni adottate. Ha poi ribadito la necessità di assicurare che lo strumento della trasparenza amministrativa, in tutte le sue declinazioni applicative, realmente si conformi all'obiettivo finalità di assicurare la consapevolezza, in capo ad ogni utente di pubblici servizi (pur latamente intesi), del reale stato dell'azione amministrativa che lo riguarda. Tale stretto ed ineludibile nesso funzionale si giustifica in virtù del fatto che, nell'azione amministrativa, il principio della trasparenza si compenetra (e completa), reciprocamente, con quello di responsabilità: in effetti, responsabilità e trasparenza, in tale contesto, perseguono la stessa logica giuridica ed il medesimo obiettivo, consistenti nel buon andamento e nell'imparzialità della Pubblica amministrazione.

In questi termini, dunque, più che su di un astratto modello operativo di trasparenza, indistintamente generalizzato (per tale potenzialmente avulso dal limite causale della concreta ed effettiva strumentalità ad un interesse pubblico), l'attenzione andrebbe posta sull'introduzione di forme specifiche e tassative di controllo *ex post* sull'effettivo rispetto – da parte dell'Amministrazione – delle proprie funzioni istituzionali, recependo ad esempio il modello OSCE di verifica a posteriori.

In conclusione - ha ancora chiarito il parere - la trasparenza amministrativa va innanzitutto interpretata, ai fini della sua disciplina normativa, alla stregua di un servizio pubblico, inteso quale attività di produzione di beni e di servizi, indirizzata istituzionalmente ed in via immediata al soddisfacimento di bisogni collettivi, nonché sottoposta, per ragioni di interesse generale, a restrizioni disposte dall'autorità. Ciò trova conforto nella circostanza che la trasparenza si esplicita anche nei principi di sussidiarietà, uguaglianza, continuità, parità di trattamento e imparzialità.

8.2. Individuazione delle modalità di attuazione del Codice in materia di protezione dei dati personali relativamente al trattamento dei dati effettuato, per le finalità di polizia, da organi, uffici e comandi di polizia.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere 25 settembre 2017, n. 2039 sullo schema di decreto del Presidente della Repubblica recante l'individuazione delle modalità di attuazione del Codice in materia di protezione dei dati personali, approvato con d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, relativamente al trattamento dei dati effettuato, per le finalità di polizia, da organi, uffici e comandi di polizia.

Ha ricordato il parere che l'art. 57 del Codice in materia di protezione dei dati personali demanda a un decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della giustizia, l'individuazione delle modalità di attuazione del Codice stesso con

riguardo al trattamento dei dati effettuato, per le predette finalità, non solo dagli organi, uffici o comandi di polizia, ma anche dal Centro elaborazioni dati (C.E.D.) dello stesso Ministero dell'interno. L'opzione attuativa del citato art. 57, per ragioni di ordine pratico, è stata indirizzata dal Ministero a predisporre due distinti regolamenti: quello oggi all'esame, di ordine generale ed esteso a tutti i trattamenti effettuati da "organi, uffici e comandi di polizia" (incluso il C.E.D.), ed un altro, destinato a regolare in maggior dettaglio i trattamenti effettuati da quest'ultimo nell'ambito di una più generale disciplina del C.E.D., in attuazione dell'art. 11, l. 1 aprile 1981, n. 121, in sostituzione dell'ormai risalente d.P.R. 3 maggio 1982, n. 378.

Lo schema di Regolamento all'esame della Commissione risulta essere onnicomprensivo, riferendosi a una pluralità di trattamenti di dati personali anche eterogenei con riguardo ai titolari, ai presupposti normativi, alle metodologie impiegate, all'assetto delle unità organizzative che vi procedono.

La Sezione ha reso parere favorevole con osservazioni, non avendo ravvisato seri profili di criticità nello schema di decreto in esame, il quale appare aderente alla normativa primaria di riferimento (la quale, in molti punti, è espressamente richiamata o riprodotta in modo pedissequo), oltre che puntualmente rispettoso della sopravvenuta disciplina riveniente dagli atti comunitari che si è più sopra richiamata. Inoltre, a livello contenutistico la regolamentazione dei trattamenti di dati in questione è sembrata analitica ed esaustiva, e il testo risulta anche sufficientemente chiaro e corretto sotto il profilo redazionale, pur tenendo conto del notevole tasso di tecnicismo e della "trasversalità" degli ambiti cui afferiscono le attività trattate.

Peraltro la Sezione ha raccomandato molta attenzione nell'opzione attuativa perseguita (come si è detto, adozione di due regolamenti) e, quindi, nella predisposizione del secondo testo regolamentare (riservato al C.E.D. ma destinato a contenere ulteriori e più dettagliate disposizioni attuative relative al trattamento in argomento), dovendosi necessariamente evitare, in una materia così delicata, sovrapposizioni, incertezze e comunque mancanza di coordinamento tra norme, alla stregua anche della considerazione della concreta operatività delle norme stesse.

8.3. Correttivo del Codice dell'amministrazione digitale.

La Commissione speciale ha reso il parere 10 ottobre 2017, n. 2122 sullo schema di decreto correttivo del Codice dell'amministrazione digitale (CAD), approvato con d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 e già modificato con il recente d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179.

Come ha chiarito il parere, si tratta di una iniziativa normativa che ha il condivisibile obiettivo di proseguire l'opera di modernizzazione e di razionalizzazione della Pubblica amministrazione, attraverso la sua completa digitalizzazione per dotare cittadini, imprese e Amministrazioni di strumenti e servizi idonei a rendere effettivi i diritti di cittadinanza digitale.

Il correttivo ha, infatti, lo scopo di accelerare l'attuazione, a livello nazionale, dell'agenda digitale europea e a proseguire l'opera di modernizzazione e di razionalizzazione della Pubblica amministrazione, attraverso la completa digitalizzazione della stessa, anche nei rapporti con cittadini e imprese, con l'obiettivo, in particolare, di dotare cittadini, imprese e Amministrazioni di strumenti e servizi idonei a rendere effettivi i diritti di cittadinanza digitale, che rappresentano il fulcro della legge delega e del già richiamato d.lgs. n. 179 del 2016: ciò, peraltro, anche in considerazione della generalizzata difficoltà riscontrata presso gli *stakeholders* nell'accesso ai servizi ero-

gati dalle Pubbliche amministrazioni. In altri termini, il decreto correttivo intende rispondere alle esigenze più urgenti tra quelle individuate dal Parlamento ed è finalizzato ad “aggiornare” il CAD, rispetto ai mutamenti registrati nel sistema digitale a seguito del nuovo quadro normativo costituito dal succitato d.lgs. n. 179 del 2016, con modifiche che si sviluppano seguendo alcune “linee portanti” enucleate dalla stessa Amministrazione.

La prima di tali linee portanti è costituita dalla necessità di “proseguire nell’opera di razionalizzazione” e di “deregolamentazione” delle disposizioni recate dal CAD, già avviata con il d.lgs. n. 179 del 2016, sia semplificando, anche dal punto di vista linguistico, le disposizioni del Codice, sia sostituendo le regole tecniche con delle linee guida la cui adozione viene affidata direttamente all’Agenzia per l’Italia digitale (AGID), al fine di rendere l’attuazione tecnico-operativa delle disposizioni di legge capace di stare al passo con la continua evoluzione tecnologica del settore informatico. Tuttavia, ad avviso della Commissione, per il raggiungimento dell’obiettivo sarebbe necessario procedere ad una compiuta opera di riorganizzazione delle disposizioni del CAD, volta a dare evidenza, in primo luogo, alle disposizioni riguardanti tali diritti (identità digitale, domicilio digitale, firma digitale, diritto di accesso *online* etc.), per poi disciplinare i rapporti fra il cittadino e l’Amministrazione e regolare, infine, i profili riguardanti l’organizzazione dell’Amministrazione.

La seconda linea portante del correttivo è costituita dall’esigenza di sottolineare con maggior forza la natura di carta di cittadinanza digitale della prima parte del Codice, concentrandovi le disposizioni volte ad attribuire a cittadini e imprese il diritto a una identità e a un domicilio digitale, quello alla fruizione di servizi pubblici *online* in maniera semplice e *mobile-oriented*, quello a partecipare effettivamente al procedimento amministrativo per via elettronica e quello a effettuare pagamenti *online*.

La terza linea portante del presente intervento normativo è costituita dalla necessità di “promuovere l’integrazione e l’interoperabilità tra i servizi pubblici erogati dalle diverse Amministrazioni in modo da garantire a cittadini e imprese il diritto a fruirne in maniera semplice e moderna anche grazie all’opportunità di gestire i diversi strumenti informatico-giuridici di dialogo con le Amministrazioni attraverso un’unica interfaccia, una *dashboard* (letteralmente: cruscotto) di cittadinanza digitale”.

In particolare, tramite il correttivo, è stato introdotto uno specifico diritto per la cittadinanza di fruire dei servizi offerti dai soggetti pubblici in forma digitale e in modo integrato anche per il tramite del “punto di accesso” di cui all’art. 64 *bis* del CAD che, così come novellato dal presente intervento normativo, dispone che le Pubbliche amministrazioni debbano, “in sede di evoluzione”, progettare e sviluppare i loro servizi e sistemi “in modo da garantirne l’integrazione e l’interoperabilità”.

La Commissione, dopo aver esaminato nel dettaglio tutte le disposizioni, ha reso parere favorevole con osservazioni.

Ha, in sostanza, rilevato che l’effettivo raggiungimento dell’obiettivo dell’interoperabilità dei sistemi e della loro integrazione dipenderà dalle concrete modalità tecniche con cui si procederà a sviluppare i servizi telematici della Pubblica amministrazione tramite le linee guida di cui all’art. 71 del CAD, di cui si è in precedenza detto. La Commissione speciale ha però evidenziato come alcune problematiche di merito – che sono centrali per la corretta attuazione della riforma - siano state rinviate all’adozione di atti applicativi, quali i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (ad es. per il completo transito al sistema di comunicazione tramite domicilia digitali) e le linee guida tecniche che dovranno essere adottate dall’AGID.

Il Consiglio di Stato ha, pertanto, invitato l'Amministrazione a porre una particolare attenzione a tale profilo, sottolineando come i rilevanti compiti attribuiti all'AGID (ad es. l'adozione di pareri vincolanti e delle linee guida, l'istituzione dell'ufficio del difensore civico a livello centralizzato) richiedano un costante monitoraggio sul funzionamento dell'Agenzia al fine di assicurare che tale organo sia dotato delle risorse organiche e finanziarie necessarie al suo corretto funzionamento.

Infine, sono stati formulati diversi rilievi di ordine tecnico sia a livello contenutistico (ad es. in tema di domicilio digitale, di documento informatico e di requisiti per l'accreditamento) sia sull'articolato, principalmente al fine di garantire una maggiore chiarezza del testo e una corretta applicazione delle innovazioni previste dal correttivo.

9. Contratti della Pubblica amministrazione.

9.1. Progettazione.

Sulla materia contrattualistica, oltre ai tanti pareri resi dal Consiglio di Stato sui decreti ministeriali e sulle determinazioni dell'Autorità nazionale anticorruzione adottati ai sensi del nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, è da segnalare il parere 24 ottobre 2017, n. 885, reso dalla Sezione consultiva del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana in relazione alla disciplina transitoria applicabile alla corresponsione dell'incentivo di progettazione al personale con qualifica dirigenziale di aziende sanitarie e ospedaliere, previsto dall'abrogato Codice degli appalti (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

Ha affermato la Sezione che il divieto di incentivo di progettazione per i dirigenti di aziende sanitarie e ospedaliere, introdotto dall'art. 93, comma 7 *ter*, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 per effetto della l. 11 agosto 2014, n. 114, con decorrenza dal 19 agosto 2014, non si applica né alle attività svolte dai dirigenti interamente prima del 19 agosto 2014, ancorché il compenso venga liquidato dopo tale data, né alle attività svolte dai dirigenti dopo il 19 agosto 2014, in virtù di incarichi affidati in precedenza; la diversa e più ridotta misura delle somme da destinare all'incentivazione delle funzioni tecniche, nonché il diverso e più ridotto tetto massimo annuo dell'incentivo da corrispondere a ciascun avente titolo, introdotti dal citato art. 93, comma 7 *ter*, non si applicano alle attività svolte prima del 19 agosto 2014, ancorché il relativo compenso venga liquidato successivamente; e, per converso, si applicano alle attività svolte dopo il 19 agosto 2014, ancorché sulla base di incarichi affidati in precedenza; le attività svolte, sulla base del medesimo incarico affidato prima del 19 agosto 2014, in parte prima e in parte dopo tale data, vanno liquidate separatamente sulla base delle diverse norme vigenti *ratione temporis*.

Ha chiarito il parere che la disciplina introdotta nel 2014 differisce dalla previgente non solo quanto all'ambito soggettivo dei beneficiari (con inclusione prima, ed esclusione dopo, dei dirigenti), ma anche quanto alla misura delle risorse destinate all'incentivazione e al tetto massimo dell'incentivo annuo e all'ambito oggettivo delle attività incentivate. Invero, mentre nella previgente l'intera somma del 2% dell'importo posto a base di gara di un'opera o un lavoro era destinata all'incentivazione, nella nuova disciplina tale importo del 2% alimenta un "fondo per la progettazione e l'innovazione" e di tale fondo solo l'80% è destinato all'incentivazione del personale, mentre il restante 20% ha una diversa destinazione (art. 93, comma 7 *quater*, d.lgs. n. 163 del 2006).

Quanto, poi, alla misura massima annua dell'incentivo da corrispondere a ciascun dipendente, nella previgente disciplina si stabiliva che "limitatamente alle attività di progettazione, l'incentivo corrisposto al singolo dipendente non può superare l'importo del rispettivo trattamento economico complessivo annuo lordo", con riferimento ai singoli incentivi corrisposti.

Nella nuova disciplina, invece, "Gli incentivi complessivamente corrisposti nel corso dell'anno al singolo dipendente, anche da diverse Amministrazioni, non possono superare l'importo del 50 per cento del trattamento economico complessivo annuo lordo". Vi è dunque un tetto massimo della misura dell'incentivo, rapportato allo stipendio annuo lordo, e computato non in relazione alla singola attività incentivata, ma calcolato su base annua.

Con riferimento all'ambito oggettivo delle attività incentivate, è stato segnalato che sono state espressamente escluse quelle inerenti opere di manutenzione, e non è più stato previsto l'incentivo per la redazione di atti di pianificazione, in precedenza contemplato dall'art. 92, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006.

Ha aggiunto il parere che, quanto all'ambito soggettivo, la nuova disciplina non ha portata retroattiva e non può incidere sugli incarichi affidati in precedenza. Per gli incarichi affidati prima dell'entrata in vigore della l. n. 114 del 2014 (in data 19 agosto 2014), a soggetti aventi titolo, ivi compresi, nella specie, i dirigenti, il principio della tutela dell'affidamento impone di mantenere la regola previgente del concorso dei dirigenti alla ripartizione dell'incentivo, anche ove le attività incentivate siano state espletate, in tutto o in parte, nella vigenza della nuova disciplina, ovvero siano state espletate anteriormente, e il relativo incentivo venga liquidato successivamente.

Quanto alla misura dell'incentivo da corrispondere, il principio di irretroattività della legge e di tutela dell'affidamento va qui coniugato con il principio di contenimento della spesa pubblica, che giustifica l'intervento di norme di riduzione dei trattamenti economici con effetto anche sui rapporti in corso, nei limiti della ragionevolezza e della non incidenza su trattamenti economici già maturati. Bilanciando i contrapposti interessi, il parere ha ritenuto che le misure riduttive sia delle somme da destinare all'incentivazione, sia della misura massima annua dell'incentivo da corrispondere a ciascun dipendente pubblico: a) non possono trovare applicazione alle attività espletate prima dell'entrata in vigore della l. n. 114 del 2014, ancorché il compenso sia ancora da liquidare e venga liquidato dopo l'entrata in vigore della legge medesima, perché in tal caso il diritto al pagamento è già maturato sulla base delle regole vigenti al momento dello svolgimento dell'attività, secondo il principio della corrispettività delle prestazioni in un rapporto negoziale; sicché per le attività espletate prima del 19 agosto 2014 l'incentivo va liquidato secondo i previgenti criteri e non trova applicazione la regola del tetto annuo del 50% del trattamento economico complessivo annuo lordo; b) per converso, le nuove regole possono trovare applicazione per le attività espletate dopo il 19 agosto 2014, anche se sulla base di incarichi affidati prima; nel caso di attività poste in essere in parte prima e in parte dopo il 19 agosto 2014, le stesse vanno compensate liquidando separatamente gli importi spettanti tenendo conto di ciascuna frazione temporale delle attività medesime.

Il parere ha quindi chiarito che il regolamento previsto dall'art. 93, commi 7 *bis* e 7 *ter*, d.lgs. n. 163 del 2006 deve prevedere un doppio regime transitorio differenziato,

quanto all'ambito soggettivo di applicazione (stabilendo che per i dirigenti il regolamento si applica solo per le attività svolte dopo il 19 agosto 2014 sulla base di incarichi anteriori) e quanto alla misura dell'incentivo e tetto annuo massimo (stabilendo che il regolamento si applica solo per le attività svolte dopo il 19 agosto 2014, ancorché sulla base di incarichi affidati in precedenza); resta ferma l'applicabilità della normativa vigente in tema di "tetto stipendiale" da intendere come onnicomprensivo, e da computare includendo anche l'incentivo di progettazione.

10. Confisca.

10.1. Regolamento recante la determinazione delle modalità di destinazione alla Corte penale internazionale di somme, beni e utilità confiscati.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere 17 ottobre 2017, n. 2160 sullo schema di regolamento del Ministero della giustizia, recante la determinazione delle modalità di destinazione alla Corte penale internazionale di somme, beni e utilità confiscati.

Ha ricordato la Sezione che la Corte penale internazionale - il cui Statuto è stato adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni unite a Roma il 17 luglio 1998 e la cui ratifica ed esecuzione è stata disposta nello Stato italiano con la l. 12 luglio 1999, n. 232 - è una istituzione permanente che può esercitare il suo potere giurisdizionale sulle persone fisiche per i più gravi crimini di portata internazionale; ed è complementare alle giurisdizioni penali nazionali.

Lo schema di regolamento in esame dà attuazione alla previsione contenuta nell'art. 21 ("Esecuzione di pene pecuniarie e degli ordini di riparazione"), comma 5, l. 20 dicembre 2012, n. 237 ("Norme per l'adeguamento alle disposizioni dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale"), il quale - nel contesto della disciplina, contenuta nel Capo III della legge, della esecuzione dei provvedimenti della Corte - rinvia a un decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare ai sensi dell'art. 17, comma 3, l. 23 agosto 1988, n. 400, l'individuazione delle modalità di messa a disposizione della Corte penale internazionale delle somme, beni e utilità confiscati.

L'emanando decreto si colloca nel più ampio contesto della normativa sulla cooperazione giudiziaria internazionale assumendo quale modello, ai fini della adozione di criteri orientativi, il d.lgs. 7 agosto 2015, n. 137, di attuazione della decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea 2006/1783/GAI, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca. Tale fonte europea valorizza, nel contesto della lotta alla criminalità organizzata, non solo il reciproco riconoscimento nell'Unione europea di provvedimenti provvisori quali il congelamento e il sequestro, ma anche, per una lotta efficace alla criminalità economica, il reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca dei proventi di reato.

Il decreto si prefigge di risolvere, relativamente agli adempimenti di competenza dello Stato italiano, criticità nel recupero dei beni confiscati; criticità che invero - ha osservato la Sezione - il Ministero richiedente riferisce verificarsi, con frequenza, relativamente ad adempimenti che sono di competenza non dello Stato italiano ma dello Stato straniero ove i beni confiscati sono rinvenuti. In particolare la Relazione ministeriale

riferisce che di frequente accade che lo Stato richiesto della consegna del bene confiscato dall'autorità giudiziaria italiana, dopo un primo momento di collaborazione e assistenza, apra un proprio procedimento penale, con autonomo capo di imputazione, rivendicando il diritto di trattenere una parte del valore dei beni rinvenuti; così da comportare che il procedimento di recupero dei beni confiscati sia molto lungo, complesso e talvolta poco efficace.

11. Sanità.

11.1. Nomina dei direttori generali delle aziende sanitarie e ospedaliere nella Regione Sicilia.

La Sezione consultiva del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha reso il parere 24 maggio 2017, n. 449 sul quesito formulato dall'Assessore regionale alla salute in tema di nomina dei direttori generali delle aziende sanitarie provinciali, delle aziende ospedaliere e delle aziende ospedaliere universitarie e concernente l'applicabilità, dell'art. 3, l.reg. Sicilia 1 marzo 2017, n. 4, nonostante tale norma sembrerebbe costituzionalmente illegittima, tanto che il Consiglio dei Ministri, in data 28 aprile 2017, ha deliberato di proporre ricorso principale in Corte costituzionale. Si chiede se piuttosto non debba darsi prevalenza alla legge statale, e segnatamente all'art. 5, d.lgs. 4 agosto 2016, n. 171, atteso che la sanità è materia di competenza concorrente, in cui spetta allo Stato dettare i principi generali della materia.

Ad avviso del parere trova applicazione la l. reg. n. 4 del 2017, che è successiva alla legislazione statale in materia, e segnatamente all'art. 3 *bis*, d.lgs. n. 502 del 1992 e al d.lgs. n. 171 del 2016 e ciò anche se si ritenesse che, essendo la materia della sanità riservata alla legislazione concorrente ripartita tra Stato e Regione Siciliana, spetterebbe allo Stato fissare i principi generali, con conseguente applicazione della legge statale.

Ha chiarito la Sezione che la legge statale che fissa i principi generali, o i principi fondamentali della materia di competenza concorrente, non è una legge di rango superiore rispetto a quella regionale, sicché il rapporto tra le due leggi va regolato secondo gli ordinari criteri che si basano sul rapporto tra legge generale e speciale, tra legge anteriore e successiva. Nella specie, quindi, la Regione è tenuta ad applicare l. reg. n. 4 del 2017, successiva alla disciplina statale, anche se dubita della sua conformità a Costituzione (dubbi che hanno indotto anche il Consiglio dei Ministri, in data 28 aprile 2017, a deliberare di proporre ricorso principale in Corte costituzionale, ritenendo che esso, prevedendo il divieto di nomina di nuovi direttori generali allo scadere degli incarichi in corso e la nomina di commissari in luogo della nomina dei direttori generali, senza peraltro stabilire le procedure e i requisiti necessari per dette nomine, nonché i relativi termini di decadenza, eccede dalle competenze attribuite alla regione Sicilia dallo statuto speciale (...), in quanto "(...) opera una *reformatio in peius* rispetto alle garanzie di trasparenza ed imparzialità che il legislatore ha inteso assicurare con la riforma operata con la l. n. 124 del 2015 e con il d.lgs. n. 171 del 2016 (...)".

Ha aggiunto il parere che il cit. art. 3, l. reg. n. 4 del 2017 – nella parte in cui prevede il divieto di nomina di nuovi direttori generali allo scadere degli incarichi in corso e la nomina di commissari in luogo della nomina dei direttori generali – va interpretato, in chiave costituzionalmente orientata e fatto salvo l'esito della questione di legittimità costituzionale sollevata in via principale dallo Stato, nel senso che esso ha inteso prevedere, dopo aver fissato il divieto di nomina di nuovi direttori generali, la nomina

di commissari con le stesse modalità procedurali (tra cui il termine di sessanta giorni dalla vacanza dell'ufficio per provvedere) e gli stessi criteri previsti per la nomina dei direttori generali, ossia attingendo all'elenco regionale di cui al comma 3 dell'art. 3 *bis*, d.lgs. n. 502 del 1992, fatta salva la durata dei commissari, che non può eccedere la fine del periodo transitorio e comunque quella dei direttori generali.

Ha ancora chiarito la Sezione che, quanto alla competenza alla nomina dei commissari e al procedimento, il rinvio all'art. 3 *bis*, d.lgs. n. 502 del 1992 parimenti implica che la competenza spetta al soggetto che sarebbe competente, in via ordinaria, a nominare i direttori generali, con il procedimento delineato dal citato art. 3 *bis*. Ha dunque concluso nel senso che seguendo tale esegesi, viene meno il dubbio di incostituzionalità della previsione, perché avrebbe previsto la nomina di commissari, in luogo di direttori generali, svincolata da criteri trasparenti di nomina e da un definito limite temporale. Invero, i commissari vanno nominati esattamente con gli stessi criteri e procedimenti ed in riferimento ai termini contrattuali previsti per i direttori generali.

11.2. Trattamento economico del direttore sanitario e del direttore amministrativo delle aziende del Servizio sanitario della Regione Sicilia.

La Sezione consultiva del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha reso il parere 20 ottobre 2017, n. 874 sul quesito posto dall'Assessorato regionale della salute in ordine al trattamento economico del direttore sanitario e del direttore amministrativo delle aziende del Servizio sanitario della Regione Sicilia.

L'Assessorato ha premesso che con delibera di Giunta è stato recepito l'art. 2, d.P.C.M. 19 luglio 1995, n. 502, nel testo modificato con d.P.C.M. 31 maggio 2001, n. 319, e rideterminato il trattamento economico, oltre che del direttore generale, del direttore sanitario e del direttore amministrativo, ai quali ultimi è stato riconosciuto l'80% del trattamento base attribuito al direttore generale, con l'ulteriore specificazione che il trattamento economico loro spettante non può essere inferiore a quello previsto dalla contrattazione collettiva nazionale rispettivamente per le posizioni apicali della dirigenza medica ed amministrativa. Ha altresì chiarito che, a seguito dell'emanazione della l. reg. 8 febbraio 2007, n. 2 - il cui art. 8 ha stabilito per il triennio 2007-2009 la riduzione dei compensi dei direttori generali delle aziende sanitarie, con obbligo di rinegoziare i relativi contratti - con pareri dell'Ufficio legislativo e legale della Presidenza della Regione è stato affermato che la riduzione dei compensi dei direttori generali delle aziende sanitarie incontra un limite nella cogente previsione di un trattamento minimo garantito, ossia non inferiore a quello previsto dalla contrattazione collettiva, secondo la aggiornata previsione del primo periodo dell'art. 2, d.P.C.M. n. 502 del 1995. Ha aggiunto che, laddove per effetto del richiamo alla contrattazione collettiva nazionale per le posizioni apicali della dirigenza medica e amministrativa il trattamento dei direttori sanitari e dei direttori amministrativi risultasse equivalente a quello del direttore generale o addirittura maggiore, il quadro normativo di riferimento dovrebbe essere interpretato, per evitare si produca un effetto distorsivo, secondo una lettura che tenga conto del rispetto dei principi costituzionali di uguaglianza e proporzionalità della retribuzione di cui rispettivamente agli artt. 3 e 36 Cost.

L'Assessorato ha richiesto quindi il parere se, in un'ottica di equilibrio aziendale ai sensi del comma 5 dell'art. 2, d.P.C.M. n. 502 del 1995, il trattamento economico onnicomprensivo annuo del direttore sanitario e del direttore amministrativo possa essere fissato dalla Regione in misura non superiore al 90% di quello in godimento al

direttore generale della rispettiva Azienda sanitaria e in atto in godimento ai commissari di cui all'art. 3, l. reg. n. 4 del 2017, fatta salva l'ulteriore quota, fino al 20% dello stesso trattamento principale, in relazione ai risultati di gestione e al grado di soddisfacimento degli obiettivi annualmente assegnati dal direttore generale.

La Sezione ha affermato che nella Regione Sicilia, l'allineamento del compenso del direttore sanitario e del direttore amministrativo a quello previsto dalla contrattazione collettiva per i dirigenti apicali costituisce un minimo non derogabile dal recessivo criterio della proporzione al compenso del direttore generale e che neppure il riferimento, contenuto al secondo periodo dell'art. 2, d.P.C.M. n. 502 del 1995, all'"ottica di equilibrio aziendale", implicante un obiettivo e non un limite puntuale e vincolante, può indurre a diversa soluzione interpretativa.

Nel parere è chiarito che non è assecondabile la tesi secondo cui, in un'ottica di equilibrio aziendale ai sensi del comma 5 dell'art. 2, d.P.C.M. n. 502 del 1995, è possibile fissare il trattamento onnicomprensivo annuo del direttore sanitario e del direttore amministrativo in misura non superiore al 90% di quello in godimento al direttore generale della rispettiva azienda sanitaria, non potendosi abbattere l'inderogabile trattamento minimo.

Occorre invero considerare che è ben vero che l'art. 3, d.P.C.M. n. 502 del 1995 configura una chiara gerarchia tra il direttore generale, organo dell'ente, che viene "coadiuvato" dai direttori sanitario e amministrativo, e questi ultimi, che dal primo vengono nominati e partecipano alla direzione dell'azienda, di cui è responsabile il direttore generale; è altresì vero che l'art. 3 *bis*, comma 8, del medesimo decreto prevede che il trattamento economico di tutte e tre le figure, ossia del direttore generale, del direttore sanitario e del direttore amministrativo, venga definito, in sede di revisione del d.P.C.M. n. 502 del 1995, anche con riferimento ai trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva nazionale per le posizioni apicali della dirigenza medica e amministrativa. Tuttavia la revisione operata con d.P.C.M. n. 319 del 2001 ha comportato che, mentre il compenso del direttore generale è definito, a prescindere da qualsiasi richiamo alla contrattazione collettiva, in base a specifici parametri, il compenso dei direttori sanitari e amministrativi viene inderogabilmente agganciato alla contrattazione collettiva in funzione di minimo garantito.

12. Agricoltura.

12.1. Testo unico sui controlli in materia di agricoltura biologica.

La sezione consultiva atti normativi ha reso il parere 2 agosto 2017, n. 1831 sullo schema di decreto legislativo recante disposizioni di armonizzazione e razionalizzazione della normativa sui controlli in materia di produzione agricola e agroalimentare biologica, predisposto ai sensi dell'art. 5, comma 2, lett. g), l. 28 luglio 2016, n. 154 (Deleghe al Governo e ulteriori disposizioni in materia di semplificazione, razionalizzazione e competitività dei settori agricolo e agroalimentare, nonché sanzioni in materia di pesca illegale) e dell'art. 2, l. 12 agosto 2016, n. 170 (Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2015).

Il parere ha ricordato che la normativa nazionale sopraindicata si innesta nel più vasto ambito europeo delineato dal Regolamento (CE) n. 834/2007 del Consiglio dell'Unione Europea del 28 giugno 2007, "relativo alla produzione biologica e all'etichettatura dei prodotti biologici e che abroga il regolamento (CEE) n. 2092/91" che,

nei quaranta “Considerando”, evidenzia come la produzione biologica non sia attinente solamente alla politica agricola europea ma inerisca anche alla tutela dei consumatori e dei beni pubblici rilevanti: la tutela dell’ambiente e della biodiversità, il benessere degli animali e dello sviluppo rurale. Tra gli obiettivi della normazione comunitaria si evidenzia la necessità di disciplinare il settore al fine di garantire e tutelare la concorrenza leale tra i produttori e migliorare la fiducia nei consumatori.

Per quanto riguarda il sistema di controllo per la produzione biologica, tale assetto è stato profondamente modificato dal Regolamento di esecuzione (UE) n. 392/2013 della Commissione del 29 aprile 2013, che ha riformato il Regolamento (CE) n. 889/2008.

Ha ricordato la Sezione che, anche a livello nazionale, da quasi un trentennio si tenta di disciplinare il mercato della produzione biologica che, in tale periodo, secondo alcuni calcoli, ha mantenuto tassi di crescita anticiclici - variabili dal 10% al 15 % annui - caratterizzando notevolmente la politica agricola comunitaria. In attuazione del già citato regolamento 2092/91, è stato dapprima adottato il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 220, i cui artt. 6 - 9 sono stati abrogati in forza della legge delega n. 154 del 2016. In questo quadro la legge delega si è posta come obiettivo la realizzazione di un testo unico sulla materia, portando a completa attuazione la disciplina di carattere comunitario.

Gli obiettivi perseguiti dallo schema di decreto legislativo in esame, in armonia con quelli europei sopraindicati, sono: garantire maggiore tutela e consapevolezza per il consumatore; assicurare la tutela del mercato e della concorrenza; uniformare e compilare la normativa in materia di controlli sulla produzione agricola biologica così da aumentare il grado di comprensibilità, chiarezza ed efficacia; migliorare l’efficienza del sistema dei controlli, per prevenire le frodi, tramite l’espressa previsione di sanzioni amministrative.

Ciò premesso, al Sezione ha dato atto al Governo che lo schema di decreto legislativo sottoposto al suo esame è sostanzialmente conforme al quadro comunitario e nazionale ora delineato e, quindi, in grado di apportare gli auspicati elementi di chiarezza ed efficacia dei controlli, e semplificazione delle procedure, in un settore in forte sviluppo ma assai delicato per la salute ed il benessere della collettività (cd. “biologico”). Il parere ha quindi passato in rassegna le singole disposizioni del decreto.

Si è tra l’altro soffermato sui compiti di controllo sugli operatori, delegati agli organismi di controllo.

Particolare attenzione ha meritato il sistema di irregolarità, inosservanze e infrazioni che il legislatore delegato ha inteso delineare. Al riguardo il regolamento comunitario, pur nominando le infrazioni e le irregolarità, non detta una definizione, rimettendone pertanto la qualificazione agli Stati. Sul punto, è bene evidenziare come, in via generale, nell’ambito del diritto interno le nozioni di irregolarità e di infrazione siano apprezzabili su piani diversi. Sotto tale aspetto, la Sezione ha richiamato l’ampia elaborazione giurisprudenziale e dottrinale che circoscrive le ipotesi di irregolarità, in un’ottica di diritto processuale e sostanziale generale, alla descrizione della difformità di una condotta o di un atto rispetto al paradigma normativo, difformità che tuttavia non incide sugli interessi tutelati e che conseguentemente non determina effetti invalidanti per l’atto o effetti preclusivi per la prosecuzione dell’attività. Di contro, il ter-

mine infrazione non ha una connotazione tecnica e specifica nel sistema generale potendosi chiaramente ricondurre alla definizione comune di “trasgressione, violazione di un ordine, di un obbligo”. Ne consegue, si legge nel parere, che, in ossequio al disposto regolamentare di matrice europea, nello schema di decreto la nozione di irregolarità appare peculiare al settore oggetto di intervento e consiste in inadempienze che compromettono la qualificazione del prodotto ma non la conformità del processo di produzione. Le infrazioni, invece, sono “inadempienze di carattere sostanziale che compromettono la conformità del processo di produzione, del sistema di autocontrollo sul metodo di produzione, della gestione della documentazione aziendale, del rispetto degli obblighi contrattuali assunti nei confronti degli organismi di controllo e si caratterizzano per avere effetti prolungati tali da determinare variazioni sostanziali della forma giuridica dell’operatore, della conformità dei prodotti e della affidabilità dell’operatore”. Infine le inosservanze sono definite “infrazioni di lieve entità”.

La Sezione ha aggiunto che l’utilizzo del termine “inosservanza” per descrivere un’ “infrazione” meno grave, appare non del tutto rispondente agli obiettivi di chiarezza del dettato normativo. Ha inoltre osservato come il sistema sanzionatorio, relativamente alla sanzione per irregolarità, deve essere meglio coordinato con il principio generale comunitario di proporzionalità espressamente declinato dal regolamento comunitario, secondo cui “Ove sia constatata una irregolarità in relazione all’osservanza delle prescrizioni del presente regolamento, l’autorità di controllo o l’organismo di controllo assicura che nell’etichettatura e nella pubblicità dell’intera partita o dell’intero ciclo di produzione in cui è stata riscontrata l’irregolarità non sia fatto riferimento al metodo di produzione biologico, se ciò sia proporzionato all’importanza del requisito che è stato violato e alla natura e alle circostanze particolari delle attività irregolari”. Tale principio si atteggia come inderogabile e sottratto ai margini di apprezzamento del legislatore nazionale sia in ragione della fonte normativa (atto regolamentare) sia per la sua natura generale.

E’ inoltre evidenziato che per le inosservanze è previsto un meccanismo di diffida che non è riproposto per le irregolarità. Resta dunque in capo all’Amministrazione proponente la definitiva valutazione circa la congruità e proporzionalità del sistema delineato.

13. Commercio.

13.1. Regolamento sul marchio nazionale di qualità ambientale dei prodotti.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere Cons. St., sez. atti norm., 28 luglio 2017, n. 1818 sullo schema di regolamento per l’attuazione dello schema nazionale volontario per la valutazione e la comunicazione dell’impronta ambientale dei prodotti, denominato “*Made Green in Italy*”. Il regolamento è stato previsto dall’art. 21, comma 1, l. 28 dicembre 2015, n. 221, nella parte in cui prevede che “entro centottanta giorni dall’entrata in vigore della presente legge, con regolamento del ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, sono stabilite le modalità di funzionamento dello schema” nazionale volontario di cui al medesimo art. 21

Tale regolamento - elaborato sulla base di un apposito contributo tecnico fornito dall’ENEA, quale ente di supporto tecnico del Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare per le attività relative all’impronta ambientale dei prodotti - è

volto a stabilire le modalità di funzionamento del succitato schema nazionale volontario al fine di superare una lacuna ordinamentale consistente nel fatto che “l’Italia, a differenza di molti altri paesi europei, non ha avuto sinora un proprio marchio nazionale di qualità ambientale dei prodotti, finalizzato a valorizzare la competitività dei prodotti italiani di elevata qualificazione ambientale, all’interno della strategia europea di produzione e consumo sostenibile”. La lacuna è superata identificando come applicare il metodo unico europeo per la valutazione e comunicazione dell’impronta ambientale dei prodotti denominato *Product Environmental Footprint* (PEF) - previsto dalla raccomandazione della Commissione Europea relativa all’uso di metodologie comuni per misurare e comunicare le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni (2013/179/UE del 9 aprile 2013) - al fine di “selezionare i prodotti ad elevata qualificazione ambientale ai quali può essere concesso l’uso del logo “*Made Green in Italy*””.

Gli obiettivi del regolamento sono: promuovere la “competitività dei prodotti italiani ad elevata qualificazione ambientale rendendoli facilmente riconoscibili sul mercato attraverso l’uso di un logo”; stimolare il miglioramento continuo delle prestazioni ambientali dei prodotti; favorire scelte “informate e consapevoli da parte dei cittadini”, nella prospettiva di promuovere lo sviluppo del consumo sostenibile, garantendo la trasparenza e la comparabilità delle prestazioni ambientali di tali prodotti; recepire il metodo di misurazione e comunicazione delle prestazioni ambientali raccomandato a livello europeo (PEF); contribuire ad attuare le indicazioni concernenti la strategia in materia di consumo e produzione sostenibili definite dalla Commissione Europea; assicurare agli operatori economici dei differenti settori “la semplificazione delle procedure per l’adesione allo schema volontario” *de quo*; nonché garantire il funzionamento del citato schema volontario nazionale senza oneri aggiuntivi a carico delle finanze dello Stato.

la Sezione rileva che le disposizioni in esame appaiono adeguate, in linea di principio, ad incrementare la “competitività dei prodotti italiani ad elevata qualificazione ambientale” - atteso che l’utilizzo del logo di cui al presente atto normativo dovrebbe rendere i prodotti più riconoscibili sul mercato, favorendo in tal modo scelte “informate e consapevoli da parte dei cittadini” - ed a promuovere lo sviluppo del consumo sostenibile, in attuazione delle indicazioni della Commissione Europea in materia.

Ha affermato la Sezione che l’effettiva realizzazione dei condivisibili obiettivi individuati dall’Amministrazione potrà essere compiutamente valutata solo a seguito della concreta applicazione delle disposizioni adottate, che dovrà conseguentemente essere adeguatamente controllata e monitorata - sia sotto il profilo della tipologia e della qualità dei prodotti sia sotto quello del numero delle imprese che aderiranno allo schema volontario nazionale - dall’Amministrazione proponente, ai fini delle eventuali conseguenti modifiche da apportare alla vigente disciplina. In questo contesto assume, prosegue il parere, particolare rilevanza l’obiettivo, enucleato dall’Amministrazione proponente, concernente la “semplificazione delle procedure per l’adesione allo schema volontario”, che si pone in linea con gli interventi posti finora in essere per semplificare sistema amministrativo-burocratico nazionale. In proposito, tuttavia, la Sezione ha rilevato che si converte di un intervento normativo che introduce nuove

procedure in precedenza non previste, con la conseguenza che il concetto di semplificazione non può che essere inteso come obiettivo volto ad assicurare la previsione di procedure il più possibile semplici e lineari che, in quanto tali, non prevedano particolari aggravii procedurali per gli interessati. In ogni caso, anche in relazione a tale obiettivo semplificatorio, da intendersi nei termini in precedenza esposti, la Sezione ha rilevato che il suo concreto raggiungimento potrà essere compiutamente valutato solo a seguito dell'effettiva applicazione dell'atto normativo, con la conseguenza che assume una particolare rilevanza in questo contesto la successiva opera di controllo e monitoraggio da parte del dicastero proponente, che dovrà essere volta anche ad evidenziare eventuali aggravii procedurali in grado di rallentare l'effettivo raggiungimento dei condivisibili scopi economici ed ambientali posti alla base del presente intervento normativo.

La Sezione - pur non potendosi esimere dal rilevare il ritardo con cui l'Amministrazione ha proceduto alla stesura del presente regolamento rispetto al termine previsto dal succitato art. 21 - ha reso parere favorevole con osservazioni.

14. Edilizia residenziale pubblica.

14.1. Composizione del Consiglio di amministrazione degli I.A.C.P. in Sicilia.

La Sezione consultiva del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha reso il parere 15 novembre 2017, n. 930 sulla composizione del Consiglio di amministrazione degli I.A.C.P. in Sicilia, in applicazione dell'art. 39, comma 4, l. reg. Sicilia 7 maggio 2015, n. 9.

Il parere ha chiarito che nella Regione Sicilia, l'art. 39, l. reg. n. 9 del 2015, in attuazione dell'art. 6, d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (secondo cui "tutti gli enti pubblici, anche economici, e gli organismi pubblici, anche con personalità giuridica di diritto privato, provvedono all'adeguamento dei rispettivi statuti al fine di assicurare che, a decorrere dal primo rinnovo successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto, gli organi di amministrazione e quelli di controllo, ove non già costituiti in forma monocratica, nonché il collegio dei revisori, siano costituiti da un numero non superiore, rispettivamente, a cinque e a tre componenti"), ha ulteriormente ridotto a tre il numero massimo dei componenti dei Consigli di amministrazione degli enti, e ha operato una delegificazione delle regole di composizione, demandando ai competenti assessori una operazione non solo "riduttiva" del numero dei membri, ma anche "selettiva" delle rappresentanze di interessi, fissando alcuni criteri di orientamento della discrezionalità lasciata agli assessori regionali.

Ha quindi affermato che nella Regione Sicilia, plausibile criterio di composizione del Consiglio di amministrazione degli I.A.C.P. - alla luce di una corretta esegesi dell'art. 39, comma 4, l. reg. n. 9 del 2015, in combinato disposto con l'art. 6, l. n. 865 del 1971 - potrebbe essere: 1) un rappresentante dell'Amministrazione regionale, che assume la qualifica di Presidente e rappresentante legale dell'ente, designato dall'Assessore regionale delle infrastrutture e della mobilità (ovvero dall'Assessore regionale famiglia, delle politiche sociali e del lavoro, ovvero congiuntamente da entrambi gli Assessori) e nominato dalla giunta regionale (in sostituzione dei rappresentanti di cui ai nn. 2 e 3 dell'art. 6, l. n. 865 del 1971); 2) un membro eletto dal consiglio provinciale (ora assemblea del Libero consorzio comunale o conferenza metropolitana della

Città metropolitana ex l. reg. n. 8 del 2014), in sostituzione dei tre rappresentanti di cui al n. 1 dell'art. 6, l. reg. n. 865 del 1971; 3) un rappresentante delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, nominato dalla giunta provinciale (ora giunta del Libero consorzio comunale o giunta metropolitana della Città metropolitana ex l. reg. n. 8 del 2014) su terna proposta dalle organizzazioni medesime (in sostituzione dei tre rappresentanti di cui al n. 4 dell'art. 6, l. reg. n. 865 del 1971).

15. Energia.

15.1. Sopravvivenza del regime tariffario speciale istituito dal d.P.R. n. 730 del 1963 anche dopo l'entrata in vigore della novella di cui all'art. 1, comma 3 *ter*, l. n. 41 del 2010.

La Commissione speciale ha reso il parere 14 giugno 2017, n. 1408 sul quesito sottoposto dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, se il regime speciale di cui gode Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. continua a trovare applicazione anche dopo l'entrata in vigore della novella di cui all'art. 1, comma 3 *ter*, l. 22 marzo 2010, n. 41, con la conseguente necessità che l'Autorità, in attuazione del d.l. 30 dicembre 2015, n. 210, riformi le componenti tariffarie relative agli oneri generali di sistema preservando gli effetti economici del regime speciale di RFI.

Il dubbio è sorto perché RFI, responsabile della gestione della rete ferroviaria nazionale, rientra, in linea di principio, nella platea delle utenze non domestiche del sistema elettrico di cui la norma trascritta s'interessa e tuttavia essa parrebbe essere ancora titolare di un regime tariffario speciale che trae origine dall'art. 4, d.P.R. 22 maggio 1963, n. 730, recante "Norme relative al trasferimento all'Ente Nazionale per l'Energia Elettrica delle attività elettriche esercitate direttamente dall'Amministrazione delle ferrovie dello Stato ed alla fornitura dell'energia alla stessa Amministrazione".

Il dubbio era quindi se, nonostante l'entrata in vigore della riportata novella di cui all'art. 1, comma 3 *ter*, l. n. 41 del 2010, sopravviva il regime di cui al d.P.R. n. 730 del 1963 "già senza limiti temporali", tale pure qualificato dall'art. 11, comma 11 *bis*, l. 17 aprile 2003, n. 83, e pertanto possano preservarsi – in occasione dell'imminente riforma – gli effetti economici del regime speciale di RFI; o se piuttosto detta novella debba intendersi come idonea ad aver implicitamente abrogato il regime di cui al d.P.R. n. 730 del 1963, con l'effetto che, a decorrere dal 1° gennaio 2018, anche RFI debba reputarsi soggetta alla riforma della struttura delle componenti tariffarie, a copertura degli oneri generali del sistema elettrico gravanti sulle utenze non domestiche, cui l'Autorità sta ponendo mano in attuazione, appunto, dell'art. 1, comma 3 *bis*, l. n. 41 del 2010.

Il Consiglio di Stato ha reso il parere nel senso che il regime tariffario speciale di RFI, introdotto dal d.P.R. n. 730 del 1963, debba continuare a ritenersi vigente. A sostegno di tale conclusione si adducono le seguenti considerazioni: a) l'art. 4, d.P.R. n. 730 del 1963 è stato introdotto dal legislatore al fine di sottoporre RFI ad un regime tariffario speciale; b) non può ritenersi realizzata l'abrogazione del regime speciale. Ciò perché, ai sensi dell'art. 15 disp. preliminari cod. civile, le leggi sono abrogate da leggi posteriori o per dichiarazione espressa o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia regolata dalla legge anteriore. Nel caso di specie, è certamente da escludersi un fenomeno di abrogazione

espressa, ossia tramite l'emanazione di un'esplicita disposizione abrogatrice, avente ad oggetto la norma speciale che si intende sopprimere, posto che l'art. 3, comma 2, lett. b), d.l. n. 210 del 2015 non si occupa in modo diretto della applicabilità della disciplina speciale di cui al d.P.R. n. 730 del 1963. Parimenti, è da escludersi la ricorrenza di un fenomeno di abrogazione tacita, ossia l'abrogazione che opera in assenza di un'esplicita disposizione abrogatrice, sia nella forma della "abrogazione per incompatibilità" sia nella forma della "abrogazione per nuova disciplina". Ricorre l'abrogazione per incompatibilità allorché venga emanata una disposizione che, per una determinata fattispecie, detti una disciplina incompatibile con quella prevista da una disposizione precedente, di modo che la norma contenuta nella disposizione di data anteriore, debba considerarsi abrogata anche in assenza di un atto abrogativo espresso in tal senso. A tale conclusione si perviene alla luce di una corretta interpretazione della *lex posterior* perché il legislatore del 2015 ha sì dettato in termini generali i criteri alla luce dei quali l'Autorità deve nuovamente regolamentare le componenti tariffarie a copertura degli oneri generali, ma al contempo non ha fornito alcuna indicazione espressa circa gli effetti economici del regime tariffario speciale di RFI. In secondo luogo, dall'esame complessivo degli interventi normativi che si sono succeduti nel tempo, emerge la chiara e costante *intentio legis* di continuare a sottoporre RFI ad un regime tariffato speciale. Tale intenzione del legislatore deve ritenersi persistente anche nell'ultimo intervento normativo in materia, in mancanza di una espressa volontà contraria e nella consapevolezza dell'esistenza di un regime derogatorio speciale previsto e mantenuto nel tempo in favore di RFI. Infine, si ritiene che nel caso in esame non ricorra un'ipotesi di abrogazione tacita, non essendo rinvenibile una reale discordanza tra il regime speciale di cui al d.P.R. n. 730 del 1963 e la l. n. 166 del 2016, potendo le due discipline coesistere senza entrare in contrasto fra loro.

16. Comunicazioni televisive e radiofoniche.

16.1. Regolamento concernente i criteri di riparto delle risorse del Fondo per il pluralismo dell'informazione in favore delle emittenti televisive e radiofoniche locali.

Con parere 3 luglio 2017, n. 1563 la Sezione consultiva atti normativi si è pronunciata sullo schema di regolamento concernente i criteri di riparto delle risorse del Fondo per il pluralismo dell'informazione in favore delle emittenti televisive e radiofoniche locali, predisposto in attuazione dell'art. 1, comma 163, l. 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016).

Sullo schema di decreto, già inviato dal Ministero dello sviluppo economico al Consiglio di Stato il 12 aprile 2017, era stato emesso parere interlocutorio (n. 1228 del 26 maggio 2017), con il quale era stato rilevato che tale regolamento intende recepire gli obiettivi di pubblico interesse indicati dal legislatore, di promozione del pluralismo dell'informazione, di sostegno dell'occupazione nel settore, di miglioramento dei livelli qualitativi dei contenuti forniti e di incentivazione all'uso di tecnologie innovative, ed è volto a superare le criticità emerse dall'attuazione della disciplina previgente, che prevedeva graduatorie su base regionale e non differenziava l'attribuzione dei contributi in base a criteri di merito, determinando una eccessiva parcellizzazione "a piog-

gia” del beneficio economico. Era stato quindi affermato che obiettivi di semplificazione e accelerazione delle procedure di liquidazione, che costituiscono uno dei principali obiettivi della riforma, risultavano perseguiti dalla previsione di una unica procedura a livello nazionale gestita dal Ministero dello sviluppo economico e di una graduatoria unica.

Sullo schema di regolamento trasmesso in ottemperanza all’incombente istruttorio il Consiglio di Stato ha reso parere favorevole rilevando, tra l’altro, che non risulta sufficientemente chiaro se, una volta accertato il possesso, da parte delle emittenti, dei requisiti per il conseguimento dei benefici, con l’inserimento degli ammessi nell’elenco, tutti i soggetti inseriti nell’elenco hanno poi diritto ad ottenere i contributi o se i contributi sono invece assegnati solo ai soggetti che hanno ottenuto un punteggio maggiore.

La Sezione normativa ha inoltre evidenziato la necessità sia di evitare possibili duplicazioni nell’assegnazione delle risorse - soprattutto nel caso di società titolari di più emittenti o che operano in diverse regioni (chiarendo altresì che se un soggetto opera su più bacini regionali, per poter concorrere su tali bacini deve possedere i requisiti per ciascuno dei bacini in questione) - che di valutare l’opportunità di prevedere un tetto massimo dei contributi erogabili per evitare una eccessiva concentrazione delle risorse in favore di società titolari di più emittenti e/o che operano in diverse regioni. Nel parere è stata ancora evidenziata l’opportunità che si preveda di escludere dall’assegnazione delle risorse quelle emittenti che, per la loro diffusione sul territorio, non possano ritenersi emittenti locali.

17. Circolazione stradale.

17.1. Modifiche del Codice della strada.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere 22 dicembre 2017, n. 2700 sullo schema di decreto che modifica alcune norme del Codice della strada, approvato con d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285. Tali modifiche si sono rese necessarie a seguito dell’introduzione del documento unico di circolazione e di proprietà per i veicoli assoggettati al regime dei mobili registrati e, pertanto, iscritti nel Pubblico Registro Automobilistico (sul quale il Consiglio di Stato aveva reso il parere 11 aprile 2017, n. 877), istituito con d.lgs. 29 maggio 2017, n. 98, adottato in attuazione della delega contenuta nell’art. 8, comma 1, lett. d), l. 7 agosto 2015, n. 124.

E’ stato previsto che gli adempimenti amministrativi relativi alla immatricolazione degli autoveicoli, dei motoveicoli e dei rimorchi, quelli conseguenti al trasferimento della proprietà dei medesimi veicoli, nonché quelli relativi alla cessazione dalla circolazione dei veicoli stessi sono gestiti in via telematica dagli uffici del Dipartimento per i trasporti, la navigazione, gli affari generali e del personale, quale centro unico di servizio, attraverso il sistema informativo del Dipartimento stesso.

Conseguentemente, nel provvedimento, sul quale il parere è favorevole, è stato previsto che per il rilascio della carta di circolazione, intesa come documento unico di circolazione e di proprietà, il CED del Dipartimento per i trasporti trasmetta al sistema informativo del P.R.A., in via telematica, i dati di identificazione dei veicoli, nonché i dati e le documentazioni in formato elettronico relativi alle generalità di chi si è dichiarato proprietario, dell’usufruttuario o del locatario con facoltà di acquisto o del

venditore con patto di riservato dominio, e quelli relativi allo stato giuridico-patrimoniale del veicolo, alla sussistenza di privilegi e ipoteche, di provvedimenti amministrativi e giudiziari che incidono sulla proprietà e sulla disponibilità dei veicoli stessi, nonché di provvedimenti di fermo amministrativo. E' stata soppressa la norma sul certificato di proprietà, che con il documento unico non verrà più rilasciato.

E' stato inoltre previsto che per il rilascio della carta di circolazione, intesa come documento unico di circolazione e di proprietà e conseguente al trasferimento della proprietà del veicolo, il CED del Dipartimento per i trasporti trasmetta al sistema informativo del P.R.A., in via telematica, i dati di identificazione del veicolo, nonché i dati e le documentazioni in formato elettronico relativi alle generalità di chi si è dichiarato nuovo proprietario.

17.2. Criterio di applicazione dell'art. 122, comma 5, del Codice della strada sulle esercitazioni su veicoli nei quali non possa prendere posto l'istruttore della scuola guida.

Con parere 24 novembre 2017, n. 2462 la sez. I ha risposto ad un quesito presentato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in merito all'applicazione dell'art. 122, comma 5, del Codice della strada, approvato con d.lgs. 30 aprile 1992, n 285.

Ha rappresentato il Ministero che la direttiva n. 2006/126/CE, recepita in Italia con d.lgs. 18 aprile 2011, n. 59, stabilisce le manovre che il candidato deve compiere nel traffico nel corso dell'esame pratico per il conseguimento delle patenti di guida delle categorie A1 (motocicli di potenza massima di 11 kW), A2 (motocicli di potenza non superiore a 35 kW) e A (motocicli senza carrozzetta (categoria L3e) o con carrozzetta (categoria L4e), muniti di un motore con cilindrata superiore a 50 cm³ se a combustione interna e aventi una velocità massima per costruzione superiore a 45 km/h; e tricicli di potenza superiore a 15 kW). Queste manovre, che presuppongono strade trafficate, si pongono sostanzialmente in contrasto con le disposizioni dettate dall'art. 122, comma 5, del Codice della strada, il quale stabilisce, invece, che le esercitazioni, su veicoli nei quali non possa prendere posto, oltre al conducente, altra persona in funzione di istruttore, sono consentite in luoghi poco frequentati. Il Ministero – pur comprendendo la finalità di sicurezza generale del comma 5 dell'art. 122, non essendovi la possibilità, nel corso delle esercitazioni di guida su motocicli, di avvalersi di un istruttore che possa prontamente intervenire sui comandi del motociclo in caso di pericolo – ha rilevato che il comma 5, nel consentire le esercitazioni solo “in luoghi poco frequentati”, impedisce al candidato di esercitarsi correttamente e compiutamente secondo le modalità indicate nella direttiva n. 2006/126/CE.

La Sezione ha ritenuto che – data la diversa funzione delle disposizioni fra le quali il Ministero segnala il contrasto – il d.lgs. n. 59 del 2011 non determini l'inapplicabilità dell'art. 122, comma 5, del Codice della strada. In proposito ha osservato che tra le prodromiche esercitazioni finalizzate al successivo espletamento della prova pratica di guida e questa successiva prova pratica vi sono notevoli differenze di natura ed espletamento, poiché le esercitazioni sono effettuate da neofiti mentre la prova pratica deve essere effettuata da persone che, una volta esercitatisi alla guida, possono - e debbono in sede di prova pratica per la patente - guidare con capacità e sicurezza.

Di conseguenza è corretto e conforme a esigenze di sicurezza che le esercitazioni vengano effettuate in luoghi poco frequentati.

La maggiore difficoltà di guida propria dei diversi luoghi in cui andrà poi effettuata la prova pratica è anch'essa conforme a esigenze di sicurezza. Le precedenti esercitazioni solo "in luoghi poco frequentati", ai sensi dell'art. 122, comma 5, del Codice della strada non impediranno al candidato di prepararsi correttamente e compiutamente alla prova pratica, se effettuate in numero adeguato, e con cura e serietà, anche attraverso serie simulazioni delle condizioni di guida prescritte per il successivo esame.

17.3. Provvedimenti interdittivi relativi alla patente di guida "speciale", appartenente al personale alle Forze armate, alla patente comune "ordinaria".

Con parere 15 marzo 2017, n. 654 la sez. I ha affermato che i provvedimenti interdittivi relativi alla patente di guida speciale, conseguenti a illeciti disciplinati dal Codice della strada, approvato con d.lgs. 30 aprile 1992, n 285, commessi dal personale appartenente alle Forze armate e di polizia indicate dall'art. 138 del citato Codice, colpiscono esclusivamente la patente di guida rilasciata dall'ente d'appartenenza del suddetto personale e non anche la patente comune.

Ad avviso della Sezione, fermo restando che il titolare della patente, sia essa militare o civile, è tenuto al rispetto delle norme del Codice della Strada, nell'interesse superiore alla sicurezza della circolazione, il quadro normativo depone per la separazione tra i procedimenti che riguardano la patente militare, o patente a questa assimilata, e la patente civile.

Militano in tal senso diversi argomenti.

In primo luogo va evidenziato che, l'art. 138, comma 12, del Codice della strada – nello stabilire che "la patente di guida è sospesa dall'autorità che l'ha rilasciata, secondo le procedure e la disciplina proprie dell'Amministrazione di appartenenza" qualora il militare guidi un veicolo immatricolato con targa civile – manifesta chiaramente l'intenzione di tenere separati i due titoli abilitativi e i relativi procedimenti che portano eventualmente alla sospensione.

In secondo luogo la "separazione" tra patente militare e patente civile emerge da tutta la disciplina stabilita dal citato comma 12 dell'art. 138 del Codice della strada che, ad esempio, stabilisce che "le forze armate provvedono direttamente nei riguardi del personale in servizio ... a) all'addestramento, all'individuazione e all'accertamento dei requisiti necessari per la guida, all'esame di idoneità e al rilascio della patente militare di guida, che abilita soltanto alla guida dei veicoli comunque in dotazione delle Forze armate".

In terzo luogo tale separazione risponde alla necessità che le Amministrazioni militari, e quelle a queste equiparate, valutino autonomamente le condizioni per il rilascio del titolo abilitativo, o per la sospensione, senza alcuna interferenza con l'autorità amministrativa preposta al rilascio, revoca o sospensione della patente civile, essendo diverse le ragioni della circolazione "per motivi di servizio" rispetto a quelle legate alle "sole" esigenze connesse alla libertà di movimento.

18. Navigazione.

18.1. Modifica del Codice della nautica da diporto.

La Commissione speciale ha reso il parere 18 ottobre 2017, n. 2162 sullo schema di decreto contenente modifiche al codice della nautica da diporto. Ha chiarito che il parere del Consiglio di Stato su tale schema di decreto è stato richiesto in via facoltativa, poiché la legge delega 7 ottobre 2015, n. 167, a differenza di altri casi di codificazione, non lo ha previsto. Già in altre recenti occasioni (Cons. St., comm. spec. 2 agosto 2016, n. 1767, sulle linee guida dell'Anac) è stato osservato che la richiesta facoltativa di parere su atti normativi o di regolazione “è la conferma di un'evoluzione sostanziale delle funzioni consultive del Consiglio di Stato di cui all'art. 100 Cost.”, e che questa scelta inquadra le funzioni consultive “in una visione sistemica e al passo coi tempi, confermando il ruolo del Consiglio di Stato come un *advisory board* delle Istituzioni del Paese anche in un ordinamento profondamente innovato e pluralizzato”. Grazie alle richieste facoltative (ivi compresi i quesiti al Consiglio di Stato), le funzioni consultive dell'Istituto si rivolgono, nella prassi più recente, non più solo nei confronti di singoli ‘atti’, ma a sostenere i ‘processi’ di riforma, accompagnandoli in tutte le loro fasi e indipendentemente dalla natura degli atti di attuazione, fornendo sostegno consultivo ai soggetti responsabili dell'attività di implementazione.

Ciò perché il ricorso alle funzioni consultive è in grado di ridurre gli oneri di comprensione, interpretazione, pratica applicazione, da parte di tutti i destinatari, con particolare riferimento ai cittadini e alle imprese, perseguendo in tal modo il meritorio risultato di prevenire il contenzioso. A tale scopo soccorre anche la complementarietà, stabilita dalla Costituzione, delle funzioni consultive con quelle giurisdizionali, poste entrambe in capo a questo Istituto, assegnandogli la funzione di realizzare la giustizia nell'amministrazione in un quadro complessivo omogeneo, disegnato dagli artt. 100, 103 e 113 Cost. Le stesse ragioni hanno indotto il Consiglio di Stato a superare l'originario modello, ‘chiuso all'esterno’, di valutazione degli schemi di provvedimento, sulla scorta delle più recenti esperienze di ascolto e di valutazione delle ragioni e delle istanze dei soggetti in campo: le Amministrazioni pubbliche, ma anche i destinatari degli interventi. È il caso delle consultazioni regolarmente svolte dalle Autorità indipendenti, specie quelle di regolazione, sul modello della *consultation* di matrice internazionale. Peraltro, tale ‘apertura all'esterno’ è stata ritenuta in linea con le finalità di crescita, sviluppo e competitività sottese alle recenti riforme amministrative, la cui concreta realizzazione dipende anche dalla fiducia degli investitori nella stabilità del quadro regolatorio e nell'efficienza degli apparati pubblici. Inoltre, si è affermato che “l'apertura all'ascolto di voci esterne, lungi dal condizionare la neutralità e l'indipendenza con cui si esercitano le funzioni consultive, può soltanto rendere tale esercizio più consapevole, poiché fondato su una più diretta conoscenza delle problematiche ‘concrete’”, ritenendo quindi ammissibili contributi scritti provenienti da soggetti, anche privati, rappresentativi dei destinatari degli schemi di normativa.

Il correttivo rientra nella realizzazione del programma di Governo di rilancio del settore della nautica da diporto, negli ultimi anni particolarmente colpito dalla crisi economica, per favorire la competitività, la produzione e la costruzione delle unità da diporto e, quindi, l'occupazione, oltre alla crescita di tutto il settore connesso alla filiera del diporto, con il conseguente sviluppo nel lungo periodo – altro scopo fondamentale dell'intervento legislativo – delle potenzialità del turismo costiero. Ciò anche

per il conseguimento di benefici economici, in termini sostenibili per l'ambiente, in adesione alla comunicazione della Commissione europea del 20 febbraio 2014, n. 86. Con questo intervento legislativo il Governo provvede dunque alla tutela di rilevanti interessi pubblici generali, quali la protezione dell'ambiente marino, la sicurezza della navigazione, la salvaguardia della vita umana in mare e la diffusione tra le nuove generazioni della cultura e dell'educazione marinara, nonché l'inclusione delle persone diversamente abili nell'attività della nautica da diporto.

Tra gli strumenti principali adottati per facilitare il raggiungimento degli obiettivi citati vi è anche quello della semplificazione dei procedimenti amministrativi nel settore, per favorire la competitività e la capacità di attrazione di capitali da investire e, quindi, la crescita del volume commerciale nel settore della nautica da diporto.

19. Magistrati.

19.1. Stabilizzazione dei magistrati onorari.

La Commissione speciale ha reso il parere 7 aprile 2017, n. 854 su due quesiti, posti dal Ministro della giustizia: a) se, in sede di attuazione della l. 28 aprile 2016, n. 57 (Delega al Governo per la riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace) in materia di disciplina transitoria (dettata dall'art. 1, comma 1, lett. r, secondo cui "per i magistrati onorari in servizio al momento di entrata in vigore del decreto legislativo o ovvero dell'ultimo dei decreti legislativi emanati in attuazione della delega"), si possano predisporre misure di stabilizzazione con attribuzione dello statuto del pubblico impiegato, quanto meno relativamente ai magistrati onorari i quali, alla scadenza dei quattro quadrienni previsti dal comma 17 dell'art. 2, l. n. 57 (secondo cui i magistrati onorari già in servizio durino in carica per quattro mandati, ciascuno di durata quadriennale), raggiungeranno un'età "effettivamente incompatibile con un nuovo inserimento nel mercato del lavoro"; b) se siffatte misure siano, per un verso, compatibili con le finalità e la ratio della legge delega n. 57 e, per l'altro, se e in quali limiti siano conciliabili con il complessivo assetto dell'ordinamento interno, delineato, in primo luogo, dai principi costituzionali dell'onorarietà della magistratura non professionale e dell'accesso alla magistratura ordinaria e, più in generale, ai pubblici uffici per concorso, a norma degli artt. 106, comma 1, e 97, ultimo comma, Cost..

La questione sorge anche perché gran parte dei magistrati onorari attualmente in servizio svolge le funzioni da molti anni, in forza di provvedimenti annuali di proroga della durata dell'incarico, e tale circostanza avrebbe comportato l'insorgere di aspettative di stabilizzazione, quale diretta conseguenza dell'incardinamento di fatto negli uffici giudiziari; detti magistrati, inoltre, seppur investiti di un incarico avente carattere onorario, avrebbero svolto e continuerebbero a svolgere la loro attività con modalità assimilabili all'esplicazione di un rapporto di lavoro.

Ha ricordato la Commissione speciale che la stabilizzazione senza concorso, in assenza di comprovate e insuperabili esigenze dell'ente pubblico, non è costituzionalmente legittima. Il Governo dovrà pertanto prudentemente verificare se la prospettata deroga al principio del pubblico concorso possa rientrare nell'area delle eccezioni consentite dall'art. 97 Cost.. La massima cautela s'impone a maggior ragione nel caso in esame, in cui la prospettata stabilizzazione sembra muovere – non dalle peculiari

necessità funzionali al buon andamento dell'amministrazione richieste dalla giurisprudenza della Corte costituzionale - bensì dalla preoccupazione di tutelare le aspettative alla continuità del reddito dei "giudici onorari prorogati".

Ha ancora rilevato il parere che la stabilizzazione dei giudici onorari prorogati potrebbe significarne la loro professionalizzazione, in una duplice e alternativa direzione: attraverso l'incardinamento nei ruoli della magistratura togata, ovvero con l'istituzione di un contingente (sia pure straordinario) di magistrati onorari assunti a tempo indeterminato. Ha chiarito il Consiglio di Stato che "In un modello costituzionale ispirato al principio di stretta legalità - dove il magistrato è estraneo al circuito della formazione dell'indirizzo politico - l'accertamento della capacità tecnica del magistrato (art. 106, comma 1, Cost.) è il presupposto indefettibile per attuare la soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.), la quale a sua volta si realizza attraverso l'autonomia e l'indipendenza dell'ordine giudiziario (art. 104, comma 1, Cost.). In altri termini, il giudice è e deve essere prevalentemente un tecnico della legge, in quanto nell'esercizio della giurisdizione la sovranità popolare si esprime attraverso la mediazione della legge in cui tipicamente quella sovranità si esplica."

Nel quadro dei principi che derivano dalla scelta del concorso come criterio di assunzione dei magistrati, la "professionalizzazione del giudice onorario prorogato" appare preclusa in via assoluta, in quanto si verrebbe altrimenti ad alterare la configurazione tipica della struttura dell'ordine giudiziario. Tale preclusione sussiste sia per l'ipotesi di collocamento nei ruoli dei giudici togati, sia viepiù per l'ipotesi della assunzione a tempo indeterminato nella qualifica di "giudice onorario".

Muovendo dal quadro dei principi generali sopra tratteggiati il Consiglio di Stato ha escluso che alla "stabilizzazione" dei magistrati onorari possa provvedersi in sede di attuazione della legge delega, precludendo l'art. 76 Cost. al Governo-Legislatore delegato di disciplinare "oggetti" diversi da quelli definiti nella delega, quand'anche tali oggetti possano considerarsi rientranti nell'alveo della stessa materia. Nella specie non solo la legge delega non accenna in alcuna previsione a stabilizzazioni di sorta, ma l'intero impianto della delega - ivi inclusi gli artt. 1, comma 1, lett. r), e 2, comma 17, nn. 2 e 3 - poggia inequivocamente su una chiara enunciazione del carattere di temporaneità degli incarichi dei magistrati onorari, temporaneità che tradizionalmente connota l'attività svolta e il ruolo assolto da tale Magistratura.

20. Militari, forze armate e di polizia.

20.1. Cassa di previdenza delle Forze armate in relazione al transito nell'Arma dei Carabinieri del personale del Corpo Forestale dello Stato.

La sez. II ha reso il parere interlocutorio, ma con rilevanti spunti, n. 175 del 23 gennaio 2017, in ordine all'applicazione della Cassa di previdenza delle Forze armate in relazione al transito nell'Arma dei Carabinieri del personale del Corpo Forestale dello Stato.

Nel formulare la richiesta di parere il Ministero della difesa ha preliminarmente chiarito che il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 177, ha disposto, a far data dal 1° gennaio 2017, il transito nell'Arma dei Carabinieri del personale del Corpo Forestale dello Stato che, ai sensi dell'art. 14, comma 2, dello stesso decreto, acquisirà lo status giuridico di

militare. Ciò potrebbe dar luogo, a parere dell'Amministrazione richiedente, all'insorgere di "alcune problematiche" relative all'iscrizione di tale personale alla Cassa di previdenza delle Forze armate, disciplinata dal Codice dell'ordinamento militare e dal Testo Unico dell'ordinamento militare, data la sostanziale differenza di "natura giuridica" e di "scopi" tra tale Cassa e la Cassa mutua di previdenza ed assistenza al personale del Ministero delle politiche agricole e forestali, istituita con il d.P.R. 6 marzo 1960, n. 327, cui il predetto personale è attualmente iscritto. La Cassa mutua da ultimo citata è costituita dai dipendenti del Ministero delle politiche agricole e forestali, ivi compresi gli appartenenti al Corpo Forestale dello Stato, che possono aderirvi "a titolo volontario" e, oltre a scopi previdenziali, si pone anche finalità mutualistiche ed assistenziali. Il socio che transiti, per qualsiasi motivo, alle dipendenze di altra Amministrazione, può conservare lo status di socio salvo che non intenda recedere dall'ente previdenziale e, in tale caso, ha comunque diritto alla liquidazione dei contributi versati ed al citato premio di anzianità, qualora ne ricorrano i presupposti. La Cassa di previdenza delle Forze Armate, viceversa, ha carattere obbligatorio per il personale delle Forze armate, che è tenuto alla contribuzione e non può recedere dal vincolo del versamento (art. 1913 del Codice); è finanziata dal solo personale militare e non anche dai dipendenti civili del Ministero della difesa; fornisce "prestazioni previdenziali integrative", quali l'indennità supplementare e l'assegno speciale; non ha natura assistenziale o mutualistica; e, infine, non eroga una rendita vitalizia, ma procede alla liquidazione di una "indennità una tantum", definita indennità supplementare, nei soli confronti del personale iscritto da almeno sei anni che cessi dal servizio con diritto alla pensione, *ex art.* 1914 del citato Codice.

In considerazione di tali differenze ed in ragione del transito *ope legis* del personale del Corpo Forestale dello Stato nell'Arma dei Carabinieri, l'Amministrazione ha richiesto un parere su: a) l'obbligatorietà della contribuzione alla Cassa di previdenza delle Forze Armate da parte del personale del Corpo Forestale dello Stato che transiterà nell'Arma dei Carabinieri "per sopravvenuta disposizione di legge e non per arruolamento volontario"; b) l'"evidente e ingiusto danno economico" che si verificerebbe per il predetto personale del Corpo Forestale dello Stato che, obbligato alla contribuzione alla Cassa di previdenza delle Forze Armate e trovandosi a meno di sei anni di servizio dal congedo, non maturerebbe il diritto a percepire l'indennità supplementare; c) la "possibile sospensione" delle trattenute stipendiali al personale del Corpo Forestale dello Stato che transiterà nell'Arma dei Carabinieri "in attesa della eventuale definizione della tematica a livello legislativo".

L'Amministrazione ha poi chiarito che, nell'ipotesi in cui il personale del Corpo Forestale dello Stato dovesse ritenersi obbligato a pagare i contributi della Cassa di previdenza delle Forze Armate e decidesse, conseguentemente, di recedere dalla Cassa mutua di previdenza ed assistenza del Ministero delle politiche agricole e forestali, vi sarebbe una "probabile conseguente crisi" della Cassa da ultimo citata, allo stato alimentata prevalentemente dal personale del Corpo Forestale.

La Sezione ha sospeso l'espressione del richiesto parere.

Ha preliminarmente chiarito che le disposizioni normative attualmente vigenti appaiono inequivoche nello stabilire che, a seguito del transito *ope legis* del personale

del Corpo Forestale dello Stato nell'ambito dell'Arma dei Carabinieri, tale personale dovrà essere iscritto d'ufficio alla Cassa di previdenza delle Forze armate.

Ha aggiunto che le problematiche evidenziate dall'Amministrazione richiedente il parere possano trovare adeguata risoluzione - in ossequio al principio di gerarchia delle fonti - tramite l'adozione di specifiche disposizioni di rango primario. Tale possibilità è, peraltro, esplicitamente prevista dall'art. 8 della legge di delega n. 124 del 2015, in base al quale, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo con cui si è proceduto all'assorbimento del Corpo Forestale dello Stato nell'ambito dell'Arma dei Carabinieri - ovvero il già citato d.lgs. n. 177 del 2016 - il Governo può adottare "...uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive". La Sezione ha poi concluso che poiché le questioni attengono anche ad Amministrazioni diverse da quella richiedente, ove quest'ultima non intenda procedere nel senso auspicato nel parere, sarà necessario che acquisisca l'avviso degli altri Ministeri coinvolti.

20.2. Equo indennizzo per il personale dirigente della Polizia.

Su richiesta del Ministero dell'interno la sez. I ha reso il parere 4 luglio 2017, n. 1596 in merito all'interpretazione dell'art. 1, comma 119, l. 23 dicembre 1996, n. 662, così come modificato dall'art. 1, comma 210, l. 23 dicembre 2015, n. 266, nonché dell'art. 50, d.P.R. 3 maggio 1957, n. 686, recante il regolamento di esecuzione del testo unico delle disposizioni sullo statuto degli impiegati civili dello Stato, approvato con d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3.

Segnatamente il Ministero, in relazione a dubbi interpretativi insorti in sede di predisposizione di un provvedimento concessivo di equo indennizzo in favore degli eredi di un dirigente generale della Polizia di Stato in quiescenza, ha formulato il quesito in merito: a) alla base di calcolo dell'equo indennizzo; b) all'applicazione della riduzione del 50% dell'equo indennizzo per cumulo con la pensione privilegiata.

Con riferimento alla prima questione la Sezione ha affermato che per il personale dirigente della Polizia di Stato, in sede di quantificazione dell'equo indennizzo, lo "stipendio tabellare in godimento alla data di presentazione della domanda" viene, in sostanza, a coincidere con lo stipendio tabellare iniziale, non potendo considerarsi "stipendio tabellare" quello dovuto ai meccanismi di adeguamento retributivo di cui all'art. 24, comma 1, l. 23 dicembre 1998, n. 448.

Quanto, invece, all'applicazione della riduzione del 50% dell'equo indennizzo la Sezione ha ritenuto che, pur avendo il dipendente conseguito per la stessa infermità anche la pensione privilegiata, debba essere erogato agli eredi l'importo pieno e non ridotto al 50%, non essendovi stato, vivo il dipendente, cumulo tra pensione privilegiata ed equo indennizzo. Ciò per la decisiva considerazione che - in assenza di specifiche disposizioni sugli eredi del dipendente al quale siano stati attribuiti equo indennizzo e pensione privilegiata - la fattispecie in cui il dipendente cumula - in vita - equo indennizzo e pensione privilegiata, e dunque vengono a cumularsi in capo allo stesso soggetto benefici aventi medesima ratio (quella di ristorare l'interessato per una infermità dipendente da causa di servizio), differisce dalla fattispecie in cui - non più in vita l'interessato - i suoi eredi hanno titolo per successione all'equo indennizzo e iure proprio alla pensione privilegiata (di reversibilità).

21. Professioni.

21.1. Elezioni dei componenti i Consigli degli ordini forensi circondariali.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere 16 maggio 2017, n. 1168 sullo schema di decreto del Ministro della giustizia che modifica il decreto dello stesso Ministro sulle modalità di elezione dei componenti dei Consigli degli ordini circondariali forensi, adottato con decreto del Ministro della giustizia 10 novembre 2014, n. 170, a norma dell'art. 28 ("Il consiglio dell'ordine"), l. 31 dicembre 2012, n. 247 ("Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense").

L'intervento normativo intende adeguarsi alle sentenze del Tar del Lazio, sez. I, n. 8332, n. 8333 e n. 8334 del 13 giugno 2015, passate in giudicato (la n. 8332 e la n. 8334 perché non impugnate; la n. 8333 perché confermata in appello dalla sentenza di questo Consiglio di Stato, Sezione quarta, n. 3414 del 28 luglio 2016) che del citato Regolamento hanno: parzialmente annullato gli artt. 7 ("Formazione delle liste") e 9 ("Schede elettorali ed espressione del voto") nella parte in cui, in violazione dell'art. 28, commi 2 e 3, l. n. 247 del 2012: a) consentivano a ciascun elettore di esprimere un numero di preferenze pari al numero di candidati da eleggere; b) consentivano la presentazione di liste che contenevano un numero di candidati pari a quello dei Consiglieri complessivamente da eleggere; c) prevedevano che le schede elettorali contenessero un numero di righe pari a quello dei componenti complessivi del Consiglio da eleggere; annullato in toto l'art. 14 ("Proclamazione degli eletti"), comma 7, poiché, al fine della tutela di genere, nel caso che nella finale graduatoria dei votati non risultasse rispettata la quota di un terzo per il genere meno rappresentato, comportava - con la formazione di una seconda graduatoria - una modifica ex post della volontà espressa dal corpo elettorale, quando invece la tutela di genere, come costantemente indicato nella giurisprudenza della Corte costituzionale, va legittimamente perseguita "a monte", incidendo sulle modalità di formazione delle liste o sulle modalità di espressione delle preferenze.

Il provvedimento *in itinere* è finalizzato ad affrontare i due temi posti dalle pronunce giurisdizionali: a) il rispetto del limite massimo di voti esprimibili da ciascun elettore e del corrispondente limite da considerare nella formazione delle liste, imposto dall'art. 28, comma 3, l. 31 dicembre 2012, n. 247, e pari ai due terzi, arrotondati per difetto, dei Consiglieri da eleggere (limite di cui le citate pronunce giurisdizionali hanno stigmatizzato la violazione); b) la connessa tutela del genere meno rappresentato, cui il comma 2 del citato art. 28, l. n. 247 del 2012 garantisce almeno un terzo dei Consiglieri eletti, disponendo a tal fine che la disciplina regolamentare del voto di preferenza deve prevedere la possibilità di esprimere un numero maggiore di preferenze se destinate ai due generi.

21.2. Corsi di formazione per la professione forense.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere 30 giugno 2017, n. 1540 sullo schema di Regolamento che disciplina i corsi di formazione per la professione forense, ai sensi dell'art. 43, l. 31 dicembre 2012, n. 247.

La Sezione ha dato atto che il nuovo schema di regolamento ha recepito alcune osservazioni fatte dallo stesso Consiglio di Stato sullo schema che era stato inviato il 29 aprile 2016 e che aveva dato luogo ad un parere interlocutorio, nel quale erano state ravvisate alcune criticità dell'articolato, con conseguente necessità di una relazione integrativa, semmai accompagnata da un nuovo testo del Regolamento.

Il Ministero della giustizia ha recepito i rilievi formulati dalla Sezione e ha aggiunto ulteriori previsioni.

In particolare emerge: l'indicazione di rigorosi requisiti per l'accreditamento dei soggetti legittimati a organizzare i corsi di formazione; la revisione dei contenuti di detti corsi, con l'inserimento, tra l'altro, del richiamo alle tecniche di redazione degli atti giudiziari "in conformità al principio di sinteticità" e al processo telematico; l'elaborazione di apposite linee guida da parte del CNF allo scopo di assicurare l'omogeneità di preparazione e di giudizio su tutto il territorio nazionale; l'organizzazione dei corsi sulla base di moduli semestrali, per garantire la vicinanza temporale tra l'iscrizione nel registro dei praticanti, l'inizio del corso e le verifiche intermedie e finali; l'individuazione di una disciplina della partecipazione ai corsi che garantisce a ogni tirocinante una possibilità di accesso, tenendo conto dell'offerta formativa esistente nel circondario interessato e in quelli limitrofi, anche attraverso accordi tra i Consigli degli Ordini e le Università, nonché attraverso l'introduzione di modalità telematiche di formazione a distanza; l'elaborazione di modalità di svolgimento delle verifiche, correlate all'effettività del percorso formativo svolto e basate su test a risposta multipla, al fine di assicurare su tutto il territorio nazionale criteri uniformi di valutazione; l'istituzione di una Commissione nazionale per la tenuta della banca dati delle domande relative alle materie oggetto delle verifiche, con il precipuo compito di aggiornare periodicamente le domande medesime; l'individuazione di una decorrenza differita delle disposizioni del Regolamento.

Tra le osservazioni fatte dalla Sezione emerge, in particolare, quella in ordine alla previsione che la richiesta di accreditamento si intende rigettata trascorsi tre mesi dalla presentazione. La Sezione ha osservato che il silenzio-rigetto è un istituto recessivo nell'ordinamento perché inidoneo a garantire la necessaria trasparenza dell'attività amministrativa, configurandosi come un diniego senza motivazione. A causa di tale assenza di motivazione il silenzio-rigetto dà luogo sovente a contenzioso. La Sezione ha quindi ritenuto preferibile che, nell'ipotesi di rigetto della istanza di accreditamento, venga adottato un provvedimento espresso e motivato.

21.3. Liquidazione dei compensi per la professione forense.

La Sezione consultata atti normativi ha reso il parere 27 dicembre 2017, n. 2703 sullo schema di decreto del Ministro della giustizia, concernente la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'art. 13, comma 6, l. 31 dicembre 2012, n. 247 (Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense). Tale norma ha previsto che un apposito decreto del Ministro della giustizia, adottato su proposta del Consiglio Nazionale Forense (di seguito CNF), formulata con cadenza biennale, deve individuare i parametri in base ai quali stabilire i compensi dovuti agli avvocati nell'ipotesi in cui non vi sia stata una determinazione consensuale della misura di tali compensi, nel caso di liquidazione giudiziale degli stessi e nei casi in cui la prestazione professionale è resa nell'interesse di terzi o per prestazioni officiose previste dalla legge. In ossequio alla richiamata disposizione è stato adottato il d.m. n. 55 del 10 marzo 2014. Essendo trascorsi oltre due anni dall'adozione del precitato decreto ministeriale, il CNF ha chiesto di procedere alla modifica dei parametri ivi previsti.

La Sezione ha osservato in via preliminare che la l. n. 247 del 2012, in relazione ai criteri in base ai quali individuare i parametri per la liquidazione dei compensi degli avvocati, stabilisce, all'art. 13, comma 7, che tali parametri debbano essere formulati "in modo da favorire la trasparenza nella determinazione dei compensi dovuti per le

prestazioni professionali e l'unitarietà e la semplicità nella determinazione dei compensi". Inoltre, detti criteri sono stati integrati da alcune sentenze - puntualmente richiamate dal CNF nella nota del 1° giugno 2017, n. 28992.U - con cui è stato evidenziato come la discrezionalità del giudice nella determinazione giudiziale dei compensi "non può condurre ad una liquidazione che ... remunerer l'opera del difensore, al netto delle spese vive, con una somma che in termini assoluti risulti praticamente simbolica e, come tale, non consona al decoro professionale che l'art. 2233, comma 2 c.c. pure impone di considerare" (Cass. civ., sez. VI, 22 dicembre 2015, n. 25804), principio, quest'ultimo, più volte ribadito anche dal Consiglio di Stato (sez. VI, 22 gennaio 2015, n. 238).

La Sezione ha ritenuto che le modifiche al d.m. n. 55 del 2014 previste dallo schema di decreto risultino, salve alcune osservazioni formulate, conformi ai criteri previsti dalla normativa primaria di riferimento.

Infatti, tali modifiche e in particolar modo quelle volte a superare le lacune normative riscontrate dall'Amministrazione e dal CNF - tra le quali è da evidenziare quella relativa ai compensi spettanti per la fase stragiudiziale, come i procedimenti di mediazione e di negoziazione assistita - sono volte, ad aumentare la trasparenza nella determinazione dei compensi in ossequio allo specifico criterio previsto dal comma 7 dell'art. 13.

Tali modifiche, inoltre, risultano anche coerenti con gli orientamenti assunti in materia dai competenti organi giudicanti, atteso che alcune di esse tendono ad assicurare la conformità dei compensi al principio di tutela del decoro professionale.

Le modifiche, inoltre, non sembrano porsi in contrasto neanche con la normativa europea in materia ed in particolare con la recente sentenza n. 427 del 23 novembre 2017 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che ha statuito che una disciplina regolatoria, come quella bulgara, che non autorizza il giudice nazionale a disporre la rifusione degli onorari degli avvocati per un importo inferiore a quello minimo previsto da un regolamento adottato da un'organizzazione di categoria dell'ordine forense, quale il "*Vissh advokatski svet*" (Consiglio superiore dell'ordine forense della Bulgaria), "è idonea a restringere il gioco della concorrenza nel mercato interno ai sensi dell'art. 101, par. 1 del TFUE".

Al riguardo la Sezione rileva, infatti, che la CGUE è pervenuta a tale decisione in considerazione della circostanza che le tariffe minime previste dalla normativa bulgara sono state individuate con un regolamento del Consiglio superiore dell'ordine forense e, dunque, non da un organo pubblico, avendo il legislatore bulgaro demandato integralmente la fissazione di tali tariffe minime all'organo di categoria senza prevedere degli espliciti "criteri di interesse pubblico definiti dalla legge" nazionale. Da qui la differenza con l'atto normativo di cui si converte, che è adottato non da un'organizzazione di rappresentanza della categoria forense ma dal Ministro della giustizia, il cui operato si è basato sull'applicazione di precisi criteri d'interesse pubblico stabiliti dalla legge, quali la trasparenza e l'unitarietà nella determinazione dei compensi professionali, con la conseguenza che la Sezione, anche sotto il profilo in esame, non ha specifici rilievi da esplicitare.

22. Cinema.

22.1. Riforma delle disposizioni legislative in materia di lavoro nel settore cinematografico e audiovisivo.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere 6 novembre 2017, n. 2288 sullo schema di decreto sulla riforma delle disposizioni legislative in materia di lavoro nel settore cinematografico e audiovisivo.

Il provvedimento è adottato in attuazione della delega prevista dall'art. 35, l. 14 novembre 2016, n. 220 (Disciplina del cinema e dell'audiovisivo), con la quale il Governo è stato delegato ad adottare uno o più decreti legislativi per il riordino e l'introduzione di norme che, in armonia e coerenza con le disposizioni vigenti e con i principi e le finalità di cui alla l. 10 dicembre 2014, n. 183, in quanto compatibili, disciplinino in modo sistematico e unitario, con le opportune differenziazioni correlate allo specifico ambito di attività, il rapporto di lavoro e l'ordinamento delle professioni e dei mestieri nel settore cinematografico e audiovisivo. I criteri direttivi della delega sono: a) conseguire obiettivi di semplificazione e razionalizzazione delle procedure di costituzione e gestione dei rapporti di lavoro, al fine di ridurre gli adempimenti a carico di cittadini e imprese; b) rafforzare le opportunità d'ingresso nel mondo del lavoro e riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo nel settore cinematografico e audiovisivo; c) prevedere le opportune misure adeguate alle peculiari modalità di organizzazione del lavoro e di espletamento della prestazione lavorativa ovvero professionale.

La Sezione ha apprezzato l'introduzione di disposizioni chiarificatrici (in particolare, in tema di deroghe al limite numerico di contratti a tempo determinato e di apprendistato), necessarie alla luce dell'introduzione del *jobs'act*, con cui la normativa, che disciplina i rapporti di lavoro nel settore dello spettacolo e dell'audiovisivo, va necessariamente coordinata.

Il parere del Consiglio di Stato, però, rimarca che la delega contenuta nell'art. 35, l. n. 220 del 2016 risulta in gran parte non attuata, mancando le disposizioni, previste dalla delega, volte a conseguire obiettivi di semplificazione e razionalizzazione delle procedure ed a rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro. Inoltre, nella parte relativa alla definizione dei criteri di classificazione delle professioni nel settore audiovisivo, lo schema di decreto ne rimette l'attuazione a semplici "linee guida", adottate d'intesa tra Stato e Regioni. Invece, sottolinea il parere, in considerazione della natura innovativa dei suoi contenuti, tale atto ha natura di un vero e proprio regolamento, che potrà ben essere adottato previa intesa Stato-Regioni.

22.2. Tutela dei minori nel settore cinematografico e audiovisivo.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere n. 2286 del 6 novembre 2017 sullo schema di decreto sulla riforma delle disposizioni legislative in materia di tutela dei minori nel settore cinematografico e audiovisivo.

Il provvedimento è stato adottato in attuazione della delega prevista dall'art. 33, l. 14 novembre 2016, n. 220, con il quale il Governo è stato delegato ad adottare uno o più decreti legislativi per la riforma delle disposizioni legislative di disciplina degli strumenti e delle procedure attualmente previsti dall'ordinamento in materia di tutela dei minori nella visione di opere cinematografiche e audiovisive, ispirandosi ai principi di libertà e di responsabilità, tanto degli imprenditori del settore cinematografico e

audiovisivo, quanto dei principali agenti educativi, tra i quali in primo luogo la famiglia, e sostituendo le procedure attualmente vigenti con un meccanismo di responsabilizzazione degli operatori e di attenta vigilanza delle istituzioni, orientato all'effettività della tutela dei minori. I criteri direttivi della delega sono: a) introdurre il principio della responsabilizzazione degli operatori cinematografici in materia di classificazione del film prodotto, destinato alle sale cinematografiche e agli altri mezzi di fruizione, e della uniformità di classificazione con gli altri prodotti audiovisivi, inclusi i videogiochi, che garantisca la tutela dei minori e la protezione dell'infanzia e la libertà di manifestazione del pensiero e dell'espressione artistica; b) prevedere l'istituzione presso il Ministero dell'organismo di controllo della classificazione di cui alla lett. a), disciplinandone la composizione, i compiti, le modalità di nomina e di funzionamento, con conseguente soppressione delle Commissioni per la revisione cinematografica di cui alla l. 21 aprile 1962, n. 161 (precisandosi, altresì, che ai componenti di tale organismo, scelti tra personalità indipendenti e di comprovata qualificazione professionale, non spettano gettoni di presenza, compensi, indennità ed emolumenti comunque denominati ad eccezione del rimborso delle spese effettivamente sostenute previste dalla normativa vigente); c) prevedere il procedimento per l'accertamento degli illeciti amministrativi che conseguono alla violazione della prevista classificazione di cui alla lett. a) e i termini entro i quali tale accertamento può intervenire; d) prevedere il sistema sanzionatorio degli illeciti amministrativi accertati; e) prevedere le abrogazioni e modificazioni della normativa vigente in contrasto con la nuova normativa per la classificazione dei film per le sale cinematografiche, degli altri prodotti audiovisivi che vengono trasmessi alla televisione pubblica e privata e sulla rete internet e dei videogiochi posti in vendita.

Il parere ha segnalato che le principali novità della nuova disciplina sulla classificazione delle opere audiovisive sono: l'abolizione del meccanismo di censura preventiva che ancora connota la normativa vigente; l'introduzione di un sistema di classificazione più flessibile, idoneo a tener conto delle nuove fasce di pubblico che, come già accennato, oggi accedono alle opere cinematografiche; l'introduzione di un sistema basato sul principio di responsabilizzazione degli stessi operatori del settore, piuttosto che su di un controllo *ab externo*.

Con riguardo al primo aspetto, la Sezione ha segnalato che l'attuale disciplina è incentrata sul meccanismo del nulla osta rilasciato dalla Direzione generale Cinema del Ministero dei beni e delle attività culturali, previo parere della Commissione per la revisione cinematografica, cui spetta decidere se approvare la diffusione del film per tutti ovvero imporre divieti di visione ai minori di anni 14 o 18, o ancora negare il nulla osta ove ritenga che l'opera offenda il buon costume, o infine sospendere l'espressione del parere invitando il richiedente a sopprimere o modificare singole scene o sequenze o battute. A fronte di ciò, la nuova disciplina esclude ogni possibilità di diniego del nulla osta ed anche la facoltà di intervenire sul contenuto dell'opera imponendo tagli o modifiche: scelta che appare certamente più rispettosa della libertà di espressione artistica costituzionalmente garantita, essendosi optato per soluzioni diverse al fine di individuarne il punto di equilibrio con le altrettanto rilevanti esigenze di tutela del pubblico maggiormente sensibile (e, in particolare e per quanto qui rileva, dei minori).

Quanto al secondo profilo, si è preso atto – sulla scia di quanto già da tempo avvenuto nelle esperienze di altri Stati, e in particolare degli U.S.A. – dell’allargamento delle fasce di pubblico, e segnatamente dell’accesso ormai largamente diffuso alle sale cinematografiche anche di bambini molto piccoli, in modo da rendere rigido e inadeguato il sistema di tutela attuale, in cui la misura minima è costituita dal divieto di visione ai minori di 14 anni (e che, pertanto, non opera distinzione alcuna tra i minori in età scolare per il primo ciclo di scuola dell’obbligo e i minori che seguono il ciclo delle scuole medie). Di qui l’introduzione di un sistema di classificazione più flessibile, in cui ai “tradizionali” divieti di visione ai minori di 14 e 18 anni si affianca, oltre alle opere “per tutti”, una categoria di opere definibili “non adatte ai minori di anni 6”; inoltre, per le opere vietate ai minori di 14 e 18 anni è introdotta la possibilità di assistervi per i minori che abbiano compiuto rispettivamente 10 e 14 anni, purché accompagnati da un genitore o da soggetto esercente la potestà genitoriale.

Tale ultima innovazione è motivata dalla necessità, espressa anche al livello della delega legislativa, di valorizzare ai fini dell’effettività della tutela dei minori anche il ruolo degli “agenti educativi”, e in primis della famiglia, cui compete la prima valutazione sulla sensibilità e sul grado di maturità dei soggetti minori, con riferimento anche alla loro idoneità ad essere fruitori di determinate opere artistiche. D’altra parte, l’opzione appare coerente con quanto già oggi avviene in relazione alle trasmissioni televisive, laddove evidentemente è impossibile immaginare un divieto di accesso dei minori a contenuti anche “forti” diffusi in orari di largo ascolto, ed è uso ormai sollecitare l’impegno delle famiglie anche attraverso avvertenze del tipo “minori accompagnati”.

Infine, per quanto concerne l’introduzione di un sistema basato sul principio di responsabilizzazione degli stessi operatori del settore, piuttosto che su di un controllo *ab externo*, il principio di responsabilizzazione è attuato facendo onere agli stessi operatori cinematografici di provvedere alla classificazione delle opere prima di inviarne copia alla Direzione generale Cinema, spettando alla neo-istituita Commissione per la classificazione delle opere cinematografiche (destinata a prendere il posto della Commissione per la revisione cinematografica di cui alla l. n. 161 del 1962) unicamente il compito di verificare la correttezza di tale classificazione.

Tutto ciò chiarito, il Consiglio di Stato ha espresso apprezzamento per l’impianto del Decreto, incentrato sulla responsabilizzazione diretta di produttori e distributori, cui spetterà in prima battuta qualificare il film come “per tutti”, ovvero non adatto ai minori di 6 anni (nuova fascia introdotta), ovvero vietato ai minori di 14 o di 18 anni. La nuova Commissione di verifica, che sostituisce quella di revisione del 1962, con un minor numero di componenti, dovrà verificare la correttezza della qualificazione proposta e, se del caso, modificarla. Nel parere, però, vengono espresse perplessità sulle modalità di composizione di questa nuova Commissione.

Condivisibile è, ad avviso della Sezione, anche la scelta di responsabilizzare le famiglie, grazie al carattere “flessibile” dei divieti di visione ai minori di 14 e 18 anni, superabili, in certi casi, per i minori (tra i 10 e i 14 anni) accompagnati al cinema da un familiare; così come la previsione di informazioni sulla classificazione dei film grazie ad icone che classifichino i contenuti “sensibili” per la tutela dei minori (violenza, sesso, uso di armi, turpiloquio).

22.3. Promozione delle opere europee e italiane da parte dei fornitori di servizi di media audiovisivi.

Il parere 6 novembre 2017, n. 2287 è stato reso dalla Sezione consultiva atti normativi sullo schema di decreto sulla riforma delle disposizioni legislative in materia di promozione opere europee e italiane da parte dei fornitori di servizi di media audiovisivi. Il provvedimento è stato adottato in attuazione della delega prevista dall'art. 34, l. 14 novembre 2016, n. 220, con il quale il Governo è stato delegato ad adottare uno o più decreti legislativi per la riforma e la razionalizzazione delle disposizioni legislative di disciplina degli strumenti e delle procedure attualmente previsti dall'ordinamento in materia di promozione delle opere italiane ed europee da parte dei fornitori di servizi di media audiovisivi, sia lineari sia non lineari, sulla base di una serie di principi e criteri direttivi e, comunque, conformemente alla direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2010, e nel rispetto delle norme del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

I profili e gli aspetti problematici, su cui il legislatore ha inteso intervenire con lo schema di decreto in esame, sono tutti afferenti a snodi sensibili del sistema generale della produzione e fornitura di servizi di media audiovisivi, di modo che la modifica di alcune disposizioni vigenti e/o l'introduzione di nuove previsioni sono suscettibili di incidere in modo anche rilevante sul mercato di riferimento e sul suo funzionamento.

Ha chiarito la Sezione che il corretto funzionamento del mercato dei media audiovisivi e la piena attuazione delle libertà economiche e imprenditoriali dei soggetti che vi operano costituisce certamente un obiettivo primario della normativa esaminata, ma non certo l'unico, e a ben vedere neanche il principale. Infatti, non può dubitarsi che la promozione delle opere europee e di produttori indipendenti sia funzionale anche – e forse soprattutto – all'affermazione di obiettivi a carattere culturale, connessi alla preservazione e alla diffusione delle conoscenze e dei valori propri dell'Europa e degli stessi Stati nazionali che ne fanno parte, nonché di obiettivi di valorizzazione di settori di mercato diversi da quelli della fornitura dei servizi audiovisivi (come risultante dalla primaria attenzione riservata alla tutela delle produzioni "indipendenti", ossia non direttamente gestite o controllate dai medesimi soggetti che esercitano in forma imprenditoriale l'attività di fornitura dei servizi di media audiovisivi).

Nella sostanza l'intervento normativo, senza introdurre "vincoli di tipo dirigista", mira ad agevolare un più corretto funzionamento del mercato, eliminando commistioni e distorsioni tra i vari attori della filiera produttiva attraverso la creazione di un sistema connotato da un vero e proprio *unbundling*, ovvero da una netta separazione tra chi realizza il prodotto audiovisivo e chi gestisce l'emittente che lo trasmette.

Il parere ha dato atto che l'intervento normativo (che interviene sul numero di contratti a tempo determinato, sull'apprendistato professionalizzante e sull'ordinamento delle professioni nel settore *de quo*) si è sostanziato in un limitato riordino (attraverso due circoscritte disposizioni interpretative) della normativa vigente per coordinarla con la sopravvenuta l. n. 183 del 2014 ed a rimettere ad un ulteriore atto la classificazione delle professioni del settore, mentre sono del tutto assenti previsioni intese a conseguire gli ulteriori, rilevanti obiettivi indicati dalla delega, quali la "semplificazione e

razionalizzazione delle procedure di costituzione e gestione dei rapporti di lavoro”, il rafforzamento delle “opportunità d’ingresso nel mondo del lavoro”, la previsione di “opportune misure adeguate alle peculiari modalità di organizzazione del lavoro e di espletamento della prestazione lavorativa ovvero professionale”.

La Sezione è poi passata all’esame delle diverse disposizioni.

E’ stato affermato che una delle novità più contestate dagli operatori del settore dell’emittenza, e cioè l’obbligo di trasmettere una determinata quota settimanale di opere europee e nazionali nella fascia oraria del prime time (ore 18-23), sia giustificata proprio dall’esigenza di dare piena attuazione alla delega, che impone di individuare regole che assicurino “l’efficacia” di tali obblighi di promozione, evitando le ricorrenti pratiche elusive.

In relazione ai servizi *on demand*, la Sezione ha giudicato corretta la previsione per cui i fornitori devono rispettare sia gli obblighi di programmazione che quelli di investimento, ma suggerisce che le modalità tecniche, demandate ad un regolamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom), siano dettagliate maggiormente già dalla norma primaria.

E’ stato poi condiviso l’innalzamento delle sanzioni e la previsione secondo la quale la sanzione può essere commisurata in percentuale rispetto al fatturato dell’operatore responsabile della violazione. Infatti, le sanzioni pecuniarie attualmente previste risultano incongrue in rapporto all’entità degli investimenti nel settore, con il rischio che le sanzioni divengano un “costo di gestione” sopportabile.

Per il Consiglio di Stato, accanto alla tradizionale sanzione patrimoniale, si potrebbe valutare anche l’introduzione di sanzioni di tipo reputazionale, quali l’obbligo di pubblicizzare adeguatamente la violazione di cui il soggetto si è reso responsabile.

In relazione ai poteri di vigilanza e controllo attribuiti all’Agcom, la Sezione ha auspicato una più chiara definizione in termini di regolazione del mercato, sulla base del modello della l. 14 novembre 1995, n. 481.

Infine, la Sezione atti normativi ha espresso riserve sulla previsione per cui la definizione dei criteri per la qualificazione delle opere di espressione originale italiana, come pure di ulteriori quote e sotto quote per particolari categorie di opere, è rimessa ai decreti del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo di natura non regolamentare, atteso che, in considerazione dell’evidente natura innovativa dell’ordinamento di queste previsioni, la loro definizione va devoluta alla fonte regolamentare.

23. Giochi.

23.1. Regolamento sulla disciplina del gioco del Bingo con partecipazione a distanza.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere 11 settembre 2017, n. 1962 sullo schema di regolamento sulla disciplina del gioco del bingo con partecipazione a distanza.

La Sezione non ha formulato particolari rilievi, risultando le disposizioni regolamentari pienamente corrispondenti alla finalità di delimitazione delle regole essenziali del gioco in relazione agli aspetti sindacati e non ravvisandosi criticità né nella tecnica redazionale né – nei limiti del sindacato di legittimità consentito nella sede consultiva – quanto al merito delle disposizioni introdotte.

23.2. Qualificazione giuridica dei rapporti tra il Ministero delle politiche agricole e forestali e le società che gestiscono gli ippodromi e le scommesse che vengono organizzate all'interno di detti impianti.

La sez. II ha reso il parere 11 ottobre 2017, n. 2148 in ordine alla qualificazione giuridica dei rapporti tra il Ministero delle politiche agricole e forestali e le società che gestiscono gli ippodromi e le scommesse, che vengono organizzate all'interno di detti impianti.

Ha chiarito che, dato il rapporto tra il Ministero e le società di corse con oggetto le attività di organizzazione delle corse, non può prescindersi dal rilievo preliminare che l'art. 23 *quater*, comma 9, del già citato d.l. 6 luglio 2012, n. 95 e il d.m. 31 gennaio 2013, nel disporre il subentro del Ministero delle politiche agricole in tutti i rapporti giuridici attivi e passivi intestati alla soppressa ASSI (*ex* UNIRE), hanno lasciato in vigore la regolazione riveniente dagli atti posti in essere nel regime previgente.

In particolare, se si esamina il contenuto delle convenzioni che fino a un recente passato hanno disciplinato il detto rapporto, non ne è in alcun modo contestabile la natura di accordi sostitutivi di provvedimenti amministrativi *ex* art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241; al riguardo, è sufficiente richiamare i plurimi elementi di “deviazione” dal modello del tipico accordo privatistico ivi rinvenibili (per es. la facoltà di recesso unilaterale prevista a favore dell'Amministrazione in caso di perdita dei requisiti della società e/o di particolari inadempienze agli obblighi connessi alla gestione dei servizi), che per costante dottrina e giurisprudenza ne denunciano in modo inequivoco la finalizzazione a interessi di matrice pubblicistica.

Tali accordi tengono luogo dell'autorizzazione amministrativa rilasciata alle società di corse, con oggetto la gestione dei servizi connessi all'organizzazione delle corse medesime, accompagnata dall'impegno dell'Amministrazione a erogare alle società le risorse necessarie per lo svolgimento delle proprie attività.

In linea generale non è affatto anomalo che nell'ambito di un rapporto autorizzatorio s'inserisca una clausola accessoria con la quale l'Amministrazione si impegna a fornire al privato le risorse finanziarie intese a coprire, in tutto o in parte, i costi da sostenere per l'esecuzione dell'attività autorizzata: tale previsione può discendere dalla rilevanza pubblicistica attribuita a detta attività, e non è *ex se* sufficiente a configurare la relativa erogazione come “corrispettivo” dell'attività svolta.

Quanto ai soggetti interessati dal rapporto in esame, il parere ha chiarito che non qualsiasi società può assumere la qualifica di società di corse e, quindi, accedere alle erogazioni in esame, ma soltanto quelle “riconosciute” ai sensi dei Regolamenti delle corse a suo tempo approvati dall'UNIRE. Tale “riconoscimento”, conseguente alla dimostrazione del possesso di specifici requisiti da parte della società interessata, altro non è che una peculiare modalità di conseguimento del titolo abilitativo allo svolgimento di determinate attività da parte del soggetto pubblico titolare del relativo potere autorizzatorio.

La Sezione ha concluso che la ricostruzione ivi proposta non è affatto contraddetta dalla riscontrata natura “remuneratoria” delle erogazioni di cui all'art. 12, comma 2, d.P.R. 8 aprile 1998, n. 169; natura che ne dimostra soltanto la riconducibilità ad una tipologia peculiare di “sovvenzione”, dovendo tale termine intendersi non nel senso generico di contributo o finanziamento di un'attività economica, ma in quello più specifico di prestazione delle risorse indispensabili per lo svolgimento di un'attività soggetta ad autorizzazione da parte dell'Amministrazione, e che perciò stesso è considerata di più o meno intensa rilevanza pubblicistica.

24. Terzo settore.

24.1. Codice del Terzo settore.

La Commissione speciale ha reso il parere 14 giugno 2017, n. 1405 sullo schema di decreto legislativo recante “Codice del Terzo settore”, in attuazione dell’art. 1, comma 2, lett. b), della legge delega 6 giugno 2016, n. 106. Il parere è stato reso ai sensi dell’art. 20, comma 3, lett. a), l. 15 marzo 1997, n. 59, stante la natura di ‘Codice’ di settore del testo sottoposto all’esame del Consiglio di Stato.

Dopo anni in cui è prevalso nell’ordinamento un approccio occasionale e contingente, la delega ha previsto il riordino e la revisione organica della disciplina (anche fiscale) relativa agli enti del Terzo settore, mediante la redazione di un apposito “Codice del terzo settore”.

La Commissione ha premesso brevi considerazioni di ordine generale sul “Terzo settore”.

Ha chiarito che il fenomeno del *non profit* – ovvero delle organizzazioni private che svolgono attività di utilità sociale, perseguendo obiettivi diversi dal profitto – ha una storia antica (basti pensare alle IPAB istituite dalla legge Crispi del 1890 e agli enti ecclesiastici riconosciuti dagli accordi fra lo Stato e la Santa Sede). Pur essendo da molto tempo presenti nella società e noti all’Ordinamento, gli enti non lucrativi hanno oggi esteso in modo esponenziale la loro azione al punto da ingenerare nuove e più consistenti esigenze regolative. Nel codice civile del 1942 l’attività delle comunità intermedie era costretta in una dimensione “rigidamente statalistica”. Associazioni e fondazioni figuravano quali enti “para-pubblicistici” e il potere amministrativo esercitava su di essi una penetrante funzione tutoria: dalla “concessione” della personalità giuridica al defatigante sistema di controlli, autorizzazioni e vincoli apposti alla loro attività interna ed esterna. Il mercato disallineamento realizzatosi con l’art. 2 Cost., che promuove le “formazioni sociali” ove si svolge la personalità del singolo, non ha sortito effetti per molti anni. Soltanto alla fine del secolo appena trascorso sono proliferate discipline settoriali degli enti *non profit*, la cui impronta regolativa – a differenza delle disposizioni del Libro I del codice civile, incentrate sul funzionamento interno e sull’imputazione collettiva della responsabilità – è connotata dall’introduzione di regimi fiscali agevolativi e dalla predisposizione di vincoli “positivi” riguardanti le attività esercitabili e la destinazione dei risultati. Tale tipizzazione normativa, disarmonica e frammentata, ha fatto emergere l’esigenza di ricondurre la materia in esame a un disegno coerente e organico. Gli enti *non profit* sono assai diversificati in relazione alle tipologie giuridiche, alle caratteristiche produttive, alle configurazioni organizzative, alla direzione finalistica (*mutual benefit* o *public service*) e ai campi operativi (assistenza, sanità, scuola, ricerca, formazione, ambiente, arte e sport). Da tempo se ne propone la confluenza nell’ampia nozione trans-tipica di “Terzo settore”, per differenziarli rispetto agli altri due settori della vita sociale: la Pubblica amministrazione – i cui apparati, regolati dalla legge e finanziati dalla fiscalità generale, perseguono finalità (non solo collettive ma anche) “pubbliche” – e il Mercato – dove le imprese private operano con finalità lucrative finanziate dal capitale di rischio.

La categorizzazione enfatizza l’importanza di questa vera e propria area di “economia sociale” in concomitanza con i fenomeni di *government failure* (inadeguatezza dell’intervento statale a cagione della crisi fiscale) e *market failure* (impossibilità per il mercato informato al sistema dei prezzi di soddisfare determinati interessi generali).

In un contesto di crescente domanda di servizi sociali, si auspica un alleggerimento dell'intervento pubblico, a tutto vantaggio dell'iniziativa privata, la quale si approvvigiona mediante il ricorso a forme di autofinanziamento e con le attività che provengono dall'apporto disinteressato dei singoli. Il ruolo assunto dal privato sociale trova corrispondenza nel principio organizzativo che dimensiona lo spazio del potere pubblico secondo la matrice della "sussidiarietà". Mentre la sussidiarietà «verticale» privilegia (nell'allocazione delle funzioni amministrative) l'ambito istituzionale più vicino al tessuto sociale, la sua dimensione "orizzontale" (o "sociale") imprime un verso di sviluppo che modifica i rapporti tra istituzioni e società. Le realtà organizzative espressive della comunità vengono così investite di compiti tradizionalmente riservati alla sfera pubblica, secondo un modello che dal 2001 ha trovato un riconoscimento anche costituzionale nel nuovo comma 4 dell'art. 118 Cost. (parere 1 luglio 2002, n. 1354).

Il "Codice del terzo settore" – oltre al consolidamento formale – contiene una riconoscibile visione di sistema e una espressa enucleazione dei relativi principi informatori, introducendo al contempo elementi di effettiva semplificazione sostanziale.

Appaiono, ad avviso della Commissione, centrati i principali obiettivi perseguiti attraverso l'esercizio della delega: definire gli enti del Terzo settore nelle loro forme tipiche e atipiche; armonizzare la disciplina applicabile (soprattutto fiscale); configurare la struttura del Registro Unico Nazionale, con le relative condizioni di accesso e permanenza; introdurre meccanismi di trasparenza, pubblicità e *accountability*, oltre che un sistema di controlli e vigilanza.

La Commissione speciale ha apprezzato le finalità di fondo del testo, che mira a conferire al fenomeno del *non profit* una disciplina autonoma e moderna, superando le limitazioni che caratterizzano la disciplina del Libro I del codice civile e assicurando una più ampia attuazione della Carta costituzionale, che riconosce rilievo fondante alle formazioni sociali ove si svolge la personalità del singolo (art. 2) e, più in generale, al fenomeno della cd. 'sussidiarietà in senso orizzontale' (art. 118, comma 4).

Ha apprezzato altresì lo sforzo di conferire una disciplina organica al complesso fenomeno di "economia sociale", in un periodo storico nel quale sempre più spesso ai fenomeni di *government failure* (inadeguatezza dell'intervento statale a causa della crisi fiscale) si accompagnano quelli di *market failure* (impossibilità per il mercato informato al sistema dei prezzi di soddisfare determinati interessi generali).

Il parere ha tuttavia sottolineato che sarebbe stato auspicabile un più completo esercizio della delega, anche per la parte relativa "alla revisione della disciplina del titolo II del libro primo del codice civile in materia di associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro, riconosciute come persone giuridiche o non riconosciute".

Sempre in via generale, il Consiglio ha sottolineato l'esigenza di mediare le due contrapposte esigenze: valorizzare le organizzazioni non lucrative (*non profit*) e, al contempo, salvaguardare gli equilibri funzionali del libero mercato.

Svariate le osservazioni puntuali svolte in relazione ai dodici Titoli in cui si raggruppano i 104 articoli del testo.

La Commissione speciale ha evidenziato le possibili criticità di ordine costituzionale connesse alla previsione secondo cui solo alle confessioni religiose, che hanno stipulato patti, accordi o intese con lo Stato, si applicano le disposizioni del Codice del terzo settore, nonché quella sottesa alla previsione di ampliare, con atti amministrativi generali, il novero delle attività di interesse generale elencate dalla legge.

Nel parere si suggerisce un più adeguato raccordo fra la disciplina dell'acquisto della personalità giuridica da parte degli Enti del terzo settore e le previsioni generali in tema di riconoscimento delle persone giuridiche private di cui al d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361 e si raccomanda di chiarire meglio la struttura del Registro unico nazionale del Terzo settore, sul rapporto esistente tra la struttura nazionale istituita presso il Ministero della lavoro e delle politiche sociali e le articolazioni territoriali su base regionale.

La Commissione ha concluso evidenziando l'importanza dell'attività di monitoraggio e di valutazione *ex post* dell'impatto della regolazione in esame.

25. Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

25.1. Ricorso straordinario proposto avverso la circolare del Ministero dell'Interno che reca istruzioni operative sul reato di omicidio stradale e lesioni personali stradali.

La sez. I, con parere 7 marzo 2017, n. 567, ha dichiarato inammissibile il ricorso straordinario al Capo dello Stato proposto da Anas s.p.a. avverso la circolare del Ministero dell'Interno che reca istruzioni operative sul reato di omicidio stradale e lesioni personali stradali, di cui all'art. 589 *bis* c.p., introdotto con l. 2 marzo 2016, n. 41, nella parte in cui, nel diramare le istruzioni sulla operatività del nuovo reato di omicidio stradale, precisa che responsabile di tale reato, ai sensi del comma 1 del citato art. 589 *bis* c.p., potrebbe essere chiunque ha violato "le norme che disciplinano la circolazione stradale, che sono costituite da quella del codice della strada e delle relative disposizioni complementari"; tale circolare, infatti, non ha carattere immediatamente lesivo, contenendo l'interpretazione di una norma di legge la cui applicazione non è rimessa all'autorità che l'ha emanata bensì all'autorità giudiziaria penale, cui spetterà il compito di chiarire se il legislatore al comma 1 dell'art. 589 *bis* c.p. abbia inteso costruire la fattispecie come ipotesi di reato comune contrapponendola a quella prevista dal comma 2 come fattispecie di reato proprio incentrata sulla conducente dell'autoveicolo.

L'Anas ha ritenuto la circolare lesiva perché estenderebbe in maniera indiscriminata l'ambito soggettivo di applicazione del reato di omicidio stradale e lesioni personali stradali, poiché incorrerebbe nel reato in questione anche chi non è conducente di un veicolo. Ad avviso della società, invece, l'art. 589 *bis* c.p. dovrebbe applicarsi esclusivamente ai conducenti degli autoveicoli e non anche a coloro che, magari addetti alla sicurezza e alla manutenzione della strada, hanno violato le norme del codice della strada.

Sotto questo profilo, ad avviso di Anas, la circolare realizzerebbe un pregiudizio diretto, grave e sostanziale della propria posizione, nella sua qualità di ente gestore della rete stradale di interesse nazionale non a pedaggio, e non avendo carattere meramente interpretativo della l. 23 marzo 2016, n. 41 ma immediatamente lesivo sarebbe immediatamente impugnabile, a tutela del bene della vita rappresentato dalla salvaguardia dei propri dipendenti e segnatamente del personale deputato allo svolgimento dell'attività di gestione e manutenzione della rete.

La Sezione prima, dopo un approfondimento in ordine alle diverse tipologie di circolari ed alla loro immediata impugnabilità, senza attendere l'atto applicativo, ha dichiarato il ricorso straordinario inammissibile per inesistenza di carattere immediatamente lesivo per gli interessi dell'ente ricorrente:

a) in primo luogo perché le circolari amministrative costituiscono atti interni, diretti agli organi ed agli uffici periferici, al fine di disciplinarne l'attività e vincolano, conseguentemente, i comportamenti degli organi operativi sottordinati, ma non i soggetti destinatari estranei all'Amministrazione, che non hanno neppure l'onere dell'impugnativa, potendo direttamente contestare la legittimità dei provvedimenti applicativi; b) in secondo luogo la circolare impugnata contiene l'interpretazione di una norma di legge la cui applicazione non è rimessa all'autorità che l'ha emanata bensì all'autorità giudiziaria; c) in terzo luogo emerge con evidenza che non ci sono atti applicativi obbligatori per i suoi destinatari: "la circolare ministeriale, interpretativa di una disposizione di legge, è, in linea di principio, un atto interno finalizzato ad indirizzare uniformemente l'azione degli organi amministrativi, privo di effetti esterni, cosicché, non essendo considerabile quale atto presupposto del provvedimento applicativo ritenuto lesivo, non sussiste l'onere della sua impugnazione; ma questa regola non è applicabile alle circolari del Ministero dell'interno in materia di stato civile atteso che le istruzioni ministeriali in questo settore dell'ordinamento sono normalmente contenute in circolari vincolanti per ogni ufficiale dello stato civile, che deve ad esse uniformarsi - e, quindi, anche nei confronti del sindaco che, nella sua veste di ufficiale dello stato civile, è posto in posizione di subordinazione rispetto al Ministero dell'interno, per quanto non di tipo gerarchico in senso tecnico, se non altro - perché avverso gli atti dell'ufficiale di stato civile non è ammesso alcun ricorso gerarchico, nel sistema previsto dal d.P.R. n. 396 del 2000; la circolare ministeriale, che reca le istruzioni in questa materia, pertanto, vincola gli ufficiali dello stato civile, a differenza delle altre circolari interpretative che, ordinariamente, sono prive di efficacia vincolante nei confronti degli organi periferici - i quali possono, infatti, disattendere l'interpretazione senza che ciò comporti l'illegittimità dei loro atti per violazione di legge - e che si limitano a riproporre il contenuto precettivo di atti normativi in vigore, con la conseguenza che, per l'assenza di una loro immediata lesività, non è configurabile un interesse concreto ed attuale ad impugnarle"; d) in quarto luogo la circolare non vincola il giudice penale, oltre a poter essere disapplicate dal giudice amministrativo se ne ricorrono i presupposti.

ATTIVITA' GIURISDIZIONALE

SOMMARIO: **1. Questioni di rilevante impatto sociale.** **1.1.** Autodeterminazione nella scelta della interruzione del trattamento sanitario. **1.2.** Vaccinazioni. **1.3.** Diritto all'istruzione. **1.4.** Benedizione pasquale nelle scuole. **1.5.** Vittime del dovere. **1.6.** Universalità del servizio pubblico. **2. Autorità amministrative indipendenti.** **2.1.** Autorità amministrativa indipendente competente a comminare ad un operatore economico, operante nel settore delle comunicazioni, una sanzione per pratica commerciale scorretta. **2.2.** Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente. **3. Enti locali.** **4. Sicurezza pubblica.** **4.1.** Informativa antimafia. **5. Anticorruzione.** **5.1. Confisca dei proventi dei reati di corruzione.** **6. Sanità.** **6.1.** Emoderivati. **6.2.** Struttura sanitarie private. **6.3.** Farmaci. **7. Farmacie.** **8. Pubblica istruzione.** **8.1.** Abilitazione all'insegnamento. **8.2.** Graduatorie ad esaurimento. **8.3.** Dirigenti scolastici. **9. Contratti della Pubblica amministrazione.** **9.1.** Disciplina europea in materia di affidamento dei contratti pubblici. **9.2.** Appalti a titolo gratuito. **9.3.** Accordi quadro. **9.4.** Appalti sotto soglia. **9.5.** Procedura ristretta. **9.6.** Lotti. **9.7.** Raggruppamento temporaneo di imprese. **9.8.** Qualificazione. **9.9.** Conflitto di interesse. **9.10.** Esclusione dalla gara. **9.11.** Soccorso istruttorio. **9.12.** Offerta. **9.13.** Avalimento. **9.14.** Concessioni. **9.15.** Revisione prezzi. **10. Servizi pubblici.** **10.1.** Servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia. **11. Beni ambientali e culturali.** **11.1.** Compatibilità ambientale del gasdotto dell'Adriatico *Trans Adriatic Pipeline* (Tap) e principio di precauzione. **11.1.** Autorizzazione alla costruzione e all'esercizio di un cavidotto sottomarino per adduzione di energia elettrica. **11.2.** Vincolo preliminare di notevole interesse pubblico. **11.3.** Istituzione del Parco archeologico del Colosseo. **11.4.** Nomina, con selezione pubblica internazionale, del Direttore del Parco archeologico del Colosseo. **12. Inquinamento.** **13. Urbanistica.** **14. Espropriazione.** **15. Edilizia.** **15.1.** Ordine di demolizione. **15.2.** Concessione edilizia in sanatoria. **16. Energia.** **16.1.** Fonti alternative. **17. Agricoltura** **17.1.** Quote latte e del prelievo supplementare. **18. Commercio.** **18.1.** Commercio ambulante. **19. Contributi e finanziamenti.** **19.1.** Patti territoriali e contratti d'area. **20. Telecomunicazione.** **21. Straniero.** **21.1.** Permesso di soggiorno. **21.2.** Asilo. **22. Magistrati.** **23. Militari.** **23.1.** Appartenenza dei militari ai partiti politici. **23.2.** Divieto di costituire o aderire ad associazioni professionali a carattere sindacale. **24. Professioni e mestieri.** **24.1.** Avvocati. **24.2.** Titoli di studio. **24.3.** Trasportatori. **24. Caccia.** **24.1.** Piano faunistico territoriale. **25. Giochi.** **25.1.** Contrasto alla ludopatia. **26. Giurisdizione.** **26.1.** Contratti della Pubblica amministrazione. **26.2.** Società. **26.3.** Ordinamento giudiziario. **26.4.** Contributo unificato. **26.5.** Eccezione di difetto di giurisdizione per la parte che, in primo grado, è stata vittoriosa sul relativo capo di domanda. **27. Processo amministrativo.** **27.1.** Processo amministrativo telematico (Pat). **27.2.** Adunanza plenaria. **27.3.** Notificazione del ricorso. **27.4.** Rito applicabile alla controversia in materia di informativa antimafia. **27.5.** Competenza del Tar adito. **27.6.** Termine per l'impugnazione. **27.7.** Intervento. **27.8.** Giudizio cautelare. **27.9.** Correzione di errore materiale. **27.10.** Appello: annullamento con rinvio al giudice di primo grado. **27.11.** Revocazione. **27.12.** Giudicato. **28. Rito appalti.** **28.1.** Ambito di applicazione. **28.2.** Legittimazione passiva nel giudizio sugli atti della procedura di scelta del contraente effettuata in forma

aggregata. **28.3.** Immediata impugnazione delle clausole del bando che individuano il criterio di scelta del concorrente. **28.4.** Motivi aggiunti nel rito appalti. **28.5.** Ricorso principale e ricorso incidentale. **28.6.** Rito *super* accelerato. **29. Risarcimento danni.**

1. Questioni di rilevante impatto sociale.

1.1. Autodeterminazione nella scelta della interruzione del trattamento sanitario.

La sez. III, con la sentenza 21 giugno 2017, n. 3058, si è occupata della questione relativa al risarcimento danni conseguente a violazione del diritto all'autodeterminazione nella scelta della interruzione del trattamento sanitario riconosciuta dal giudice. Si è soffermata, innanzitutto, sulla natura e sull'inquadramento della responsabilità della Pubblica amministrazione da atto amministrativo illegittimo e ne mette in rilievo alcuni tratti di specialità, rispetto allo schema generale della responsabilità aquiliana. Ha chiarito che nel caso sottoposto al suo esame il provvedimento illegittimo e produttivo di danno è costituito da un diniego relativo allo svolgimento delle prestazioni mediche e terapeutiche, nell'ambito di un rapporto sanitario di cura e di assistenza già in atto (da ben diciassette anni) tra il soggetto richiedente e l'Amministrazione sanitaria pubblica nel suo complesso. In questo specifico caso, ha aggiunto che - anche prescindendo dalla più generale questione della natura della responsabilità della Pubblica amministrazione derivante da provvedimento illegittimo - si potrebbe certamente approfondire la questione relativa alla esistenza di un rapporto obbligatorio, fondato su un contatto sociale qualificato, o, se si preferisce, su un tipico titolo giuridico espresso, costituito dalla "ammissione" del soggetto interessato ad un duraturo rapporto di utenza con la struttura sanitaria. La determinazione regionale di non adottare le richieste misure necessarie per conformare il rapporto assistenziale ai precedenti obblighi scaturiti dalle decisioni del giudice civile, pertanto, si dovrebbe inserire in un rapporto giuridico già sussistente, giustificando se non l'adesione alla discussa categoria del "contatto sociale qualificato" (pure utilizzata recentemente dalla Corte di Cassazione, in una fattispecie diversa, ma con significativi richiami anche alle questioni riguardanti la responsabilità dell'Amministrazione da atto illegittimo), quanto meno la correttezza della qualificazione della responsabilità dell'Amministrazione come "speciale".

Ha ancora evidenziato come la posizione giuridica, incisa dal provvedimento illegittimo, assuma anche i contenuti di un diritto primario, costituzionalmente tutelato *erga omnes*: tale configurazione, in effetti, potrebbe rafforzare la tesi - oggettivamente maggioritaria - della natura aquiliana della responsabilità da atto illegittimo.

La sentenza ha evidenziato come il rapporto tra il cittadino e la Pubblica amministrazione, soprattutto nell'ottica di una pretesa all'ottenimento di una prestazione sanitaria e assistenziale, non sia del tutto assimilabile al generale obbligo di *neminem laedere*, che costituisce il presupposto per invocare il risarcimento del danno extracontrattuale. La sentenza contiene, poi, accurate indicazioni sul piano sistematico in ordine alla prova dell'ingiustizia del danno, al nesso di causalità e all'elemento soggettivo della responsabilità in rapporto alla lesione subita dal cittadino nell'ambito di tale rapporto, inteso a garantire la soddisfazione di un diritto fondamentale, come quello alla salute e alla libera autodeterminazione.

Ha affermato che il provvedimento di diniego della Regione, nel suo obiettivo significato, non sembra potersi ridurre ad una mera acritica “ribellione” alle decisioni del giudice civile, incentrata sulla pura e semplice volontà di non dare seguito ad una pronuncia non condivisa nei suoi contenuti prescrittivi.

L’atto, invece, manifesta lo scopo di individuare alcune possibili ragioni di carattere giuridico e fattuale, ritenute idonee, nella prospettiva della Regione, a sorreggere il rifiuto di eseguire le prestazioni richieste dall’avente diritto. Le ragioni indicate nell’atto non si riducono ad una frontale e apodittica volontà di non adempiere, ma esprimono, comunque, l’asserita – per quanto infondata - convinzione dell’assenza di un puntuale obbligo di esecuzione.

Tali considerazioni hanno indotto la Sezione a ritenere che, allo stato degli elementi istruttori emersi in corso di causa, e in relazione alle finalità proprie del presente processo risarcitorio, non sia adeguatamente dimostrato l’atteggiamento doloso della Regione, riguardata nel complesso del suo apparato.

Tuttavia, alla riconosciuta mancanza di prova del dolo si deve contrapporre l’accertamento della sicura ricorrenza della colpa dell’Amministrazione. La determinazione adottata dalla Regione, come già rilevato, denota una palese carenza di diligenza e non sono emersi indizi adeguati di un possibile “errore scusabile”, tale da escludere l’elemento soggettivo della responsabilità.

Nel caso di specie l’Amministrazione ha colposamente rifiutato di prestare la propria collaborazione all’esecuzione di un provvedimento della Corte di Appello, che dettava la disciplina per operare il distacco del sondino naso-gastrico, manifestando un ingiustificato atteggiamento oppositivo, idoneo ad ostacolare l’attuazione della statuizione coperta da giudicato, in quanto non solo e non tanto perché “eticamente” non condivisa, ma anche, e soprattutto, trincerandosi dietro l’asserita mancata individuazione da parte della Corte di Appello della specifica struttura deputata all’esecuzione del proprio provvedimento, non tenendo conto che, trattandosi di trattamento sanitario (così qualificato dalla Corte di Cassazione) da eseguire su una persona assistita in carico al Servizio sanitario da anni, il suo compito non potesse essere che quello di individuare la specifica struttura sanitaria ove dare esecuzione alla pronuncia giurisdizionale.

La Sezione ha altresì fornito utili precisazioni, anche sul piano del danno risarcibile, circa il quadro del danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.) conseguente ad atto amministrativo illegittimo, sia nella forma del danno al diritto di autodeterminazione del paziente (artt. 2, 3 e 32 Cost.), che abbia consapevolmente rifiutato le cure, sia nella forma del danno al legame parentale (art. 29 Cost.).

1.2. Vaccinazioni.

Sebbene solo in via cautelare, la sez. III, con ord. 21 aprile 2017, n. 1662, è intervenuta sulla questione dell’obbligo di vaccinazioni in età scolare.

In particolare, la Sezione è intervenuta sulla richiesta di sospensione cautelare della sentenza del Tar Friuli Venezia Giulia 16 gennaio 2017, n. 20, che aveva respinto il ricorso proposto per l’annullamento della delibera del Consiglio Comunale di Trieste, che aveva introdotto l’obbligo di vaccinazione quale requisito di accesso ai servizi educativi comunali per l’età da 0 a 6 anni.

La Sezione, nel respingere l'istanza cautelare, ha affermato che la tutela della salute pubblica, e in particolare della comunità in età prescolare, assume un valore dirimente, che prevale sulle prerogative sottese alla responsabilità genitoriale.

Ha chiarito che il principio di precauzione opera nei casi in cui l'osservazione scientifica ha rilevato (o ipotizzato sulla base di analogie con altre leggi scientifiche) una successione costante di accadimenti e ne ha formulato una descrizione provvisoria, ma non si dispone di prove per confermare l'ipotesi o per escluderla. Quindi, nel periodo di incertezza scientifica, non essendovi prove a conferma o a confutazione, la successione causale deve essere considerata logicamente come non esclusa, ossia possibile. A questo punto, l'unica regola inferenziale accettabile è quella per cui se non avviene il primo evento non può avvenire il secondo come sua conseguenza. Tale regola, ove applicata al comportamento umano in riferimento ad un possibile esito dannoso, impone la precauzione. Ha aggiunto l'ordinanza che tale ragionamento non funziona quando può essere a parità di condizioni (principio del rasoio di Occam) ribaltato: nel caso in esame infatti esso condurrebbe allo stesso modo a ritenere che la vaccinazione sia suggerita dalla probabilità di contrarre malattie. Anzi, in questa prospettiva, la tutela della salute pubblica, in particolare della comunità in età prescolare, assume un valore dirimente, che prevale sulle prerogative sottese alla responsabilità genitoriale.

1.3. Diritto all'istruzione.

La sez. VI, con sentenza n. 2023 del 3 maggio 2017 si è occupata della questione del diritto allo studio degli alunni portatori di *handicap*.

Ha premesso che ogni insegnante di sostegno svolge la propria attività per il numero di ore riferibile al suo *status* e, dunque, per 25, 22 o 18 ore, a seconda se egli svolga la propria attività presso la scuola dell'infanzia, quella primaria o quella secondaria. L'insegnante di sostegno non è 'assegnato' ad un particolare alunno: egli è invece presente in classe unitamente all'insegnante titolare della materia, segue in via diretta l'alunno disabile che vi è presente e in generale è chiamato ad adempiere alle "ineliminabili (anche sul piano costituzionale) forme di integrazione e di sostegno" a suo favore.

Ben diversa – rispetto all'insegnante di sostegno - è la figura dell'"assistente" - prevista per il settore scolastico dal medesimo art. 13, comma 3, l. 5 febbraio 1992, n. 104, che sul punto ha richiamato le disposizioni già contenute nel d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 - il quale è nella prassi denominato anche 'comunicatore' o 'facilitatore' ed è posto a disposizione dell'Istituzione scolastica dagli enti locali, "per l'autonomia e la comunicazione personale degli alunni con handicap fisici o sensoriali".

Ciò chiarito in via preliminare la Sezione ha ricordato che, dal complessivo quadro normativo che regola la materia, risulta che - a base e a fondamento delle disposizioni della l. n. 104 del 1992 e delle altre leggi sulla tutela degli alunni disabili - si pongono i principi costituzionali di cui agli artt. 2 (sulla tutela dei "diritti inviolabili dell'uomo" e sui "doveri inderogabili di solidarietà ... sociale"), 3 (sul "compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana"), 34, comma 1 (sulla apertura della scuola "a tutti") e 38, comma 3 (sul "diritto all'educazione" anche quando vi sia una disabilità).

Ha aggiunto il giudice di appello che l'attività degli insegnanti di sostegno comporta evidenti vantaggi non solo per i disabili, in un quadro costituzionale che impone alle

Istituzioni di favorire lo sviluppo della personalità, ma anche per le famiglie e per la società nel suo complesso. Infatti, l’inserimento e l’integrazione nella scuola – con l’ausilio dall’insegnante di sostegno – anzitutto evitano la segregazione, la solitudine, l’isolamento, nonché i patimenti e i pesi che ne derivano, in termini umani ed economici potenzialmente insostenibili per le famiglie. L’inserimento e l’integrazione nella scuola rivestono poi fondamentale importanza anche per la società nel suo complesso, perché rendono possibili il recupero e la socializzazione. Ciò in prospettiva consente ai disabili di dare anche il loro contributo alla società, fermo restando che la disciplina degli esami deve evitare ogni discriminazione anche potenziale, evitando che vi siano barriere che possano negativamente incidere sull’avviamento al lavoro (ponendosi altrimenti serissime questioni di costituzionalità delle disposizioni che rendano più difficoltoso il conseguimento del diploma, a causa della disabilità).

Inoltre, l’inserimento e l’integrazione nella scuola in prospettiva consentono al Sistema sanitario nazionale di contenere le prestazioni che si renderebbero necessarie, in mancanza delle attività svolte in anni fondamentali dell’età evolutiva.

Ad avviso della Sezione i principi costituzionali sopra richiamati impongono di dare una lettura sistematica alle disposizioni sulla tutela degli alunni disabili e a quelle sulla organizzazione scolastica e sulle disponibilità degli insegnanti di sostegno, nel senso che le posizioni degli alunni disabili devono prevalere sulle esigenze di natura finanziaria.

Tale prevalenza – non negata da alcuna disposizione legislativa contraria, che altrimenti avrebbe dato luogo a serissime questioni di legittimità costituzionale - si deduce dalla normativa sulle ‘assunzioni in deroga’ degli insegnanti di sostegno, nonché dall’art. 10, comma 5, l. 30 luglio 2010, n. 122, entrato in vigore dopo la dichiarazione di parziale incostituzionalità dei commi 413 e 414 dell’art. 2, l. 27 dicembre 2007, n. 244.

Alla luce di tali principi, la Sezione ha affermato che il provvedimento finale del dirigente scolastico non si può basare su un vincolo derivante dalla carenza di risorse economiche che non possono, in modo assoluto, condizionare il diritto al sostegno in deroga, sino a esigere e sacrificare il diritto fondamentale allo studio e all’istruzione.

1.4. Benedizione pasquale nelle scuole.

Con sentenza 27 marzo 2017, n. 1388 la sez. VI ha affermato che “benedizione pasquale” nelle scuole deve essere effettuata fuori l’orario delle lezioni, non potendo in alcun modo incidere sullo svolgimento della didattica e della vita scolastica in generale, e ciò non diversamente dalle diverse attività “parascolastiche” che, oltretutto, possono essere programmate o autorizzate dagli organi di autonomia delle singole scuole anche senza una formale delibera.

Ha chiarito il Consiglio di Stato che la benedizione pasquale è un rito religioso, rivolto all’incontro tra chi svolge il ministero pastorale e le famiglie o le altre comunità, nei luoghi in cui queste risiedono, caratterizzato dalla brevità e dalla semplicità, senza necessità di particolari preparativi. Il fine di tale rito è anche quello di ricordare la presenza di Dio nei luoghi dove si vive o si lavora, sottolineandone la stretta correlazione con le persone che, a tale titolo, li frequentano. Non avrebbe senso infatti la benedizione dei soli locali, senza la presenza degli appartenenti alle relative comunità di credenti, non potendo tale vicenda risolversi in una pratica di superstizione.

Tale rito dunque, per chi intende praticarlo, ha senso in quanto celebrato in un luogo determinato, mentre non avrebbe senso (o, comunque, il medesimo senso) se celebrato altrove; e ciò spiega il motivo per cui possa chiedersi che esso si svolga nelle scuole, alla presenza di chi vi acconsente e fuori dall'orario scolastico, senza che ciò possa minimamente ledere, neppure indirettamente, il pensiero o il sentimento, religioso o no, di chiunque altro che, pur appartenente alla medesima comunità, non condivide quel medesimo pensiero e che dunque, non partecipando all'evento, non possa in alcun senso sentirsi leso da esso.

Ha aggiunto la Sezione che non può logicamente attribuirsi al rito delle benedizioni pasquali, con le limitazioni stabilite nelle prescrizioni annesse ai provvedimenti impugnati, un trattamento peggiore rispetto ad altre diverse attività "parascolastiche" non aventi alcun nesso con la religione, soprattutto ove si tenga conto della volontarietà e della facoltatività della partecipazione nella prima ipotesi, ma anche che nell'ordinamento non è rinvenibile alcun divieto di autorizzare lo svolgimento nell'edificio scolastico, ovviamente fuori dell'orario di lezione e con la più completa libertà di parteciparvi o meno, di attività (ivi inclusi gli atti di culto) di tipo religioso.

1.5. Vittime del dovere.

La sez. III, con sentenza 1 dicembre 2017, n. 5641, ha affrontato la questione relativa alla richiesta della speciale elargizione prevista a favore delle vittime del dovere, presentata dall'autista del Procuratore della Repubblica del Tribunale di Avellino insieme al quale aveva subito un agguato camorristico. La vettura blindata, sulla quale viaggiavano, venne raggiunta da un centinaio di colpi d'arma da fuoco. I due rimasero gravemente feriti. Per il tentato omicidio vennero condannati, tra gli altri, i cugini del richiedente. Proprio questo legame di parentela ha costituito la ragione che ha indotto il Ministero a respingere i benefici per le cd. "vittime del dovere", in pretesa applicazione dell'art. 2 *quinquies*, d.l. 2 ottobre 2008, n. 151, come modificato dall'art. 2, comma 21, l. 15 luglio 2009, n. 94. Ad avviso dell'Amministrazione la norma è finalizzata ad escludere il rischio che la morte di un soggetto, quale conseguenza di delitto perpetrato dalla criminalità organizzata, possa divenire l'occasione per procurare danno alla stessa associazione criminale che lo stesso legislatore si propone di contrastare. Tale essendo la finalità della disposizione normativa, non vi sarebbe ragione alcuna per non estendere l'applicazione della norma ostativa, oltre che ai familiari superstiti della vittima, anche alla stessa vittima sopravvissuta, pena la frustrazione degli obiettivi che il legislatore si è posto nel combattere la pervasività delle associazioni mafiose. Una diversa interpretazione finirebbe per trattare diversamente situazioni di fatto analoghe, connotate dai medesimi rischi.

La Sezione ha giudicato illegittimo il divieto sul rilievo che l'elemento ostativo al riconoscimento della speciale elargizione, rappresentato dalla parentela con soggetti legati alla criminalità organizzata, è stata individuata dal legislatore solo per i familiari superstiti. Ad avviso della Sezione ciò che il Ministero appellante chiede non è, quindi, un'interpretazione estensiva della disposizione, ossia un'interpretazione funzionale che accerti un significato della norma più ampio di quello risultante dalla semplice interpretazione letterale, ma un'interpretazione analogica, ossia l'applicazione della lettera della disposizione a casi che non rientrano nel suo ambito, ma che sono asseritamente accomunati dalla medesima *ratio*.

Ha ricordato il giudice di appello che il procedimento interpretativo per analogia non si applica alle norme eccezionali (art. 14 disp. prel.). Con riferimento al caso sottopo-

sto all'esame della Sezione non può dubitarsi che una norma - che lega al mero rapporto di parentela sino al quarto grado, con soggetti condannati o anche solo rinviati a giudizio per fatti di mafia, la presunzione di vicinanza agli ambienti delinquenziali - è norma di cautela eccezionale, autorizzata ad incidere sul diritto di difesa costituzionalmente protetto (la presunzione infatti è assoluta) nei soli casi espressamente contemplati dal legislatore, e non oltre.

Ma ciò che è più importante per la corretta soluzione della questione esegetica prospettata è proprio la *ratio* della norma. Essa ha, come sopra sottolineato, riguardo ai familiari della vittima e non già alle stesse vittime, perché: a) il familiare è un danneggiato in via riflessa. Non coincidendo la sua posizione con quella della vittima "primaria", soggetto al quale i criminali hanno tolto la vita in ragione del ruolo, delle funzioni o del comportamento serbato in rappresentanza o difesa delle istituzioni, della dignità personale e dei valori dell'onestà e della rettitudine, la legge impone condizioni eccezionali che valgano ad escludere anche il più lontano sospetto che i benefici economici possano ridondare in favore degli stessi ambienti criminali combattuti e osteggiati, sino al punto di "forzare" il diritto di difesa attraverso una presunzione *iure et de iure* di vicinanza, associata al mero legame di parentela o affinità; b) nel caso della vittima primaria (superstite), l'indagine istruttoria e rigorosa circa l'estraneità del medesimo agli ambienti criminali prevista in via generale dalla norma base (comma 2, lett. b), dell'art. 1, l. n. 302 del 1990), nonché l'accertamento dell'insussistenza di un concorso nella commissione del fatto delittuoso lesivo, sono fattori di per sé sufficienti - se considerati alla luce delle lesioni che il soggetto ha subito in ragione del ruolo rivestito o del comportamento serbato in opposizione alla criminalità - a garantire che non si inneschino fenomeni di sviamento o di speculazione; c) in ogni caso, anche se si volesse dare rilievo, come non irragionevolmente sostiene l'Avvocatura, al rischio che la vittima, apparentemente onesta ed esente da mende, stringa un *pactum sceleris* con un'associazione criminale per assicurarsi il prezzo, o parte del prezzo, del suo sacrificio, non potrebbe giammai negarsi alla vittima, nell'applicazione delle presunzioni *de quibus*, la possibilità di provare l'insussistenza di rapporti di commistione di interessi o di frequentazione, e più in generale l'insussistenza, in concreto, del rischio che il mero legame parentale possa dar luogo a traslazione di somme in favore degli ambienti criminali cui i parenti o gli affini appartengono. Pena l'insanabile contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost..

Nel caso di specie la vittima, oltre ad essere totalmente estranea ad ambienti e logiche criminali, svolgeva, al momento dell'agguato, una funzione istituzionale di contrasto alle associazioni criminali (autista di un magistrato sottoposto a particolari misure di protezione), che lo ha messo in condizione di rischiare la propria vita, e lo ha altresì indotto a compiere azioni tali da salvare persino la vita altrui.

1.6. Universalità del servizio pubblico.

Con sentenza n. 3691 del 26 luglio 2017, la sez. VI si è occupata della disciplina della distribuzione dei punti di accesso alla rete postale, su ricorso proposto da un Comune avverso la decisione di Poste Italiane s.p.a. di chiudere alcuni uffici postali.

Il Comune appellante lamentava una lesione degli interessi degli utenti del servizio universale, derivante dalle nuove e più gravose condizioni di accesso al servizio medesimo conseguenti alla soppressione di uno dei punti di accesso della rete postale. Ha preliminarmente ricordato la Sezione che il servizio universale è un insieme mi-

nimo di prestazioni pubbliche di determinata qualità, reso disponibile agli utenti ininterrottamente (salvo casi di forza maggiore) e indipendentemente dalla collocazione geografica, nonché accessibile (tenuto conto delle condizioni specifiche nazionali) ad un prezzo abbordabile. Attraverso tale nozione il consolidamento del mercato interno si coniuga con le istanze di uguaglianza e coesione sociale. Segnatamente: da un lato, le autorità pubbliche, qualora si avvedano che il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo, devono garantire il servizio universale mediante l'imposizione di appositi obblighi agli operatori economici; dall'altro, nel garantire la predetta fornitura di prestazioni non remunerative, la regolazione deve interferire con le dinamiche di mercato soltanto nella misura proporzionalmente necessaria.

In Italia il servizio universale postale è affidato a Poste Italiane fino al 2026. Il servizio universale comprende: la raccolta, il trasposto, lo smistamento e la distribuzione degli invii postali fino a 2 Kg; la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione dei pacchi postali fino a 20 Kg; i servizi relativi agli invii raccomandati e agli invii assicurati; la "posta massiva" (comunicazioni bancarie, bollette e bollettini di pagamento, etc.).

Ha ancora chiarito la Sezione che la disciplina (sopra sintetizzata) della distribuzione dei punti di accesso alla rete postale riflette uno specifico modello di gestione in cui deve trovare adeguato contemperamento la dialettica tra efficienza, anche imprenditoriale, del servizio, garanzia degli utenti e universalità del servizio. Tra i due interessi contrapposti è prevalente l'esigenza di universalità del servizio rispetto all'efficientamento della rete di uffici postali.

Ad avviso del giudice di appello la cornice regolatoria, che detta la "misura compositiva" tra fini sociali (omogenea fruizione del servizio universale su tutto il territorio nazionale) e sostenibilità economica (legata alla razionalizzazione della rete postale), appare pienamente rispettata da Poste Italiane s.p.a.. L'ufficio soppresso è, infatti, ricompreso tra gli uffici con la minore produttività. Nell'ufficio venivano svolte solo poche operazioni al mese, per lo più concentrate all'inizio del mese con le attività afferenti la riscossione delle pensioni. Risulta quindi ragionevole la valutazione circa la diseconomicità della sua permanenza nel territorio comunale in esame (avente peraltro una popolazione inferiore ai mille abitanti).

2. Autorità amministrative indipendenti.

2.1. Autorità amministrativa indipendente competente a comminare ad un operatore economico, operante nel settore delle comunicazioni, una sanzione per pratica commerciale scorretta.

Con l'ordinanza 17 gennaio 2017, n. 167 la sez. VI ha affrontato la questione relativa all'Autorità amministrativa indipendente competente a comminare ad un operatore economico operante nel settore delle comunicazioni una sanzione per pratica commerciale scorretta.

La condotta sanzionata consiste nell'aver una Società commercializzato, nei propri punti vendita, carte *Subscriber Identity Module* (SIM), sulle quali erano preimpostati servizi di navigazione *internet* e di segreteria telefonica, i cui costi venivano addebitati all'utente se non disattivati su espressa richiesta di questi (attraverso il meccanismo cd. di *option-out* o *opt-out*), senza aver reso edotto il consumatore dell'esistenza della

preimpostazione di tali servizi e della loro onerosità. In particolare, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) ha sanzionato la Società per aver attivato i servizi anzidetti sulle SIM vendute senza aver previamente acquisito il consenso del consumatore e senza averlo reso edotto dell'esistenza della preimpostazione di tali servizi e della loro onerosità, così esponendolo ad eventuali addebiti inconsapevoli, connessi alla navigazione internet e al servizio di segreteria telefonica.

La sez. VI, adita per la riforma della sentenza del Tar Lazio che aveva accolto il ricorso dell'Agcm, aveva rimesso la questione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato perché accertasse se l'art. 27, comma 1 *bis* del Codice del consumo, approvato con d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, inserito dall'art. 1.6, lett. a), d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 - secondo cui anche nei settori regolati, ai sensi dell'art. 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze" -, sia da interpretarsi come norma attributiva di una competenza esclusiva all'Autorità della concorrenza e del mercato in materia di pratiche commerciali scorrette, anche a fronte di condotte disciplinate da specifiche norme settoriali di derivazione europea (ritenute idonee a reprimere il comportamento sia con riguardo alla completezza ed esaustività della disciplina, sia con riguardo ai poteri sanzionatori, inibitori e conformativi attribuiti all'Autorità di regolazione). In caso affermativo, se la circostanza che lo *jus superveniens* abbia attribuito a detta Autorità competenza all'esercizio del potere sanzionatorio in materia di pratiche commerciali scorrette comporti il venir meno dell'interesse alla decisione in ordine alla censura di incompetenza - formulata con riguardo alla sanzione adottata da tale Autorità nel precedente regime - anche nell'ipotesi in cui la nuova norma abbia aggravato il procedimento di irrogazione della sanzione con la previsione della necessaria acquisizione del parere dell'Autorità di regolazione.

Sulla questione si è pronunciata l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 9 febbraio 2016, n. 3 (e la gemella n. 4). Ha premesso che il comma 1 *bis* dell'art. 27 del Codice del consumo - che attribuisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, anche in settori di competenza dell'Autorità garante delle comunicazioni - ha natura di norma di interpretazione autentica. Ha quindi affermato che la competenza ad irrogare la sanzione per "pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva" è sempre individuabile nell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Peraltro, nella fase di prosecuzione della causa dinanzi alla Sezione, successiva alla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 3 del 2016, il ricorrente in primo grado ha insistito a che sia sottoposta alla Corte di giustizia UE, ai sensi dell'art. 267 TFUE, la questione

pregiudiziale comunitaria in ordine alla ricostruzione del principio di specialità codificato dall'art. 3, par. 4, della direttiva 2005/29/CE, quale operato nella sentenza dell'Adunanza plenaria, che ha condotto ad escludere l'applicazione, al caso di specie, della disciplina speciale a tutela dei consumatori del settore delle comunicazioni elettroniche, sebbene le condotte in questione fossero interamente e compiutamente suscettibili sotto tale disciplina.

Preso atto della richiesta, la Sezione ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea, oltre alle questioni di parte, anche altre d'ufficio. Ha, in particolare, rimesso le questioni: 1) se gli artt. 8 e 9 della direttiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 ostano ad una interpretazione delle corrispondenti norme di trasposizione nazionali (costituite, rispettivamente, dagli artt. 24 e 25 del Codice del consumo), per cui si ritenga che sia qualificabile come "indebito condizionamento" e, dunque, come "pratica commerciale aggressiva" idonea a limitare "considerevolmente" la libertà di scelta o di comportamento di un consumatore medio la condotta di un operatore di telefonia che consista in una omissione informativa in merito alla preimpostazione sulla SIM di determinati servizi telefonici (*id est*, il servizio di segreteria telefonica o di navigazione internet), e ciò segnatamente in una situazione in cui non venga addebitata alcuna ulteriore e distinta condotta materiale all'operatore di telefonia medesimo; 2) se il punto 29 dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE [recepita nell'ordinamento interno dall'art. 26, lett. f), Codice del consumo] possa essere interpretato nel senso che sussista una "fornitura non richiesta" qualora un operatore di telefonia mobile chieda al proprio cliente il corrispettivo di servizi di segreteria telefonica o di navigazione in internet, e ciò in una situazione caratterizzata dai seguenti elementi: l'operatore di telefonia, all'atto della stipula del contratto di telefonia mobile, non avrebbe correttamente informato il consumatore della circostanza che i servizi di segreteria telefonica e di navigazione internet sono preimpostati sulla SIM, con la conseguenza che detti servizi possono essere potenzialmente fruiti dal consumatore medesimo, senza una operazione di impostazione *ad hoc* (*setting*); per fruire effettivamente di tali servizi, il consumatore deve comunque compiere le operazioni all'uopo necessarie (ad esempio, digitare il numero della segreteria telefonica ovvero azionare i comandi che attivano la navigazione internet); non vi è alcun addebito in merito alle modalità tecniche ed operative mediante le quali i servizi vengono concretamente fruiti dal consumatore, né in merito all'informazione inerente a tali modalità ed al prezzo dei servizi stessi, ma all'operatore venga unicamente addebitata la menzionata omessa informazione relativa alla preimpostazione dei servizi sulla SIM.

Il Consiglio di Stato ha altresì rimesso alla Corte di giustizia UE le questioni: 1) se la *ratio* della direttiva 'generale' n. 2005/29/CE quale 'rete di sicurezza' per la tutela dei consumatori, nonché il considerando 10 e l'art. 3, comma 4, della medesima direttiva n. 2005/29/CE, ostino ad una disciplina nazionale che riconduca la valutazione del rispetto degli obblighi specifici, previsti della direttiva settoriale n. 2002/22/CE a tutela dell'utenza, nell'ambito di applicazione della direttiva generale n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette, escludendo, per l'effetto, l'intervento dell' Autorità competente a reprimere una violazione della direttiva settoriale in ogni ipotesi che

sia suscettibile di integrare altresì gli estremi di una pratica commerciale scorretta/sleale; 2) se il principio di specialità, sancito dall'art. 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE, debba essere inteso quale principio regolatore dei rapporti tra ordinamenti (ordinamento generale e ordinamenti di settore), oppure dei rapporti tra norme (norme generali e norme speciali), oppure, ancora, dei rapporti tra Autorità preposte alla regolazione e vigilanza dei rispettivi settori; 3) se la nozione di “contrasto”, di cui all'art. 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE possa ritenersi integrata solo in caso di radicale antinomia tra le disposizioni della normativa sulle pratiche commerciali scorrette e le altre norme di derivazione europea che disciplinano specifici aspetti settoriali delle pratiche commerciali, oppure se sia sufficiente che le norme in questione dettino una disciplina difforme dalla normativa sulle pratiche commerciali scorrette in relazione alle specificità del settore, tale da determinare un concorso di norme (*Normenkollision*) in relazione ad una stessa fattispecie concreta; 4) se la nozione di norme comunitarie, di cui all'art. 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE, abbia riguardo alle sole disposizioni contenute nei regolamenti e nelle direttive europee, nonché alle norme di diretta trasposizione delle stesse, ovvero se includa anche le disposizioni legislative e regolamentari attuative di principi di diritto europeo; 5) se il principio di specialità, sancito al considerando 10 e all'art. 3, par. 4, della direttiva 2005/29/CE, e gli artt. 20 e 21 della direttiva 2002/22/CE e 3 e 4 della direttiva 2002/21/CE ostino ad una interpretazione delle corrispondenti norme di trasposizione nazionale per cui si ritenga che, ogniqualvolta si verifichi in un settore regolamentato, contenente una disciplina ‘consumeristica’ settoriale con attribuzione di poteri regolatori e sanzionatori all'Autorità del settore, una condotta riconducibile alla nozione di ‘pratica aggressiva’, ai sensi degli artt. 8 e 9 della direttiva 2005/29/CE, o ‘in ogni caso aggressiva’ ai sensi dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE, debba sempre trovare applicazione la normativa generale sulle pratiche scorrette, e ciò anche qualora esista una normativa settoriale, adottata a tutela dei consumatori e fondata su previsioni di diritto dell'Unione, che regoli in modo compiuto le medesime ‘pratiche aggressive’ e ‘in ogni caso aggressive’ o, comunque, le medesime ‘pratiche scorrette’”.

2.2. Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente.

Con sentenza n. 2481 del 26 maggio 2017 la sez. VI ha respinto i ricorsi proposti da associazioni di consumatori, riconoscendo la legittimità del cd. “Metodo Tariffario Transitorio” (MTT) adottato dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (ora, Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente) con deliberazione del 28 dicembre 2012, n. 585, per la determinazione delle tariffe per il servizio idrico integrato (SII), con riferimento agli anni 2012 e 2013. Tale delibera era stata impugnata sul rilievo che violerebbe il principio di integrale copertura dei costi (cd. *full cost recovery*) e reintrodurrebbe in via surrettizia il criterio “dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito”, ossia dell'utile d'impresa, di cui all'art. 154, comma 1, d.lgs. n. 152 del 2006, abrogato dal referendum del 12 e 13 giugno 2011, così sostanzialmente eludendo l'esito referendario.

Ha chiarito la Sezione che il Metodo Tariffario Transitorio non contrasta con l'esito referendario atteso che sostituisce la “adeguata remunerazione” del capitale fisso e

garantita, predeterminata dal legislatore, con una “remunerazione” variabile, direttamente stabilita dai mercati finanziari e poi tradotta in tariffa idrica attraverso le formule e i parametri elaborati dall’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico e che “rientrano nei limiti di attendibilità e di ragionevolezza del settore tecnico-scientifico dell’economia industriale”.

Ha aggiunto che la perdurante “rilevanza economica” del servizio idrico integrato comporta che l’esercizio dell’attività deve essere svolta in vista quantomeno della copertura, in un determinato periodo di tempo, dei costi mediante i ricavi (di qualsiasi natura questi siano, ivi compresi gli eventuali finanziamenti pubblici).

La sez. VI, con sentenza 28 dicembre 2017, n. 6143, ha pronunciato sul ricorso di alcuni operatori economici titolari di impianti di produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile.

La vicenda aveva avuto origine su ricorso di tali operatori, che avevano impugnato dinanzi al Tar Milano la delibera dell’Autorità per l’elettrica, il gas e il sistema idrico (ora, Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente), per la determinazione del corrispettivo ‘S’, aveva valorizzato il ‘costo evitato’ di acquisto dei certificati verdi. Il Tar Milano aveva accolto il ricorso, con sentenza confermata in appello. L’autorità ha quindi adottato la delibera 400/2014/R/eel, con la quale il valore del ‘costo evitato’ dei certificati verdi veniva espunto dalla formula di calcolo del corrispettivo di remunerazione della capacità produttiva.

Alcune società – che erano state ammesse al regime di *capacity payment* transitorio e titolari di fonti di produzione tradizionali – impugnavano la delibera 400/2014/R/eel, lamentando sotto vari aspetti che la redistribuzione retroattiva di risorse così operata dall’Autorità non consentisse il raggiungimento delle finalità del *capacity payment* transitorio. Il Tar ha accolto il ricorso, con sentenze riformate con la decisione n. 6143 della sez. III.

Ha affermato il giudice di appello che la tutela dell’affidamento si atteggia quale limite (generale ma) non incondizionato dell’atto dei pubblici poteri, potendo recedere al cospetto di altre esigenze inderogabili.

L’affermazione e il radicamento del principio di tutela dell’affidamento può contare su di una consolidata elaborazione giurisprudenziale, amministrativa e costituzionale, che ne attesta – sia pure sulla scorta di percorsi ermeneutici differenti – la sua compatibilità con i caratteri propri del diritto pubblico: le aspettative di chi, sulla base di precedenti scelte o comportamenti dei pubblici poteri, poteva ragionevolmente confidare nella prosecuzione della situazione per lui favorevole, devono trovare specifiche forme di tutela, sul presupposto che l’affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce “elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto” (Corte cost. n. 349 del 1985; n. 822 del 1988; n. 155 del 1990; n. 39 del 1993).

Occorre dunque, ha affermato la Sezione, verificare se l’affidamento precluda l’emanazione di un atto avente efficacia retroattiva, in quanto emanato “ora per allora”. Va rimarcato che – per quanto sotto l’influsso dell’ordinamento sovranazionale (in cui risulta codificato il “diritto alla buona amministrazione”: art. 41 della Carta europea dei diritti) l’aspettativa di coerenza dell’Amministrazione con il proprio precedente

comportamento non si presenta più come il prodotto accessorio della cura dell'interesse pubblico, bensì come l'oggetto di un'autonoma pretesa alla 'stabilità' del quadro regolatorio – l'affidamento si atteggia quale limite (generale ma) non incondizionato alla retroattività ('propria' e 'impropria') dell'atto dei pubblici poteri, potendo recedere al cospetto di altre esigenze inderogabili.

Rileva in materia l'esame della sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale; del grado di consolidamento dell'affidamento dei privati, avuto riguardo alla prevedibilità del mutamento, alla buona fede, al decorso del tempo; del *quomodo* dell'immutazione giuridica, in quanto il peso imposto ai destinatari della disposizione retroattiva, oltre che diretto a perseguire un interesse pubblico, deve essere anche ragionevolmente proporzionato.

3. Enti locali.

In tema di decadenza del consigliere comunale dalla carica, con sentenza 20 febbraio 2017, n. 743 la sez. V ha affermato che le assenze per mancato intervento dei consiglieri alle sedute del Consiglio comunale non devono essere giustificate di volta in volta in via preventiva, potendo le giustificazioni essere fornite, anche dopo la notificazione all'interessato della proposta di decadenza, ferma restando l'ampia facoltà di apprezzamento dello stesso Consiglio in ordine alla fondatezza e serietà ed alla rilevanza delle circostanze addotte a giustificazione delle assenze.

A supporto delle conclusioni cui è pervenuta la Sezione ha argomentato che le circostanze da cui consegue la decadenza vanno interpretate restrittivamente e con estremo rigore, data la limitazione che essa comporta all'esercizio di un *munus publicum*. Ha aggiunto che gli aspetti garantistici della procedura devono essere valutati con la massima attenzione, anche per evitare un uso distorto dell'istituto come strumento di discriminazione nei confronti delle minoranze. Ne consegue che la mancanza o l'inconferenza delle giustificazioni devono essere obiettivamente gravi per assenza o estrema genericità e tali da impedire qualsiasi accertamento sulla fondatezza, serietà e rilevanza dei motivi; le assenze danno luogo a revoca quando mostrano con ragionevole deduzione un atteggiamento di disinteresse per motivi futili o inadeguati rispetto agli impegni con l'incarico pubblico elettivo.

La Sezione ha ancora chiarito che la protesta politica, dichiarata *a posteriori*, non è idonea a costituire valida giustificazione delle assenze dalle sedute consiliari in quanto, affinché l'assenza dalle sedute possa assumere la connotazione di protesta politica, occorre che il comportamento ed il significato di protesta che il consigliere comunale intende annettervi, siano in qualche modo esternati al Consiglio o resi pubblici in concomitanza alla estrema manifestazione di dissenso, di cui la diserzione delle sedute costituisce espressione. Ha quindi concluso, richiamando Cons. St., sez. V, 29 novembre 2004, n. 7761, che è legittima la decadenza dalla carica di consigliere comunale per assenza ingiustificata, qualora la giustificazione addotta dall'interessato è talmente relegata alla sfera mentale soggettiva di colui che la adduce (come nel caso della protesta politica non altrimenti e non prima esternata), da impedire qualsiasi accertamento sulla fondatezza, serietà e rilevanza del motivo.

4. Sicurezza pubblica.

4.1. Informativa antimafia.

Con la sentenza 9 febbraio 2017, n. 565 la sez. III ha affrontato il problema relativo alle attività soggette al rilascio di tale informativa, concludendo nel senso che anche le attività soggette al rilascio di autorizzazioni, licenze o a s.c.i.a. soggiacciono ad essa.

Ha preliminarmente ricordato la distinzione tra la comunicazione antimafia e l'informativa antimafia. La prima è costituita da un'attestazione circa l'assenza di misure di prevenzione penale o condanne per alcuni gravi delitti. Essa è necessaria per il rilascio di autorizzazioni, licenze o a s.c.i.a. ed è autocertificabile dall'imprenditore. La seconda, invece, è costituita da una valutazione del Prefetto sul rischio di infiltrazione mafiosa, fondata non solo sulle condanne, ma anche su altri elementi (rapporti di polizia, cointeressenze economiche, frequentazioni).

La Sezione ha chiarito che la tradizionale distinzione tra le comunicazioni antimafia, applicabili agli atti autorizzativi ed abilitativi, e le informative antimafia, applicabili a contratti pubblici, concessioni e sovvenzioni pubbliche, non si pone più in un rapporto di necessaria alternatività, come nella legislazione anteriore al nuovo Codice delle leggi antimafia (approvato con d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159).

L'informativa costituisce, quindi, uno strumento di prevenzione molto più avanzato. Essa era necessaria, secondo la precedente normativa, solo quando l'impresa doveva stipulare contratti con l'Amministrazione, ricevere sovvenzioni o sfruttare economicamente beni pubblici.

La distinzione tra i due strumenti – ha osservato la Sezione – ha fatto sì che le associazioni di stampo mafioso potessero, comunque, gestire tramite imprese infiltrate, inquinate o condizionate da essa, lucrose attività economiche, in vasti settori dell'economia privata, senza che l'ordinamento potesse efficacemente intervenire per contrastare tale infiltrazione, anche quando, paradossalmente, a dette imprese fosse stata comunque interdetta la stipulazione dei contratti pubblici per effetto di una informativa antimafia.

Gli effetti di questa distinzione sono venuti meno con l'istituzione della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia (art. 2, l. 13 agosto 2010, n. 136), che contiene una vera e propria mappatura delle imprese, comprensiva anche delle informative interdittive, espressamente riferite "a tutti i rapporti". Ciò comporta, in pratica, che, anche quando si tratta di attività soggette ad autorizzazione, in cui al Prefetto si chiede di emettere solo una comunicazione antimafia, egli può comunque eseguire gli accertamenti tipici dell'informativa, invece di limitarsi a riscontrare semplicemente l'assenza di misure definitive di prevenzione o di condanne.

Ciò estende la possibilità, per lo Stato, di non riconoscere, come operatori economici, i soggetti a rischio di legami mafiosi: non più soltanto quando essi devono stipulare contratti con una Pubblica amministrazione, ma anche quando svolgano attività che devono essere autorizzate dall'Amministrazione. L'ordinamento, infatti, non riconosce dignità e statuto di imprenditore economico a soggetti condizionati, infiltrati, controllati da organizzazioni mafiose, poiché l'interesse pubblico generale è nel senso di preservare la legalità nel tessuto dell'economia reale, proteggendola dall'inquinamento pervasivo criminale.

Né varrebbe opporre, alla conclusione alla quale il giudice di appello è pervenuto, che estendendo l'applicazione delle informative antimafia alle attività economiche soggette al regime autorizzatorio, si schiuda la via all'arbitrio dell'autorità prefettizia nella valutazione della permeabilità mafiosa e quindi anche nell'accesso alle attività economiche (solo) private, e ciò in quanto la valutazione prefettizia deve sempre fondarsi su elementi gravi, precisi e concordanti, che consentano di ritenere razionalmente credibile il pericolo di infiltrazione mafiosa in base ad un complessivo oggettivo, e sempre sindacabile in sede giurisdizionale, apprezzamento dei fatti.

A conclusioni analoghe la sez. III è pervenuta con la sentenza 8 marzo 2017 n. 1109, la quale, partendo dal principio che la disciplina dettata dal d.lgs. n. 159 del 2011 consente l'applicazione delle informazioni antimafia anche ai provvedimenti a contenuto autorizzatorio, ha giudicato legittima una informativa antimafia interdittiva che aveva comportato la revoca della licenza sanitaria d'uso per l'esercizio dell'attività di produzione di carta e cartotecnica.

Tale ultima sentenza è stata richiamata dalla Corte costituzionale nella sentenza 18 gennaio 2018, n. 4, che ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale – sollevate in riferimento agli artt. 76, 77, comma 1, e 3 Cost.– dell'art. 89 *bis*, d.lgs. n. 159 del 2011, inserito dall'art. 2, comma 1, lett. d), d.lgs. 13 ottobre 2014, n. 153, nella parte in cui stabilisce che l'informazione antimafia è adottata anche nei casi in cui è richiesta una mera comunicazione antimafia e produce gli effetti di questa.

La sez. V, con ord. 28 agosto 2017, n. 4078, ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione se il comma 1, lett. g), dell'art. 67 del Codice delle leggi antimafia (secondo cui “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: (...) g) contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali”) osti a che, sia pure in esecuzione di una pronuncia definitiva di condanna resa dal giudice amministrativo (o da un qualsiasi altro giudice, di cui venga chiesta l'ottemperanza in un giudizio amministrativo), possano essere erogate da una Pubblica amministrazione somme di danaro, spettanti a titolo di risarcimento del danno, in favore di un soggetto che sia stato attinto, prima della definizione del giudizio risarcitorio, da un'informativa interdittiva antimafia, conosciuta solo successivamente alla formazione del giudicato e taciuta dal soggetto stesso, ovvero se il giudicato favorevole, comunque formatosi, obblighi in ogni caso l'Amministrazione a darvi corso e a corrispondere la somma accertata come spettante.

Ha chiarito la Sezione che la questione controversa involge almeno due profili interpretativi e cioè: a) se la previsione di cui al comma 1, lett. g), dell'art. 67 del Codice delle leggi antimafia possa essere intesa anche nel senso di precludere il versamento in favore dell'impresa di somme dovute a titolo risarcitorio, in relazione a una vicenda sorta dall'affidamento (o dal mancato affidamento) di un appalto; b) se osti a tale prospettazione il generale principio dell'intangibilità della cosa giudicata.

Quanto al primo aspetto, la problematica risiede nel fatto che la previsione normativa espressamente richiama “altre erogazioni dello stesso tipo”, concetto generale ed al tempo stesso generico, che non consente di stabilire con ragionevole certezza se vi

rientri anche un credito di natura risarcitoria, definitivamente accertato in sede giurisdizionale.

Ha chiarito la Sezione che se da un lato un'interpretazione di carattere letterale (compatibile con il carattere evidentemente afflittivo della disposizione in esame) condurrebbe ad escludere che il risarcimento del danno presenti una *eadem ratio* rispetto “[ai] contributi, finanziamenti o mutui agevolati” richiamati nella stessa lett. g), d'altro lato un'interpretazione logico – sistematica (capace di valorizzare la funzione dalla norma e l'obiettivo con essa perseguito di contrasto a fenomeni di criminalità su base associativa) dovrebbe condurre a ritenere che il ‘catalogo’ delle ipotesi di cui alla lett. g) sia ‘aperto’ e che la locuzione “altre erogazioni dello stesso tipo”, lungi dal ‘chiudere’ l'elencazione, presenti piuttosto una valenza ‘pan-tipizzante’, volta ad impedire nella sostanza l'erogazione di qualunque utilità di fonte pubblica in favore dell'impresa in odore di condizionamento malavitoso, a prescindere dalla fonte e dal tipo di tale utilità.

La Sezione ha quindi richiamato le statuizioni rese dall'Adunanza plenaria, con la sentenza 5 giugno 2012, n. 19, con riferimento all'art. 4, d.lgs. 29 ottobre 1994, n. 490 (coincidente con l'art. 67 del Codice delle leggi antimafia) ed ha concluso nel senso che le argomentazioni addotte dall'Alto consesso, al fine di estendere la portata preclusiva dell'art. 67 alle erogazioni avente matrice indennitaria, ben possono essere utilizzate per precludere le erogazioni pubbliche, ancorché aventi carattere risarcitorio.

Altro problema è poi se l'eventuale interpretazione “estensiva” dell'art. 67, volta cioè ad intendere le preclusioni ivi previste nel senso di impedire la concreta erogazione di somme a titolo risarcitorio, sia pure sulla base di un giudicato di condanna, siano di per sé compatibili con il generale principio dell'intangibilità della cosa giudicata e, quindi, se il giudicato formale, in qualsiasi modo formatosi, impedisca in ogni caso all'Amministrazione di sottrarsi agli obblighi da esso nascente di corrispondere una somma di danaro a titolo risarcitorio ad un soggetto attinto da un'informativa interdittiva antimafia mai entrata nella dialettica processuale oppure se le finalità e la *ratio* dell'informativa interdittiva antimafia diano vita ad una situazione di incapacità legale *ex lege* (tendenzialmente temporanea e capace di venir meno con un successivo provvedimento dell'autorità prefettizia), che produca la corrispondente sospensione temporanea dell'obbligo per l'Amministrazione di eseguire quel giudicato.

5. Anticorruzione.

5.1. Confisca dei proventi dei reati di corruzione.

La sez. III, con sentenza 27 novembre 2017, n. 5563, ha affermato il principio secondo cui i commissari straordinari - che, dopo il provvedimento emesso dal Prefetto di Roma su richiesta dell'Anac, gestiscono la prosecuzione dei lavori per la realizzazione del sistema Mose - devono accantonare gli utili delle imprese consorziate e quelli di spettanza del Consorzio Venezia Nuova, titolare della concessione, in vista della conclusione dei processi penali in corso.

La Sezione ha, quindi, dichiarato legittimo il provvedimento adottato dal Prefetto di Roma che – in applicazione della misura della straordinaria e temporanea di gestione del contratto, prevista dall'art. 32, comma 1, lett. b), d.l. 24 giugno 2014, n. 90 - aveva

ordinato ai commissari *ad acta* di accantonare tutti gli utili derivanti dall'esecuzione commissariale del contratto, anche se spettanti alle imprese consorziate, che non erano parti del contratto di concessione. Ha affermato la Sezione che “la *ratio* della norma è quella di consentire il completamento dell'opera nell'esclusivo interesse dell'Amministrazione concedente mediante la gestione del contratto in regime di ‘legalità controllata’. Ciò al fine di scongiurare il paradossale effetto di far percepire, proprio attraverso il commissariamento che gestisce l'esecuzione del contratto, il profitto dell'attività criminosa”.

Tale essendo la *ratio* della norma, la separazione giuridica tra il Consorzio e le imprese che ne fanno parte non è circostanza in grado di paralizzare l'effetto anticorrottivo della disposizione di legge ed il conseguente congelamento degli utili, che deve necessariamente estendersi a tutti coloro che eseguono i lavori per conto del Consorzio Venezia Nuova (concessionario dei lavori per la realizzazione del Mose).

6. Sanità.

6.1. Emoderivati.

Ancora la sez. III si è occupata della questione relativa agli emoderivati.

Con sentenza 23 ottobre 2017, n. 4870 ha affermato che, nel mercato degli emoderivati, l'autorizzazione alla stipula delle convenzioni con le Regioni e le Province autonome, per la lavorazione del plasma raccolto sul territorio nazionale ai sensi del d.m. 12 aprile 2012, può essere concessa ad aziende concorrenti, operanti rispettivamente in Svizzera e in Svezia, se il sistema di raccolta del sangue pubblico e *no profit* garantisce dal rischio di contaminazione del plasma italiano.

Ha premesso che la disciplina sia nazionale sia comunitaria, appare incentrata sul sistema delle donazioni volontarie e non remunerate della raccolta del sangue, considerate quale fattore idoneo a garantire un elevato *standard* di sicurezza della qualità del plasma trattato e, dunque, un maggior livello di tutela della sanità pubblica; ed in tal senso si esprime la giurisprudenza sia della Corte di giustizia europea (cfr. la sentenza Humanplasma della Corte di giustizia UE, sez. I, 9 dicembre 2010, C. 421-09 ma anche la sentenza Léger della sez. IV, 29 aprile 2015, C. 528-13) che del Consiglio di Stato (sez. III, 8 giugno 2016, n. 2446, cd. caso Biotest).

Ha aggiunto che la sezione aveva già affermato, con la sentenza n. 2446 del 2016, che il divieto di commercializzazione del sangue, stabilito dalla l. 21 ottobre 2005, n. 219 e dal d.m. 12 aprile 2012, attuativo della stessa, non contrasta con il diritto europeo nella misura in cui esso tende ad evitare che la commercializzazione del sangue in un sistema misto come quello tedesco, con la conseguente cessione dello stesso a fini di lucro da parte dei centri di raccolta, possa costituire un maggiore rischio per la salute pubblica.

Il divieto di cessione a fini di lucro del sangue e dei suoi componenti, stabilito dalla legge italiana, risponde anzi pienamente alla previsione dell'art. 4, n. 2, della Direttiva 2002/98/CE, secondo cui “uno Stato membro può introdurre requisiti per le donazioni volontarie e gratuite, che includono il divieto o la restrizione delle importazioni di sangue e suoi componenti, per assicurare un elevato livello di tutela della salute e per conseguire l'obiettivo di cui all'articolo 20, paragrafo 1, purché siano soddisfatte le condizioni del trattato”, e a quella dell'art. 20 della stessa Direttiva, secondo cui “gli Stati membri adottano le misure necessarie per incoraggiare le donazioni volontarie e gratuite di sangue per assicurare che il sangue e i suoi componenti siano forniti, per quanto possibile, mediante tali donazioni”. La gratuità dell'intero processo di raccolta,

con la maggiore capillarità e selettività dei controlli che esso comporta, è un'ulteriore garanzia della sicurezza, incrementando il livello di tutela della salute pubblica, obiettivo che l'art. 20 della Direttiva appena ricordato espressamente raccomanda ed incentiva.

Ora nel caso di specie, se è pur vero che la normativa dell'Unione europea per la produzione degli emoderivati è valida in tutti i Paesi europei e che gli stabilimenti collocati sul territorio europeo devono conseguentemente risultare idonei, in quanto soggetti ai medesimi standard sulla base dei controlli delle rispettive autorità nazionali e dalle stesse autorizzati, è pur vero che, con il requisito posto dall'art. 15, comma 2, l. n. 219 del 2005 e recepito nella fonte secondaria (d.m. 12 aprile 2012), il legislatore nazionale ha voluto porre l'accento su un aspetto peculiare a maggiore garanzia della qualità e della sicurezza nella lavorazione del plasma nazionale per la produzione di emoderivati da destinare al Servizio Sanitario Nazionale, a tutela della salute pubblica. La *ratio* della disposizione primaria, laddove prevede il requisito che gli stabilimenti di frazionamento del plasma siano ubicati in Paesi europei "in cui il plasma raccolto non sia oggetto di cessione a fini di lucro", è da ricercare, in particolare, nella necessità di garantire che siano minimizzati i rischi di *cross contamination* per il plasma italiano proveniente da donazione volontaria, periodica, responsabile, anonima e gratuita del sangue e dei suoi componenti, principio fondante dell'intero sistema trasfusionale, in Italia, voluto dalla l. n. 219 del 2005.

La Sezione ha quindi aggiunto che, in perfetta coerenza con la *ratio legis*, il vincolo normativo è imposto dalla legge esclusivamente per la fase di frazionamento del plasma; fase durante la quale si concretizza il sopra richiamato rischio di *cross contamination* tra il plasma italiano e quello eventualmente proveniente da cessioni remunerate (e, dunque, potenzialmente meno controllabili).

Una volta verificato, nel singolo Paese interessato, che il sistema di raccolta del sangue umano si fonda su donazioni controllate e non remunerate, eventuali cessioni di plasma a titolo oneroso poste a valle della fase di raccolta, specie se del tutto residuali, non incidono sulla riconoscibilità del requisito in parola, poiché non sono in grado di determinare quel pericolo di contaminazione che il divieto stesso è finalizzato a scongiurare. Diversamente opinando sarebbe lo stesso divieto a manifestarsi incoerente e ingiustificato, tramutandosi in un ostacolo illegittimo alla concorrenza nello specifico settore.

Ha ancora rimarcato la Sezione – sempre in coerenza con la primaria esigenza di tutelare la salute pubblica – che una maggiore apertura al mercato, in un settore ad altissima tecnologia, in grado di essere coperto da ben poche imprese, è fattore essenziale non soltanto per assicurare al Servizio sanitario nazionale le migliori condizioni economiche per coprire i costi dei farmaci emoderivati (distribuiti gratuitamente ai pazienti), ma soprattutto per garantire quella competizione virtuosa tra aziende in grado di assicurare il migliore sviluppo tecnico-scientifico, tanto in termini di sicurezza del prodotto proposto per accedere alle convenzioni, quanto in ordine all'efficienza e al costante miglioramento dell'efficacia dei farmaci acquisiti (condizioni che, un sistema tendenzialmente monopolistico, non è in grado di assicurare, come già a suo tempo segnalato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato il 15 ottobre 2009, AS624 in sede di proposta di modifica della l. n. 219 del 2005).

La Sezione ha quindi concluso che, essendo in Svizzera e in Svezia il sistema di raccolta del sangue pubblico e *no profit*, tali condizioni garantiscono dal rischio di contaminazione del plasma italiano. E' stato altresì precisato che, sempre in coerenza con la primaria esigenza di tutelare la salute pubblica - una maggiore apertura al mercato,

in un settore ad altissima tecnologia, in grado di essere coperto da ben poche imprese, è fattore essenziale non soltanto per assicurare al SSN le migliori condizioni economiche per coprire i costi dei farmaci emoderivati (distribuiti gratuitamente ai pazienti), ma soprattutto per garantire quella competizione virtuosa tra aziende in grado di assicurare il migliore sviluppo tecnico-scientifico, tanto in termini di sicurezza del prodotto proposto per accedere alle convenzioni, quanto in ordine all'efficienza e al costante miglioramento dell'efficacia dei farmaci acquisiti.

6.2. Struttura sanitarie private.

Con sentenza 21 febbraio 2017, n. 792 la sez. III ha affermato che, ai fini del rilascio a strutture sanitarie delle autorizzazioni per l'installazione di nuove apparecchiature sanitarie, non è configurabile un criterio distintivo per le attività svolte nell'ambito dell'attività privata e quelle in regime di accreditamento, in quanto, ai fini della programmazione e della pianificazione degli interventi, non vi è differenza, poiché lo strumento di pianificazione assolve alla funzione di garantire la corretta distribuzione sul territorio delle apparecchiature in modo che siano servite adeguatamente tutte le zone, anche quelle "a bassa redditività", che in mancanza di tale strumento non sarebbero coperte.

Ha chiarito la Sezione che il sistema sanitario, per essere in equilibrio, presuppone la garanzia di una certa redditività, che discende dal contingentamento delle apparecchiature: ove vi fosse la liberalizzazione vi sarebbe una distorsione nel mercato, in quanto gli operatori economici, che operano privatamente sarebbero indotti a moltiplicare gli impianti nelle zone a maggiore redditività, lasciando di conseguenza scoperte le zone meno remunerative, con pregiudizio per la popolazione ivi residente. L'eccessiva concentrazione delle apparecchiature in talune zone, oltre a lasciare scoperte altre aree del territorio, comporterebbe l'eccesso di offerta di prestazioni in quelle zone, con possibili ripercussioni sull'equilibrio economico delle imprese, e ciò potrebbe determinare lo scadimento della qualità delle prestazioni stesse, tenuto conto della difficoltà per gli operatori - in caso di insufficiente redditività - di sostenere, ad esempio, le ingenti spese di rinnovamento degli impianti a causa della loro naturale obsolescenza tecnica.

La Sezione ha altresì chiarito che, nelle procedure per il rilascio delle autorizzazioni per l'installazione di nuove apparecchiature, non trova più applicazione il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito nella l. 24 marzo 2012, n. 27, che ha disposto l'abrogazione (che entrerà in vigore con l'adozione dei decreti attuativi) di tutte le norme che impongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati alle finalità pubbliche perseguite, comprese le disposizioni di pianificazione e di programmazione temporale. Ha aggiunto che nelle procedure per il rilascio delle autorizzazioni per l'installazione di nuove apparecchiature sanitarie, ove non sia stato ancora adottato lo strumento pianificatorio generale, la valutazione della compatibilità del nuovo macchinario con la programmazione regionale deve compiersi sulla base di una verifica attuale del fabbisogno e della distribuzione territoriale delle strutture nel caso specifico, non potendosi condizionare l'attività economica privata al mancato tempestivo esercizio del potere pianificatorio.

6.3. Farmaci.

In ordine ai poteri delle Regioni sull'utilizzabilità di alcuni farmaci negli ospedali la sez. III, con sentenza 30 novembre 2017, n. 5624, ha dichiarato illegittima la raccomandazione della Regione Veneto, con la quale è stato sconsigliato ai medici operanti

nelle strutture ospedaliere pubbliche di utilizzare alcuni farmaci oncologici, regolarmente autorizzati dall’Agenzia Italiana del Farmaco (Aifa), per la cura della carcinoma ovarico e di quello mammario, e rientranti tra i livelli essenziali di assistenza (cd. LEA).

La Sezione ha ricordato che il complesso delle disposizioni legislative, dedicate a regolare la materia, affida esclusivamente all’Aifa le funzioni relative al rilascio dell’autorizzazione all’immissione in commercio dei medicinali, alla loro classificazione, alle relative indicazioni terapeutiche, ai criteri delle pertinenti prestazioni, alla determinazione dei prezzi, al regime di rimborsabilità e al monitoraggio del loro consumo. Tali competenze sono state qualificate come esclusive, nel senso che le suddette funzioni – legislative ed amministrative – spettano solo all’autorità statale, restando preclusa alle Regioni la previsione, sia in via legislativa che amministrativa, di un regime di utilizzabilità e di rimborsabilità contrastante e incompatibile con quello stabilito, in via generale e sulla base dei pareri emessi dalla competente Commissione consultiva tecnico-scientifica, dall’Aifa a livello nazionale.

Nei casi in cui il farmaco sia stato catalogato dall’Aifa come OSP (classe di dispensazione H) e, cioè, come utilizzabile esclusivamente in ambiente ospedaliero o in struttura ad esso assimilabile, la sua somministrazione deve intendersi come costitutiva dell’assistenza ospedaliera garantita dal Servizio sanitario nazionale, nella misura in cui la relativa indicazione terapeutica sia coerente con il trattamento ospedaliero della corrispondente patologia, per come cristallizzato nel d.P.C.M. 29 novembre 2001 (e, ora, nel d.P.C.M. del 12 gennaio 2017, che ha aggiornato i LEA).

Il trattamento ospedaliero include la somministrazione di farmaci, sicché rimane alle Regioni precluso stabilire, in senso riduttivo, i presupposti e i criteri di erogazione di un medicinale classificato dall’Aifa come OSP, posto che da tale limitazione deriverrebbe, inevitabilmente, un vulnus ai LEA – livelli essenziali di assistenza – nella misura in cui l’assistenza ospedaliera comprende anche l’uso dei farmaci classificati, a livello statale, come funzionali alla cura della peculiare patologia affidata all’assistenza anche farmacologica garantita dal Servizio sanitario nazionale a tutti i cittadini, in condizioni di uguaglianza su tutto il territorio nazionale.

Tali principi trovano inderogabile applicazione anche al caso di specie, nel quale la Regione Veneto, con l’introduzione delle raccomandazioni qui in esame, ha comunque inciso, inequivocabilmente, sulla loro erogazione da parte del Servizio sanitario nazionale.

Le raccomandazioni regionali impugnate nel consigliare, entro un certo limite, o addirittura nello sconsigliare l’utilizzo di un certo farmaco, inevitabilmente incidono sulla sua erogazione da parte del Servizio sanitario nazionale e si sovrappongono, con la loro valutazione tecnica, ad una valutazione circa la loro appropriatezza, la loro prescrivibilità e la loro rimborsabilità, che è già stata compiuta dall’Aifa a livello nazionale.

Non c’è dubbio che la Regione - nel perseguire il pur astrattamente condivisibile scopo di una limitazione della spesa sanitaria rispetto a farmaci oncologici il cui impatto, in termini di costi per l’ente/benefici per il paziente, appare elevato - abbia fissato, con le raccomandazioni in esame, obiettivi prescrittivi ben definiti, che non possono non incidere sul merito delle scelte dei medici prescrittori, che subiscono un forte, inevitabile condizionamento dalle raccomandazioni, tese ad indirizzarli nella scelta del farmaco ritenuto più appropriato, in termini di efficacia terapeutica, ma anche meno costoso in termini di spesa sanitaria. Risulta evidente che questa portata “orientativa” delle raccomandazioni si riflette inevitabilmente sulla prescrizione del

farmaco, condizionando la scelta del terapeuta, tanto più ove si consideri il monitoraggio, per l'attuazione delle impugnate raccomandazioni che viene attuato ogni semestre attraverso la verifica della rispondenza a specifici indicatori d'uso atteso e con l'assegnazione delle risorse economiche a ciò destinate. Un simile monitoraggio mira ad accertare che i medici – e, con essi e ancor più di essi, i direttori generali delle Aziende sanitarie – non superino le percentuali di utilizzo assegnate dalla Regione Veneto, in mancanza di qualsivoglia correlazione con le valutazioni cliniche del medico e le effettive esigenze dei pazienti.

Di qui, in aderenza al consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale e amministrativa in questa materia, l'illegittimità delle raccomandazioni qui impugnate, nella parte in cui di fatto introducono limiti aggiuntivi e stringenti controlli circa l'impiego di alcune terapie farmacologiche rispetto ai presupposti e ai requisiti già individuati a livello nazionale per esse dall'Aifa, discostandosi in modo sensibile dalla determinazioni assunte in proposito a livello nazionale dall'Aifa e, prima ancora, a livello sovranazionale dall'EMA, e condizionando la libera prescrivibilità del medico, con evidente lesione anche dei diritti dei pazienti, discriminati in funzione della zona di residenza rispetto alla fruizione di terapie rientranti nei LEA.

Ha aggiunto la Sezione che le contestate raccomandazioni - nell'orientare medici e strutture sanitarie all'utilizzo di altre terapie alternative rispetto all'impiego di farmaci qualificati come moderatamente raccomandabili o addirittura, in alcuni casi, non raccomandabili - hanno istituito, implicitamente ma chiaramente, una equivalenza tra principi attivi, che tuttavia a sua volta richiederebbe, ai sensi dell'art. 15, comma 11 *ter*, d.l. n. 95 del 2012, una previa valutazione da parte dell'Aifa, unica deputata a compiere siffatto accertamento.

Ancora la sez. III (sentenza n. 5624 del 30 novembre 2017, n. 5624) si è occupata di classificazione dei farmaci, affermando che l'inserimento dei farmaci in Classe A, con conseguente totale rimborsabilità da parte del Servizio sanitario nazionale, è unicamente finalizzato a garantire il diritto degli utenti del Servizio sanitario nazionale a fruire di terapie farmacologiche gratuite, quando esse siano "essenziali" o riguardino malattie croniche, contemperandolo con la facoltà dello Stato di adottare misure economiche indirizzate al controllo della spesa farmaceutica, al fine di garantire il pareggio di bilancio, ora dotato di fondamento costituzionale; nessun posizione giuridica protetta quale "diritto" si rinviene in capo alle imprese farmaceutiche interessate all'inserimento dei propri prodotti in Classe A.

Ha chiarito la Sezione che le imprese farmaceutiche abbiano un interesse legittimo pretensivo alla corretta e ragionevole applicazione della norma di settore (art. 8, comma 10, l. 24 dicembre 1993, n. 537), potendo l'inserimento del farmaco in Classe (o Fascia) A, con conseguente totale rimborsabilità da parte del Servizio sanitario nazionale, comportare potenziali vantaggi per le imprese o, specularmente, svantaggi, nel caso in cui non lo siano. Il bene della vita sottostante a tale posizione giuridica pretensiva è, a ben vedere, quello relativo alla possibilità di accedere ad un mercato in cui il farmaco può essere acquistato anche da soggetti privi di capacità reddituale sufficiente, sempre che sussista la patologia indicata.

Non si tratta di un mercato concorrenziale. Una volta inserito in Fascia A, il farmaco entra in un circuito commerciale in cui le modalità di determinazione della domanda sono fortemente condizionate dal ruolo dell'intervento pubblico. Segnatamente le politiche regolatorie, nell'esonerare gli utenti dal pagamento del prezzo, fanno della "domanda" una variabile indipendente da altri fattori economici, legata unicamente al

bisogno del farmaco rispetto alla patologia, secondo la valutazione che ne fa il medico prescrittore.

L'interesse pretensivo dell'impresa farmaceutica non può quindi essere quello alla leale competizione in un mercato concorrenziale, ma è piuttosto quello di fruire di chance di extra guadagno connesse alla particolare regolazione del "mercato" dei farmaci di Fascia A. E non è un caso che a tale aspettativa di guadagno l'ordinamento riconnette un obbligatorio procedimento di negoziazione del prezzo, pena il "declassamento" in Fascia C.

Ha aggiunto la Sezione che l'interesse pretensivo dell'impresa farmaceutica all'inserimento di un proprio farmaco in Classe A non è quello alla leale competizione in un mercato concorrenziale, ma è piuttosto quello di fruire di chance di *extra* guadagno connesse alla particolare regolazione del "mercato" dei farmaci di fascia A, chance tutelabile attraverso l'azione demolitoria e risarcitoria, quest'ultima nei limiti in cui l'interesse non trasmodi in una speculazione in danno degli stessi interessi pubblici e che si traducono nell'esigenza che il farmaco sia, dal punto di vista tecnico scientifico, "essenziale" o comunque curativo di patologie croniche, e nella condizione che l'impresa farmaceutica sia disposta a negoziarne il prezzo.

A tale conclusione la Sezione è pervenuta sul rilievo che l'extra guadagno (il bene della vita, appunto) non è - come ad es. nel caso delle procedure di evidenza pubblica - un risultato cui le procedure di legge sono strumentali, quanto, piuttosto, l'effetto di un accollo del debito che lo Stato assume nell'interesse esclusivo degli utenti e nel rispetto dei vincoli di bilancio. Solo ove questi interessi pubblici prevalenti risultino violati, l'interesse patrimoniale "riflesso" dell'impresa, a lucrare delle chance offerte dall'anomalo mercato creatosi, può considerarsi meritevole di protezione risarcitoria. In difetto il principio di concorrenza, e quello di non discriminazione che ne costituisce il corollario, se può valere per avere l'annullamento del provvedimento produttivo di disparità di trattamento, non può certo essere invocato per ottenere la compensazione economica di *chance* economiche perdute, salva l'ipotesi di dolo, ossia di comportamento dell'Amministrazione scientemente preordinato a cagionare all'impresa farmaceutica un pregiudizio patrimoniale.

7. Farmacie.

In tema di concorsi farmaceutici il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, con la sentenza 11 dicembre 2017, n. 546, ha affermato il principio secondo cui ai fini concorsuali la maggiorazione del punteggio relativo all'esercizio progressivo dell'attività farmaceutica in sedi rurali va riconosciuta nel rispetto del tetto massimo insuperabile dei 35 punti (previsti dal d.P.C.M. 30 marzo 1994, n. 298) attribuibili complessivamente dai commissari per i titoli professionali posseduti da ciascun concorrente.

Ad avviso del C.g.a. la questione deve essere risolta alla luce del principio di contenenza, secondo cui i predetti limiti massimi fissati dalla normativa di settore alla valutabilità dei titoli professionali vadano applicati indistintamente, e quindi anche con riguardo al requisito della ruralità maturato da farmacisti che possano vantare esperienze pregresse, quali titolari o collaboratori di sedi farmaceutiche rurali (per tali intendendosi quelle poste in comuni aventi meno di 3.000 abitanti).

Ha dato atto di un orientamento differente (Cons. St., sez. III, 14 dicembre 2015, n. 5667), che ha fatto leva sul carattere speciale e prevalente della disciplina normativa relativa alle farmacie rurali e sull'applicabilità del beneficio della maggiorazioni di

punteggio, secondo la portata letterale della l. 8 marzo 1968, n. 221, anche oltre i limiti massimi fissati dalla normativa successiva per i titoli professionali.

Il C.g.a. ha affermato che l'attribuzione della maggiorazione per ruralità vada pur sempre contenuta nei limiti del punteggio massimo attribuibile per titoli professionali posto che l'esercizio pregresso dell'attività farmaceutica in sede rurale è tipico titolo professionale, per il quale non si vede come non debba trovare applicazione il richiamato tetto massimo di cui al 30 marzo 1994, n. 298, adottato in attuazione dell'art. 4, comma 9, della legge di riordino del sistema farmaceutico 8 novembre 1991, n. 362. Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha escluso che possa porsi una relazione di specialità tra la legge del 1968 e quest'ultima disposizione normativa (ed il pedissequo regolamento esecutivo), posto che è stata tale la legge del 1991 (ed il suo regolamento attuativo recato dal d.P.C.M. 30 marzo 1994, n. 298) ad aver disciplinato *ex novo* il regime del cumulo massimo dei punti attribuibili in ragione dei titoli professionali, di guisa che non par dubbio come sia la legge anteriore a doversi leggere e coordinare con quella successiva, avente portata parzialmente abrogativa (se e nella misura in cui un candidato dovesse aver titolo, in ragione del riconoscimento della maggiorazione per ruralità a più di 35 punti, e tanto non potesse ottenere in applicazione del tetto massimo di legge).

Infine, non ha motivo di porsi una questione di gerarchia tra le diverse fonti normative, posto che il regolamento è stato abilitato dalla legge a fissare criteri e limiti per l'attribuzione dei punteggi e tanto la fonte secondaria ha puntualmente eseguito in aderenza ai principi di riordino contenuti nella legge di autorizzazione.

8. Pubblica istruzione.

8.1. Abilitazione all'insegnamento.

La sez. VI, con ord. 5 luglio 2017, n. 3299, ha rimesso alla Corte costituzionale questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 4 *bis*, d.l. 7 aprile 2004, n. 97, convertito, con modificazioni, nella l. 4 giugno 2004, n. 143, per violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui non ammette al corso abilitante per la classe di concorso 77/a, previsto dallo stesso art. 2, i soggetti i quali, in possesso dell'abilitazione per la classe di concorso 32/a, abbiano prestato per il periodo minimo di 360 giorni indicato dalla norma servizio di insegnamento di strumento musicale presso la scuola secondaria di secondo grado.

Ha chiarito la Sezione che l'art. 2, comma 4 *bis*, d.l. n. 97 del 2004 consente di accedere al corso abilitante per la classe 77/a chi sia già abilitato per tutto il complesso dell'educazione musicale, ovvero teoria e strumento, presso la scuola secondaria di secondo grado, in forza dell'abilitazione 31/a, ovvero sia abilitato per la sola parte teorica presso la scuola secondaria di primo grado, in forza dell'abilitazione 32/a, e richiede per entrambe le categorie un'esperienza pratica di insegnamento dello strumento musicale nella scuola secondaria di primo grado ovvero un servizio nella classe 77/a. Viceversa, non consente la partecipazione a chi abbia la stessa esperienza pratica, ovvero un servizio come insegnante di strumento, prestata a livello superiore, ovvero nella scuola secondaria di secondo grado, sol perché in questo caso essa è già ricompresa nell'abilitazione 31/a e non si svolge nell'ambito di una distinta e ulteriore classe di concorso.

In estrema sintesi, quindi, la norma preclude una possibilità di miglioramento professionale ad un soggetto potenzialmente più qualificato di quelli direttamente da essa contemplati, ovvero a chi abbia in concreto insegnato lo strumento in una scuola di grado superiore.

8.2. Graduatorie ad esaurimento.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 20 dicembre 2017, n. 11 ha affermato il principio di diritto secondo cui il possesso del solo diploma magistrale, sebbene conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, non costituisce titolo sufficiente per l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento del personale docente ed educativo, istituite dall'art. 1 comma 605, lett. c), l. 27 dicembre 2006, n. 296.

Ha chiarito l'Alto Consesso che manca una norma che riconosca il diploma magistrale, conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, come titolo legittimante l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento.

Non può richiamarsi, a tal fine, il d.P.R. 25 marzo 2014 in quanto in esso si riconosce esclusivamente il valore abilitante del titolo ai fini dell'inserimento nella II fascia delle graduatorie d'istituto e non anche ai fini dell'inserimento nelle GAE. In particolare, nel detto parere non è stata riconosciuta la possibilità di accesso dei docenti in questione nelle graduatorie ad esaurimento per la preclusione normativa sussistente al riguardo, ovvero per non essere stata rappresentata in tempo utile la possibilità di inserimento degli stessi nelle graduatorie permanenti, con conseguente tardività dell'impugnativa sotto tale profilo.

Ugualmente l'invocato valore abilitante non può ricavarsi nemmeno dalla previsione contenuta nell'art. 15, comma 7, d.P.R. 23 luglio 1998, n. 323.

La conclusione, che emerge dal dato normativo (nel senso dell'insufficienza del mero possesso del diploma magistrale per l'inserimento nelle GAE), risulta, del resto, confortata da argomenti di carattere sistematico e teleologico.

Sotto il profilo sistematico deve, infatti, evidenziarsi che sin dalla loro originaria configurazione le graduatorie permanenti (poi trasformate in graduatorie ad esaurimento) sono state riservate a docenti che vantassero un titolo abilitante superiore rispetto al titolo di studio: il superamento di un concorso per titoli ed esami oppure il superamento di una sessione riservata d'esami per coloro che avessero prestato servizio per almeno 360 giorni a decorrere dall'anno scolastico 1994-1995.

8.3. Dirigenti scolastici.

La sez. VI, con ord. 21 giugno 2017, n. 3008, ha rimesso alla Corte costituzionale, in relazione agli artt. 3, 51 e 97 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 87 - 90, l. 13 luglio 2015, n. 107, nella parte in cui prevedono una procedura di immissione nei ruoli dei dirigenti scolastici riservata, ai sensi del citato comma 88, lett. a) e b), ai soli soggetti i quali risultino essere già vincitori ovvero utilmente collocati nelle graduatorie ovvero i quali abbiano superato positivamente tutte le fasi di procedure concorsuali successivamente annullate in sede giurisdizionale nell'ambito del concorso per il reclutamento di dirigenti scolastici indetto con D.D. 13 luglio 2011, nonché ai soggetti i quali abbiano avuto una sentenza favorevole almeno nel primo grado di giudizio ovvero non abbiano avuto, alla data di entrata in vigore della legge in questione, alcuna sentenza definitiva nell'ambito dei concorsi per il reclutamento di dirigenti scolastici indetti con il D.D. 22 novembre 2004 e con il d.m. 3 ottobre 2006; per il caso di ritenuta infondatezza della questione di cui sopra, è rilevante e non manifestamente infondata ai sensi di cui in motivazione la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 88, l. n.107 del 2015, nella parte in cui non consente la partecipazione alla procedura di immissione nei ruoli dei dirigenti scolastici riservata ai soggetti previsti dalla norma in questione anche a coloro i quali abbiano avuto una sentenza favorevole almeno nel primo grado di giudizio ovvero non abbiano

avuto, alla data di entrata in vigore della legge in questione, alcuna sentenza definitiva nell'ambito del concorso per il reclutamento di dirigenti scolastici indetto con D.D. 13 luglio 2011 (1).

Ha chiarito la Sezione che le norme di legge appena descritte rientrano nella categoria delle cd. leggi provvedimento, ovvero di quelle leggi che incidono su un numero determinato e limitato di destinatari e presentano un contenuto particolare e concreto. Destinatari delle norme in questione sono solamente quei soggetti, i quali hanno partecipato alle procedure concorsuali indicate, con gli esiti di cui si è detto, persone che, in teoria, potrebbero essere indicate anche nominativamente. Per costante giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenza n. 275 del 2013), le leggi provvedimento non sono di per sé contrarie alla Costituzione, la quale non contiene alcuna riserva agli organi amministrativi o esecutivi degli atti a contenuto particolare e concreto; devono però sottostare “ad un rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale per il pericolo di disparità di trattamento insito in previsioni di tipo particolare e derogatorio”.

Applicando tali principi al caso di specie la Sezione dubita della conformità delle norme in esame al disposto degli artt. 3, 51 e 97, ultimo comma, Cost..

E' noto che la giurisprudenza della Corte costituzionale (24 giugno 2010, n. 225 e 13 novembre 2009, n. 293) interpreta il requisito del “pubblico concorso”, di cui all'art. 97, comma 4, Cost., nel senso che esso sia rispettato ove l'accesso al pubblico impiego avvenga per mezzo di una procedura con tre requisiti di massima. In primo luogo essa deve essere aperta, nel senso che vi possa partecipare il maggior numero possibile di cittadini. In secondo luogo, deve trattarsi di una procedura di tipo comparativo, volta cioè a selezionare i migliori fra gli aspiranti. Infine, deve trattarsi di una procedura congrua, nel senso che essa deve consentire di verificare che i candidati posseggano la professionalità necessaria a svolgere le mansioni caratteristiche, per tipologia e livello, del posto di ruolo che aspirano a ricoprire. Ne consegue che è costituzionalmente illegittima la previsione di una procedura di reclutamento ristretta la quale limiti in modo irragionevole la possibilità di accesso dall'esterno.

Sempre la giurisprudenza della Corte (13 novembre 2009, n.293) ha affermato che la regola del pubblico concorso ammette eccezioni “rigorose e limitate” subordinate a due requisiti. In primo luogo esse devono rispondere ad una “specifica necessità funzionale” dell'Amministrazione, ovvero a “peculiari e straordinarie ragioni di interesse pubblico”. Un concorso riservato può essere giustificato solo quando si tratti di esigenze desumibili da funzioni svolte dall'Amministrazione (sentenza n. 195 del 2010) e, in particolare, quando si tratti di consolidare specifiche professionalità che non si potrebbero acquisire all'esterno dell'Amministrazione, e quindi giustificano che ci si rivolga solo a chi già ne è dipendente in una data. In secondo luogo, le eccezioni alla regola del pubblico concorso devono prevedere comunque adeguati accorgimenti idonei a garantire la professionalità del personale assunto. Con particolare riguardo all'assunzione di dirigenti, rilevante rispetto al caso di specie, che concerne dirigenti scolastici, è stato poi ritenuto che devono essere previste “procedure imparziali e obiettive di verifica dell'attività svolta, per la valutazione di idoneità ad altri incarichi dirigenziali, in grado di garantire la selezione dei migliori”, e che in tal senso non basterebbe un generico rinvio al “particolare successo”, con il quale l'aspirante avesse svolto un precedente incarico (Corte cost. 9 novembre 2006, n. 363).

La Sezione ha ritenuto che nel caso sottoposto al proprio esame i parametri appena delineati non appaiono rispettati. La procedura, di cui alle norme in esame, rappresenta all'evidenza un'eccezione alla regola del pubblico concorso, perché come si è

detto è aperta soltanto a soggetti ben determinati, e non alla generalità degli aspiranti in possesso dei requisiti di professionalità richiesti per il ruolo da ricoprire, e non è sorretta dai presupposti necessari per legittimarla. Non si rinvengono inoltre, contrariamente a quanto indicato dal testo di legge, particolari “esigenze di economicità dell'azione amministrativa e di prevenire le ripercussioni sul sistema scolastico dei possibili esiti del contenzioso pendente”, atteso che non si spiega come la procedura risulterebbe più economica rispetto ad un reclutamento secondo le regole ordinarie, e si trascura che l'impatto delle decisioni giudiziarie sull'organizzazione amministrativa è in generale fisiologico nel sistema e, come tale, non postula la necessità di interventi correttivi del legislatore.

Di contro, la procedura in esame appare maggiormente ispirata all'intento di tutelare aspettative dei soggetti coinvolti che, come si è detto, non vale a legittimarla.

Tale procedura appare poi strutturata in modo non idoneo a garantire la selezione di soggetti adatti al ruolo da ricoprire. Sotto tale profilo, non sembra assicurata un'adeguata valutazione della professionalità del dirigente nei termini richiesti dalla Corte.

La Sezione ha infine dubitato anche della conformità del comma 8, lett. b), all'art. 6, par. 1, Cedu, che prevede il diritto ad un equo processo ed assume rango costituzionale nel nostro ordinamento ai sensi dell'art. 117 Cost. (Corte cost. 24 ottobre 2007 nn. 347 e 348).

9. Contratti della Pubblica amministrazione.

9.1. Disciplina europea in materia di affidamento dei contratti pubblici.

La sez. III, con sentenza 4 ottobre 2017, n. 4631 ha affrontato la quesitone relativa all'applicabilità della disciplina comunitaria in materia di appalti agli operatori economici destinatari di un finanziamento di scopo e agli ospedali privati convenzionati. La Sezione ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea le questioni: 1) se la disciplina europea in materia di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e, segnatamente, gli artt. 1 e 2 della Direttiva 2004/18/CE, comprenda nel proprio ambito applicativo anche le operazioni complesse mediante le quali un'Amministrazione pubblica aggiudicatrice intenda attribuire direttamente ad un determinato operatore economico un finanziamento di scopo, interamente finalizzato alla realizzazione di prodotti destinati ad essere forniti gratuitamente, senza ulteriore procedura di gara, a diverse Amministrazioni, esentate dal pagamento di un qualsiasi corrispettivo al predetto soggetto fornitore; se, di conseguenza, la citata normativa europea osti ad una disciplina nazionale che consenta l'affidamento diretto di un finanziamento di scopo finalizzato alla realizzazione di prodotti destinati ad essere forniti, senza ulteriore procedura di gara, a diverse Amministrazioni, esentate dal pagamento di un qualsiasi corrispettivo al predetto soggetto fornitore; 2) se la disciplina europea in materia di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e, segnatamente, gli artt. 1 e 2 della Direttiva 2004/18/CE, e gli artt. 49, 56, 105 ss. del Trattato UE, ostino ad una normativa nazionale che, equiparando gli ospedali privati “classificati” a quelli pubblici, attraverso il loro inserimento nel sistema della programmazione pubblica sanitaria nazionale, regolata da speciali convenzioni, distinte dagli ordinari rapporti di accreditamento con gli altri soggetti privati partecipanti al sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie, in assenza dei requisiti per il riconoscimento dell'organismo di diritto pubblico e dei presupposti dell'affidamento diretto, secondo il modello dell'*in house providing*, li sottrae alla disciplina nazionale ed europea dei

contratti pubblici, anche nei casi in cui tali soggetti siano incaricati di realizzare e fornire gratuitamente alle strutture sanitarie pubbliche specifici prodotti necessari per lo svolgimento dell'attività sanitaria, ricevendo contestualmente un finanziamento pubblico funzionale alla realizzazione di tali forniture.

Ha chiarito la Sezione che secondo la formulazione letterale della Direttiva 2004/18/CE, l'onerosità riguarda il contenuto intrinseco del contratto stipulato dall'Amministrazione aggiudicatrice con l'operatore economico. Secondo una diversa lettura della Direttiva, più aderente alla sua *ratio* e alla sua collocazione sistematica, l'onerosità dovrebbe essere riconosciuta anche nei casi in cui l'esecutore della fornitura riceva un significativo vantaggio economico da parte di un'altra Amministrazione pubblica, allorché sia ragionevole ritenere che detto finanziamento sia finalizzato proprio alla realizzazione del servizio o della fornitura in favore di altre Amministrazioni pubbliche.

La Sezione ha ritenuto preferibile la tesi interpretativa secondo cui nella Direttiva n. 18/2014 la nozione di onerosità deve essere intesa in senso sostanziale, comprendendo anche i vantaggi economici che il fornitore riceva da altra Amministrazione pubblica interessata alla esecuzione del rapporto, in ragione delle sue finalità istituzionali.

Tuttavia, poiché la proposta interpretazione sistematica della Direttiva potrebbe risultare in contrasto con la sua formulazione letterale la Sezione ha ritenuto indispensabile proporre la questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

9.2. Appalti a titolo gratuito.

Con sentenza 3 ottobre 2017, n. 4614 la sez. V ha affermato il principio secondo cui anche un affidamento concernente servizi a titolo gratuito configura un contratto a titolo oneroso, soggetto alla disciplina del Codice dei contratti pubblici; la garanzia di serietà e affidabilità, intrinseca alla ragione economica a contrarre, infatti, non necessariamente trova fondamento in un corrispettivo finanziario della prestazione contrattuale, che resti comunque a carico dell'Amministrazione appaltante, ma può avere analoga ragione anche in un altro genere di utilità, pur sempre economicamente apprezzabile, che nasca o si immagini vada ad essere generata dal concreto contratto. Ha chiarito la Sezione che la garanzia di serietà e affidabilità, intrinseca alla ragione economica a contrarre, non necessariamente trova fondamento in un corrispettivo finanziario della prestazione contrattuale, che resta comunque a carico dell'Amministrazione appaltante; può, infatti, avere analoga ragione anche in un altro genere di utilità, pur sempre economicamente apprezzabile, che nasca o si immagini vada ad essere generata dal concreto contratto.

A supporto delle conclusioni cui è pervenuta, la Sezione ha ricordato che assume ormai particolare pregnanza nell'ordinamento, evidenziando il rilievo dell'economia dell'immateriale, la pratica dei contratti di sponsorizzazione. La sponsorizzazione non è un contratto a titolo gratuito, in quanto alla prestazione dello *sponsor* in termini di dazione del denaro o di accolto del debito corrisponde l'acquisizione, in favore dello stesso *sponsor*, del diritto all'uso promozionale dell'immagine della cosa di titolarità pubblica: il motivo, che muove quest'ultimo, è l'utilità costituita *ex novo* dall'opportunità di spendita dell'immagine, cioè la creazione di un nuovo bene immateriale. Per

l'Amministrazione è finanziariamente non onerosa – cioè passiva: non comporta un'uscita finanziaria - ma comunque genera un interesse economico attivo per lo *sponsor*, insito in un prodotto immateriale dal valore aggiunto, che va a suo vantaggio. In altri termini, la circostanza che vi sia verso lo *sponsor* una traslazione meramente simbolica, cioè di immagine, della cosa di titolarità pubblica non può essere considerata come vicenda gratuita, ma va posta in stretta relazione, nei termini propri dell'equilibrio sinallagmatico, con il valore della controprestazione, vale a dire della dazione dello *sponsor*. Con la sponsorizzazione si ha dunque lo scambio di denaro contro un'utilità immateriale, costituita dal ritorno di immagine.

In conclusione, non vi è estraneità sostanziale alla logica concorrenziale che presidia, per la matrice euorounitaria, il Codice degli appalti pubblici quando si bandisce una gara in cui l'utilità economica del potenziale contraente non è finanziaria ma è insita tutta nel fatto stesso di poter eseguire la prestazione contrattuale.

9.3. Accordi quadro.

La sez. VI si è occupata della quesizione relativa ad un accordo quadro in cui un'Amministrazione aggiudicatrice agisca per essa stessa e per altre Amministrazioni aggiudicatrici specificamente indicate, le quali però non partecipino direttamente alla sottoscrizione dell'accordo quadro stesso.

In primo grado era stato impugnato l'atto con il quale un'azienda, compresa nell'elenco allegato agli atti della gara originaria, aderisce al contratto già stipulato, ovvero stipula per sé senza una nuova gara, negoziando le quantità al momento dell'adesione. Avverso la sentenza del giudice di primo grado sono stati proposti due appelli.

Il primo ricorso in appello è stato proposto dall'Antitrust in sede di legittimazione straordinaria. Il secondo da un imprenditore del settore, il gestore uscente, che vuole una nuova gara.

La Sezione si è posta innanzitutto il problema di qualificare la fattispecie. L'ipotesi, appunto, è quella di un accordo quadro concluso per sé, da parte della prima stipulante, e in rappresentanza delle aziende dell'elenco. Ha chiarito che il rapporto fra la prima stipulante e queste ultime é irrilevante verso l'esterno: potrebbe esserci una procura a monte, ma se non ci fosse la successiva adesione varrebbe ratifica, equivalente a una procura originaria perché un appalto da eseguire in futuro non pone problemi di retroattività.

In base a tale qualificazione giuridica la Sezione si è chiesta se l'oggetto del contratto concluso all'atto dell'adesione debba essere determinato da subito in tutti i suoi elementi - sia sotto l'aspetto soggettivo, con indicazione in modo specifico degli enti che se ne potrebbero avvalere, sia sotto l'aspetto oggettivo, nel senso di prevedere il "valore economico" della possibile estensione, anche nei termini di un importo massimo - oppure possa essere non determinato, o solo determinabile, quanto alle quantità da fornire.

Il diritto civile consente tutte queste soluzioni: l'oggetto del contratto pacificamente può essere determinabile, ma sarebbe valido anche un contratto in cui la quantità della prestazione non è determinata affatto, mentre lo sono i prezzi. In questo caso, infatti, l'accordo quadro avrebbe per oggetto la messa a disposizione di servizi a un dato prezzo, per la quantità richiesta al momento.

Il problema, invece, è dato dalle norme di settore, sull'obbligo di gara, che ove il contratto dell'aderente non sia già previsto per intero nell'accordo quadro, viene derogato. La Sezione ha ritenuto che la deroga potrebbe essere contenuta nella norma sull'accordo quadro (artt. 59, commi 2, 3 e 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e 54, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) ed ha formulato due quesiti alla Corte.

Con ordinanza 11 aprile 2017, n. 1690 ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, le questioni pregiudiziali: 1) se gli artt. 2, comma 5, e 32 della direttiva 2004/18/UE e l'art. 33 della direttiva 2014/24/UE possano essere interpretati nel senso di consentire la stipulazione di un accordo quadro in cui: un'Amministrazione aggiudicatrice agisca per essa stessa e per altre Amministrazioni aggiudicatrici specificamente indicate, le quali però non partecipino direttamente alla sottoscrizione dell'accordo quadro stesso; non sia determinata la quantità delle prestazioni che potranno essere richieste dalle Amministrazioni aggiudicatrici non firmatarie all'atto della conclusione da parte loro degli accordi successivi previsti dall'accordo quadro medesimo; 2) nel caso in cui la risposta al quesito *sub* 1) fosse negativa, se gli artt. 2, comma 5, e 32 della direttiva 2004/18/UE e l'art. 33 della direttiva 2014/24/UE possano essere interpretati nel senso di consentire la stipulazione di un accordo quadro in cui: un'Amministrazione aggiudicatrice agisca per essa stessa e per altre Amministrazioni aggiudicatrici specificamente indicate, le quali però non partecipino direttamente alla sottoscrizione dell'accordo quadro stesso; la quantità delle prestazioni, che potranno essere richieste dalle Amministrazioni aggiudicatrici non firmatarie all'atto della conclusione, da parte loro, degli accordi successivi previsti dall'accordo quadro medesimo sia determinata mediante il riferimento al loro ordinario fabbisogno.

Dunque, il primo quesito, ove assentito, porterebbe alla validità dell'adesione nell'ipotesi massima, in cui la quantità non è proprio determinata. Il secondo, prospettato in subordine, rinvia ad un accordo quadro ove la quantità è determinabile con riguardo al parametro indicato, comunque assai elastico.

9.4. Appalti sotto soglia.

La sez. V, con la sentenza 13 dicembre 2017, n. 5854 ha esaminato il principio della rotazione nell'ambito degli appalti sotto soglia, principio che era stato applicato da un Comune che, nell'indire una procedura negoziata *ex art.* 36, comma 2, lett. b), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, aveva limitato la partecipazione ai soggetti con i quali non erano sorte contestazioni relativamente a servizi precedentemente svolti, nel rispetto del principio di rotazione che, per espressa previsione normativa, deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte e che, dunque, trova il proprio fondamento nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato. Pertanto - anche al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese

e di favorire, per contro, la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei - il principio in questione comporta, in linea generale, che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale.

Ancora sul principio di rotazione la sez. VI, con la sentenza 31 agosto 2017, n. 4125 ha affermato che ai sensi dell'art. 36, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in applicazione del principio di rotazione negli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria la stazione appaltante ha l'alternativa di non invitare il gestore uscente o, quanto meno, di motivare attentamente le ragioni per le quale si riteneva di non poter prescindere dall'invito.

Ad avviso della Sezione l'art. 36, d.lgs. 50 del 2016 non è contrario ai principi costituzionali: a) con riguardo all'art. 3 Cost., il carattere "asimmetrico" del dispositivo, che impone la rotazione degli inviti e degli affidamenti, ha proprio il fine di riequilibrare e implementare le dinamiche competitive del mercato, in cui il gestore uscente affidatario diretto della concessione di servizi è in una posizione di vantaggio rispetto alle altre concorrenti; b) quanto alla violazione dell'art. 41, in senso contrario è dirimente rilevare che l'art. 36 cit. contiene una norma pro-competitiva, che favorisce l'ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti e che comprime, entro i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento che va garantita anche al gestore uscente, al quale – salvo motivate eccezioni – si impone soltanto di "saltare" il primo affidamento, di modo che alla successiva gara esso si ritrovi in posizione paritaria con le altre concorrenti; c) in relazione all'art. 97, l'aumento delle chances di partecipazione dei competitors "esterni" (assicurata dal principio di rotazione) favorisce l'efficienza e l'economicità dell'approvvigionamento dei servizi.

La Sezione ha aggiunto che la mancata applicazione di tale principio può essere dedotta in sede giurisdizionale anche da chi ha partecipato alla gara, risultandone non vincitore, e non solo dagli operatori economici pretermessi, e ciò in quanto la regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti amplia le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti, anche (e a maggior ragione) a quelli già invitati alla gara, i quali sono lesi in via immediata e diretta dalla sua violazione.

9.5. Procedura ristretta.

La sez. V, con sentenza 30 novembre 2017, n. 5621 ha rimesso alla Corte di giustizia la questione se l'art. 28, par. 2, primo periodo della Direttiva 2014/24/UE, debba essere interpretato nel senso di imporre una piena identità giuridica ed economica fra gli operatori prequalificati e quelli che presenteranno offerte nell'ambito della procedura ristretta e se, in particolare, tale disposizione debba essere interpretata nel senso di ostare a un accordo concluso fra le holding che controllano due operatori prequalificati in un momento compreso fra la prequalifica e la presentazione delle offerte, laddove: a) tale accordo abbia per oggetto e per effetto (inter alia) la realizzazione di una fusione per incorporazione di una delle imprese prequalificate in un'altra di esse (operazione, peraltro, autorizzata dalla Commissione europea); b) gli effetti dell'operazione di fusione si siano perfezionati dopo la presentazione dell'offerta da parte dell'impresa incorporante (ragione per cui al momento della presentazione dell'offerta, la sua composizione non risultava mutata rispetto a quella esistente al momento

della prequalifica); c) l'impresa in seguito incorporata (la cui composizione non risultava modificata alla data ultima per la presentazione delle offerte) abbia comunque ritenuto di non partecipare alla procedura ristretta, verosimilmente in attuazione del programma contrattuale stabilito con l'accordo stipulato fra le *holding*.

Ha chiarito la Sezione che, anche se l'art. 28, par. 2, della Direttiva 2014/24/UE fosse da intendere nel senso di fissare il principio di tendenziale immodificabilità soggettiva fra i soggetti prequalificati e quelli che formulano le offerte, il diritto dell'UE non vieterebbe comunque un'operazione di fusione per incorporazione, quale quella realizzata nel caso in esame per effetto dell'Accordo Quadro del 10 ottobre 2016.

9.6. Lotti.

Con sentenza 23 gennaio 2017, n. 272 la sez. III ha affrontato la questione relativa alla suddivisione in più lotti di una gara per l'affidamento di servizi sanitari.

Ha affermato che l'art. 2, comma 1 *bis*, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, secondo cui, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali, si applica anche ai servizi di cui all'allegato IIB dello stesso Codice (tra i quali, i servizi sanitari) ed è frutto di una valutazione di merito, in quanto tale insindacabile, salvo sotto il profilo della logicità, razionalità e proporzionalità.

Tale norma ha lo scopo di favorire la massima partecipazione agli appalti, evitando la formazione di situazioni di monopolio o di oligopolio. Essa si applica, quindi, a qualsiasi tipo di gara, non sussistendo alcuna ragione per escluderlo dai principi generali che presidono all'impostazione di tutte le gare d'appalto, pur nella diversificazione dei diversi settori.

Ha ancora chiarito la Sezione che la norma non è suscettibile di applicazione vincolata, introducendo un parametro generale di comportamento, da adottare alle caratteristiche di ogni caso specifico. In altri termini, il principio regola l'esercizio di una facoltà discrezionale dell'Amministrazione, imponendole di verificare la possibilità di scindere gli appalti di grosse dimensioni in appalti di importo più contenuto, escludendo tale ipotesi solo in presenza di valide ragioni in senso contrario. La scelta operata dall'Amministrazione è frutto di una valutazione di merito, in quanto tale insindacabile, salvo sotto il profilo della logicità, razionalità e proporzionalità, alla luce dei consueti parametri attraverso i quali il giudice amministrativo conosce dell'esercizio della discrezionalità della Pubblica amministrazione.

Nel caso all'esame del giudice di appello l'Amministrazione, che ha bandito una gara per l'affidamento del servizio di assistenza specialistica di odontoiatria, ha dato sufficiente giustificazione della sua scelta, affermando la necessità di garantire, per quanto possibile, la stessa qualità di servizio a tutti gli utenti, obiettivo facilitato dall'affidamento del contratto a un solo soggetto. Si tratta di giustificazione che non appare manifestamente illogica ed è quindi insindacabile nel merito.

9.7. Raggruppamento temporaneo di imprese.

La sez. V, con sentenza 7 dicembre 2017, n. 5772 si sofferma sulla distinzione tra raggruppamenti verticali e orizzontali, alla luce del dettato dell'art. 48, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Ha precisato la Sezione che la distinzione non è puramente nominalistica, ma discende dalle concrete e specifiche attribuzioni delle imprese associate: trova infatti applicazione, al riguardo, il principio enunciato dall'Adunanza plenaria con sentenza 13 giugno 2012, n. 22, a mente del quale la distinzione tra a.t.i. orizzontali e a.t.i. verticali poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara: in linea generale, l'a.t.i. orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate (o associande) sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti l'oggetto dell'appalto, mentre l'a.t.i. verticale è connotata dalla circostanza che l'impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, le quali possono avere competenze differenziate anche tra di loro, sicché nell'a.t.i. di tipo verticale un'impresa, ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili. Ne consegue la possibilità di dar vita a raggruppamenti di tipo verticale (o, più correttamente, di ammetterli ad una gara) solo laddove la stazione appaltante abbia preventivamente individuato negli atti di gara, con chiarezza, le prestazioni "principali" e quelle "secondarie". Ciò in quanto è precluso al partecipante alla gara di procedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo fra prestazioni principali e secondarie, onde ripartirle all'interno di un raggruppamento di tipo verticale. Tale divieto si giustifica altresì in ragione della disciplina legale della responsabilità delle imprese riunite in associazione temporanea, ai sensi dell'art. 48, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, posto che "per i raggruppamenti verticali, [...] la responsabilità dei concorrenti che si fanno carico delle parti secondarie del servizio è circoscritta all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, talché non pare possibile rimettere alla loro libera scelta l'individuazione delle prestazioni principali e di quelle secondarie (attraverso l'indicazione della parte del servizio di competenza di ciascuno) e la conseguente elusione della norma in materia di responsabilità solidale, in assenza di apposita previsione del bando di gara".

9.8. Qualificazione.

Con ordinanza n. 1152 del 13 marzo 2017 la sez. III ha rimesso all'Adunanza plenaria lacune questioni relative all'attestazione Soa in caso di cessione di ramo di azienda. Ha, in particolare, rimesso le questioni: a) se, ai sensi dell'art. 76, comma 11, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, debba affermarsi il principio per il quale, in mancanza dell'attivazione del procedimento ivi contemplato (nuova richiesta di attestazione SOA), la cessione del ramo d'azienda comporti sempre, in virtù dell'effetto traslativo, il venir meno della qualificazione o, piuttosto, se debba prevalere la tesi che alla luce di una valutazione in concreto limita le fattispecie di cessione, contemplate dalla disposizione, solo a quelle che, in quanto suscettibili di dare vita ad un nuovo soggetto e di sostanziarne la sua qualificazione, presuppongono che il cessionario se ne sia definitivamente spogliato, ed invece esclude le diverse fattispecie di cessione di parti del compendio aziendale le quali, ancorché qualificate dalle parti come trasferimento di "rami aziendali", si riferiscano, in concreto, a porzioni prive di autonomia funzionale e risultano pertanto inidonee a consentire al soggetto cedente di ottenere la qualificazione; b) se l'accertamento effettuato dalla SOA, su richiesta o in sede di verifica

periodica, valga sempre e solo per il futuro oppure se, nei casi in cui l'organismo SOA accerti *ex post* il mantenimento dei requisiti speciali in capo al cedente, nonostante l'avvenuta cessione di una parte del compendio aziendale, l'attestazione possa anche valere ai fini della conservazione della qualificazione senza soluzione di continuità.

La Sezione ha dato atto dei contrasti giurisprudenziali insorti in ordine all'effetto della cessione di un ramo di azienda sui requisiti di qualificazione.

Una parte della giurisprudenza ha affermato che, in mancanza dell'attivazione del procedimento previsto dall'art. 76, comma 11, d.P.R. n. 207 del 2010, la cessione del ramo d'azienda comporta, in virtù dell'effetto traslativo, il venir meno della qualificazione.

Altra parte della giurisprudenza ha invece sostenuto che non merita condivisione la tesi secondo la quale ogni trasferimento di ramo aziendale comporta comunque, anche se il cedente non perde la consistenza che gli ha consentito di ottenere le attestazioni SOA, l'automatica decadenza dalla loro titolarità.

La Sezione - nel rimettere, a fronte di tale contrasto giurisprudenziale, la questione all'Adunanza plenaria - ha affermato di aderire all'orientamento espresso nelle sentenze della sez. V, secondo il quale non ogni trasferimento di ramo di azienda comporta, sempre e comunque, l'automatica decadenza dalla qualificazione, potendo tale conclusione essere sostenuta solo nell'ipotesi in cui il cedente abbia concretamente perso la consistenza aziendale, che gli aveva consentito di ottenere le attestazioni SOA.

Nessun automatismo acquisitivo vige dunque per il cessionario.

La Sezione ha rimesso all'Adunanza plenaria anche la questione se, ai fini della conservazione della qualificazione SOA, possa assumere rilevanza l'attestazione successiva con cui l'organismo SOA accerti che, anche in seguito alla cessione di una parte del compendio aziendale, l'impresa cedente mantenga tutti i prescritti requisiti.

Al riguardo, una parte della giurisprudenza ha sostenuto che, in caso di cessione di un ramo d'azienda, né il cedente né il cessionario potrebbero avvalersi della qualificazione posseduta dall'azienda ceduta, pur potendo richiederne una nuova. Ne deriverebbe la conseguenza che l'accertamento effettuato dalla SOA potrebbe valere solo per il futuro, senza alcuna idoneità "sanante" della perdita dell'attestazione, derivante automaticamente dalla cessione.

La Sezione ha affermato di non condividere questa tesi interpretativa, la quale potrebbe prestarsi a sospetti di incostituzionalità, nella misura in cui giunge ad equiparare irragionevolmente la situazione del cessionario a quella del cedente, trascurando di considerare che: a) il cessionario, in quanto soggetto nuovo, "nato" dalla cessione, è giustamente impedito nella spendita della qualificazione, con conseguente impossibilità di partecipare nelle more alle gare - trattandosi di un nuovo soggetto che intende qualificarsi sulla base di requisiti che prima oggettivamente non possedeva - sino a quando la SOA non abbia attestato che i requisiti acquistati siano in concreto sufficienti a conseguire la qualificazione; b) il cedente è invece un soggetto che possedeva i requisiti e che si presume continui a possederli sino a quando la SOA in sede di verifica non lo escluda, con il corollario che, ove invece la verifica confermi la permanenza dei requisiti, nessun dubbio dovrebbe porsi circa il diritto a spendere la qualificazione senza soluzione di continuità. L'accertamento in questa specifica ipotesi,

seppur operato *ex post*, sostanza - a differenza del caso del cessionario che aspira ad un *quid novi* - la conferma di una qualificazione già posseduta.

L'Adunanza plenaria è intervenuta con sentenza 3 luglio 2017, n. 3 affermando che l'art. 76, comma 11, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 deve essere interpretato nel senso che la cessione del ramo d'azienda non comporta automaticamente la perdita della qualificazione, occorrendo procedere a una valutazione in concreto dell'atto di cessione, da condursi sulla base degli scopi perseguiti dalle parti e dell'oggetto del trasferimento

La prima questione sulla quale l'Alto consesso doveva pronunciare è se, ai sensi dell'art. 76, comma 11, d.P.R. n. 207, debba affermarsi il principio per il quale, in mancanza dell'attivazione del procedimento ivi contemplato (nuova richiesta di attestazione SOA), la cessione del ramo d'azienda comporti sempre, in virtù dell'effetto traslativo, il venir meno della qualificazione o, piuttosto, se debba prevalere la tesi che, alla luce di una valutazione in concreto, limita le fattispecie di cessione, contemplate dalla disposizione, solo a quelle che, in quanto suscettibili di dare vita ad un nuovo soggetto e di sostanziarne la sua qualificazione, presuppongono che il cessionario se ne sia definitivamente spogliato, ed invece esclude le diverse fattispecie di cessione di parti del compendio aziendale, le quali, ancorché qualificate dalle parti come trasferimento di "rami aziendali", si riferiscano, in concreto, a porzioni prive di autonomia funzionale e risultano pertanto inidonee a consentire al soggetto cedente di ottenere la qualificazione.

Ha affermato l'Alto consesso che, in mancanza dell'attivazione del procedimento per la nuova richiesta di attestazione SOA, la cessione del ramo d'azienda comporti sempre, in virtù dell'effetto traslativo, il venir meno della qualificazione o, piuttosto, se debba prevalere la tesi che alla luce di una valutazione in concreto limita le fattispecie di cessione, contemplate dalla disposizione, solo a quelle che, in quanto suscettibili di dare vita ad un nuovo soggetto e di sostanziarne la sua qualificazione, presuppongono che il cessionario se ne sia definitivamente spogliato, ed invece esclude le diverse fattispecie di cessione di parti del compendio aziendale, le quali, ancorché qualificate dalle parti come trasferimento di "rami aziendali", si riferiscano, in concreto, a porzioni prive di autonomia funzionale e risultano pertanto inidonee a consentire al soggetto cedente di ottenere la qualificazione. L'Adunanza plenaria ha ricordato i due diversi orientamenti della giurisprudenza del giudice amministrativo.

Secondo un primo orientamento (cd. tesi "formalistica", perché rigidamente ancorata al principio del consenso traslativo ed alla concezione astratta della causa contrattuale), nel caso di cessione di ramo d'azienda il cedente perde automaticamente le qualificazioni, ancorché resti "per avventura" in dotazione di requisiti sufficienti per una determinata qualificazione, poiché ciò non lo esonera dal chiedere a una Società Organismo di Attestazione l'attestazione di qualificazione che, a norma dell'art. 60, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010, costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici. Secondo questo orientamento non potrebbe darsi rilievo alla conferma *ex post* dei requisiti operati dalla SOA in sede di verifica triennale, poiché essa giammai potrebbe avere un effetto sanante, stante l'effetto traslativo

della cessione. Al contempo l'importanza e l'entità del compendio ceduto non potrebbero essere accertati mediante verifica *ex post*, bensì dovrebbe essere necessariamente sottoposti a specifica valutazione *ex ante* da parte della SOA a mezzo del procedimento *ex art. 76*, comma 11, d.P.R. n. 207 del 2010.

Un secondo orientamento (cd. tesi "sostanzialistico", perché si fonda su un approccio concreto al contenuto negoziale e sulla vincolatività della conferma dell'attestazione SOA) – alla quale aderisce l'ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria – ha invece affermato che occorre escludere in linea di principio, a danno del cedente, qualsiasi automatismo decadenziale conseguente alla cessione d'azienda, occorrendo aver riguardo alla causa in concreto del negozio di cessione e al sottostante regolamento di interessi voluto dalle parti, in tutta la sua ampiezza, complessità e particolarità, per determinare se la cessione dei beni aziendali comporti, o meno, la perdita dei requisiti di cui alle attestazioni SOA in capo alla cedente.

L'Adunanza plenaria ha condiviso la tesi sostanzialistica, ancorché per argomenti in parte diversi da quelli richiamati.

Ha, in particolare, affermato che la facoltà - prevista dall'art. 76, comma 11, secondo periodo, d.P.R. n. 207 del 2010 - per l'impresa cedente di chiedere una nuova attestazione SOA per i requisiti oggetto di trasferimento non può essere trasformata nella previsione della automatica decadenza all'atto della cessione, tanto più che essa non sarebbe sufficiente ad evitare il venir meno della qualificazione durante la gara, atteso che la richiesta di nuova attestazione può avvenire "esclusivamente sulla base dei requisiti acquisiti successivamente alla cessione del complesso aziendale o del suo ramo". Ne discende che, in caso di trasferimento del ramo d'azienda, non sono automaticamente trasferiti anche i requisiti di cui all'art. 79, comma 1, d.P.R. n. 207 del 2010. In particolare, è ben possibile che la cessione di parti dell'azienda, ancorché qualificate come ramo aziendale, si riferisca a porzioni prive di autonomia funzionale nel contesto dell'impresa e comunque non significative, quindi non sia tale da generare la perdita in capo al cedente (e il correlato acquisto in capo al cessionario) dei requisiti di qualificazione. Se non sono trasferiti i requisiti di qualificazione, non possono esserlo le qualificazioni che ad essi si riferiscono.

9.9. Conflitto di interesse.

La sez. V, con la sentenza 11 luglio 2017, n. 3415 ha affrontato la questione relativa alle situazioni di conflitto di interessi del personale delle stazioni appaltanti, dichiarando legittima l'esclusione dalla gara per l'affidamento di servizi assicurativi, disposta ai sensi dell'art. 42, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per conflitto di interesse nascente dai particolari rapporti (societari e personali) tra l'operatore economico (in particolare, l'agente generale di una Compagnia di assicurazione territorialmente competente per l'esecuzione del servizio oggetto della gara) ed una terza società incaricata di redigere i Capitolati di gara.

Ha affermato che la norma ha portata generale e la locuzione "personale", in essa contenuta, è riferita non solo ai dipendenti in senso stretto (ossia i lavoratori subordinati) dei soggetti giuridici ivi richiamati, ma anche a quanti, in base ad un valido titolo giuridico (legislativo o contrattuale), siano in grado di validamente impegnare, nei

confronti dei terzi, i propri danti causa o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna.

La Sezione ha ancora chiarito che l'espressione "personale", contenuta nel comma 2 dell'art. 42, d.lgs. n. 50 del 2016, si riferisce non solo ai dipendenti in senso stretto (ossia i lavoratori subordinati) dei soggetti giuridici ivi richiamati, ma anche a quanti, in base ad un valido titolo giuridico (legislativo o contrattuale), siano in grado di validamente impegnare, nei confronti dei terzi, i propri danti causa o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna. Diversamente, si enterebbe nella contraddizione di escludere dalla portata della norma – dalla manifesta funzione preventiva – proprio quei soggetti che, più di altri, sono in grado di condizionare l'operato dei vari operatori del settore (pubblici e privati) e, dunque, si darebbe vita a situazioni di conflitto che la norma vuol prevenire, ossia i componenti degli organi di amministrazione e controllo. Invero, se la norma sul conflitto di interessi si applica sicuramente ai dipendenti "operativi", a maggior ragione andrà applicata anche agli organi ed uffici direttivi e di vertice (nonché ai dirigenti e amministratori pubblici), come si evince proprio dal richiamo all'art. 7, d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 (Codice di comportamento dei pubblici dipendenti), per indicare le ampie categorie di soggetti cui fare riferimento.

La Sezione ha escluso che tale conclusione sia incompatibile con la previsione dell'art. 67 (Partecipazione precedente di candidati o offerenti) dello stesso Codice dei contratti pubblici, stante la diversità di presupposti delle due norme (l'art. 67, che recepisce l'art. 41 della direttiva 2014/24/UE, in materia di partecipazione precedente di candidati o offerenti, andrebbe infatti letto in stretta correlazione con il precedente art. 66, relativo alla particolare ipotesi della consultazione di mercato per la preparazione dell'appalto), non richiedendosi, in particolare, il profilo di interesse che caratterizza la fattispecie di cui all'art. 42.

Ha ancora ricordato il giudice di appello che le ipotesi previste nel comma 2 dell'art. 42, d.lgs. n. 50 del 2016 (in termini generali ed astratti) si riferiscono a situazioni in grado di compromettere, anche solo potenzialmente, l'imparzialità richiesta nell'esercizio del potere decisionale. Si verificano quando il "dipendente" pubblico (ad esempio, il Rup ed i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali ed il provvedimento finale, esecuzione contratto e collaudi) ovvero colui (anche un soggetto privato) che sia chiamato a svolgere una funzione strumentale alla conduzione della gara d'appalto, è portatore di interessi della propria o dell'altrui sfera privata, che potrebbero influenzare negativamente l'esercizio imparziale ed obiettivo delle sue funzioni. La definizione normativa, del resto, appare coerente con lo *ius receptum* per cui le regole sull'incompatibilità, oltre ad assicurare l'imparzialità dell'azione amministrativa, sono rivolte ad assicurare il prestigio della Pubblica amministrazione, ponendola al di sopra di ogni sospetto, indipendentemente dal fatto che la situazione incompatibile abbia in concreto creato o meno un risultato illegittimo.

9.10. Esclusione dalla gara.

Molte le sentenze del Consiglio di Stato che hanno dato una prima interpretazione delle disposizioni (art. 80) del Codice dei contratti relative alle cause di esclusione dalla gara.

La sez. III ha esaminato, con la sentenza 5 settembre 2017, n. 4192, la lett. c) del comma 5 dell'art. 80, che individua quale causa di esclusione il caso in cui "la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità". La stessa norma individua le ipotesi di "gravi illeciti professionali", *id est*: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione, che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

Ha premesso la Sezione che l'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 rimette alla stazione appaltante, e non alle concorrenti, la verifica sull'affidabilità e dell'integrità delle partecipanti

Ha aggiunto che la citata lett. c) del comma 5 ha previsto che un operatore economico deve essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto qualora la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che esso si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da mettere in dubbio la sua integrità e affidabilità. La disposizione mira a tutelare il vincolo fiduciario che deve sussistere tra Amministrazione aggiudicatrice e operatore economico, consentendo di attribuire rilevanza ad ogni tipologia di illecito che, per la sua gravità, sia in grado di minare l'integrità morale e professionale di quest'ultimo.

Il concetto di "grave illecito professionale" ricomprende, infatti, ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica, sia essa di natura civile, penale o amministrativa.

Tra i gravi illeciti espressamente contemplati dalla norma rientrano, infatti, "le *significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto* o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni". Ad avviso della Sezione, nel caso sottoposto al suo esame, sussistono sicuramente i presupposti per porre in dubbio l'integrità ed affidabilità del concorrente: ricorrono, infatti, le "significative carenze" nell'esecuzione di una serie di precedenti contratti di appalto, tali da assumere rilevanza penale, integranti, quindi, ben più di un semplice inadempimento contrattuale; tali carenze hanno comportato, tra l'altro, una condanna al risarcimento del danno – liquidato in sede penale con una provvisoria immediatamente esecutiva – oltre che la comminatoria di "altre sanzioni", quali quella penale a carico della società, ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (che disciplina la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni), e a carico dei dirigenti della società per reati

di notevole spessore criminoso, quali l'associazione a delinquere, la frode in pubbliche forniture, la truffa a danno delle aziende sanitarie.

Trattandosi di condotte criminose afferenti lo svolgimento del servizio di sterilizzazione – lo stesso oggetto della gara oggetto dell'appello – la Sezione ha ritenuto che la condanna avrebbe dovuto essere dichiarata a fini della valutazione, spettante all'Amministrazione aggiudicatrice, sul possesso dei requisiti di moralità professionale per l'ammissione alla gara. Ha escluso che possa portare a diversa conclusione la circostanza che la condanna non sia definitiva e sarebbe, comunque, relativa a fatti risalenti a più di tre anni prima. Le linee guida n. 6 dell'Anac (Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice) che, benchè entrate in vigore successivamente alla dichiarazione, valgono comunque quali elementi ermeneutici per la corretta interpretazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), come peraltro, prevede il comma 13 dello stesso art. 80, hanno chiarito che i provvedimenti non definitivi rilevano ai fini della lett. c) del comma 5 dell'art. 80 qualora contengano una condanna al risarcimento del danno e uno degli altri effetti tipizzati dall'art. 80 stesso. Con riferimento al periodo di esclusione dalle gare l'Anac ha precisato che “il periodo di esclusione dalle gare non può superare i tre anni a decorrere dalla data dell'annotazione della notizia nel Casellario informatico gestito dall'Autorità o, per i provvedimenti penali di condanna non definitivi, dalla data del provvedimento”. Quindi, quando l'errore professionale deriva dalla commissione di un reato, che il più delle volte viene occultato dal responsabile, la decorrenza del termine triennale di esclusione dalla data di commissione del reato, anziché dalla data del suo accertamento giurisdizionale, equivarrebbe a privare di ogni effetto il precetto normativo, il che non è possibile. Inoltre, in caso di condotte reiterate nel tempo, potrebbero sussistere dubbi sull'individuazione del momento in cui inizia a decorrere il termine triennale che – invece – per propria natura deve ancorarsi ad un preciso momento storico.

Ha ancora affermato la Sezione che il possibile dubbio sugli obblighi dichiarativi, derivante dalla recente entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti, avrebbe dovuto indurre la concorrente ad una maggiore lealtà (oltre che cautela) - nel rispetto dei principi di buona fede e diligenza - nei confronti della stazione appaltante, tanto più che il nuovo Codice prevedeva il ricorso al contraddittorio e la valutazione delle misure di *self-cleaning* prima dell'esclusione. La concorrente ha, invece, preferito rendere una dichiarazione non veritiera (e ciò a prescindere dalla connotazione soggettiva della scelta, e dunque dalla colposità o dolosità della condotta, che non rilevano ai fini dell'esclusione dalla procedura di gara) e comunque incompleta, non consentendo alla stazione appaltante di svolgere le dovute verifiche circa il possesso dei requisiti di moralità professionale.

E' stato quindi riaffermato il principio, fondato sulla giurisprudenza formatosi sulla base del vecchio Codice degli appalti, secondo cui il concorrente non può operare alcun filtro nell'individuazione dei precedenti penali valutando esso stesso la loro rilevanza ai fini dell'ammissione alla procedura di gara – in quanto tale potere spetta esclusivamente alla stazione appaltante.

Il contraddittorio - previsto nel nuovo Codice dei contratti, ai fini dell'accertamento della carenza sostanziale dei requisiti di ammissione alla gara, e ribadito nelle linee guida dell'Anac - riguarda i soli casi in cui il concorrente si è dimostrato leale e trasparente nei confronti della stazione appaltante, rendendola edotta di tutti i suoi precedenti, anche se negativi, ed ha fornito tutte le informazioni necessarie per dimostrare l'attuale insussistenza di rischi sulla sua inaffidabilità o mancata integrità nello svolgimento della sua attività professionale.

Solo in questo caso è possibile ipotizzare un vero e proprio contraddittorio tra le parti. Non è certo ammissibile consentire alle concorrenti di nascondere alla stazione appaltante situazioni pregiudizievoli, rendendo false o incomplete dichiarazioni al fine di evitare possibili esclusioni dalla gara, e poi, ove siano state scoperte, pretendere il rispetto del principio del contraddittorio da parte della stazione appaltante. Se ciò fosse possibile, si incentiverebbe la condotta "opaca" delle concorrenti, che non avrebbero alcun interesse a dichiarare fin dall'inizio i "pregiudizi", rendendo possibile la violazione del principio di trasparenza e di lealtà, che deve invece permeare tutta la procedura di gara. Il ricorso al contraddittorio e, quindi, la valutazione delle misure di *self-cleaning* presuppone dunque il rispetto del principio di lealtà nei confronti della stazione appaltante, con la conseguenza che in caso di dichiarazioni mendaci o reticenti l'Amministrazione aggiudicatrice può prescindervi, disponendo l'immediata esclusione della concorrente.

La sez. V, con la sentenza 27 aprile 2017, n. 1955, ha esaminato l'ipotesi di esclusione dalla gara per "*significant carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata*", anch'essa contemplata nella lett. c) del comma 5 dell'art. 80 del Codice dei contratti pubblici.

La Sezione ha escluso che tale disposizione del nuovo Codice dei contratti pubblici sia riproduttiva dell'art. 38, comma 1, lett. f), del Codice ora abrogato (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) e, dunque, consentirebbe alle stazioni appaltanti di valutare discrezionalmente ed in modo autonomo la risoluzione disposta da altra stazione appaltante.

Più precisamente, ha affermato la Sezione, l'elencazione dei "gravi illeciti professionali", contenuta nell'art. 80, comma 5, lett. c), non è tassativa, ma esemplificativa, come si evince dalla formula di apertura del periodo ("Tra questi rientrano...") recante l'elenco dei casi rientranti in questa nozione. In tal senso si è del resto espresso il Consiglio di Stato, nel parere del 3 novembre 2016, n. 2286, reso sulle linee guida dell'Anac recenti l'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto d'appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice.

Ha aggiunto la Sezione che lo stesso ragionamento non può essere seguito nelle conseguenze finali che pretende di trarre, a fronte dell'ipotesi contemplata nell'elenco esemplificativo in questione, secondo cui "le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni". Sulla base dell'interpretazione letterale della norma (*ex art. 12 delle preleggi*)

si richiede, quindi, che al provvedimento di risoluzione sia stata prestata acquiescenza o che lo stesso sia stato confermato in sede giurisdizionale. E questa conferma non può che essere data da una pronuncia di rigetto nel merito della relativa impugnazione divenuta inoppugnabile, come si evince dalla locuzione (ancorché atecnica) “all’esito di un giudizio”. A questo medesimo riguardo è invece da ritenersi evidentemente insufficiente la definizione di un incidente di natura cautelare, con decisione avente funzione interinale e strumentale rispetto a quella di merito.

Nella sentenza è stato altresì esclusa la ravvisabilità di una questione di compatibilità comunitaria dell’art. 80, comma 5, lett. c), per possibile contrasto con l’art. 57, par. 4, lett. c) e g), della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici, recepita con il nuovo Codice dei contratti pubblici, poiché tali disposizioni sovranazionali prevedono, quale causa di esclusione da procedure di affidamento, la commissione di “gravi illeciti professionali”, che siano stati dimostrati “con mezzi adeguati” dall’Amministrazione aggiudicatrice (lett. c), o “significative o persistenti carenze nell’esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto”, che hanno causato “la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili”. E’ stato evidenziato il carattere facoltativo della causa di esclusione su cui si controverte. Ciò lo si evince dal citato art. 57, par. 4, della direttiva 2014/24/UE. Questa disposizione prevede, infatti, che le situazioni da esso elencate, relative agli operatori economici partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici, sono quelle in presenza delle quali le Amministrazioni aggiudicatrici “possono escludere”, oppure possono essere richieste “dagli Stati membri”, in sede di recepimento della direttiva, “di escludere dalla partecipazione alla procedura d’appalto” tali operatori. Quindi, la norma europea facoltizza gli Stati membri a prevedere quale causa di esclusione da procedure di affidamento di contratti pubblici, senza porre a carico degli stessi alcun vincolo. A fortiori deve ritenersi pertanto che non vi siano vincoli quanto alla definizione normativa della causa di esclusione in questione a livello nazionale. Né gioverebbe richiamare il considerando 101, laddove si fa riferimento alla possibilità di escludere dalla gara l’operatore economico in caso di “grave violazione dei doveri professionali”, dimostrata dall’Amministrazione “con qualsiasi mezzo idoneo”, “prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori”. Quest’ultima previsione è, infatti, espressamente riferita ai motivi di esclusione “obbligatori” ovvero a quelli previsti dall’art. 57 della direttiva, ai par. 1 e 2, mentre nel caso di specie si verte nelle ipotesi contemplate dal par. 4 della medesima disposizione. Per essa vale dunque il rinvio a “qualsiasi mezzo idoneo”, che il legislatore nazionale, nell’esercizio della sua discrezionalità rispetto ad un ambito del diritto dei contratti pubblici non vincolato a livello europeo, può ritenere integrato solo in presenza di una decisione giurisdizionale definitiva.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, sempre con riferimento alle ipotesi di esclusione contemplate dalla lett. c) del comma 5 dell’art. 80 del Codice dei contratti pubblici, ha affermato (sentenza 28 dicembre 2017, n. 575) che le penali comminate da una stazione appaltante *sub iudice* non integrano *ex lege* una “significativa carenza nell’esecuzione di un precedente contratto”, prevista dalla citata

lett. c), rimanendo fuori della tipizzazione costituente il nucleo della pertinente norma di legge a base della dichiarazione sostitutiva da rendere, con la conseguenza che l'omessa dichiarazione in sede di presentazione della domanda di partecipazione alla gara non comporta l'esclusione del concorrente dalla procedura.

Ha chiarito il C.g.a. che possono essere considerate "altre sanzioni" l'incameramento delle garanzie di esecuzione o l'applicazione di penali, fermo che la sola applicazione di una clausola penale non è di per sé sintomo di grave illecito professionale, specie nel caso di applicazione di penali in misura modesta. Se, pertanto, in relazione ad un pregresso contratto, non si sono prodotti tali effetti giuridici (risoluzione anticipata "definitiva" perché non contestata ovvero confermata in giudizio, penali, risarcimento, incameramento della garanzia), un eventuale "inadempimento contrattuale" non assurge, per legge, al rango di "significativa carenza".

Ha aggiunto che la formulazione tipizzatrice, recata dall'art. 80 al comma 5, lett. c), pone in primo piano l'importante ruolo ricoperto per le imprese dalla garanzia giurisdizionale. Tale elemento si desume non solo dalla circostanza che la paradigmatica evenienza della risoluzione anticipata del contratto vale quale indice patologico *ex lege* soltanto quando la risoluzione stessa sia rimasta "non contestata in giudizio", ovvero, nel caso opposto, solo ove sia risultata "confermata all'esito" dello stesso giudizio; ma anche dall'ulteriore considerazione che la seconda ipotesi tipizzata dal legislatore nella stessa lett. c) è quella della pronuncia di una "condanna al risarcimento del danno", evenienza che postula certamente anch'essa la mediazione e l'accertamento imparziale di un Giudice.

Quanto alla terza ipotesi della lett. c), quella appunto sottesa alle parole "ad altre sanzioni", non è del tutto chiaro sul piano testuale, per la verità, se tali parole debbano ricollegarsi specificamente al sostantivo "condanna" ("condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni"), con la conseguente conferma anche in questo caso di quanto testé detto sulla necessità di un intervento giudiziale, o le dette parole debbano piuttosto rapportarsi al precedente predicato "hanno dato luogo" ("hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni"). Ha affermato il C.g.a. che peraltro, anche a seguire questa seconda opzione, in ogni caso, non sembra possibile interpretare la dizione normativa ritenendo che la sanzione inflitta direttamente dall'Amministrazione possa rientrare nella tipizzazione legislativa che costituisce il nucleo della norma in esame, prescindendosi dal rispetto di quella garanzia giurisdizionale che permea comunque di sé, come si è visto, la norma nel suo insieme, presentandosi come un valore cui il legislatore, nello specifico del conflitto d'interessi considerato, ha mostrato di voler assegnare un ruolo essenziale. Questo anche perché la norma, laddove diversamente intesa, assumerebbe una portata apertamente contraddittoria.

Sempre ad avviso del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, le violazioni più gravi di un'impresa appaltatrice, gravi al punto d'indurre la committente pubblica ad attivare il rimedio risolutorio per far cessare anzitempo il rapporto contrattuale, assumerebbero rilievo patologico *ex lege* solo in via eventuale e differita, a condizione, cioè, che tale risoluzione non fosse stata contestata in giudizio, oppure, in caso di controversia sul punto, ove la risoluzione venisse dal giudizio confermata. Per converso, le violazioni contrattuali punite con semplici penali - per definizione

meno gravi in quanto compatibili con la prosecuzione del rapporto in corso - avrebbero rilevanza immediata quali indici di criticità *ex lege* a carico dell'impresa colpite, che si vorrebbe pertanto passibile di espulsione da qualunque gara secondo l'apprezzamento dell'Amministrazione, salvo poi magari ottenere, a distanza di tempo anche notevole, il riconoscimento giudiziale che la penale era stata irrogata senza fondamento, o anche solo in violazione del criterio di proporzionalità.

Se è vero, quindi, che tra le "altre sanzioni" possono essere incluse anche le penali contrattuali, deve però ritenersi che quando l'applicazione di una "altra sanzione" promani da una semplice controparte contrattuale, senza la mediazione dell'Autorità giudiziaria, anch'essa per ragioni di garanzia per l'impresa debba soddisfare, per poter efficacemente integrare la tipizzazione legislativa di cui si è detto, il requisito della definitività o conferma giurisdizionale.

Il C.g.a. ha, quindi, concluso nel senso che l'esigenza di coordinare l'unilateralità dell'irrogazione delle penali contrattuali con i contenuti di garanzia della norma in esame porta ad affermare che le prime solo quando siano corredate del requisito appena detto possono soddisfare quell'indice di riconoscimento delle "significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto", che è stato ancorato dalla legge agli effetti giuridici prodotti.

Ancora con riferimento all'ipotesi, contemplata dalla lett. c) del comma 5 dell'art. 80 del Codice dei contratti pubblici, la sez. V, con la sentenza 4 dicembre 2017 n. 5704, ha affermato che la citata lett. c) include nei "gravi illeciti professionali" anche "*il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio*", come pure il fornire "*informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*". Tale previsione ha carattere innovativo rispetto a quella del previgente codice e non è pertanto estensibile in via retroattiva a procedure di affidamento soggette a quest'ultimo. Ha ancora osservato la Sezione che anche in occasione del parere (Comm. spec. 3 novembre 2016, n. 2286), reso dal Consiglio di Stato sulle linee guida Anac n. 6, si è evidenziato che la nozione di illecito professionale accolta da quest'ultima disposizione "abbraccia molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza, e include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, come si riteneva nella disciplina previgente".

9.11. Soccorso istruttorio.

Molta attenzione è stata posta dal giudice di appello all'istituto del soccorso istruttorio.

La sez. V, 16 gennaio 2017, n. 92 ha chiarito che l'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nella parte in cui prevede che "la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione", ha natura interpretativa, e non innovativa, della pregressa disposizione contenuta nell'art. 38, comma 2 *bis*, d.lgs. 12 aprile 2006, n.163. Ne consegue che, anche in vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006, il pagamento pecuniario non

era una sanzione automatica e non era irrogabile nel caso in cui il concorrente avesse deciso di non avvalersi del soccorso istruttorio.

Ha chiarito ancora la Sezione che, nonostante la portata apparentemente innovativa, il comma 9 dell'art. 83 del Codice dei contratti pubblici ha carattere interpretativo e consente, quindi, di orientare una corretta esegesi in merito alla portata e al contenuto della disciplina pregressa. L'assunto è corroborato dall'identità della disposizione rispetto alla precedente formulazione, con eccezione della sola parte in cui si prevede che "la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione". Tale conclusione, ad avviso della Sezione, è in linea con il principio di proporzionalità, in quanto evita l'applicazione di una misura volta a colpire, anche in assenza di colpa, la mera condotta violativa di obblighi formali e documentali.

La Sezione ha peraltro dato atto di un proprio recente orientamento contrario. Con sentenza 22 agosto 2016, n. 3667 è stato infatti affermato che l'introduzione (ad opera del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114) dell'art. 38, comma 2 *bis*, d.lgs. n. 163 del 2006, con la sanzione pecuniaria proporzionale per il caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2, ha inteso prevenire, nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate, il fenomeno delle esclusioni dalla procedura causate da mere carenze documentali; di fronte alla semplice mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale di cui sopra ha quindi imposto uno spedito *sub* procedimento – il "soccorso istruttorio" – ordinato alla produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni necessarie, e ha previsto l'esclusione solamente quale conseguenza dell'inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, dell'obbligo di integrazione documentale entro il termine perentorio accordato, a tale fine, dalla stazione appaltante.

Corollario di tale innovazione è, si legge nella sentenza n. 3667 del 2016, una sostanziale dequalificazione, in principio, delle "irregolarità" dichiarative da cause escludenti a carenze regolarizzabili. In tale contesto, ad evitare l'abuso del ricorso al soccorso istruttorio e il conseguente aggravamento complessivo delle procedure, si pone a contrappeso la previsione della speciale sanzione pecuniaria: scopo di questa misura è, dunque, l'assicurare la serietà e la completezza originaria delle offerte e il responsabilizzare a questi fini i partecipanti alla gara.

Detta sanzione, come si evince dalla lettera della disposizione ("la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara ..."), colpisce, dunque, il semplice fatto dell'aver presentato una dichiarazione difettosa; resta irrilevante che l'omissione venga poi sanata dall'impresa interessata o che questa, benché richiestane, rinunci a regolarizzarla. La norma a questi fini nulla dice riguardo alla condotta successiva dell'offerente, sia in punto di avvenuta regolarizzazione, sia in punto di abbandono della gara mediante il comportamento conclusivo della non risposta alla richiesta di regolarizzazione: sicché si deve rilevare che per la sanzione pecuniaria la legge non contempla una causa estintiva successiva. La sanzione, insomma, non è alternativa o sostitutiva all'esclusione per insufficiente regolarizzazione o all'abbandono volontario della gara. L'esclusione dalla gara è altra

cosa rispetto alla sanzione, la cui fattispecie costitutiva è ormai già perfetta, ed è la conseguenza procedimentale della mancata corrispondenza al soccorso istruttorio. Nel sistema del comma 2 *bis*, l'irregolarità essenziale porta di suo all'applicazione della sanzione pecuniaria. Rispetto alla sanzione resta così ultroneo il diverso profilo funzionale del determinare l'avvio del procedimento di soccorso istruttorio. L'esclusione dalla gara si colloca in una successiva fase procedimentale, quale esito della mancata o insoddisfacente risposta al soccorso istruttorio, e risulta pertanto distinta, strutturalmente e funzionalmente, dalla sanzione pecuniaria, che è conseguenza del mero inadempimento iniziale. Così, l'abbandono volontario della gara determina l'esclusione, ma non influisce sulla già consumata fattispecie da sanzionare.

La distinzione tra le due fattispecie è in qualche misura confermata dalla disposizione contenuta nel terzo periodo del comma 2 *bis*, la quale, per l'ipotesi di "irregolarità non essenziali", prevede che la stazione appaltante non ne richieda la regolarizzazione, né applichi la sanzione, evidenziando come il soccorso istruttorio e la sanzione pecuniaria si pongano su due piani diversi, seppure originanti da un unico fatto.

La sez. III, con sentenza 2 marzo 2017, n. 975 ha affrontato il tema del cd. soccorso istruttorio processuale stabilendo, in assenza di puntuali regole legislative, la disciplina sostanziale e processuale delle vicende nelle quali, come nel caso in esame, risulta accertato in giudizio che: a) la stazione appaltante abbia illegittimamente ammesso alla gara un'offerta carente, sotto il profilo meramente formale, del prescritto supporto documentale, idoneo a dimostrare in modo adeguato il possesso dei requisiti soggettivi di partecipazione del concorrente; b) l'indicata carenza documentale e probatoria, se riscontrata tempestivamente nel corso dello svolgimento della procedura di gara, non avrebbe consentito l'immediata esclusione dell'offerta, ma avrebbe imposto alla stazione appaltante l'attivazione del procedimento del soccorso istruttorio sostanziale, disciplinato dal codice dei contratti pubblici.

Ha preliminarmente richiamato l'ampia giurisprudenza di questo Consiglio, la quale ha delineato la portata oggettiva e sistematica della disciplina del soccorso istruttorio che, attuando nell'ordinamento nazionale un istituto del diritto europeo dei contratti pubblici a recepimento facoltativo, ha enfatizzato l'impostazione sostanzialistica delle procedure di affidamento.

La disciplina della procedura di gara non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici e all'Amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare, in modo efficiente, quale sia l'offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell'aggiudicatario. In questo senso, dunque, l'istituto del soccorso istruttorio tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedimentali facilmente emendabili.

Ciò chiarito la Sezione ha ritenuto di non condividere la tesi secondo cui una volta intervenuta l'aggiudicazione, perché sarebbe violato il principio della *par condicio* tra

i concorrenti, finendo essa per comportare la sostanziale “disapplicazione” della disciplina introdotta dal legislatore, al fine di evitare le esclusioni dalle gare di appalto per ragioni meramente formali, quando sussiste in concreto, e fin dal momento del rilascio della dichiarazione irregolare, il requisito soggettivo richiesto in sede di gara. La scelta sostanzialistica del legislatore, diretta ad impedire l’esclusione per vizi formali nella dichiarazione, quando vi è prova del possesso del requisito, deve applicarsi anche quando l’incompletezza della dichiarazione viene dedotta come motivo di impugnazione dell’aggiudicazione da parte di altra impresa partecipante alla selezione (non essendone avveduta la stazione appaltante in sede di gara), ma è provato che la concorrente fosse effettivamente in possesso del prescritto requisito soggettivo fin dall’inizio della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento. In tale caso, infatti, l’irregolarità della dichiarazione si configura come vizio solo formale e non sostanziale, emendabile secondo l’obbligatoria procedura di soccorso istruttorio.

La successiva correzione, o integrazione documentale della dichiarazione, non viola affatto il principio della *par condicio* tra i concorrenti, in quanto essa mira ad attestare, correttamente, l’esistenza di circostanze preesistenti, riparando una incompletezza o irregolarità che la stazione appaltante, se avesse tempestivamente rilevato, avrebbe dovuto comunicare alla concorrente, attivando l’obbligatorio procedimento di soccorso istruttorio. La Sezione ha altresì escluso che possano sussistere problematiche connesse alla segretezza delle offerte, in quanto la dichiarazione integrativa non attinge all’offerta, al suo contenuto tecnico ed economico, in relazione ad elementi oggetto di valutazione comparativa tra i concorrenti, ma al concreto possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, i quali possono essere verificati anche in un momento successivo, fermo restando l’onere, per i partecipanti, di rispettare i vincoli minimi, di carattere formale, necessari per essere ammessi alla procedura selettiva.

Tutto ciò premesso la Sezione ha individuato in quale modo la disciplina del soccorso istruttorio possa in concreto rilevare nel giudizio promosso dalla concorrente, che contesti l’illegittima ammissione dell’aggiudicataria. Ha quindi affermato che la questione, riguardante l’emendabilità della riscontrata carenza documentale e la sostanziale titolarità dei requisiti di partecipazione alla gara, deve essere sempre dedotta nell’ambito del giudizio proposto contro l’ammissione dell’aggiudicataria e non possa essere rinviata alla rinnovazione, totale o parziale, del procedimento selettivo.

Quanto alle modalità strettamente processuali, attraverso cui il tema del soccorso istruttorio può essere esaminato in giudizio, la Sezione ha premesso che la questione non può essere rilevata d’ufficio del giudice, ma presuppone sempre un’iniziativa della parte aggiudicataria, interessata alla affermazione della legittimità (sostanziale) della propria ammissione alla gara. Secondo una possibile tesi interpretativa l’aggiudicatario, illegittimamente ammesso alla gara per carenze della documentazione allegata all’offerta, dovrebbe articolare un ricorso incidentale, teso ad evidenziare l’ulteriore illegittimità della stazione appaltante, consistente nell’omessa attivazione del procedimento di soccorso istruttorio. La Sezione ha aggiunto che l’aggiudicataria, per poter validamente invocare in sede processuale il principio del soccorso istruttorio, al fine di paralizzare la doglianza volta ad ottenere la sua esclusione dalla gara, possa limitarsi ad una deduzione difensiva diretta a dimostrare che, in ogni caso, sussiste il possesso dei requisiti sostanziali di partecipazione.

A tal fine la parte è gravata dall'onere, *ex art. 2697 c.c.*, della dimostrazione della natura meramente formale dell'errore contenuto nella dichiarazione: può validamente spendere tale argomento difensivo solo dimostrando in giudizio di disporre del requisito fin dal primo momento, e cioè da quando ha reso la dichiarazione irregolare. In sostanza deve superare la prova di resistenza, non potendo pretendere di paralizzare l'azione di annullamento, adducendo, solo in via ipotetica, la violazione del principio del soccorso istruttorio, ma deve dimostrare in giudizio che, ove fosse stato attivato, correttamente, tale rimedio l'esito sarebbe stato ad essa favorevole, disponendo del requisito in contestazione. In caso contrario, non soltanto sarebbe violato il principio dell'onere della prova, che è immanente nel processo, ma verrebbe frustrata finanche la finalità di accelerazione che permea le controversie in materia di contratti pubblici. La Sezione ha poi aggiunto che in sede di gara pubblica, se è vero che le irregolarità formali sono sempre sanabili, non può nondimeno sostenersi che l'art. 38, comma 2 *bis*, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*ratione temporis* applicabile alla controversia sottoposta all'esame della Sezione) sia espressione di un principio per il quale la sostanza prevale sempre sulla forma, atteso che i difetti di forma (quelli essenziali) devono essere sempre emendati prima dell'aggiudicazione; ed invero, si tratta di irregolarità che pretendono e necessitano di un'obbligatoria sanatoria, in ciò differenziandosi dalle mere irregolarità contemplate dall'art. 21 *octies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, con la conseguente inapplicabilità, nei giudizi sulle procedure di appalto, della regola della "non annullabilità" del provvedimento irregolare, sulla quale si fonda il citato art. 21 *octies*.

Ad avviso della Sezione la disposizione contenuta nell'art. 38, comma 2 *bis*, d.lgs. n.163 del 2006 è ben diversa dall'art. 21 *octies*, l. 7 agosto 1990, n. 241. Ed invero, l'art. 21 *octies*, l. n. 241 del 1990 è espressione di un principio di irrilevanza, ai fini dell'annullamento (in sede giurisdizionale o amministrativa), delle violazioni di forma o di procedimento nell'emanazione di atti a contenuto vincolato quando esse non abbiano inciso sulla sostanza. Esso non richiede alcun procedimento di regolarizzazione poiché è la giusta regolazione autoritativa del rapporto a rilevare ai fini della legittimità. L'art. 38, comma 2 *bis*, d.lgs. n. 163 del 2006 ha invece diversa portata. Esso discrimina tra irregolarità essenziali e non essenziali e solo alle seconde implicitamente riserva un trattamento del tutto simile a quello previsto dall'art. 21 *octies*, sancendone l'irrilevanza ai fini della legittimità. Per le irregolarità che sono (sempre formali, ma) essenziali prevede invece, come sopra visto, un obbligatorio procedimento di sanatoria, ossia di produzione, integrazione, correzione, con effetto sanante. Ciò si spiega per la circostanza che le procedure concorsuali, seppure chiaramente finalizzate alla scelta della migliore offerta o del miglior candidato, operano all'interno di un quadro di regole poste a garanzia della leale e trasparente competizione, che devono essere rispettate nei limiti in cui ragionevolmente assolvano alla funzione di dirigere la competizione verso il risultato finale, e non si risolvano piuttosto in mere prescrizioni formali prive di aggancio funzionale o in meri ostacoli burocratici da superare. È la competizione il *discrimen* rispetto alla generale ipotesi di cui all'art. 21 *octies*, ed essa giustifica l'esigenza del rispetto di regole di ingaggio certe e ragionevoli, pur se formali, ossia concernenti la produzione di documenti entro un certo termine a prescindere dai contenuti degli stessi. In questa chiave di lettura, ha ancora

chiarito la Sezione, l'art. 38 *bis*, proteso verso il meritorio obiettivo di consentire sempre la scelta della migliore offerta, ha attenuato il rigore sanzionatorio delle regole formali di gara, imponendo all'Amministrazione, ove sia rilevata una irregolarità comunque "essenziale", di accettare la regolarizzazione in luogo dell'esclusione, sembra che avvenga in un termine dato ed inderogabile.

Concludendo sul problema relativo alle conseguenze, in termini giuridici, della irregolarità essenziale può dirsi che esse sono irregolarità che pretendono e necessitano di un'obbligatoria sanatoria (ovviamente sempre che l'offerente abbia interesse a proseguire la gara), in ciò differenziandosi dalle mere irregolarità contemplate dall'art. 21 *octies* della legge generale sul procedimento, con la conseguente inapplicabilità nei giudizi sulle procedure di appalto della regola della "non annullabilità" del provvedimento irregolare, sulla quale si fonda l'art. 21 *octies*.

In applicazione di quanto chiarito, la Sezione ha quindi concluso che, ove in giudizio sia dedotta l'illegittimità dell'aggiudicazione per carenza della produzione dell'aggiudicataria, il giudice amministrativo si può limitare ad accertare, all'esito del processo, i termini della dedotta irregolarità essenziale e, ove risulti provato che ad essa non si accompagni anche una carenza sostanziale del requisito (alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata), può dichiarare, alla luce della prognosi postuma fatta, che il vizio era sanabile e che l'offerente aveva interesse a sanarlo, previo pagamento della sanzione pecuniaria. Ha chiarito che la scelta sostanzialistica del legislatore, diretta ad impedire – con la previsione introdotta dall'art. 38, comma 2 *bis*, d.lgs. n. 163 del 2006 - l'esclusione per vizi formali nella dichiarazione, quando vi è prova del possesso del requisito, deve applicarsi anche quando l'incompletezza della dichiarazione viene dedotta come motivo di impugnazione dell'aggiudicazione da parte di altra impresa partecipante alla selezione (non essendone avveduta la stazione appaltante in sede di gara), ma è provato che la concorrente fosse effettivamente in possesso del prescritto requisito soggettivo fin dall'inizio della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento. In tale caso, infatti, l'irregolarità della dichiarazione si configura come vizio solo formale e non sostanziale, emendabile secondo l'obbligatoria procedura di soccorso istruttorio.

Non osta all'applicazione del soccorso processuale né la mancanza di una esplicita domanda di accertamento da parte del ricorrente, posto che la domanda di annullamento implica sempre e necessariamente l'accertamento di una violazione, né la peculiarità della posizione giuridica dell'offerente, comunque ricompresa nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa, né il "dovere" di annullare l'atto quando il ricorso è accolto, come deducibile dall'art. 34, comma 1, lett. a), c.p.a., atteso che la medesima disposizione, al comma 3, espressamente prevede che "quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori". Tale ultima norma è espressione di un principio per il quale a) il mero accertamento rientra tra i poteri del giudice; b) la domanda di accertamento rientra implicitamente nel contenuto della domanda di annullamento, talché ove vengano meno i presupposti della seconda, perché non più utile, può rimanere in piedi la prima. La norma deve ritenersi applicabile non solo nei casi di perdurante interesse risarcitorio,

ma anche in tutti i casi in cui perdura un interesse qualificato e processualmente rilevante; e tale, invero, è da considerare l'interesse del ricorrente ad ottenere la sottoposizione del concorrente al procedimento di soccorso istruttorio e alla connessa sanzione pecuniaria.

A conclusioni diverse deve giungersi quando le lacune dell'offerta non siano solo formali, ma anche sostanziali. In tali casi l'annullamento rimane l'unica strada percorribile per il giudice.

9.12. Offerta.

La sez. III, con la sentenza del 9 gennaio 2017, n. 30, si è preoccupata delle conseguenze della mancata indicazione, nell'offerta economica, degli oneri di sicurezza aziendale. Ha dichiarato illegittima l'esclusione dell'impresa, ove la stessa non sia stata invitata dalla stazione appaltante a regolarizzare l'offerta, nel doveroso esercizio dei poteri del soccorso istruttorio al cospetto della loro mancata predeterminazione negli atti di gara

Ha ricordato il recente arresto dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 19 del 27 luglio 2016) che, pur mantenendo fermi i principi affermati nelle sentenze nn. 3 e 9 del 2015, ne ha mitigato il rigore applicativo al ricorrere di alcune circostanze fattuali, che rendono l'automatica esclusione dell'impresa contrastante con i principi eurounitari della tutela dell'affidamento, della certezza del diritto, della parità di trattamento, della non discriminazione, della proporzionalità e della trasparenza.

In particolare l'Adunanza plenaria ha ritenuto che, per le gare anteriori all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione dei costi della sicurezza aziendale non sia stato specificato nella legge di gara e non sia contestato, dal punto di vista sostanziale, che l'offerta rispetti i costi minimi della sicurezza aziendale, l'esclusione della concorrente non possa essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta della stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri del soccorso istruttorio.

Il principio enunciato dalla Sezione trova conferma anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Con riferimento alla giurisprudenza comunitaria giova richiamare la recente ordinanza della Corte di giustizia UE, sez. VI, 10 novembre 2016, in C-140/16, in C-697/15 e in C-162/16, la quale ha affermato che "il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, come attuati dalla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell'inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti". Secondo il giudice europeo, infatti, "i principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non

ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'Amministrazione". Ha chiarito la Sezione che nell'ipotesi in cui una condizione per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, pena l'esclusione da quest'ultima, non sia espressamente prevista dai documenti dell'appalto e possa essere identificata solo con un'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale, "l'Amministrazione aggiudicatrice può accordare all'offerente escluso un termine sufficiente per regolarizzare la sua omissione" (Corte giust. comm. ue 27 giugno 2016, in C-27/15).

Il giudice europeo, tanto nell'ordinanza del 10 novembre 2016 che nella sentenza del 27 giugno 2016, ha ribadito che i principi di trasparenza e della parità di trattamento richiedono, infatti, che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi vincoli valgono per tutti i concorrenti.

La sez. III (ord., 13 marzo 2017, n. 1151) ha affrontato anche la tematica del criterio di calcolo delle offerte da accantonare nel cd. taglio delle ali.

Ha preliminarmente ricordato la Sezione che, per individuare la soglia di anomalia oltre la quale le offerte sono considerate anormalmente basse nelle gare aggiudicate secondo il criterio del prezzo più basso, il legislatore ha prestabilito un meccanismo secondo cui, dopo l'ammissione delle offerte, sono previste le seguenti fasi: il cd. taglio delle ali e, cioè, un'operazione aritmetica di accantonamento che comporta l'esclusione, dal successivo calcolo della soglia, del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso; il calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le residue offerte; il calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che in tali offerte superano la predetta media; la somma dei dati relativi alla media aritmetica e allo scarto medio aritmetico, con la conseguente determinazione della soglia di anomalia. L'art. 121, comma 1, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 ha ulteriormente precisato, nel primo periodo, che "ai fini dell'individuazione della soglia di anomalia di cui all'art. 86, comma 1, del Codice, le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese distintamente nei loro singoli valori in considerazione sia per il calcolo della media aritmetica, sia per il calcolo dello scarto medio aritmetico" e, nel secondo periodo, che "qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'art. 86, comma 1, del Codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia".

Ha quindi affermato il Consiglio di Stato che - mentre la prima parte della disposizione è chiara e non pare suscitare particolari dubbi interpretativi, nel senso che le offerte residue devono essere considerate singolarmente, "distintamente", una ad una, per calcolare sia la media aritmetica che lo scarto medio aritmetico, anche se alcune di esse presentino ribassi di eguale valore - meno chiara, invece, appare la formulazione della seconda parte dell'art. 121, comma 1, laddove prevede che, nell'effettuare il cd. taglio delle ali e nell'escludere dal calcolo il 10% delle offerte aventi il maggiore

e minore ribasso, qualora vi siano una o più offerte di eguale valore rispetto a quelle comprese nel 10%, anche dette offerte devono essere accantonate nel meccanismo di calcolo della soglia di anomalia.

La Sezione ha quindi affermato che sulla questione si sono registrati diversi orientamenti.

Secondo un primo orientamento (Cons. St., sez. V, 28 agosto 2014, n. 4429) di questo Consiglio, da ritenersi prevalente almeno fino al 2014, nel caso in cui siano state presentate due o più offerte, aventi la medesima riduzione percentuale, che si trovino nella fascia delle imprese rientranti nel 10%, ogni offerta deve essere considerata individualmente (cd. criterio assoluto), perché la soluzione opposta comporterebbe il superamento del limite, fissato dal legislatore nel 10%, e si porrebbe in contrasto con il dato letterale dell'art. 86, comma 1, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in assenza di ragioni sostenibili o ispirate all'interesse pubblico.

Non vi sarebbero elementi, secondo tale orientamento, dai quali possa desumersi, come regola generale, che in caso di offerte con identico ribasso le stesse vadano considerate unitariamente come unica entità (cd. criterio relativo).

L'unica eccezione a questa regola viene desunta per le offerte che, nel calcolo per il taglio delle ali, vengono a trovarsi a cavallo della percentuale del 10% in quanto, secondo tale consolidato orientamento, si fonderebbe su due considerazioni: a) la *ratio* dell'esclusione, dal novero delle offerte prese in considerazione, di quelle collocate ai margini estremi dell'ala sta nell'intento di eliminare in radice l'influenza che possono avere, sulla media dei ribassi, offerte disancorate dai valori medi, in modo da scoraggiare la presentazione di offerte al solo fine di condizionare la media; b) nel caso in cui siano più di una le offerte che presentino la medesima percentuale di ribasso collocate a cavallo della soglia del dieci per cento e l'ampiezza dell'ala non consenta di escluderle tutte, non resta quindi altra strada che quella di attribuire alla parola "offerte" un significato non assoluto ma relativo, intendendola come espressione del ribasso percentuale in essa contenuto.

La presenza di più offerte che presentino la medesima percentuale di ribasso, collocate a cavallo della soglia del 10%, non può che comportare l'effetto giuridico della loro integrale esclusione dal computo delle successive operazioni. In tutti gli altri casi, per dato letterale inequivocabile, opera invece il cd. criterio assoluto, con considerazione distinta e separata delle singole offerte, anche se aventi lo stesso ribasso, essendo stabilito in particolare, per quanto qui rileva, che la media aritmetica riguarda i ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, e non i ribassi in essi contenuti (Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6323).

Un secondo orientamento, più recente - sostenuto dall'allora Autorità di vigilanza sui contratti pubblici nel parere n. 133 del 24 luglio 2013 e, poi, dall'Anac nel parere n. 87 del 23 aprile 2014 e recepito, infine, dal Consiglio di Stato (sez. V, 8 giugno 2015, n. 2813; id., sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 818) - ha affermato che il "taglio delle ali" intercetta il problema delle offerte identiche in due situazioni e, precisamente, quando vi siano più offerte identiche all'interno delle ali e quanto vi siano più offerte identiche a cavallo delle ali.

Il primo aspetto è stato generalmente risolto (Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6323) con l'applicazione del criterio assoluto e il secondo con l'applicazione del criterio assoluto, ritenendosi che all'interno delle ali le offerte debbano essere considerate e computate nella loro individualità, indipendentemente dalla natura dei ribassi, in quanto la disposizione fa riferimento alle offerte e non al valore delle stesse, con l'unica deroga, che pure si è vista, delle offerte identiche situate a cavallo del 10%, che devono essere considerate come un'unica offerta (criterio relativo), per evitare una contraddizione logica e, cioè, che un ribasso venga accantonato, in quanto fuorviante, ma contemporaneamente sia utilizzato per il calcolo della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico perché inserito, identico, in un'altra offerta che fuoriesce dal numero di quelle da accantonare.

Una volta ammesso, però, che il tenore letterale dell'art. 86, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 possa essere superato in via interpretativa per le offerte a cavallo delle ali, non vi sono ragioni, secondo l'Anac, per non applicare lo stesso metodo al caso delle offerte che rimangono interne alle ali. Identificare ciascuna offerta con uno specifico ribasso, accorpendo le offerte con valori identici, consente, nella fase del taglio delle ali, di depurare la base di calcolo dai ribassi effettivamente marginali, definiti *ex lege* nel limite del 10%, superiore e inferiore, di oscillazione delle offerte. Tale orientamento ha affermato che l'art. 121, comma 1, d.P.R. n. 207 del 2010, nella parte in cui, nel secondo periodo, prevede che "qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'articolo 86, comma 1, del codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia", ha affrontato espressamente il problema del taglio delle ali, specificando che le offerte identiche a quelle da accantonare (senza distinzione tra ribassi a cavallo o all'interno delle ali) devono essere parimenti accantonate, ciò che equivale a dire che le offerte identiche devono essere considerate, in questa fase, come un'offerta unica, mentre il primo periodo dell'art. 121, comma 1, d.P.R. n. 207 del 2010 al contrario, nel disciplinare il calcolo della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico, precisa che le offerte identiche sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori.

In questo modo, secondo l'Anac, per individuare le offerte da accantonare, si fa riferimento ai valori di ribasso, accorpendo i valori identici, mentre nella fase successiva, calcolando la media aritmetica e lo scarto medio aritmetico, si utilizzano tutte le offerte, anche quelle con valori identici, essendo ragionevole che, allorché sia stato circoscritto in modo rigoroso l'intervallo dei ribassi attendibili ai fini del calcolo della soglia di anomalia, alla definizione delle medie partecipino tutte le offerte non accantonate (parere n. 87 dell'8 maggio 2014).

Cons. St., sez. V, 8 giugno 2015, n. 2813 ha ritenuto le argomentazioni dell'Autorità più garantiste dell'interesse pubblico, prevenendo manipolazioni della gara e del suo esito, ostacolando condotte collusive in sede di formulazione delle percentuali di ribasso. Più in particolare, poi, il tradizionale orientamento è stato contestato e ritenuto, ormai, superato da una più recente pronuncia (Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 818), che ha fatto leva sulla considerazione che «in ogni caso le offerte identiche devono essere considerate ai suddetti fini come una offerta unica, essendo di carattere

generale la finalità di evitare che identici ribassi (a cavallo e all'interno delle ali) limitino l'utilità dell'accantonamento e amplino eccessivamente la base di calcolo della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico, rendendo inaffidabili i risultati» (parere n. 133 del 2 agosto 2013).

Nell'ipotesi in cui, all'interno dell'ala, si collochi una offerta con un determinato ribasso (che, per rientrare nel 10%, è già ritenuta dal legislatore "inaffidabile") appare evidente, secondo tale pronuncia, che tutte le eventuali offerte di identico ribasso – sia collocate individualmente nell'ambito del 10% del numero delle offerte complessivamente presentate, sia collocate al di fuori di un 10% così "individualmente" calcolato – debbano essere "accantonate" e, dunque, rese ininfluenti ai fini della soglia, considerandole come un'unica offerta. E ciò in quanto, "onde pervenire ad un risultato affidabile della soglia di anomalia, non ha alcun senso considerare le offerte solo nella misura in cui, numericamente, saturino la percentuale del 10%, ma occorre anche considerare le offerte che – presentando un identico ribasso certamente non affidabile, per effetto dell'applicazione del criterio normativo primario (limite del 10%) – devono essere unitariamente considerate (che si trovino all'interno o a cavallo dell'ala)". Solo in questo modo il criterio del taglio delle ali consentirebbe di conseguire l'affidabilità del risultato. D'altra parte, ha ancora osservato tale pronuncia, è appena il caso di notare che il legislatore, nel riferirsi alle offerte, solo apparentemente indica una offerta singolarmente intesa, a prescindere dal valore del ribasso che la caratterizza, poiché è proprio tale valore ciò che il legislatore in realtà considera, perché è solo tale valore (ove sproporzionato per eccesso o per difetto) ad essere inaffidabile (non l'offerta individualmente e formalmente considerata). In tal senso, dunque, il 10% costituirebbe solo il limite numerico delle offerte il cui valore è giudicato inaffidabile, ma "poiché, come si è detto, inaffidabili sono i valori e non le offerte, è del tutto evidente che, in presenza di più offerte con identico valore, queste non possono essere intese che come unica offerta, a prescindere dalla loro collocazione (all'interno o a cavallo dell'ala)".

Proprio a fronte di tale contrasto giurisprudenziale la Sezione ha rimesso la questione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato affinché decida se, quando il criterio dell'aggiudicazione è quello del prezzo più basso, ai fini del calcolo delle offerte da accantonare nel cd. taglio delle ali: a) nel calcolo del 10% delle offerte aventi maggiore e/o minore ribasso, ai sensi dell'art. 86, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, occorra computare tutte le offerte aventi medesimo valore (e, dunque, medesimo ribasso) singolarmente una ad una o, invece, quale unica offerta (cd. blocco unitario), facendo detta disposizione riferimento, letteralmente, all'esclusione del 10% delle offerte aventi maggiore e minore ribasso e non dei singoli ribassi; b) la disposizione regolamentare dell'art. 121, comma 1, secondo periodo, d.P.R. n. 207 del 2010, nel prevedere che "qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'art. 86, comma 1, del Codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia", intenda o, comunque, presupponga che le offerte aventi eguale valore rispetto a quelle da accantonare siano considerate "accantonate" e accorpate come un'unica offerta o, invece, si limiti a prevedere solo che debbano essere escluse ("accantonate") dal calcolo della soglia di anomalia le offerte che, pur non

rientrando nella quota algebrica del 10%, abbiano tuttavia eguale valore rispetto a quelle da accantonare e cioè, per logica necessità, a quelle situate al margine estremo delle ali (cd. offerte a cavallo).

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha deciso con sentenza 19 settembre 2017, n. 5 nel senso che ai fini del calcolo dell'anomalia dell'offerta nel caso in cui il criterio dell'aggiudicazione è quello del prezzo più basso: a) il comma 1 dell'art. 86, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 deve essere interpretato nel senso che, nel determinare il dieci per cento delle offerte con maggiore e con minore ribasso (da escludere ai fini dell'individuazione di quelle utilizzate per il computo delle medie di gara), la stazione appaltante deve considerare come 'unica offerta' tutte le offerte caratterizzate dal medesimo valore, e ciò sia se le offerte uguali si collocano 'al margine delle ali', sia se si collocano 'all'interno' di esse; b) il secondo periodo del comma 1 dell'art. 121, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (secondo cui "qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'art. 86, comma 1, del codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia") deve, a propria volta, essere interpretato nel senso che l'operazione di accantonamento deve essere effettuata considerando le offerte di eguale valore come 'unica offerta' sia nel caso in cui esse si collocano 'al margine delle ali', sia se si collocano 'all'interno' di esse

Militano, ad avviso dell'Alto consesso, in favore dell'adesione alla tesi del cd. 'blocco unitario' elementi di carattere testuale e di carattere teleologico.

Un primo argomento di carattere testuale è desumibile dal secondo periodo del comma 1 dell'art. 121, d.P.R. n. 207 del 2010 secondo cui "qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'art. 86, comma 1, del codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia". Tale disposizione sancisce il generalizzato obbligo di accantonare le offerte che presentino identico valore rispetto ad altre oggetto di accantonamento e non legittima (se non all'esito di complesse operazioni logiche che non rinvengono agevole conforto nella disposizione in questione) un'interpretazione volta a limitare l'accorpamento alla sola ipotesi di offerte collocate 'al margine' dell'ala e ad escluderlo nel caso di offerte collocate 'all'interno' dell'ala stessa.

Un secondo argomento di carattere testuale, che depona nel medesimo senso, è desumibile dalla comparazione fra il primo e il secondo periodo del più volte richiamato art. 121. Il primo periodo stabilisce che le offerte diverse da quelle interessate dal 'taglio' (e in relazione alle quali si opererà il computo delle medie di gara) vanno considerate in modo distinto e, per così dire, 'atomistico' ai fini di tale computo; il secondo periodo, invece, richiama in modo espresso l'applicazione del cd. 'criterio relativo' in relazione al caso delle offerte 'estreme' (senza peraltro legittimare distinzioni di sorta fra il caso di offerte poste al margine e di offerte poste all'interno delle ali).

Occorre quindi riconoscere la diversità disciplinare che caratterizza le due richiamate ipotesi, astenendosi dall'operare vere e proprie commistioni quali quelle proposte dalla tesi ad oggi minoritaria (la quale, a ben vedere, postula il concomitante operare

sia del criterio cd. 'assoluto', sia del criterio cd. 'relativo' all'interno di ipotesi sotto ogni aspetto omogenee, quali quelle relative alle offerte marginali interessate dal cd. 'taglio delle ali').

A supporto della conclusione, alla quale è pervenuta l'Adunanza plenaria, militano anche motivazioni di carattere sistematico, quale l'idoneità a ostacolare condotte colusive in sede di formulazione delle percentuali di ribasso e a evitare che identici ribassi possano limitare l'utilità dell'accantonamento ed ampliare in modo eccessivo la base di calcolo delle medie di gara, in tal modo rendendo inaffidabili i relativi risultati.

9.13. Avvalimento.

Con sentenza 30 ottobre 2017, n. 4982 la sez. V ha rimesso alla Corte di giustizia UE la questione se sia compatibile con l'art. 48 direttiva CE 31 marzo 2004, n. 18 una norma, come quella di cui all'art. 53, comma 3, d.lgs. 16 aprile 2006, n. 163, che ammette alla partecipazione un'impresa con un progettista "indicato" il quale ultimo, a sua volta, non essendo concorrente, non può ricorrere all'istituto dell'avvalimento. Ha chiarito la Sezione che la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha negato che il progettista indicato ai sensi dell'art. 53, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 (secondo cui "Quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. Il bando indica i requisiti richiesti per i progettisti, secondo quanto previsto dal capo IV del presente titolo (progettazione e concorsi di progettazione), e l'ammontare delle spese di progettazione comprese nell'importo a base del contratto") possa a sua volta fare uso di avvalimento, regolato dall'art. 49. Infatti tale norma prevede che solo "il concorrente" singolo, consorziato o raggruppato possa ricorrere all'avvalimento quale istituto di soccorso al concorrente in gara e non anche, dunque, chi si avvale di soggetto ausiliario a sua volta privo del requisito richiesto dal bando.

Ha aggiunto la Sezione che dall'art. 53, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 si evince che la norma solo statuisce che il progettista qualificato, del quale l'impresa concorrente intenda "avvalersi" in alternativa alla costituzione di un'A.T.I., va solo indicato, senza prescrivere che debbano anche prodursi le dichiarazioni dell'art. 49 per l'avvalimento, e imposte all'impresa ausiliaria avvalente (dichiarazione dell'impresa avvalente di impegno a mettere a disposizione dell'impresa avvalsa le risorse necessarie all'esecuzione del contratto; dichiarazione dell'impresa avvalente di non partecipare alla gara in proprio o quale associata o consorziata e di non trovarsi in situazioni di controllo *ex art. 34*, comma 2 con altra impresa contestualmente partecipante alla gara, ecc.) o all'impresa partecipante avvalsa (contratto di avvalimento intercorso con l'impresa ausiliaria avvalente). Da quanto sopra sembra discendere che, nel caso del sistema di selezione costituito dall'appalto integrato, il progettista prescelto dall'impresa partecipante e indicato alla stazione appaltante non assume la qualità di concorrente: questa spetta solo all'impresa concorrente, e il primo resta solo un collaboratore esterno, la cui posizione non ha diretto rilievo con l'Amministrazione appaltante. Se poi è lo stesso progettista indicato a ricorrere a sua volta a requisiti posseduti da terzi, si avrebbe, in sostanza, una catena di avvalimenti di "ausiliari dell'ausiliario": il che non

solo amplifica la carenza di rapporto diretto verso l'Amministrazione appaltante, ma è anche di ostacolo, a tutto concedere, a un agevole controllo da parte della stazione appaltante sul possesso dei requisiti dei partecipanti.

Ha peraltro ancora evidenziato la Sezione che per la giurisprudenza euromunitaria l'avvalimento si applica non ai soli concorrenti, ma a tutti gli operatori economici, tenuti a qualsiasi titolo a dimostrare il possesso dei requisiti in gara.

Sorge dunque il dubbio che un soggetto, come è il progettista qualificabile come mero "collaboratore dell'offerente", pur essendo tenuto a dimostrare i necessari requisiti di qualificazione previsti dal bando, in base al citato art. 53, comma 3, possa non essere qualificabile come operatore economico e, per questo fatto, non possa fare ricorso all'avvalimento: trattandosi di prestazione professionale, l'attività è incentrata sull'*intuitus personae*, per cui la personalità della prestazione ha un particolare rilievo.

9.14. Concessioni.

La sez. V (sentenza 27 luglio 2017, n. 3703) si è occupata della configurabilità o meno dell'obbligo di evidenza pubblica per i soggetti pubblici e privati titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici nei limiti di quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro, ove la concessione sia in essere alla data di entrata in vigore del codice dei contratti pubblici.

Ha affermato che tale obbligo, previsto dall'art. 177, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, è immediatamente operativo e il termine di ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore dello stesso Codice – previsto dal successivo comma 2 in relazione alle concessioni in essere per adeguarsi – è soltanto un termine finale, "entro" (e non a partire da) il quale deve essere raggiunta l'aliquota minima dell'80% di contratti affidati mediante gara; la conseguenza è che, mano a mano che i precedenti contratti vengono a scadenza, i nuovi contratti devono, sin da subito, essere affidati mediante gara. Ha chiarito la Sezione che la tesi contraria - secondo cui il termine di ventiquattro mesi sarebbe un termine iniziale (nel senso che l'obbligo diventerebbe operativo solo dopo ventiquattro mesi dall'entrata in vigore del Codice), oltre a non tenere conto del dato letterale (che individua nei ventiquattro mesi un termine massimo non superabile), porterebbe anche ad un differimento irragionevole (e non predeterminabile sotto il profilo temporale) del nuovo assetto pro-concorrenziale. Se si esclude, infatti, l'immediata operatività dell'obbligo nei primi ventiquattro mesi, per i contratti che vengono a scadenza o che vengono *ex novo* affidati in questo arco temporale il nuovo regime sarebbe applicabile solo a partire dalla data (di volta in volta diversa e, quindi, non predeterminabile *ex ante*) in cui si esaurisce il relativo rapporto contrattuale (ai ventiquattro mesi, quindi, andrebbe di fatto aggiunta la durata di volta in volta prevista dal contratto nelle more stipulato).

Sempre in tema di concessioni la sez. V (ord., 12 giugno 2017, n. 2808) ha rimesso alla Corte di giustizia alcune questioni sulla concessione del servizio del gioco del lotto. In particolare la Sezione ha sottoposto alla Corte di giustizia UE le seguenti questioni pregiudiziali: a) se il diritto dell'Unione - e, in particolare, il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi di non discriminazione,

trasparenza, libertà di concorrenza, proporzionalità e coerenza - debba essere interpretato nel senso che osta ad una disciplina come quella posta dall'art. 1, comma 653, l. 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di stabilità 2015) e dai relativi atti attuativi, che prevede un modello di concessionario *monoproviding* esclusivo in relazione al servizio del gioco del lotto, e non già per altri giochi, concorsi pronostici e scommesse; b) se il diritto dell'Unione - e, in particolare, il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi e la direttiva 2014/23/UE, nonché i principi di non discriminazione, trasparenza, libertà di concorrenza, proporzionalità e coerenza - debba essere interpretato nel senso che osta ad un bando di gara che prevede una base d'asta di gran lunga superiore ed ingiustificata rispetto ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativi, del tipo di quelli previsti dai punti 5.3, 5.4, 11, 12.4 e 15.3 del capitolato d'onere della gara per l'assegnazione della concessione del gioco del lotto; c) se il diritto dell'Unione - e, in particolare, il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché la direttiva 2014/23/UE, nonché i principi di non discriminazione, trasparenza, libertà di concorrenza, proporzionalità e coerenza - deve essere interpretato nel senso che osta ad una disciplina, che prevede l'imposizione di un'alternatività di fatto fra divenire assegnatari di una nuova concessione e continuare ad esercitare la libertà di prestazione dei diversi servizi di scommessa su base transfrontaliera, alternatività del tipo di quella che discende dall'art. 30 dello Schema di Convenzione, così che la decisione di partecipare alla gara per l'attribuzione della nuova concessione comporterebbe la rinuncia all'attività transfrontaliera, nonostante la legittimità di quest'ultima attività sia stata riconosciuta più volte dalla Corte di giustizia. Ha chiarito la Sezione che il cd. modello *monoproviding* esclusivo di fatto esclude dalla procedura selettiva le società medesime, unitamente a molti altri operatori del settore, riservando la partecipazione alla procedura stessa solo al concessionario uscente o, a tutto concedere, ad un ristretto numero di operatori di dimensioni straordinariamente elevate.

9.15. Revisione prezzi.

La sez. IV ha affrontato la tematica della revisione dei prezzi nei contratti afferenti ai cd. settori speciali.

Con ord. 22 marzo 2017, n. 1297 ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione Europea le questioni se: a) se sia conforme al diritto dell'Unione Europea (in particolare, con gli artt. 3, comma 3, TUE, artt. 26, 56/58 e 101 TFUE, 16 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) ed alla Direttiva n. 17/2004 l'interpretazione del diritto interno che escluda la revisione dei prezzi nei contratti afferenti ai cd. settori speciali, con particolare riguardo a quelli con oggetto diverso da quelli cui si riferisce la stessa Direttiva, ma legati a questi ultimi da un nesso di strumentalità (nel caso di specie, appalto del servizio di pulizia dei locali di una stazione ferroviaria); b) se la Direttiva n. 17/2004 (ove si ritenga che l'esclusione della revisione dei prezzi in tutti i contratti stipulati ed applicati nell'ambito dei cd. settori speciali discenda direttamente da essa), sia conforme ai principi dell'Unione Europea (in particolare, agli artt. 3, comma 1 TUE, 26, 56/58 e 101 TFUE, 16 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), "per l'ingiustizia, la sproporzionalità, l'alterazione dell'equilibrio contrattuale e, pertanto, delle regole di un mercato efficiente".

Ha chiarito la Sezione che l'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale; e ciò ai sensi dell'art. 217, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (che riproduce l'art. 20 della direttiva 2004/17/CE), a tenore del quale la disciplina dei settori speciali non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli artt. da 208 a 213 o per l'esercizio di tali attività in un Paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno della Comunità.

Ha poi aggiunto, con riferimento al caso sottoposto al proprio esame, che posta la previsione dei servizi di pulizia degli edifici e di gestione delle proprietà immobiliari negli allegati di entrambe le direttive europee (n. 17/2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, e n. 18/2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi), l'assoggettabilità dell'affidamento del servizio di pulizia alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità della pulizia all'attività speciale. Ha quindi chiarito che la pulizia rientra nella normativa dei settori speciali quando è funzionale a detta attività, il che si verifica qualora si tratti di proprietà immobiliari ed edifici, che costituiscano parte integrante delle reti di produzione, distribuzione e trasporto indicate negli artt. 208 e ss., d.lgs. n. 163 del 2006.

Con precipuo riferimento al servizio di pulizia delle stazioni, impianti, uffici ed officine dislocati. questi riguardano elementi necessari facenti parte della rete di trasporto ferroviario, deve ritenersi rientrare nella normativa dei settori speciali in quanto strettamente funzionale a detta attività di trasporto ferroviario, dal momento che detto servizio, lungi dal costituire un servizio antecedente, collaterale od aggiuntivo al servizio di trasporto, attiene proprio all'adeguato svolgimento di detto servizio, interessando esso proprietà immobiliari ed edifici che costituiscono elementi necessari della rete di trasporto ferroviario, visto che il servizio di trasporto (in particolare, di passeggeri), che è svolto con inizio nelle stazioni di accesso ai mezzi di trasporto (e che, dunque, si avvale di uffici, impianti ed officine a queste ed alla rete connessi), non può prescindere da un servizio di pulizia che assicuri condizioni igienico-sanitarie adeguate, non solo a coloro che operano nel servizio trasporti medesimo, ma anche a tutti coloro (i passeggeri) che del servizio trasporti costituiscono gli utenti.

Quanto poi alla rimessione alla Corte di giustizia, il rinvio era stato chiesto dall'appellante secondo cui la disciplina nazionale, nella parte in cui porta ad escludere la revisione dei prezzi nel settore dei trasporti e, segnatamente, anche nei relativi contratti di pulizia, viola la direttiva 31 marzo 2004, n. 17. Essa "risulta una disciplina ultronea e ingiustificata rispetto a quella comunitaria, ingiustamente sproporzionata e tale da porre l'impresa "ausiliaria" (aggiudicataria di un'attività quale quella di pulizia) in posizione di soggezione e di debolezza nei confronti dell'impresa (essa sì)

esercente il servizio pubblico”, producendosi in tal modo “un ingiusto e sproporzionato disequilibrio contrattuale”, per effetto della disciplina legislativa italiana che “finisce per alterare le regole di funzionamento del mercato”.

Stante la richiesta di parte il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’Unione Europea, sia di interpretazione che di validità, si rende necessario, da parte del giudice di ultima istanza, alla luce di quanto affermato dalla consolidata giurisprudenza della stessa Corte di giustizia (*ex plurimis*, in ordine al rinvio pregiudiziale, sez. IV, 18 luglio 2013 C-136/12 laddove essa precisa, par. 25, che : “... qualora non esista alcun ricorso giurisdizionale avverso la decisione di un giudice nazionale, quest’ultimo è, in linea di principio, tenuto a rivolgersi alla Corte ai sensi dell’art. 267, terzo comma, TFUE quando è chiamato a pronunciarsi su una questione di interpretazione del predetto Trattato”; in ordine al rinvio di validità, nel senso dell’obbligatorietà assoluta del medesimo, Corte giust. comm. ue 6 dicembre 2005, C-461/03; 21 marzo 2000, C-6/99).

10. Servizi pubblici.

10.1. Servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia.

La sez. V, con ord. 29 maggio 2017, n. 2554 ha rimesso alla Corte di giustizia quesiti interpretativi concernenti i servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia.

In particolare, ha rimesso alla Corte di giustizia i quesiti interpretativi: a) se l’art. 5, par. 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 (in particolar modo per quanto concerne il divieto – di cui alle lett. “b” e “d” – per un operatore interno, di partecipare a gare *extra moenia*), debba o meno trovare applicazione anche agli affidamenti aggiudicati in epoca precedente all’entrata in vigore del medesimo regolamento; b) se sia astrattamente riconducibile alla qualifica di ‘operatore interno’ – ai sensi del medesimo regolamento ed in eventuale analogia di ratio con la giurisprudenza formatasi sull’istituto dell’*in house providing* – una persona giuridica di diritto pubblico titolare di affidamento diretto del servizio di trasporto locale ad opera dell’Autorità statale, laddove la prima sia direttamente collegata alla seconda sotto il profilo organizzativo e di controllo ed il cui capitale sociale sia detenuto dallo Stato medesimo (integralmente o *pro quota*, in tal caso unitamente ad altri enti pubblici); c) se, a fronte di un affidamento diretto di servizi ricadenti nell’ambito di disciplina del regolamento (CE) n. 1370/2007, il fatto che, successivamente all’affidamento, l’Autorità statale di cui si è detto istituisca un ente pubblico amministrativo dotato di poteri organizzativi sui servizi in questione (rimanendo peraltro in capo allo Stato l’esclusivo potere di disporre del titolo concessorio) – ente che non esercita alcun “controllo analogo” sull’affidatario diretto dei servizi – sia o meno una circostanza idonea a sottrarre l’affidamento in questione al regime dell’art. 5, par. 2, del regolamento; d) se l’originaria scadenza di un affidamento diretto oltre il termine trentennale del 3 dicembre 2039 (termine decorrente dalla data di entrata in vigore del regolamento (CE) 1370/2007) comporti comunque la non conformità dell’affidamento ai principi di cui al combinato disposto degli artt. 5 ed 8, par. 3, del medesimo regolamento, ovvero se detta irregolarità debba considerarsi automaticamente sanata, ad ogni fine giuridico, per implicita riduzione *ex lege* (art. 8, par. 3, cpv) a tale termine trentennale.

La Sezione ha affrontato la questione relativa all'interpretazione e all'applicazione, ai fini della loro attuazione nell'ordinamento nazionale, delle disposizioni del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007, che istituisce un quadro normativo comune per i servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, abrogando altresì i precedenti regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70.

Analoga rimessione è stata disposta con la successiva ord. 29 maggio 2017, n. 2555. Ha preliminarmente affermato che il par. 3 dell'art. 8 del regolamento (CE) n. 1370/2007 – nel momento in cui dispone che, ai fini dell'applicazione del par. 2, non si tiene conto degli affidamenti già in essere all'entrata in vigore del regolamento medesimo, laddove soddisfino le condizioni poste dal medesimo par. 3 – semplicemente si limiti a chiarire che tali affidamenti (anche ove assegnati senza il ricorso a procedure di gara) potranno continuare ad operare anche dopo il 3 dicembre 2019 (alla scadenza cioè del periodo transitorio decennale entro il quale gli Stati membri dovranno adeguare la propria legislazione interna per prevedere l'aggiudicazione dei servizi di trasporto tramite gara). A tal fine il regolamento individua, comunque, un termine massimo di durata trentennale (art. 8, par. 3). Per contro, la disposizione in esame non potrebbe altresì interpretarsi come idonea a legittimare il diritto di tali operatori a partecipare alle gare *extra moenia*.

Con riferimento al contenuto da attribuire alla nozione di “operatore interno” di cui all'art. 2, lett. j, del regolamento, ha affermato la Sezione che tale figura pare mutuare i propri caratteri costitutivi essenziali sulla figura – inizialmente di creazione giurisprudenziale – dell'*in house providing* – seppure non possa parlarsi di una perfetta ed integrale sovrapposizione, attesa la particolarità dei servizi pubblici di trasporto cui si riferisce il regolamento, aventi eminente attitudine alla redditività. Se così è, il divieto di partecipazione a gare *extra moenia* appare rispondente alle indicazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di *in house providing*. Pare quindi astrattamente ascrivibile – fermi ovviamente i concreti riscontri del caso, di competenza del giudice nazionale – alla nozione di “operatore interno” un operatore economico interamente posseduto e controllato dallo Stato (ovvero, pro quota, anche da altri enti pubblici), che ne nomina in tutto o in parte (rilevante) gli organi sociali, ovvero esercita un potere tutorio, nonché beneficiario di affidamenti diretti disposti con atto unilaterale d'imperio (di natura amministrativa o legislativa, tal ultima ipotesi essendo riconosciuta dall'art. 2, lett. i, del regolamento).

Quanto all'individuazione dell'autorità competente ai sensi del regolamento, cui riferire il “controllo analogo”. L'importanza della problematica discende invece dalle questioni precedentemente poste all'interpretazione della Corte di giustizia, trattandosi di un presupposto logico imprescindibile per poter correttamente delibare in merito all'applicabilità o meno, nel caso di specie, del divieto di partecipazione alle gare *extra moenia* di cui all'art. 5 del regolamento. Ad avviso della Sezione l'ampiezza della definizione datane dal regolamento all'art. 2, lettera “B” (“un'Amministrazione pubblica o un gruppo di Amministrazioni pubbliche di uno Stato membro, o di Stati membri, che ha il potere di intervenire nei trasporti pubblici di passeggeri in una zona geografica determinata, o qualsiasi altro organismo investito di tale potere”), non consente di escludere che, pur in presenza di organismi amministrativi di organizzazione

e controllo, rientri in tale contesto l'Amministrazione titolare del reale potere concessorio, tanto più quando i predetti organismi amministrativi non dispongono di poteri in grado di conformare ad un pubblico interesse (modificandone, se del caso, titolarità, modalità, oggetto ed attribuzioni) il rapporto su cui si verte.

Infine, quanto al rinvio pregiudiziale sulla portata del termine massimo trentennale di durata degli affidamenti diretti che siano rimasti in vita al momento dell'entrata in vigore del regolamento, l'art. 8, par. 3 prevede – per quanto rileva ai fini del contenzioso nazionale – che “i contratti di cui alle lett. b) e c) possono restare in vigore fino alla loro scadenza, ma per non più di 30 anni”. Il quesito, che si pone alla Corte di giustizia, non concerne l'individuazione della durata massima dell'affidamento (che sicuramente non potrebbe eccedere i trenta anni, stante l'inequivoco tenore della norma regolamentare), bensì se un affidamento diretto di durata maggiore – e, come tale, formalmente in contrasto con i principi di cui al combinato disposto degli artt. 5 ed 8, par. 3, del regolamento – possa in qualche modo dirsi successivamente “sanato” da tale vizio in ragione dell'automatica “riduzione” *ope legis* del termine di efficacia, ovvero se tale contrarietà – in quanto tale – continui a sussistere (a prescindere dal fatto che poi, in concreto, l'affidamento non potrà più dispiegare effetti dopo una certa data). Il dubbio, a maggior ragione, si pone in quei casi nei quali un termine di scadenza eccedente il trentennio sia stato fissato, con atto dell'Autorità pubblica competente, dopo che già era entrato in vigore il regolamento (CE) 1370/2007.

11. Beni ambientali e culturali.

11.1. Compatibilità ambientale del gasdotto dell'Adriatico *Trans Adriatic Pipeline* (Tap) e principio di precauzione.

Con sentenza 27 marzo 2017, n. 1392, la sez. IV ha pronunciato sul ricorso proposto dalla Regione Puglia e da un Comune per l'annullamento del decreto del Ministro dell'ambiente, della tutela del territorio e del mare, con il quale era stata rilasciata la valutazione di impatto ambientale sul progetto di realizzazione del gasdotto denominato "*Trans Adriatic Pipeline* - TAP", nonché il successivo provvedimento del Ministero dello sviluppo economico che, all'esito della deliberazione del Consiglio dei Ministri – resasi necessaria, ai sensi dell'art. 14 quater, l. 7 agosto 1990, n. 241, a fronte del dissenso espresso dalla Regione Puglia sul progetto TAP – ha approvato detto progetto.

Ha chiarito la sezione che il giudizio di compatibilità ambientale, pur reso sulla base di oggettivi criteri di misurazione pienamente esposti al sindacato del giudice, è attraversato da profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa sul piano dell'apprezzamento degli interessi pubblici in rilievo e della loro ponderazione rispetto all'interesse dell'esecuzione dell'opera; apprezzamento che è sindacabile dal giudice amministrativo, nella pienezza della cognizione del fatto, soltanto in ipotesi di manifesta illogicità o travisamento dei fatti, nel caso in cui l'istruttoria sia mancata o sia stata svolta in modo inadeguato e risulti perciò evidente lo sconfinamento del potere discrezionale riconosciuto all'Amministrazione. Ad avviso della Sezione non può disconoscersi che le valutazioni tecniche complesse, rese in sede di VIA, sono censurabili per macroscopici vizi di irrazionalità proprio in considerazione del fatto che le

scelte dell'Amministrazione, che devono essere fondate su criteri di misurazione oggettivi e su argomentazioni logiche, non si traducono in un mero e meccanico giudizio tecnico, in quanto la valutazione d'impatto ambientale, in quanto finalizzata alla tutela preventiva dell'interesse pubblico, presenta profili particolarmente elevati di discrezionalità amministrativa, che sottraggono al sindacato giurisdizionale le scelte effettuate dall'Amministrazione, che non siano manifestamente illogiche e incongrue.

Ha aggiunto la Sezione che legittimamente due opere distinte, anche se tra loro connesse, sono sottoposte ad autonoma valutazione di impatto ambientale, non essendo necessario procedere ad una VIA congiunta sulle diverse opere, tra loro collegate da un vincolo teleologico. La *ratio* della giurisprudenza, che pretende in determinati casi una valutazione di impatto ambientale unica, riposa soltanto sulla esigenza di evitare artificiosi frazionamenti dell'opera volti a sottrarre quest'ultima dall'esame ambientale. Ma nel caso del gasdotto dell'Adriatico *Trans Adriatic Pipeline*, è evidente che si tratti di opere distinte seppure connesse e, soprattutto, considerato che entrambe le opere sono sottoposte a VIA, non è configurabile alcuna ragione sostanziale per applicare l'arresto giurisprudenza che prevede una sanzione per condotte "elusivie", impostate su artificiosi frazionamenti di una opera unica in distinti segmenti.

La Sezione ha poi affermato che è legittimo il giudizio positivo di compatibilità ambientale subordinato all'ottemperanza di prescrizioni o condizioni, poiché una valutazione condizionata di impatto costituisce un giudizio allo stato degli atti integrato dall'indicazione preventiva degli elementi capaci di superare le ragioni del possibile dissenso, in ossequio al principio di economicità dell'azione amministrativa e di collaborazione tra i soggetti del procedimento. Ha quindi ricordato che la sede del Consiglio dei Ministri, destinata al superamento dei dissensi insorti in conferenza di servizi e al raggiungimento delle intese, non può che rifarsi (ove si constati il permanere di un dissenso) alle valutazioni tecniche in precedenza emerse (salve ipotesi riposanti nella emergenza di un fatto/dato nuovo e prima non preso in esame o di radicale carenza di istruttoria), senza per questo doversi pretendere la reiterazione di argomentazioni già esplorate, ben potendo la motivazione essere espressa *per relationem*.

Ha aggiunto che il cd. "principio di precauzione", di derivazione comunitaria, impone che quando sussistono incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, possono essere adottate misure di protezione senza dover attendere che siano pienamente dimostrate l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi: il principio di precauzione, infatti, lungi dal vietare l'adozione di qualsiasi misura in mancanza di certezza scientifica quanto all'esistenza o alla portata di un rischio sanitario, può, all'opposto, giustificare l'adozione, da parte del legislatore dell'Unione, di misure di protezione quand'anche permangano in proposito incertezze scientifiche.

Ha chiarito la Sezione che le preoccupazioni in materia di implementazione dei rischi sulla salute umana sono sempre da scrutinare con particolare attenzione, e può apparire suggestivo l'argomento critico fondato sull'equazione che vede l'amplificarsi di detti rischi legato all'incremento dell'attività industriale, invasiva dell'ambiente. Senonché, per garantire effettivamente l'attuazione del detto principio (senza per questo pervenire ad affermazioni contrarie alla stessa essenza del medesimo che, muovendo dalla massima di esperienza secondo cui "ciò che è nuovo è anche ignoto", esprimano un aprioristico ostracismo verso ogni forma di intervento che possa impattare sul

bene-ambiente), non è possibile prescindere dal dato tecnico e – insieme - ci si deve attestare su quest'ultimo, ove lo stesso non si presti ad essere sospettato di inaffidabilità, superficialità, ovvero abnormità/irragionevolezza.

In ossequio a quanto previsto dall'art. 191 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea l'obbligo giuridico di assicurare un "elevato livello di tutela ambientale", con l'adozione delle migliori tecnologie disponibili, è finalizzato ad anticipare la tutela, poi da apprestarsi in sede legislativa, a decorrere dal momento in cui si profili il rischio di un danno poi da riparare; e ciò ai fini sia della sua prevenzione, ove possibile, sia del suo contenimento, in applicazione del richiamato principio di precauzione. Tale principio generale assume quindi rilevanza – e, come tale, è direttamente cogente per tutte le Pubbliche amministrazioni – soprattutto nel settore della salute, con una valenza non solo programmatica, ma direttamente imperativa nel quadro degli ordinamenti nazionali, vincolati ad applicarlo qualora sussistano incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone.

L'obbligo giuridico di assicurare un "elevato livello di tutela ambientale" (con l'adozione delle migliori tecnologie disponibili), in applicazione del richiamato principio di precauzione, ha trovato ampio riconoscimento, ancorché sia menzionato nel Trattato soltanto in relazione alla politica ambientale, da parte degli organi comunitari anche nel settore della salute: qualora sussistano incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, le istituzioni comunitarie possono adottare misure di tutela senza dover attendere che siano approfonditamente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi. Detto principio generale integra, quindi, un criterio orientativo generale e di larga massima che deve caratterizzare non soltanto le attività normative, ma prima ancora quelle amministrative, come prevede espressamente l'art. 1, l. 7 agosto 1990, n. 241, ove si stabilisce che "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta ... dai principi dell'ordinamento comunitario". In coerenza con l'affermato principio si deve riconoscere all'Amministrazione il potere di adottare ogni provvedimento ritenuto idoneo a prevenire rischi, anche solo potenziali, alla salute.

Tutto ciò chiarito in termini generali, la Sezione ha concluso che al terminale di ricezione del gasdotto (PRT) dell'Adriatico non si applica la normativa "Seveso" di cui al d.lgs. 17 agosto 1999, n. 334 (integrante attuazione della direttiva 96/82/CE relativa al controllo dei pericoli di incidenti rilevanti connessi con determinate sostanze pericolose) e, dunque, non occorre il previo rilascio del nulla osta di fattibilità (Nof) da parte del competente Comitato tecnico regionale. L'unico modo per ricondurre il terminale di ricezione sotto la disciplina del d.lgs. n. 334 del 1999 riposerebbe nel positivo riscontro che ivi siano svolte attività di manipolazione del gas naturale. Il giudice di appello ha però escluso che possa ricorrersi al concetto di manipolazione quanto alla sporadica – seppure possibile – attività di variazione della pressione e di riscaldamento, che il gas naturale proveniente dal gasdotto TAP subisce prima di essere immesso nella rete nazionale di distribuzione, la cui temperatura non può essere inferiore a 3°C in quanto ci si troverebbe al cospetto di una variazione limitata della pressione e della temperatura (quest'ultima di pochi gradi centigradi), viaggiando il gas naturale dalla stazione albanese a quella italiana sempre nello stato gassoso (e non liquido).

11.2. Autorizzazione alla costruzione e all'esercizio di un cavidotto sottomarino per adduzione di energia elettrica.

La sez. VI, con sentenza 27 luglio 2017, n. 3759, ha pronunciato in materia di autorizzazione alla costruzione e all'esercizio di un cavidotto sottomarino per adduzione di energia elettrica in corrente continua, congiungente l'Italia e l'Albania.

Ha premesso che il posizionamento del cavidotto di attraversamento del mare Adriatico implica un'inevitabile invasione delle acque territoriali del Paese extraeuropeo e l'installazione delle stazioni di conversione e connessione alla locale rete elettrica implica, a propria volta, il posizionamento di strutture immobili su suolo straniero, ossia tutti interventi che presuppongono esservi stato il consenso delle competenti Autorità albanesi.

Ha ancora osservato che il progetto non può essere considerato idoneo ad impattare negativamente sull'ambiente di un altro Stato dell'Unione europea per la semplice considerazione che l'Albania non è parte di tale Unione. Ne consegue che le norme in materia di VAS contenute nella parte seconda del Codice dell'ambiente, di cui al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, non possono ritenersi di diretta applicazione ad un caso quale quello in esame, avuto riguardo alla matrice europea dei principi e delle norme uniformi cui detto Codice si ispira e delle quali esso funge da strumento di trasposizione nell'ordinamento nazionale.

La Sezione ha aggiunto che le intese preventivamente (ed evidentemente già) raggiunte con lo Stato estero, quanto alla realizzazione dell'unitario progetto in questione, escludono in radice che nella specie potesse essere poi presa in considerazione, in sede procedurale amministrativa, la cd. "opzione zero".

11.3. Vincolo preliminare di notevole interesse pubblico.

Con ord. 12 giugno 2017, n. 2838 la sez. IV ha rimesso all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione se, a mente del combinato disposto degli artt. 140, 141 e 157, comma 2, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali) – come modificati dapprima con il d.lgs. 24 marzo 2006, n. 157, e poi, con il d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63 – le proposte di vincolo formulate prima dell'entrata in vigore del medesimo decreto legislativo, e per le quali non vi sia stata conclusione del relativo procedimento con l'adozione del decreto ministeriale recante la dichiarazione di notevole interesse pubblico, cessino di avere effetto.

La Sezione ha premesso che l'art. 157, comma 2, d.lgs. n. 42 del 2004 prevede che le disposizioni si applicano anche agli immobili ed alle aree in ordine ai quali, alla data di entrata in vigore del Codice, sia stata formulata la proposta ovvero definita la perimetrazione ai fini della dichiarazione di notevole interesse pubblico o del riconoscimento quali zone di interesse archeologico. Nel contesto antecedente al Codice dei beni culturali, la tutela dei valori paesaggistici si esplicava fin dal momento in cui la proposta è pubblicata nell'albo del o dei Comuni interessati e la durata della misura cautelativa o anticipatoria di tutela durava fino alla approvazione del vincolo, senza indicazione di termine di efficacia della misura ovvero di decadenza dal potere di emanazione del provvedimento finale.

Per effetto delle modifiche introdotte all'art. 141, d.lgs. n. 42 del 2004 - dapprima con il d.lgs. 24 marzo 2006, n. 157, e poi, segnatamente, con il d.lgs. 26 marzo 2008, n.

63 - il comma 5 del suddetto articolo prevede ora che “se il provvedimento ministeriale di dichiarazione non è adottato nei termini di cui all’art. 140, comma 1, allo scadere di detti termini, per le aree e gli immobili oggetto della proposta di dichiarazione, cessano gli effetti di cui all’art. 146, comma 1” (cioè i particolari limiti imposti ai proprietari, possessori o detentori dei beni che “non possono distruggerli, né introdurre modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione”).

In sostanza, il decreto deve essere emanato “entro sessanta giorni dalla data di scadenza dei termini di cui all’art. 139, comma 5”, data che coincide con quella in cui scade il termine di trenta giorni successivi al periodo di novanta giorni di pubblicazione della proposta di vincolo all’albo pretorio.

La Sezione ha aggiunto che, sugli effetti della proposta di vincolo formulata prima dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 42 del 2004, si sono formati due orientamenti.

Un primo, prevalente orientamento ha ritenuto che le proposte di vincolo avanzate prima dell’entrata in vigore del Codice dei beni culturali, ancorché i relativi procedimenti non si siano conclusi, non risentono delle modifiche introdotte all’art. 141 dal d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63, di modo che, per un verso, vi è sempre la possibilità, per l’Amministrazione, di emanare il provvedimento di dichiarazione; per altro verso, perdurano gli effetti di tutela “anticipata”, di cui all’art. 146, comma 1, del Codice.

A sostegno di tale orientamento si è sostenuto che il legislatore del 2008, a fronte dell’introduzione della perdita di efficacia delle misure di tutela per il mancato rispetto del termine di adozione del decreto ministeriale, non ha invece modificato l’art. 157, comma 2, del Codice, né questo contiene un “rinvio mobile”, di modo che le forme di decadenza successivamente introdotte (dd.lgs. nn. 157 del 2006 e 63 del 2008), non sono applicabili alle proposte formulate antecedentemente alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 42 del 2004. Si è aggiunto che al contrario, il ritenere applicabile anche alle antecedenti proposte il sopravvenuto regime decadenziale (*rectius*, di perdita di efficacia delle misure di tutela) costituirebbe un’applicazione retroattiva delle norme, contrastante anche con il principio del *tempus regit actum*, e che la “insensibilità” delle antecedenti proposte al nuovo regime si giustifica, sul piano logico – sistematico e secondo una interpretazione costituzionalmente orientata, con finalità di tutela del paesaggio, in attuazione concreta dell’art. 9 Cost., posto che, diversamente opinando, si avrebbe (come sostenuto dalla sentenza impugnata) “una indiscriminata e generalizzata decadenza di tutte le proposte di vincolo non ancora approvate presenti sull’intero territorio nazionale indipendentemente dalla data della loro formulazione, entro i brevissimi tempi di decadenza previsti dall’art. 141, d.lgs. n. 42 del 2004”.

Un secondo orientamento ha affermato che non può sussistere una categoria di “proposte di vincolo”, alle quali non si applica il nuovo regime decadenziale.

Con sentenza 22 dicembre 2017, n. 13 l’Adunanza plenaria ha affermato che il combinato disposto – nell’ordine logico – degli artt. 157, comma 2, 141, comma 5, 140, comma 1 e 139, comma 5, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, deve interpretarsi nel senso che il vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico formulate prima dell’entrata in vigore del medesimo decreto legislativo

– come modificato con il d.lgs. 24 marzo 2006, n. 157 e con il d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63 – cessa qualora il relativo procedimento non si sia concluso entro 180 giorni.

L'Adunanza plenaria ha ritenuto preferibile la tesi minoritaria della discontinuità, che postula la cessazione degli effetti delle proposte di vincolo sulla base del dato logico-sistematico, ravvisando tuttavia l'esigenza di arricchirne (e in parte modificarne) le argomentazioni e individuarne gli effetti.

La questione, ad avviso dell'alto Consesso, deve essere risolta su un altro piano: il rapporto tra (perdita di) efficacia delle proposte e (perdita di) efficacia del vincolo preliminare sul bene che ne costituisce oggetto. Nel ragionamento di entrambi gli orientamenti (cd. di continuità e di discontinuità), muovendo dalla tacita premessa che la proposta di vincolo ha natura dichiarativa, si ritiene che i due momenti non siano separabili.

L'Adunanza plenaria ha chiarito, tra l'altro, che, sul piano teleologico, la tesi della discontinuità si giustifica alla luce della considerazione, da parte del legislatore, di una pluralità di valori costituzionali, quali, oltre quello del paesaggio, la protezione della proprietà privata (art. 41 Cost., nonché art. 1 del I protocollo addizionale alla CEDU e quindi art. 117 Cost.) e il buon andamento della Pubblica amministrazione. Può ulteriormente aggiungersi che la tesi della continuità si pone in conflitto con il canone della ragionevolezza, poiché ammette che il vincolo preliminare possa essere efficace anche a distanza di numerosi anni dalla proposta, ancorché da tempo sia stata introdotta nel Codice una disposizione che ne sancisce la perdita di efficacia.

L'immagine delle "super proposte", coniate per le proposte di vincolo più antiche, è uno stratagemma retorico per evidenziare l'irrazionalità di una soluzione che punti a conservarne l'effetto vincolante a distanza di molti anni e al subentrare di una disciplina che ne prevede la decadenza allo spirare del termine fissato per la conclusione del procedimento.

Tale argomento non sembra possa essere superato dalla possibilità, per il privato, di esperire l'azione contro l'inerzia prevista dal Codice del processo amministrativo. Ed infatti, gravare il privato dell'onere di agire per la conclusione di un procedimento d'ufficio, diretto a vincolare la sua proprietà, appare obiettivamente paradossale.

11.4. Istituzione del Parco archeologico del Colosseo.

La sentenza della VI sez. 24 luglio 2017, n. 3665 è intervenuta sulla questione relativa al cd. Parco archeologico del Colosseo. La vicenda ha origine dal decreto del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, con il quale è stato istituito il Parco archeologico del Colosseo e dal successivo decreto del Direttore generale del Ministero, che ha indetto una selezione pubblica internazionale per il conferimento dell'incarico di direttore del suddetto Parco.

La Sezione ha accolto l'appello del Ministero proposto contro una sentenza del Tar Lazio, che aveva a sua volta accolto il ricorso di Roma Capitale in relazione all'istituzione del Parco archeologico del Colosseo.

Il Consiglio di Stato si è pronunciato su due questioni: quella del ruolo di Roma Capitale, nell'ambito di un procedimento amministrativo finalizzato alla creazione di un ufficio dirigenziale statale di livello generale, e quella della fonte istitutiva.

La prima riguarda la necessità di coinvolgere, per assicurare il principio di leale collaborazione, Roma Capitale nella fase di istituzione del Parco archeologico.

Ha Sezione ha ricordato che le funzioni amministrative riferite alla valorizzazione di beni presenti nel territorio di Roma e appartenenti allo Stato non vengano assegnate a Roma Capitale in via esclusiva, consentendone una gestione unilaterale, ma si è prevista una forma di cogestione mediante il ricorso allo strumento, disciplinato dall'art. 15, l. 7 agosto 1990, n. 241, degli accordi pubblici tra Amministrazione statale e locale. Essi costituiscono, pertanto, una particolare attuazione dello stesso principio di leale collaborazione.

Il Ministero e Roma Capitale hanno stipulato l'accordo di valorizzazione. Tale accordo ha: a) come oggetto, la definizione delle strategie e degli obiettivi comuni di "valorizzazione dell'Area Archeologica Centrale di Roma"; b) come finalità, promuovere la conoscenza, sostenere la conservazione e assicurare le migliori condizioni di uso e fruizione pubblica dell'area predetta "attraverso un'azione programmatica comune improntata alla collaborazione tra i soggetti sottoscrittori nell'individuazione degli obiettivi comuni e nell'attuazione dei relativi interventi"; c) sempre come finalità, la creazione di un "apposito ente, di natura consortile non imprenditoriale di diritto pubblico denominato 'Consorzio Fori Romani'", al quale affidare il compito di elaborare e sviluppare il piano strategico di sviluppo culturale e di valorizzazione delle aree in questione. Le altre disposizioni dell'accordo disciplinano: a) le linee strategiche, che vengono specificate e che attengono alla attuazione di misure di valorizzazione dell'area in questione; b) gli obiettivi da conseguire, che vengono anch'essi specificati; c) la disciplina del Consorzio; d) la durata, le risorse e gli impegni.

Il decreto, che ha creato l'ufficio dirigenziale, Parco archeologico del Colosseo, attiene specificamente all'organizzazione ministeriale.

L'istituzione di tale ufficio attiene al *proprium* dell'organizzazione, in quanto serve ad individuare organi di rilevanza esterna con competenze specifiche che pongono in essere attività imputabile al Ministero. La titolarità delle competenze legislative e amministrative spetta in via esclusiva al soggetto istituzionale che crea e articola la propria organizzazione. Già a livello costituzionale l'art. 117 Cost. è chiaro nel ripartire tra Stato e Regioni le funzioni legislative esclusive in materia di organizzazione statale e organizzazione delle autonomie regionali e locali. Non sono previste forme di cooperazione proprio perché il disegno organizzativo spetta al soggetto che quel disegno vuole attuare. Tale esclusività nell'esercizio delle funzioni legislative si proietta anche a livello di competenze amministrative. Le leggi statali e regionali di regolazione dell'organizzazione assegnano a propri atti la regolazione della fase di attuazione. Non sarebbe conforme al modello delineato, in mancanza di una espressa e giustificata previsione, postulare, evocando il principio di leale collaborazione, un coinvolgimento delle Regioni o degli enti locali (nella specie, di Roma Capitale) nel momento di regolazione della fase afferente all'organizzazione degli uffici statali e alla costruzione delle relazioni organizzative tra gli uffici stessi.

E' ben vero, ha affermato la Sezione, che su un piano di teoria generale si è messa più volte in evidenza la stretta connessione esistente tra organizzazione e attività amministrativa, ma ciò nel senso che una efficiente ed efficace organizzazione amministrativa è strettamente funzionale ad assicurare il principio di buon andamento nella fase

di svolgimento delle funzioni amministrative. Tale connessione non può, però, consentire che si spostino a livello organizzativo le regole che la Costituzione e le fonti primarie hanno previsto a livello di attività amministrativa. Né varrebbe evocare, per giungere ad una conclusione diversa, la circostanza che la disposta riorganizzazione degli uffici dirigenziali comporterebbero l'attribuzione al Parco della maggiore parte degli introiti derivanti dalla vendita dei biglietti di accesso al Parco e conseguente riduzione delle risorse per la Soprintendenza speciale. Si tratta, infatti, di profili che non coinvolgono Roma Capitale, atteso che vengono in rilievo risorse statali che, con il nuovo atto, sono diversamente distribuite tra uffici appartenenti all'Amministrazione ministeriale. Né, infine, varrebbe richiamare la giurisprudenza costituzionale, che ha sancito la regola del rispetto del principio di leale collaborazione nei casi in cui vi sia una concorrenza di competenza in materia di tutela e valorizzazione dei beni culturali che non possa essere risolta secondo la tecnica della prevalenza. Si tratta, infatti, di una affermazione svolta con riferimento all'esercizio delle funzioni legislative con applicazione della regola collaborativa tra Stato e Regioni nella fase di attuazione della legge e, dunque, nel momento di concreto esercizio delle funzioni amministrative. In altri termini, l'orientamento della giurisprudenza costituzionale chiama in causa le Regioni e le funzioni amministrative, e non Roma Capitale e l'organizzazione statale. L'esigenza di assicurare il principio di leale collaborazione viene in rilievo nella seconda fase, che è quella della gestione dei beni.

La seconda questione affrontata dalla Sezione è relativa alla natura della fonte istitutiva del Parco. I giudici d'appello hanno ritenuto che la legge speciale di disciplina della materia autorizzasse il Ministero ad adottare un decreto non regolamentare.

Dall'analisi del piano normativo generale risulta come, nell'impostazione della l. 23 agosto 1988, n. 400, il potere di organizzazione dei Ministeri deve essere esercitato nella forma dei "regolamenti di delegificazione" e, dunque, di atti secondari normativi, il che implica che la loro entrata in vigore, in virtù dell'autorizzazione generale contenuta nella fonte primaria in esame, comporta abrogazione delle leggi che disciplinavano la materia. Nell'impostazione del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300 l'organizzazione degli uffici di livello dirigenziale generale può avvenire sia con decreti aventi natura regolamentare, sia con decreti non aventi tale natura. Nell'impostazione del d.l. 24 aprile 2014, n. 66, anche per ragioni di riduzione di spesa, i regolamenti di organizzazione dei Ministeri possono essere adottati nella forma del decreto del Presidente del Consiglio di Ministri in relazione ai quali è prevista, tra l'altro, soltanto la facoltà di richiedere il parere del Consiglio di Stato.

Dall'analisi del piano normativo specifico, relativo all'organizzazione del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, risulta la volontà del legislatore, in coerenza con le peculiarità del Ministero, di seguire un percorso normativo, in parte differente. Il legislatore e il Governo sono intervenuti con una progressione di atti, incidenti su una materia omogenea, finalizzati alla riforma dell'organizzazione ministeriale che si sono innestati sull'impianto generale definito con il d.P.C.M del 2014. In questo contesto il decreto censurato, che rappresenta una singola fase di tale percorso, è stato adottato in attuazione della l. 11 dicembre 2016, n. 232 e, quindi, nella legittima forma non regolamentare da essa prevista.

La sentenza ha quindi concluso nel senso che la fonte primaria di autorizzazione non deve rinvenirsi nella disciplina generale di cui all'art. 17, comma 4 *bis*, l. n. 400 del 1988, ma nelle fonti primarie di autorizzazione speciale, con conseguente legittima adozione di un atto non regolamentare.

11.5. Nomina, con selezione pubblica internazionale, del Direttore del Parco archeologico del Colosseo.

Con altra sentenza (la n. 3666 del 24 luglio 2017) la sez. VI ha invece esaminato l'appello, proposto dal Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo sulla sentenza del Tar Lazio, che aveva annullato la nomina, con selezione pubblica internazionale, del Direttore del Parco archeologico del Colosseo. Ad avviso del giudice di primo grado “allo stato attuale della legislazione (...) la normativa italiana pone un chiaro ed insormontabile sbarramento alla partecipazione di soggetti, non provvisti del requisito della cittadinanza italiana, a procedure concorsuali nella Pubblica amministrazione in relazione a posti di livello dirigenziale generale comportanti esercizio di poteri autoritativi”, tra i quali deve essere ricompreso il posto di direttore del Parco archeologico.

La sentenza ha preliminarmente fatto un puntuale *excursus* della normativa europea e nazionale.

Sul piano costituzionale, l'art. 51, comma 1, Cost. prevede che “Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini”. Il comma 2 dispone che “La legge può, per l'ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive, parificare ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica”. L'art. 54, comma 2, Cost. prevede che “I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge”. Tali norme non contemplano una “riserva” a favore dei cittadini italiani degli uffici pubblici. Il Consiglio di Stato (sez. II, 20 gennaio 1990, n. 234) aveva già avuto modo di affermare che l'art. 51 “non mira a riservare ai cittadini italiani l'accesso ai pubblici uffici, ma mira a garantire l'uguaglianza dei cittadini senza discriminazioni o limiti e, nel prevedere la possibilità di parificare – con legge nazionale – ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica, si caratterizza come una norma ‘aperturista’, e non come ‘preclusiva’”. Allo stesso modo l'art. 54 Cost. persegue lo scopo primario di stabilire come devono essere adempiute le funzioni pubbliche.

Sul piano europeo, l'art. 20 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) dispone che: a) è “istituita una cittadinanza dell'Unione”; b) “è cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro”; c) “la cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale, e non la sostituisce”. Si tratta, pertanto, di una nozione “derivata” da quella nazionale, essendo cittadini europei tutti coloro che, alla luce della legislazione interna, sono cittadini di uno degli Stati membri. Rientra, pertanto, pur nel rispetto dei principi generali del diritto europeo, nella competenza dei singoli ordinamenti statuali definire il perimetro effettivo della nozione in esame.

Tale definizione assume una particolare rilevanza in quanto essa è funzionale al riconoscimento ai “cittadini dell’Unione” di taluni diritti (oltre che l’imposizione di taluni doveri), tra i quali vi è “il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri”. In particolare, l’art. 45 del TFUE – riprendendo il contenuto dell’art. 39 del Trattato CE – prevede che deve essere assicurata la libera circolazione dei lavoratori all’interno dell’Unione. Essa implica “l’abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l’impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro” (par. 2).

Tale norma pone due deroghe a questo principio. La prima deroga è giustificata “da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica”. La seconda deroga, che rileva in questa sede, autorizza la non applicazione della disposizione in esame “agli impieghi nella Pubblica amministrazione”. L’ampiezza della formulazione di tale ultima previsione esprime l’iniziale volontà del legislatore europeo di sottrarre al principio della libera circolazione l’intero settore dei lavoratori alle dipendenze di una Pubblica amministrazione.

La Corte di giustizia, a partire dal 1980, ha fornito, però, un’interpretazione restrittiva della suddetta deroga, muovendo da una particolare nozione di “Pubblica amministrazione” nella sua veste di datore di lavoro pubblico. Si è affermato che la regola generale è quella – in assenza di una specifica norma attributiva di competenze all’Unione europea – di riservare alla sovranità degli Stati membri l’individuazione della nozione di “Pubblica amministrazione”, in ossequio al principio della cd. “autonomia organizzativa” nazionale, che ricomprende anche i rapporti di lavoro pubblico. Nondimeno tale autonomia, sottolineano i giudici europei, incontra i limiti conseguenti all’esigenza di evitare la violazione del principio fondamentale di libera circolazione dei lavoratori. Se, infatti, si lasciasse agli Stati membri l’incondizionato potere di stabilire quando ricorre, agli effetti della normativa in esame, una “Pubblica amministrazione”, il rischio sarebbe quello di creare ingiustificate disparità di trattamento tra i lavoratori appartenenti ai diversi Stati membri. Ciascuno Stato, infatti, potrebbe prospettare, in eventuale difformità rispetto a quanto disposto da altri legislatori nazionali, una nozione di autorità pubblica eccessivamente estesa, con la conseguenza di sottrarre al campo di applicazione della libertà fondamentale in esame ampi settori all’interno dell’Unione Europea. Sotto altro aspetto, la Corte di giustizia (17 dicembre 1980, C149/79) ha messo in rilievo come i pubblici poteri hanno assunto anche delle “responsabilità di carattere economico e sociale”, partecipando “ad attività che non si possono equiparare alle funzioni tipiche della Pubblica amministrazione”, ma che “rientrano, data la loro natura, nel campo d’applicazione del Trattato”.

Alla luce di queste premesse, i giudici europei hanno prospettato una nozione restrittiva di Pubblica amministrazione-datore di lavoro, ritenendo che il requisito della nazionalità può essere imposto esclusivamente per l’accesso a quei posti che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all’esercizio dei pubblici poteri e alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche e presuppongono pertanto, da parte dei loro titolari, l’esistenza di un rapporto particolare di solidarietà nei confronti dello Stato, nonché la reciprocità dei diritti e doveri che costituiscono il fondamento del vincolo di cittadinanza

Si potrebbe, pertanto, ritenere che, nell'ottica europea, non rileva il profilo "strutturale-statico" di "Pubblica amministrazione", ma quello "funzionale-dinamico" che valorizza la natura specifica dell'attività posta in essere, la quale deve partecipare, per essere sottratta all'obbligo di rispetto del principio di libera circolazione, delle caratteristiche intrinseche individuate dalla giurisprudenza europea. E' necessario, pertanto, rifuggire da generalizzazioni escludenti e guardare allo specifico caso concreto. La Corte di giustizia ha ritenuto che, in tale analisi, il criterio da utilizzare per delimitare le attività che non possono considerarsi espressione di pubblico potere è rappresentato dal "carattere tecnico e di gestione economica" di tale attività analizzata secondo un giudizio di prevalenza, che esclude la rilevanza di eventuali compiti autoritativi esercitati in modo sporadico e dunque marginale nell'ambito della complessiva attività svolta.

In definitiva, nella prospettiva europea non rileva l'aspetto soggettivo del datore di lavoro, che potrebbe essere anche un soggetto privato, quanto quello oggettivo relativo alla natura delle funzioni concretamente espletate.

Sul piano normativo interno la fonte primaria, costituita dal comma 1 dell'art. 38, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, è conforme alla normativa europea così come interpretata dalla Corte di giustizia, in quanto essa prescrive il requisito della cittadinanza italiana soltanto in relazione ai posti presso Pubbliche amministrazioni che implicano l'esercizio, diretto o indiretto, di pubblici poteri.

Invece la fonte secondaria regolamentare, costituita dal citato d.P.C.M. 7 febbraio 1994, n. 174, autorizzata dal comma 2 del citato art. 38 – nella parte in cui prevede che "i posti dei livelli dirigenziali delle Amministrazioni dello Stato" sono riservati ai soli cittadini italiani – è difforme dalla suddetta normativa, per le ragioni di seguito indicate.

La figura del dirigente, nell'ambito della tematica che si sta esaminando, si pone in una posizione peculiare: da un lato, è lavoratore alle dipendenze della Pubblica amministrazione; dall'altro lato, è l'organo di rilevanza esterna mediante il quale la Pubblica amministrazione stessa, attraverso il sistema delle imputazioni giuridiche, pone in essere l'attività di propria competenza per perseguire, in modo autonomo, gli obiettivi indicati dagli organi politici. Tale attività è ampia e diversificata, potendo ricomprendere tutta la tipologia di atti che una Pubblica amministrazione, nell'ordinamento attuale, può porre in essere. In questa ottica possono venire in rilievo attività che si esplicano mediante provvedimenti amministrativi, contratti, accordi, comportamenti espressione di poteri pubblici, meri comportamenti materiali. Ne consegue che sono gli specifici compiti che il dirigente compie, quale organo della "Pubblica amministrazione", a definire la stessa nozione di Pubblica amministrazione quale "datore di lavoro" ai fini della definizione dell'ambito applicativo della deroga al principio di libera circolazione dei lavoratori. Dunque, se una Pubblica amministrazione deve "selezionare" un dirigente per attribuirgli determinati incarichi per l'espletamento, per conto della stessa autorità, di attività amministrativa, è necessario valutare quale sia l'effettiva valenza di tale attività al fine di accertare se la scelta debba o meno ricomprendere solo cittadini italiani. Soltanto se tale attività, secondo le indicazioni fornite dalla Corte di giustizia, è espressione di pubblici poteri, l'accesso alla dirigenza deve essere riservato ai cittadini italiani.

Invece il d.P.C.M. n. 174 del 1994 esclude, in modo generalizzato, che i dirigenti statali possano essere cittadini non italiani. Essa, pertanto – non assegnando rilevanza alla tipologia di attività che, tra quelle sopra indicate, possono venire in rilievo – si basa sul criterio “strutturale-statico”, e non su quello “funzionale-dinamico”. Essendo, infatti, i dirigenti organi, mediante i quali la Pubblica amministrazione pone in essere all’esterno attività amministrativa, ad affermare che i dirigenti statali devono essere tutti italiani significa di fatto ritenere che ciò che rileva è l’esistenza di una “Pubblica amministrazione” che conferisce l’incarico e non l’esistenza di un incarico espressione, diretta o indiretta, di un pubblico potere.

La sentenza ricorda che il chiaro contrasto tra la fonte interna regolamentare e la fonte europea, così come interpretata dalla Corte di giustizia, si risolve disapplicando la norma interna. Ed infatti, il principio del primato e dell’effetto diretto del diritto europeo impone all’autorità giudiziaria l’obbligo di “non applicare” la norma regolamentare nazionale, senza che sia necessario, per l’evidenza del contrasto, disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Tutto ciò chiarito, la Sezione ha concluso nel senso che il Direttore del Parco non è chiamato a svolgere tali funzioni, in quanto il bando di gara gli attribuisce compiti che attengono essenzialmente alla gestione economica e tecnica del Parco.

12. Inquinamento.

La sez. IV, con sentenza 23 maggio 2017, n. 2407, ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale: a) dei commi 3, 9 10 e 13 del vigente testo dell’art. 33, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito in l. 11 novembre 2014, n. 164, nella parte in cui non prevedono che l’approvazione del programma di rigenerazione urbana, quanto al comprensorio Bagnoli-Coroglio, sia preceduto dall’intesa tra lo Stato e la Regione Campania, con riferimento ai parametri di cui agli artt. 117, commi 2, lett. m), e 3, Cost. e da una specifica valorizzazione del ruolo del comune con riferimento all’art. 118, comma 1, Cost.; b) del comma 12 del citato art. 33, d.l. n. 133, nella parte in cui prevede che “tale importo é versato alla curatela fallimentare mediante strumenti finanziari, di durata non superiore a quindici anni decorrenti dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, emessi su mercati regolamentati dal soggetto attuatore, anche al fine di soddisfare ulteriori fabbisogni per interventi necessari all’attuazione del programma di cui al comma 8. L’emissione degli strumenti finanziari di cui al presente comma non comporta l’esclusione dai limiti relativi al trattamento economico stabiliti dall’art. 23 *bis*, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214”, con riferimento ai parametri di cui agli artt. 42 e 117 Cost. in relazione all’art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la l. 4 agosto 1955, n. 848 ed art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmato a Parigi il 20 marzo 1952 e 101 Cost..

La Sezione ha preliminarmente respinto tutte le censure dal comune di Napoli e dalla società Bagnoli Futura contro i provvedimenti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, così confermando quanto già deciso in primo grado dal Tar Napoli.

Il primo profilo di possibile incostituzionalità riguarda l'attribuzione allo Stato, in via esclusiva, anche dei compiti relativi alla "rigenerazione urbana" dell'area di Bagnoli. Ad avviso della Sezione mentre la bonifica ambientale rientra sicuramente nelle prerogative legislative dello Stato, il recupero dell'area urbana afferisce invece alla più ampia materia del "governo del territorio" di competenza concorrente Stato/Regione, con la conseguenza che essa dovrebbe prevedere una previa intesa tra i due soggetti e forme specifiche di valorizzazione del ruolo del comune di Napoli.

La seconda questione riguarda le modalità di corresponsione dell'indennità di esproprio, per la quale il decreto dispone il ricorso a "strumenti finanziari".

Per la Sezione il concetto di "strumenti finanziari" (che si ricava dal Testo Unico in materia creditizia), in quanto comprensivo di "strumenti il cui valore effettivo è molto aleatorio" (ad es. derivati, *futures*, *swap*), determina incertezza nella corresponsione di una indennità che sia effettivamente commisurata al valore dei terreni, come invece impone la normativa europea e costituzionale.

13. Urbanistica.

La sez. IV, con sentenza 4 dicembre 2017, n. 5711, ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata - con riferimento ai principi di sussidiarietà (artt. 5, 114 e 118 Cost.) e di riserva alla legislazione esclusiva statale delle funzioni fondamentali del comune (art. 117, comma 2, lett. p), Cost.) - la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, l. reg. Lombardia 28 novembre 2014, n. 31 (Disposizioni per la riduzione del consumo di suolo e per la riqualificazione del suolo degradato) in quanto, nel dettare i criteri per la cd. riduzione del consumo del suolo, determinante una illegittima compressione delle potestà urbanistiche comunali.

Ha preliminarmente chiarito che la l. reg. Lombardia n. 31 del 2014 ha la finalità di indirizzare la pianificazione urbanistica, a tutti i livelli (PTR, PTCP, PGT), verso un minore consumo di suolo. La definizione normativa di consumo di suolo è stata introdotta dall'art. 2 comma 1-c, l. reg. n. 31 del 2014 ("trasformazione, per la prima volta, di una superficie agricola da parte di uno strumento di governo del territorio, non connessa con l'attività agro-silvo-pastorale, esclusa la realizzazione di parchi urbani territoriali").

Con precipuo riferimento alla sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, l. reg. Lombardia n. 31 del 2014 la Sezione ha ricordato che l'urbanistica, ed il correlativo esercizio del potere di pianificazione, non possono essere intesi, sul piano giuridico, solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, così offrendone una visione affatto minimale, ma devono essere ricostruiti come intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo: la nozione ampia di "governo del territorio", comportando la potestà legislativa concorrente delle Regioni, ridonda, a cascata, sulla potestà amministrativa dei comuni in *subiecta materia*.

Ha aggiunto che nel sistema giuridico italiano all'Ente comune è tradizionalmente affidata la funzione amministrativa urbanistica (pacificamente riconducibile alla nozione "governo del territorio", di cui all'art. 117, comma 3, Cost.) che esso esercita, di regola attraverso una duplice direttrice.

La sentenza ha quindi richiamato Cons. St., sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3888, secondo cui "in tema di disposizioni dirette a regolamentare l'uso del territorio negli aspetti urbanistici ed edilizi, contenute nel relativo piano regolatore, nei piani attuativi o in

altro strumento generale individuato dalla normativa statale e regionale, occorre differenziare tra le prescrizioni che, in via immediata, stabiliscono le potenzialità edificatorie della porzione di territorio interessata, tra cui rientrano le norme di cd. zonizzazione; di destinazione di aree a soddisfare gli standard urbanistici; di localizzazione di opere pubbliche o di interesse collettivo, dalle altre regole che disciplinano più in dettaglio l'esercizio dell'attività edificatoria, di solito contenute nelle norme tecniche di attuazione del piano o nel regolamento edilizio, e che concernono il calcolo delle distanze e delle altezze; la compatibilità di impianti tecnologici o di determinati usi; l'assolvimento di oneri procedurali e documentali ecc.”).

Con specifico riferimento alla sollevata questione di legittimità costituzionale la Sezione ha affermato, in relazione: a) al parametro di cui all'art. 117, comma 2, lett. p), Cost., che: 1) la riserva esclusiva alla legislazione statale delle “funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane” implica una conseguenza: quella che debba essere lo Stato – e soltanto quest'ultimo – a stabilire con propri atti normativi primari quali siano le funzioni affidate agli Enti locali; 2) l'art. 5, l. reg. Lombardia n. 31 del 2014 potrebbe ritenersi collidente con tale disposizione della Costituzione in quanto, pur essendo la funzione amministrativa in materia urbanistica affidata in termini generali ai comuni della Lombardia, tuttavia viene direttamente compiuta dal legislatore regionale, anziché dalle Amministrazioni comunali, una scelta di particolare rilievo, relativa alla salvaguardia (anche se per un periodo temporale limitato) di prescrizioni contenute in atti amministrativi di natura urbanistica, emanati in precedenza dai comuni medesimi; 3) in tal modo si è voluto escludere che il comune eserciti per questo profilo la funzione amministrativa urbanistica ad esso spettante, della quale si è conformato il *quomodo* di esercizio; b) al parametro relativo al principio di sussidiarietà verticale di cui agli artt. 5 e 118 Cost., sia nella parte in cui il Comune si duole della indeterminatezza temporale della previsione (nel senso che non è prevista alcuna decadenza del *barrage* interdittivo, laddove la regione non rispetti il termine temporale contenuto nella legge) sia laddove si sottolinea la portata “espropriativa” di competenze proprie (consistenti nella potestà di modificare il documento di Piano del PGT) rappresentata dalla prescrizione interdittiva di cui al comma 4 dell'art. 5, l. reg. Lombardia n. 31 del 2014.

Ad avviso della Sezione, il comma 4 dell'art. 5, l. reg. Lombardia n. 31 del 2014 ha introdotto un divieto al potere comunale di modifica del Documento di Piano in senso riduttivo del consumo di suolo quanto agli ambiti di trasformazione, e che tale prescrizione renda non manifestamente infondato il dubbio di legittimità costituzionale prospettato dal comune, in quanto la funzione di pianificazione, *ex* art. 118 Cost., integra funzione amministrativa attribuita al comune medesimo.

14. Espropriazione.

La sez. IV, con sentenza 25 gennaio 2017, n. 297, ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, l. reg. Emilia-Romagna 30 maggio 2016, n. 9 in relazione agli artt. 3, 24 e 117 Cost., per tramite della norma interposta costituita dall'art. 6, comma 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il quale interpreta l'art. 13, comma 3, l. reg. 19 dicembre 2002, n. 37 nel senso che “fermo restando l'obbligo di puntuale motivazione, nonché della corresponsione al proprietario dell'indennità di cui all'art. 39, d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, il divieto di reiterare più di una volta il vincolo espropriativo decaduto non trova applicazione per il completamento di opere pubbliche o di interesse pubblico lineari, la

cui progettazione preveda la realizzazione per lotti o stralci funzionali, secondo la normativa vigente”; è evidente, infatti, il potenziale e irriducibile conflitto fra il diritto di proprietà degli originari ricorrenti (a sua volta oggetto di incisiva tutela a livello CEDU) e l’interesse pubblico al completamento dell’opera, con la conseguenza che è arduo però ricavare l’evidente sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale che autorizzi il varo di una norma destinata a incidere, con effetto *ex tunc*, su un giudizio in corso.

La sez. IV ha preliminarmente chiarito che, perché una norma possa dirsi di interpretazione autentica, è necessario che essa si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto, riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario; in tal caso, infatti, la legge interpretativa ha lo scopo di chiarire situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo, in ragione di un dibattito giurisprudenziale irrisolto, o di ristabilire un’interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore a tutela della certezza del diritto e dell’eguaglianza dei cittadini, cioè di principi di preminente interesse costituzionale.

Ciò chiarito, la Sezione ha affermato che sussistono seri dubbi sulla natura interpretativa della disposizione contenuta nell’art. 30, l. reg. Emilia Romagna n. 9 del 2016, atteso che: a) nessuna oggettiva incertezza risultava sussistere in precedenza in ordine alla latitudine dell’applicabilità del divieto di reiterazione dei vincoli posto dall’art. 13, l. reg. n. 37 del 2002, e in particolare nessun dubbio o contrasto era insorto - né nell’ambito del presente giudizio, né a quanto consta in altre sedi applicative - circa la sua riferibilità o meno ad opere pubbliche suddivise in lotti o stralci funzionali; b) non può sostenersi che il disposto della nuova norma, in termini di deroga al divieto di reiterazione dei vincoli posto dalla norma anteriore, fosse già *in nuce* nella formulazione originaria.

In definitiva, sempre ad avviso della Sezione, alla stregua di un’interpretazione della normativa improntata ai comuni criteri letterale e logico-sistematico, se anche ragionevole e giustificata, la decisione di escludere dal divieto di reiterazione dei vincoli le opere suddivise in lotti o stralci è da ricondurre per la prima volta all’intervento normativo del 2016, e non alla norma del 2002.

Così stando le cose non resta, ha affermato la Sezione, che sollevare la questione di legittimità costituzionale della sopravvenuta disposizione regionale per violazione degli artt. 3, 24 e 117 Cost. attraverso la norma interposta di cui all’art. 6 della CEDU. Come è noto, la giurisprudenza della Corte è da tempo consolidata nel senso che le norme della CEDU - nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione e applicazione - integrino, quali “norme interposte”, il parametro costituzionale espresso dall’art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

Con riferimento all’introduzione di nuove disposizioni retroattive, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha più volte affermato che se, in linea di principio, nulla vieta al potere legislativo di regolamentare in materia civile, con nuove disposizioni dalla portata retroattiva, diritti risultanti da leggi in vigore, il principio della preminenza del diritto e il concetto di processo equo sanciti dal ricordato art. 6 della CEDU ostano,

salvo che per imperative ragioni di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'Amministrazione della giustizia, al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia.

Siffatta ricostruzione si completa con l'affermazione che spetta alla stessa Corte costituzionale, nell'ambito del margine di apprezzamento riconosciuto dalla giurisprudenza della CEDU ai singoli ordinamenti nazionali, verificare la sussistenza o meno di "motivi imperativi d'interesse generale" idonei a giustificare l'intervento del legislatore con efficacia retroattiva (fermi i limiti di cui all'art. 25 Cost.), alla stregua di principi, diritti e beni di rilievo costituzionale (Corte cost. 23 gennaio 2012, n. 15). In particolare, è stata più volte esclusa la legittimità costituzionale di disposizioni le quali, pur qualificandosi di interpretazione autentica, introducessero con valore retroattivo regole innovative destinate a incidere su rapporti giuridici maturati e consolidati da tempo, nonché a influenzare situazioni processuali altrimenti indirizzate in modo diverso (Corte cost. 17 dicembre 2013, n. 308).

Ha concluso la Sezione che nel caso sottoposto al suo esame è evidente il potenziale e irriducibile conflitto fra il diritto di proprietà degli originari ricorrenti (a sua volta oggetto di incisiva tutela a livello CEDU) e l'interesse pubblico al completamento dell'opera (al quale è chiaramente ispirata la disposizione di che trattasi): donde è arduo però ricavare l'evidente sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale che autorizzi il varo di una norma destinata a incidere, con effetto *ex tunc*, su un giudizio in corso.

15. Edilizia.

15.1. Ordine di demolizione.

Con ord. 24 marzo 2017, n. 1337 la sez. VI ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione se l'ordinanza di demolizione di immobile abusivo debba essere congruamente motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata quando il provvedimento sanzionatorio intervenga a una distanza temporale straordinariamente lunga dalla commissione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi del provvedimento sanzionatorio.

Ha chiarito la Sezione che sulla questione si sono formati due orientamenti giurisprudenziali.

Secondo il primo maggioritario orientamento l'ordinanza di demolizione di un manufatto abusivo è legittimamente adottata senza alcuna particolare motivazione e indipendentemente dal lasso temporale intercorso dalla commissione dell'abuso, dovendosi escludere in radice ogni legittimo affidamento in capo al responsabile dell'abuso o al di lui avente causa (Cons.St., sez. VI, 10 maggio 2016, n. 1774; id. 11 dicembre 2013, n. 5943). Ammettere la sostanziale estinzione di un abuso edilizio per decorso del tempo significherebbe configurare una sorta di sanatoria *extra ordinem*, di fatto, che potrebbe operare anche quando l'interessato non abbia inteso (o potuto) avvalersi del corrispondente istituto legislativamente previsto.

Un secondo orientamento (Cons.St., sez. IV, 4 febbraio 2014, n. 1016) individua casilimite in cui può pervenirsi a considerazioni parzialmente difformi: considerazioni che fanno leva sul lasso temporale intercorso dalla commissione dell'abuso (o della sua

conoscenza da parte dell'Amministrazione: Cons. St., sez. V, 9 settembre 2013, n. 4470, in un caso peraltro in cui la buona fede è stata esclusa), sulla buona fede del soggetto destinatario dell'ordinanza di demolizione diverso dal responsabile dell'abuso e sull'assenza, per mezzo del trasferimento del bene, di un intento volto a eludere la comminatoria del provvedimento sanzionatorio.

Nella stessa scia è stato sottolineato - in relazione a "semplici difformità" della costruzione dal titolo edificatorio sussistente - che il decorso del tempo incide sulla certezza dei rapporti giuridici e può incidere significativamente con le possibilità di difesa dell'interessato sia rispetto all'Amministrazione sia nei confronti del dante causa.

L'Adunanza plenaria, con sentenza 17 ottobre 2017, n. 9 ha affermato il principio di diritto secondo cui il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo e giammai assistito da alcun titolo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata), che impongono la rimozione dell'abuso neanche nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino.

Ad avviso dell'Adunanza plenaria la fattispecie in esame non è riconducibile al quadro generale dell'autotutela, non venendo in rilievo l'ipotesi in cui l'Amministrazione abbia, a distanza di tempo dal rilascio, disposto l'annullamento in autotutela del titolo edilizio illegittimamente adottato ovvero del provvedimento di sanatoria rilasciato in assenza dei necessari presupposti legittimanti, ma la diversa ipotesi in cui l'edificazione sia avvenuta nella totale assenza di un titolo legittimante (laddove - tuttavia - l'Amministrazione abbia provveduto solo a distanza di un considerevole lasso di tempo all'adozione dell'ingiunzione di demolizione). Si tratta, in definitiva, dei casi di doverosa - se pure tardiva - attivazione dell'ordine di demolizione di fabbricati privi ab origine di un qualunque titolo legittimante e giammai ammessi a sanatoria.

Ha aggiunto la sentenza che non si può applicare a un fatto illecito (l'abuso edilizio) il complesso di acquisizioni che, in tema di valutazione dell'interesse pubblico, è stato enucleato per la diversa ipotesi dell'autotutela decisoria. Non sarebbe in alcun modo concepibile l'idea stessa di connettere al decorso del tempo e all'inerzia dell'Amministrazione la sostanziale perdita del potere di contrastare il grave fenomeno dell'abusivismo edilizio, ovvero di legittimare in qualche misura l'edificazione avvenuta senza titolo, non emergendo oltretutto alcuna possibile giustificazione normativa a una siffatta - e inammissibile - forma di sanatoria automatica o *praeter legem*.

L'Adunanza plenaria ha quindi ricordato che l'ordine di demolizione presenta un carattere rigidamente vincolato (dovendo essere adottato a seguito della sola verifica dell'abusività dell'intervento) e non richiede né una specifica motivazione in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla demolizione, né una comparazione fra l'interesse pubblico e l'interesse privato al mantenimento *in loco* dell'immobile, essendo la relativa ponderazione compiuta a monte dallo stesso legislatore nel senso della doverosità della demolizione (cfr. art. 31, comma 2, del d.P.R. 380 del 2001). Ciò in quanto non può ammettersi l'esistenza di alcun affidamento

tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può in alcun modo legittimare.

In conclusione, gli ordini di demolizione di costruzioni abusive, avendo carattere reale, prescindono dalla responsabilità del proprietario o dell'occupante l'immobile, applicandosi anche a carico di chi non abbia commesso la violazione, ma si trovi al momento dell'irrogazione in un rapporto con la *res* tale da assicurare la restaurazione dell'ordine giuridico violato; siffatto principio va ribadito anche qualora sia pacifico che l'alienazione dell'immobile oggetto di abuso sia stata realizzata in circostanze che inducono ad escludere qualunque intento elusivo.

Ancora in tema di ordine di demolizione di manufatto abusivo la sez. VI, con sentenza 17 maggio 2017, n. 2337 ha affermato che è invalido e, comunque, inefficace, l'ordine di demolizione, e i conseguenti provvedimenti sanzionatori, di un immobile abusivo colpito da sequestro penale *ex art. 31, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380*.

La Sezione ha dato atto che l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, sia amministrativo che penale (Cass. pen., sez. III, 14 gennaio 2009, n. 9186), ritiene irrilevante la pendenza di un sequestro, ai fini della legittimità dell'ordine di demolizione, della sua eseguibilità e, quindi, della validità dei conseguenti provvedimenti sanzionatori, sulla base della non qualificabilità della misura cautelare reale quale impedimento assoluto all'attuazione dell'ingiunzione, in ragione della possibilità, per il destinatario dell'ordine, di ottenere il dissequestro del bene ai sensi dell'art. 85 disp. att. c.p.p..

Da tale orientamento la Sezione si è però motivatamente discostata per una serie di ragioni.

La prima argomentazione si fonda sul fatto che l'ordine di demolizione di un immobile colpito da un sequestro penale dovrebbe essere ritenuto affetto dal vizio di nullità, ai sensi dell'art. 21 *septies*, l. 7 agosto 1990, n. 241 (in relazione agli artt. 1346 e 1418 c.c.), e, quindi, radicalmente inefficace, per l'assenza di un elemento essenziale dell'atto, tale dovendo intendersi la possibilità giuridica dell'oggetto del comando. L'ordine di una condotta giuridicamente impossibile si rivela privo di un elemento essenziale e, come tale, affetto da invalidità radicale e, in ogni caso, inidoneo a produrre qualsivoglia effetto di diritto.

A tale conclusione si ritiene potersi pervenire con riguardo ai casi in cui – come in quello di specie – l'ordine di demolizione (o di riduzione in pristino stato) sia stato adottato nella vigenza di un sequestro penale (di qualsiasi genere; ma sulla distinzione tra i diversi tipi di sequestro del processo penale si tornerà infra).

A tale argomentazione la Sezione ha aggiunto che le misure contemplate dall'art. 31, commi 3 e 4 *bis*, d.P.R. n. 380 del 2001 rivestono carattere chiaramente sanzionatorio e, come tali, esigono, per la loro valida applicazione, l'ascrivibilità dell'inottemperanza alla colpa del destinatario dell'ingiunzione rimasta ineseguita, in ossequio ai canoni generali ai quali deve obbedire ogni ipotesi di responsabilità. Ma nella situazione considerata non è dato ravvisare alcun profilo di rimproverabilità nella condotta (necessariamente) inerte del destinatario dell'ordine di demolizione, al quale resta, infatti, preclusa l'esecuzione del comando da un altro provvedimento giudiziario che gli ha sottratto la disponibilità giuridica e fattuale del bene. L'irrogazione di una sanzione per una condotta che non può in alcun modo essere soggettivamente ascritta alla

colpa del soggetto colpito dalla sanzione stessa, non può che essere giudicata illegittima per il difetto del necessario elemento psicologico della violazione.

Ha ancora affermato il giudice di appello che a quanto già detto si aggiunge una ragione di equità: non può esigersi – e, giuridicamente, non lo si può soprattutto in difetto di un'espressa previsione di legge in tal senso, stante anche il divieto di prestazioni imposte se non che per legge, *ex art. 23 Cost.* – che il cittadino impieghi tempo e risorse economiche per ottenere la restituzione di un bene di sua proprietà, ai soli fini della sua distruzione.

15.2. Concessione edilizia in sanatoria.

Con ord. n. 1830 del 19 aprile 2017 la sez. VI ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione se, nella vigenza dell'art. 21 *nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, come introdotto dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, l'annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo, *sub specie* di concessione in sanatoria, intervenuta ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, debba essere motivata in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico valutato in concreto in correlazione ai contrapposti interessi dei privati destinatari del provvedimento ampliativo e agli eventuali interessi dei controinteressati, indipendentemente dalla circostanza che il comportamento dei privati possa aver determinato o reso possibile il provvedimento illegittimo, anche in considerazione della valenza – sia pure solo a fini interpretativi – dell'ulteriore novella apportata al citato articolo, la quale appare richiedere tale valutazione comparativa anche per il provvedimento emesso nel termine di 18 mesi, individuato come ragionevole, e appare consentire un legittimo provvedimento di annullamento successivo solo nel caso di false rappresentazioni accertate con sentenza penale passata in giudicato.

La Sezione ha chiarito che sulla questione si sono formati due contrapposti orientamenti.

Un primo, più recente orientamento (Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341), con riferimento ad un provvedimento di annullamento in autotutela di una concessione in sanatoria, e rispetto alla formulazione dell'art. 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990, nel testo modificato dalla l. n. 15 del 2005, ha affermato che il potere di annullamento ha un presupposto rigido (l'illegittimità dell'atto da annullare) e due presupposti riferiti a concetti indeterminati, affidati all'apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione (la ragionevolezza del termine di adozione dell'atto; la sussistenza dell'interesse pubblico alla sua rimozione unitamente alla considerazione dell'interesse dei destinatari). Ha quindi ritenuto necessaria una motivazione in ordine all'apprezzamento degli interessi dei destinatari dell'atto in relazione alla pregnanza e preminenza dell'interesse pubblico alla eliminazione d'ufficio di un titolo illegittimo; tanto più, in presenza di un provvedimento, come quello in materia edilizia, destinato ad esaurirsi con l'adozione dell'atto permissivo, dove assume maggiore rilevanza l'interesse dei privati destinatari dell'atto ampliativo e minore rilevanza quello pubblico all'eliminazione di effetti, che si sono prodotti in via definitiva. Con l'ulteriore corollario che l'interesse pubblico alla rimozione attuale dell'atto non può coincidere con l'esigenza del mero ripristino della legalità violata e deve essere integrato da ragioni differenti.

L'orientamento maggioritario ha invece affermato che il provvedimento di annullamento di una concessione edilizia illegittima è *in re ipsa* correlato alla necessità di curare l'interesse pubblico concreto ed attuale al ripristino della legalità violata, atteso che il rilascio del titolo edilizio comporta la sussistenza di una permanente situazione *contra legem* e, di conseguenza, ingenera nell'Amministrazione il potere-dovere di annullare in ogni tempo la concessione illegittimamente assentita (Cons. St., sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3660). Ciò soprattutto quando l'illegittimità è dipesa dalle prospettazioni non veritiere del privato. La motivazione sulla comparazione degli interessi è stata ritenuta necessaria quando l'esercizio dell'autotutela discenda da errori di valutazione dovuti all'Amministrazione. In particolare, in fattispecie nelle quali era applicabile il 21 *nonies*, cit. si è ritenuto che, se è stata rappresentata una situazione dei luoghi difforme da quanto in realtà esistente e tale difformità costituisce un vizio di legittimità del titolo edilizio, determinato dallo stesso soggetto richiedente, tale circostanza costituisce *ex se* ragione idonea e sufficiente per l'adozione del provvedimento di annullamento di ufficio del titolo medesimo, tanto che in tale situazione si può prescindere, ai fini dell'autotutela, dal contemperamento con un interesse pubblico attuale e concreto.

L'Adunanza plenaria si è pronunciata con la sentenza 17 ottobre 2017, n. 8 affermando il principio di diritto secondo cui nella vigenza dell'art. 21 *nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241 – introdotto dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 - l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio in sanatoria, intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole. In tali ipotesi, tuttavia, deve ritenersi: a) che il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consumi il potere di adozione dell'annullamento d'ufficio e che, in ogni caso, il termine 'ragionevole' per la sua adozione decorra soltanto dal momento della scoperta, da parte dell'Amministrazione, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro; b) che l'onere motivazionale gravante sull'Amministrazione risulterà attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati (al punto che, nelle ipotesi di maggior rilievo, esso potrà essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongono nel senso dell'esercizio del *ius poenitendi*); c) che la non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare in capo a lui una posizione di affidamento legittimo, con la conseguenza per cui l'onere motivazionale gravante sull'Amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte.

Ha chiarito l'Adunanza plenaria che le generali categorie in tema di annullamento *ex officio* di atti amministrativi illegittimi trovano applicazione (in assenza di indici normativi in senso contrario) anche nel caso di ritiro di titoli edilizi in sanatoria illegittimamente rilasciati, non potendosi postulare in via generale e indifferenziata un interesse pubblico *in re ipsa* alla rimozione di tali atti. Conseguentemente, grava in via di

principio sull'Amministrazione (e salvo quanto di seguito si preciserà) l'onere di motivare puntualmente in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione dell'atto, tenendo altresì conto dell'interesse del destinatario al mantenimento dei relativi effetti.

Ha aggiunto che la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha condivisibilmente stabilito al riguardo che non sussiste l'esigenza di tutelare l'affidamento di chi abbia ottenuto un titolo edilizio – anche in sanatoria – rappresentando elementi non veritieri, e ciò anche qualora intercorra un considerevole lasso di tempo fra l'abuso e l'intervento repressivo dell'Amministrazione. La stessa giurisprudenza ha inoltre stabilito (in modo parimenti condivisibile) che non può essere configurato alcun affidamento legittimo, in specie ai fini risarcitori, il quale risulti fondato su un provvedimento illegittimo. Si è osservato al riguardo che può essere non più opportuno far luogo all'annullamento in autotutela, in considerazione del tempo trascorso e degli interessi dei destinatari e dei controinteressati; ma quando tali condizioni sono rispettate non vi è spazio per la tutela patrimoniale. Ebbene, se le acquisizioni in parola risultano valide ai fini risarcitori e a fronte di illegittimità imputabili all'Amministrazione, esse risulteranno tanto più condivisibili nel caso in cui l'illegittimità dell'atto sia stata determinata dalla non veritiera prospettazione dei fatti rinveniente dal soggetto che si sarebbe in seguito avvantaggiato dell'errore dell'amministrazione. In tali ipotesi l'Amministrazione potrà adeguatamente motivare l'adozione dell'atto di annullamento sul mero dato dell'originaria, non veritiera prospettazione. Nelle medesime ipotesi, infatti (e anche a prescindere dai profili di rilevanza penale), l'oggettiva falsità della prospettazione dei fatti rilevanti e la sua incidenza ai fini dell'adozione dell'atto illegittimo non consentiranno di configurare una posizione di affidamento legittimo e consentiranno all'Amministrazione di limitare l'onere motivazionale alla dedotta falsità, non sussistendo un interesse privato meritevole di tutela da porre in comparazione con quello pubblico (comunque sussistente) al ripristino della legalità violata.

Ancora in tema di concessione edilizia in sanatoria la sez. VI, con sentenza 7 gennaio 2017, n. 341 ha affermato che anche prima dell'entrata in vigore della novella introdotta dalla l. 7 agosto 2015, n. 124 – che ha fissato il termine massimo di diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio di atti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici – era illegittimo l'annullamento d'ufficio di una concessione edilizia in sanatoria disposto dopo circa tredici anni dal rilascio della sanatoria, senza congruamente motivare le ragioni che hanno reso indispensabile tale provvedimento, non essendo sufficiente il mero richiamo al necessario ripristino della legalità violata.

Ha ricordato la Sezione che il potere di annullamento d'ufficio è regolato dall'art. 21 *nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, che ha individuato, quale condizione per l'esercizio di tale potere, l'illegittimità dell'atto oggetto della decisione di autotutela nonché la ragionevolezza del termine entro cui può essere adottato l'atto di secondo grado, la sussistenza di un interesse pubblico alla sua rimozione e la considerazione degli interessi dei destinatari del provvedimento viziato.

La norma dunque individua, per la valida esplicazione del potere di agire in autotutela, un presupposto rigido (l'illegittimità dell'atto da annullare) e altre condizioni flessibili

e duttili riferite a concetti indeterminati e, come tali, affidate all'apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione.

Queste ultime devono intendersi, in particolare, stabilite a garanzia delle esigenze di tutela dell'affidamento, dei destinatari di atti ampliativi, in ordine alla stabilità dei titoli ed alla certezza degli effetti giuridici da essi prodotti e, appunto per mezzo dell'affidamento, a garanzia della valutazione discrezionale dell'Amministrazione nella ricerca del giusto equilibrio tra le esigenze di ripristino della legalità (nelle quali si risolve la rimozione di un atto illegittimo) e quelle di conservazione dell'assetto regolativo recato dal provvedimento viziato.

Ha ancora ricordato la Sezione che le esigenze di ripristino della legalità e di conservazione dell'assetto regolativo recato dal provvedimento viziato hanno ricevuto recentemente un ulteriore rafforzamento, per mezzo dell'introduzione, con la l. 7 agosto 2015, n. 124, della fissazione del termine massimo di diciotto mesi (con una opportuna precisazione quantitativa della nozione elastica della formula lessicale "termine ragionevole"), per l'annullamento d'ufficio di atti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici e, quindi, mediante una riconfigurazione del potere di autotutela secondo canoni di legalità più stringenti e maggiormente garantisti per le posizioni private originate da atti ampliativi.

Fatta questa premessa il giudice di appello ha ritenuto che l'impugnato annullamento d'ufficio abbia violato i principi posti dal Legislatore per l'esercizio del potere di autotutela.

Per quanto definiti in maniera elastica, infatti, i criteri della ragionevolezza del termine e della considerazione di un interesse pubblico alla rimozione dell'atto illegittimo, implicano apprezzamenti discrezionali che, a loro volta, restano presidiati dal parametro della proporzionalità, al quale devono comunque obbedire per rimanere ascritti entro i confini del legittimo esercizio della funzione di autotutela, e, quindi, sindacabili in ossequio al relativo criterio di giudizio.

Ad avviso della Sezione i principi introdotti dalla l. n. 124 del 2015, anche se *ratione temporis* non applicabili al caso sottoposto al suo esame, possono essere utilizzati come "prezioso (e ineludibile) indice ermeneutico ai fini dello scrutinio dell'osservanza della regola di condotta in questione".

Con la precisazione esatta del termine massimo di consumazione del potere di autotutela decisoria, il legislatore ha, infatti, inteso accordare una tutela più pregnante all'interesse dei destinatari di atti ampliativi alla stabilità e alla certezza delle situazioni giuridiche da essi prodotte, costruendo un regime che garantisca la loro intangibilità una volta decorso inutilmente il periodo di operatività del potere di annullamento d'ufficio dei relativi titoli "ampliativi" (che diventano, così, non più rimuovibili dall'Amministrazione, anche quando illegittimamente adottati).

Ora, per quanto l'anzidetta, cogente regola non possa applicarsi a provvedimenti di autotutela perfezionatisi prima dell'entrata in vigore dell'intervento normativo che l'ha introdotta, non può trascurarsi la valenza della presupposta scelta legislativa, in occasione dell'esegesi e dell'applicazione della norma, nella sua formulazione preventiva.

La decifrazione della nozione indeterminata di termine ragionevole, ai fini dello scrutinio della sua corretta interpretazione (ed applicazione) da parte dell'Amministrazione, dev'essere, quindi, compiuta con particolare rigore quando il potere di autotutela viene esercitato su atti attributivi di utilità giuridiche od economiche, con la conseguenza che, pur non potendo ritenersi consumato, nella fattispecie esaminata, il potere di annullamento d'ufficio decorso il termine massimo stabilito dal legislatore del 2015, deve giudicarsi, comunque, irragionevole un termine notevolmente superiore (nel caso in esame, di oltre sette volte) a quest'ultimo.

Ha aggiunto il giudice di appello che l'esercizio di tale potere di secondo grado, dopo un lasso di tempo molto lungo dal rilascio del titolo, avrebbe imposto, a fronte della consistenza dell'affidamento ingenerato nei destinatari circa il consolidamento della sua efficacia, una motivazione particolarmente convincente, per giustificare la misura di autotutela, circa l'apprezzamento degli interessi dei destinatari dell'atto (come espressamente prescritto dall'art. 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990), in relazione alla pregnanza e alla preminenza dell'interesse pubblico alla eliminazione d'ufficio del titolo edilizio illegittimo.

Non solo, ma la consistenza di tale onere motivazione deve intendersi aggravata dall'efficacia istantanea dell'atto e, cioè, della sua idoneità a produrre effetti autorizzatori destinati ad esaurirsi con l'adozione dell'atto permissivo, assumendo, in tale fattispecie, nel giudizio comparativo degli interessi confliggenti, maggiore rilevanza quello dei privati destinatari dell'atto ampliativo e minore pregnanza quello pubblico all'elisione di effetti già prodotti in via definitiva, e non suscettibili di aggravamento.

16. Energia.

16.1. Fonti alternative.

In tema di fonti alternative la sez. VI, con ord. 21 aprile 2017, n. 1874 ha rimesso alla Corte di giustizia UE la questione pregiudiziale in ordine alla asseverazione della conformità dei biocarburanti e bioliquidi ai criteri di sostenibilità e, in particolare, se: a) il diritto dell'Unione Europea - e, nello specifico, l'art. 18, par. 7, della Direttiva 2009/28/CE in combinato disposto con la Decisione della Commissione Europea n. 2011/438/UE del 19 luglio 2011 - osti ad una normativa nazionale, rappresentata dal d.m. 23 gennaio 2012, e in particolare dagli artt. 8 e 12 del medesimo, che imponga oneri specifici diversi e più ampi rispetto a quelli assolti mediante l'adesione ad un sistema volontario oggetto di decisione della Commissione Europea adottata ai sensi del par. 4 del predetto art. 18; b) nel caso in cui la risposta al quesito precedente fosse negativa, se gli operatori economici che intervengono nella catena di consegna del prodotto, anche quando si tratti di operatori che svolgano funzioni di mero trader, ossia di mera intermediazione senza alcuna disponibilità fisica del prodotto, debbano ritenersi assoggettati alla disciplina europea citata alla precedente lett. a).

La rimessione è stata chiesta dall'appellante sul rilievo che, poiché il sistema volontario internazionale non prevede obblighi certificativi a carico del semplice *trader* (ossia operatori economici che assumano la veste di meri intermediari nella circolazione dei biocarburanti e dei bioliquidi, senza però essere consegnatari e quindi detentori delle partite di prodotto) che non attinga la disponibilità materiale del prodotto, la relativa normativa nazionale (artt. 8 e 12, d.m. 23 gennaio 2012) si porrebbe in

contrasto con la normativa comunitaria. La Direttiva 2009/28/CE non precisa quali siano gli operatori economici sui quali incombono gli obblighi relativi alla asseverazione della conformità dei biocarburanti e bioliquidi ai criteri di sostenibilità ivi enunciati, mentre la normativa nazionale di recepimento (art. 1, d.lgs. 31 marzo 2011, n. 55, che modifica l'art. 2, d.lgs. 21 marzo 2005, n. 66) riferisce tale qualifica a ogni persona fisica o giuridica che "...offre o mette a disposizione di terzi contro pagamento o gratuitamente biocarburanti destinati al mercato comunitario ovvero che offre o mette a disposizione di terzi contro pagamento o gratuitamente materie prime, prodotti intermedi, miscele o rifiuti per la produzione di biocarburanti destinati al mercato comunitario", così ricomprendendo, nella predetta nozione di operatori economici, anche i semplici intermediari. Il Consiglio di Stato dubita che l'intermediario senza deposito sia tenuto ad accreditarsi e a rilasciare i certificati di sostenibilità ambientale (che devono "accompagnare", ai sensi dell'art. 7, comma 8, d.m. 23 gennaio 2012, ogni partita di prodotto), trattandosi di obbligo che incombe alle sole imprese fornitrici, tanto più che, nel caso di specie, queste ultime aderiscono ad un sistema volontario di certificazione - ISCC "*International Sustainability and Carbon Certification*" - alternativo a quello nazionale, riconosciuto con decisione della Commissione europea, che non prevede obblighi certificativi a carico del semplice intermediario, il quale non abbia la materiale disponibilità del prodotto.

17. Agricoltura.

17.1. Quote latte e del prelievo supplementare.

Con ordinanza 27 dicembre 2017, n. 6177 la sez. III ha rimesso alla Corte di giustizia le questioni: a) «se il diritto dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso che il contrasto di una disposizione legislativa di uno Stato membro con l'art. 2, paragrafo 2, comma 3, del Regolamento (CEE) n. 3950/92 comporti, quale conseguenza, l'insussistenza dell'obbligazione dei produttori di latte di corrispondere il prelievo supplementare al ricorso delle condizioni stabilite dal medesimo Regolamento»; b) «se il diritto dell'Unione europea e, in particolare, il principio generale di tutela dell'affidamento, debba essere interpretato nel senso che non possa essere tutelato l'affidamento di soggetti che abbiano rispettato un obbligo previsto da uno Stato membro e che abbiano beneficiato degli effetti connessi al rispetto di detto obbligo, ancorché tale obbligo sia risultato contrario al diritto dell'Unione europea»; c) «se l'art. 9 del Regolamento (CE) 9 luglio 2001, n. 1392/2001 e la nozione unionale di "categoria prioritaria" ostino a una disposizione di uno Stato membro, come l'art. 2, comma 3, d.l. 24 giugno 2004, n. 157 (Disposizioni urgenti per l'etichettatura di alcuni prodotti agroalimentari, nonché in materia di agricoltura e pesca), che stabilisca modalità differenziate di restituzione del prelievo supplementare di latte imputato in eccesso, distinguendo, ai fini delle tempistiche e delle modalità di restituzione, i produttori che abbiano fatto affidamento sul doveroso rispetto di una disposizione nazionale risultata in contrasto con il diritto dell'Unione dai produttori che tale disposizione non abbiano rispettato».

Ha chiarito la Sezione che un primo dubbio esegetico concerne la valutazione della compatibilità con il diritto dell'Unione di una previsione nazionale che accordi un trattamento differenziato a soggetti, nello specifico a produttori di latte vaccino, i quali

abbiano rispettato un obbligo contrario al diritto dell'Unione europea. In altri termini, la Sezione si è interrogata sulla sussistenza, o meno, di un nesso di necessaria invalidità derivata (e, quindi, di disapplicazione) dell'art. 2, comma 3, d.l. n. 157 del 2004 in conseguenza della invalidità dell'art. 5, l. 30 maggio 2003, n. 119. Al riguardo la Sezione ha chiarito che la l. n. 119 del 2003 fu approvata dal Legislatore italiano anche al fine di contrastare la diffusa inosservanza del sistema delle cd. "quote latte" in alcune regioni del Nord Italia e, quindi, in questa prospettiva si optò per l'introduzione di obblighi a carico dei soggetti coinvolti nella filiera del latte, come l'obbligo qui contestato (si è trattato in realtà di una anticipazione, posto che l'introduzione di detto obbligo da parte degli Stati membri fu, difatti, ammessa in seguito anche dal diritto dell'Unione), volti ad arginare tale pernicioso fenomeno e a garantire, in tal modo, l'effetto utile del diritto sovranazionale.

La Sezione ha affermato di non ignorare che la primazia del diritto dell'Unione non giustifica di per sé violazioni dello stesso ordinamento da parte della legislazione degli Stati membri, ancorché ispirate dalla finalità di assicurare un maggiore rispetto della normativa sovranazionale. Senonché, appartiene al diritto dell'Unione anche il principio generale di tutela dell'affidamento che, nel caso descritto, sembrerebbe consentire la protezione degli interessi di quei produttori e di quegli acquirenti che abbiano comunque rispettato una prescrizione stabilita dalla legge nazionale rispetto a coloro che non l'abbiano rispettata, interessi che verrebbero pregiudicati, posto che la Repubblica italiana dovrebbe recuperare quanto ad essi restituito in base al predetto art. 2, d.l. n. 157 del 2004.

Sotto un distinto profilo, la Sezione si è interrogata sull'effettivo contrasto dell'art. 2, comma 3, d.l. n. 157 del 2004 con l'art. 9 del Regolamento (CE) 9 luglio 2001, n. 1392/2001. Difatti è opinione della Sezione che, fermo restando quanto osservato circa la contrarietà dell'art. 5, l. n. 119 del 2003, l'art. 2, comma 3, non configura l'insieme dei produttori che abbiano rispettato l'obbligo di versamento mensile come una "categoria prioritaria" ai sensi del diritto dell'Unione europea.

La Sezione ha ritenuto, per contro, che l'art. 2, comma 3, stabilisca modalità differenziate per la restituzione del prelievo imputato in eccesso, distinguendo tra i produttori che abbiano osservato l'obbligo del versamento mensile da quelli che non l'abbiano rispettato. Occorrendo, però, conoscere l'esatta interpretazione del diritto dell'Unione in ordine al concetto e alla configurabilità di una "categoria privilegiata" si impone anche in questo caso il rinvio pregiudiziale.

18. Commercio.

18.1. Commercio ambulante.

Con sentenza 19 aprile 2017, n. 1816 la sez. V ha affrontato la questione relativa al Piano del commercio su area pubblica del Comune di Firenze che legittimamente, per riqualificare l'area della Basilica di San Lorenzo, d'accordo con la Soprintendenza per i beni architettonici, paesaggistici storici, artistici ed etnoantropologici per le province di Firenze, Pistoia e Prato, ha disposto il parziale spostamento di alcuni posteggi del mercato di San Lorenzo in altre aree del territorio comunale. Tale scelta si inserisce in una più vasta iniziativa avviata da anni e volta alla complessiva riqualificazione

dello storico quartiere fiorentino di San Lorenzo e, in primis, della Basilica Laurenziana (che costituisce, com'è dato di fatto, uno dei più importanti e centrali complessi monumentali di quella preminente città d'arte); risponde altresì all'esigenza di eliminare le criticità connesse all'accessibilità dell'area ai mezzi di soccorso, esigenza a più riprese invocata dalle autorità competenti, sì da eliminare la situazione di pericolo per la pubblica incolumità determinata dall'elevata concentrazione di concessioni di posteggio che caratterizzavano l'area, nonché di recuperare alla fruizione dei fedeli e dei turisti la naturale piena accessibilità del sagrato della basilica di San Lorenzo.

A supporto delle conclusioni cui è pervenuta la Sezione ha richiamato, tra l'altro, l'art. 52 (Esercizio del commercio in aree di valore culturale e nei locali storici tradizionali), d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), secondo cui, nel testo di un solo comma ancora vigente al tempo dell'adozione dell'atto impugnato (i successivi commi – specificativi, ma non innovativi - vi sono stati introdotti solo a partire dal d.l. 8 agosto 2013, n. 91, convertito dalla l. 7 ottobre 2013, n. 112), “con le deliberazioni previste dalla normativa in materia di riforma della disciplina relativa al settore del commercio, i comuni, sentito il soprintendente, individuano le aree pubbliche aventi valore archeologico, storico, artistico e paesaggistico nelle quali vietare o sottoporre a condizioni particolari l'esercizio del commercio”. Si tratta di previsione di preservazione del decoro urbano - finalità essenziale per la salvaguardia effettiva dei centri storici, delle città d'arte e dei complessi monumentali – che consente espressamente ai Comuni di procedere fino all'estromissione, con eventuale delocalizzazione o rilocalizzazione, degli esercizi commerciali incongrui o divenuti incongrui con il contesto.

E' quindi corretto, ha concluso la Sezione, che la difesa di un centro storico non si limiti alla conservazione della consistenza materiale, ma riguardi anche la qualità dell'ambiente. Il degrado, da lungo crescente, di San Lorenzo andava in direzione opposta e il Comune ha bene applicato, a questo proposito, le leggi vigenti per la salvaguardia del decoro urbano.

19. Contributi e finanziamenti.

19.1. Patti territoriali e contratti d'area.

Con sentenza 3 febbraio 2017, n. 468 la sez. VI ha affermato, in relazione alla tematica dei patti territoriali, che l'art. 8 *bis*, d.l. 2 luglio 2007, n. 81, aggiunto dalla legge di conversione 3 agosto 2007, n. 127, prevede un tetto massimo delle risorse che possono essere assegnate, per il loro funzionamento, ai soggetti responsabili degli interventi infrastrutturali compresi nei Patti territoriali e nei contratti d'area, quando l'attività degli stessi si protrae nel tempo, per il completamento delle iniziative imprenditoriali e degli interventi infrastrutturali o per effetto di una o più rimodulazioni delle risorse. La Sezione ha preliminarmente ricordato che l'art. 8 *bis*, n. 81 del 2007 al comma 7 ha rimandato ad un decreto di natura non regolamentare del Ministro dello sviluppo economico l'individuazione delle priorità di utilizzo delle risorse previste dal precedente comma 6, nonché la misura e le modalità di corresponsione dell'incremento, nel limite massimo del 25% del contributo globale previsto dall'art. 4 del regolamento di cui al decreto del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica 31 luglio 2000, n. 320, da corrispondere relativamente ai Patti territoriali e ai contratti

d'area che subiscono un allungamento dei tempi di realizzazione, dovuto alla rimodulazione delle risorse o per effetto della dilatazione temporale per il completamento delle iniziative.

Il decreto è stato adottato 14 dicembre 2007 e, all'art. 1, comma 1, ha dettato le priorità da seguire per l'utilizzo delle risorse già impegnate in favore di iniziative imprenditoriali e di interventi infrastrutturali compresi nei patti territoriali e nei contratti d'area, risultati disponibili a seguito di rinuncia dei beneficiari o di provvedimenti di revoca e di rideterminazione delle agevolazioni, prevedendo fra queste (al punto 2) la copertura finanziaria necessaria per la concessione al soggetto responsabile locale dell'incremento del contributo globale nella misura del 25 per cento di quanto già concesso ai sensi del decreto n. 320 del 2000.

Il successivo comma 2 ha poi stabilito che “qualora per effetto della dilatazione temporale per il completamento delle iniziative imprenditoriali e degli interventi infrastrutturali o per effetto di una o più rimodulazione delle risorse, l'attività gestionale dei soggetti responsabili locali (Soggetto Responsabile e Responsabile Unico) abbia subito un allungamento oltre il termine di settantadue mesi dalla data di approvazione del patto o del contratto, è riconosciuto allo stesso un incremento del contributo globale di cui al decreto n. 320 del 2000, nella misura di cui all'art. 1, punto 2”.

Ad avviso della Sezione da tale ricostruzione normativa si desume che il legislatore ha stabilito che quando l'attività dei soggetti responsabili di interventi infrastrutturali compresi nei patti territoriali e nei contratti d'area si protrae nel tempo, per effetto della dilatazione temporale necessaria al completamento delle iniziative imprenditoriali e degli interventi infrastrutturali o per effetto di una o più rimodulazioni delle risorse, a tali soggetti deve essere garantita la copertura finanziaria per svolgere le attività loro necessarie, nella misura del 25% di quanto già concesso ai sensi del precedente decreto n. 320 del 2000.

Ha ancora chiarito la Sezione che con tale disposizione, che si riferisce in generale agli interventi compresi nei patti territoriali e nei contratti d'area, è stato quindi stabilito un tetto massimo (misurato in percentuale sulla somma messa a disposizione) della spesa che il soggetto responsabile può sostenere, con costi a carico del bilancio pubblico, per il proprio funzionamento in relazione all'attuazione delle iniziative per le quali sono state rese disponibili risorse pubbliche.

La norma ha infatti una evidente duplice finalità: da un lato quella di garantire al soggetto attuatore risorse certe per l'esercizio di funzioni pubbliche e, dall'altro, di evitare tuttavia che le risorse rese disponibili siano utilizzate (oltre un certo limite) non per la realizzazione delle opere infrastrutturali o delle iniziative imprenditoriali ma per il mero funzionamento del soggetto responsabile.

20. Telecomunicazione.

La sez. VI, con ordinanza 5 aprile 2017, n. 1604, ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione alcune questioni relative all'organismo notificato sulle apparecchiature radio e apparecchiature terminali di telecomunicazione.

Il ricorso di primo grado era stato proposto da un'impresa attiva nel settore dell'elettronica di consumo e commercializza, con il marchio “Pascal”, un cd. “audio/video sender”, ovvero un ripetitore per uso domestico, che si installa vicino ad una sorgente

di segnale audio o video, ad esempio un ricevitore satellitare o un videoregistratore, raccoglie il segnale da questa sorgente e lo rilancia per l'ascolto o la visione ad un televisore posto fino a 100 metri di distanza, utilizzando un ponte radio, ovvero una trasmissione in radiofrequenza. In Italia, il controllo su questo tipo di apparecchi è di competenza del Ministero per lo sviluppo economico, attraverso una struttura centrale, la Divisione II di staff del Dipartimento per le comunicazioni, che esercita appunto la "Sorveglianza del mercato R&TTE", direttamente e per mezzo di proprie articolazioni sul territorio, denominate appunto Ispettorati territoriali, le quali svolgono fra l'altro controlli periodici presso le imprese e i punti vendita. Nel corso di uno di questi controlli, svolto il 18 maggio 2011 sui prodotti in vendita presso un centro commerciale, personale dell'Ispettorato territoriale contestava quindi una irregolarità sugli esemplari di apparecchio "Pascal", lì offerti in vendita al pubblico. In particolare, il personale dell'Ispettorato rilevava che né sull'apparecchio né sul relativo imballaggio era impresso il numero identificativo di un Organismo Notificato – ON ai sensi della disciplina armonizzata vigente all'epoca dei fatti, ovvero quella di cui alla direttiva 99/5/CE, attuata in Italia dal d.lgs. 9 maggio 2001, n. 269. L'Ispettorato riteneva che nel caso concreto tale indicazione fosse dovuta e pertanto sottoponeva a sequestro amministrativo i prodotti ritenuti irregolari ed applicava per essi una sanzione.

Avverso detto provvedimento la società ha proposto ricorso, che è stato respinto sul rilievo che, ai sensi della medesima direttiva 99/5/CE e del d.lgs. n. 269 del 2001, di suo recepimento, "la presenza dell'organismo notificato responsabile della correttezza della verifica di conformità (e quindi l'indicazione del suo numero di identificazione)" sia "obbligatoria per tutte le apparecchiature destinate a impegnare frequenze radio" e quindi lo sia anche per il prodotto "Pascal" in questione.

La Sezione ha rimesso alla Corte di giustizia le questioni: a) se la Direttiva 1999/5/CE debba essere interpretata nel senso che il fabbricante di apparecchiature radio e delle apparecchiature terminali di telecomunicazione, il quale faccia ricorso alla procedura prevista all'allegato III, secondo paragrafo, e qualora vi siano norme armonizzate che definiscano la serie di prove radio essenziali da effettuarsi, debba rivolgersi ad un organismo notificato (ON) e accompagnare quindi la marcatura CE (attestante la conformità ai requisiti essenziali di cui alla stessa direttiva) con il numero di identificazione dell'organismo notificato stesso; b) nel caso in cui la risposta al quesito sub a) fosse affermativa, e nel caso in cui il fabbricante - dopo aver fatto ricorso alla procedura di cui all'allegato III, secondo paragrafo, in presenza di norme armonizzate che definiscono la serie di prove radio essenziali da effettuarsi, e abbia comunque interpellato di sua volontà un organismo notificato, chiedendogli di ribadire l'elenco delle suddette prove - debba accompagnare la marcatura CE attestante la conformità ai requisiti essenziali di cui alla direttiva 1999/5/CE, con il numero di identificazione dell'organismo notificato; c) nel caso in cui la risposta al quesito *sub* b) fosse affermativa, e nel caso in cui il fabbricante - dopo aver fatto ricorso alla procedura di cui all'allegato III, secondo paragrafo, in presenza di norme armonizzate che definiscono la serie di prove radio essenziali da effettuarsi, ed aver comunque successivamente interpellato di sua volontà un organismo notificato, chiedendogli di ribadire l'elenco delle suddette prove, abbia di sua volontà accompagnato il prodotto con il numero di

identificazione dell'organismo interpellato - debba riportare il numero di identificazione dell'organismo anche sul prodotto e sul relativo imballaggio.

Ha preliminarmente chiarito la Sezione che, per lo specifico settore delle apparecchiature radio e terminali di radiocomunicazione, è stata emanata la direttiva 99/5/CE (attuata in Italia dal d.lgs. n. 269 del 2001 e poi sostituita dalla direttiva 2014/53/UE, a sua volta attuata dal d.lgs. 22 giugno 2016, n. 128) la quale, come reso esplicito dall'art. 1, "istituisce un quadro normativo per l'immissione sul mercato, la libera circolazione e la messa in servizio nella Comunità delle apparecchiature radio e delle apparecchiature terminali di telecomunicazione". La direttiva definisce anzitutto all'art. 3 i "requisiti essenziali" per la messa in commercio di un apparecchio e prevede, al successivo art. 5, che il possesso di questi requisiti sia presunto per i prodotti conformi alle norme armonizzate.

All'esito delle diverse procedure, alle quali sono sottoposte le apparecchiature radio, il prodotto può quindi ricevere la marcatura CE, disciplinata dal successivo art. 12, comma 1, nel senso appunto che "L'apparecchio conforme a tutti i requisiti essenziali pertinenti è contraddistinto dalla marcatura CE di conformità prevista nell'allegato VII. Tale marcatura è apposta sotto la responsabilità del fabbricante, del suo rappresentante autorizzato nella Comunità o della persona responsabile dell'immissione dell'apparecchio sul mercato. Quando si ricorre alle procedure di cui agli allegati III, IV o V, la marcatura è accompagnata dal numero di identificazione dell'organismo notificato previsto nell'art. 11, par. 1". L'allegato III della direttiva, con un'apparente incongruenza, dispone, al comma 2, che "Per ciascun tipo di apparecchio vengono effettuate, ad opera del fabbricante o per suo conto, tutte le serie di prove radio essenziali. L'individuazione delle serie di prove considerate essenziali è responsabilità di un organismo notificato scelto dal fabbricante, salvo che le serie di prove siano definite dalle norme armonizzate. L'organismo notificato tiene in debita considerazione le decisioni precedenti, prese congiuntamente dagli organismi notificati". Pertanto, l'attività dell'ON in questo tipo di procedura non è sempre indefettibile, perché non è richiesta nel caso in cui le serie di prove da svolgere per tipo di apparecchio siano definite dalle norme armonizzate.

Tutto ciò chiarito la Sezione, riprendendo quanto sostenuto dalla Commissione con un proprio chiarimento, ha affermato che sarebbe illogico, e contrario ai principi di proporzionalità e adeguatezza, imporre l'attività di un organismo notificato in presenza di norme armonizzate. Ha poi altresì osservato che l'allegato III della direttiva 99/5/CE è rubricato "Controllo di fabbricazione interno, più prove specifiche dell'apparecchio" e alla lettera "corrisponde all'allegato II, completato dai seguenti requisiti supplementari", ove l'allegato II prevede il semplice "Controllo di fabbricazione interno", ovvero una procedura in cui non è necessaria l'attività di soggetti terzi rispetto al fabbricante. L'allegato III della direttiva 99/5/CE si configura allora come 'sotto-caso' di una procedura di controllo rientrante nel "Modulo A" di cui alla direttiva 22 luglio 1993, n. 93/465/CEE, ovvero nell'ambito di una procedura che come regola è 'autoamministrata' dal fabbricante. Nel dubbio sarebbe allora logico preferire un'interpretazione che restringa la necessità di attività di soggetti terzi al minimo indispensabile, anziché ampliarla.

21. Straniero.

21.1. Permesso di soggiorno.

La sez. III, con sentenza 31 ottobre 2017, n. 5040, ha affermato che, ai fini dell'accertamento della sussistenza del reddito minimo per il rilascio del permesso di soggiorno, occorre valutare anche l'eventuale rapporto di convivenza.

In particolare, la Sezione ha giudicato illegittimo il diniego di rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato, opposto allo straniero extracomunitario in considerazione della mancanza di un reddito minimo idoneo al suo sostentamento sul territorio nazionale se, nonostante la sostanziale natura fittizia del rapporto di lavoro (nella specie, di collaborazione domestica), sussisteva un rapporto di convivenza evidente e dichiarato, che avrebbe onerato la Questura a valutare, ai sensi dell'art. 5, comma 9, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi familiari ai sensi dell'art. 30, comma 1, lett. b), dello stesso decreto; tale disposizione, infatti, seppure introdotta per regolare i rapporti sorti da unioni matrimoniali, non può non applicarsi, in base ad una interpretazione analogica imposta dall'art. 3, comma 2, Cost., anche «al partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata con documentazione ufficiale», secondo la formula prevista, seppure in riferimento al diritto di soggiorno di un cittadino di uno Stato membro UE dei suoi familiari in un altro Stato membro, l'art. 3, comma 2, lett. b), d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30.

Ha chiarito la Sezione che tale conclusione non risponde solo ad un fondamentale principio di eguaglianza sostanziale, ormai consacrato, a livello di legislazione interna, anche dall'art. 1, comma 36, l. 20 maggio 2016, n. 76, per quanto qui rileva, sulle convivenze di fatto tra “due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile”, ma anche alle indicazioni provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che, anche in questa materia, si è premurata di chiarire che la nozione di «vita privata e familiare», contenuta nell'art. 8, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo include, ormai, non solo le relazioni consacrate dal matrimonio, ma anche le unioni di fatto nonché, in generale, i legami esistenti tra i componenti del gruppo designato come famiglia naturale.

In altri termini, proprio in virtù della presenza di rapporti affettivi (di natura eterosessuale od omosessuale), l'eventuale applicazione di una misura di allontanamento o di diniego di un permesso di soggiorno è in grado, secondo la Corte di Strasburgo, di provocare un sacrificio sproporzionato del diritto alla vita privata e familiare per il soggetto portatore dell'interesse (Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 dicembre 2012, ric. n. 31956/05, *Hamidovic c. Italia*, in particolare § 37).

Ha aggiunto la Sezione che la circostanza che l'attuale legislazione in materia di permessi di soggiorno non sia stata ancora adeguata o comunque ben coordinata, sul punto, alle riforme introdotte dalla l. n. 76 del 2016 sulle unioni civili e di fatto - consentendo il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari, di cui all'art. 30, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 286 del 1998, anche al convivente straniero di cittadino italiano, purché ne ricorrano le condizioni, formali e sostanziali, ora previste dalla stessa l. n. 76 del 2016 (e, in particolare, dall'art. 1, commi 36 e 37) - non osta all'applicazione mediata, anche in via analogica, degli istituti previsti dalla legislazione in materia di immigrazione per le unioni matrimoniali e, quindi, dello stesso art. 30, e ciò per la forza, essa immediata, di principî costituzionali ed europei, la cui coerenza

prescinde dalla normativa sopravvenuta della medesima l. n. 76 del 2016 e dalle conseguenti disposizioni di attuazione e/o coordinamento.

21.2. Asilo.

Ancora in materia di stranieri la sez. III, con sentenza 3 novembre 2017, n. 5085, ha affrontato la problematica relativa ai presupposti per la protezione internazionale ai sensi del Regolamento UE n. 604 del 2013 (cd. "Dublino III"), con riferimento al caso di uno straniero, fuggito dal suo Paese di origine, l'Afghanistan, a causa della gravissima situazione di instabilità politica e sociale, che da anni con sanguinosi scontri tra opposte fazioni caratterizza la vita quotidiana di quel Paese. Lo straniero ha formulato un'istanza diretta ad ottenere la protezione internazionale. La Direzione Centrale dei Servizi per l'Immigrazione e l'Asilo – Unità Dublino, l'ufficio preposto all'espletamento delle procedure dirette a determinare lo Stato membro competente per l'esame della domanda di protezione internazionale ha rilevato, sulla base del riscontro delle impronte digitali del sistema EURODAC, che l'odierno ricorrente aveva in precedenza presentato una analoga istanza in Bulgaria, precisamente il 17 settembre 2014. Sulla base di questo rilievo l'Unità Dublino ha indirizzato alla Bulgaria, l'11 novembre 2014, una richiesta di presa in carico ai sensi dell'art. 18, par. 1, lett. b), del Regolamento UE n. 604 del 2013.

La Sezione ha giudicato illegittimo il provvedimento con il quale la Direzione Centrale dei Servizi Civili per l'Immigrazione e Asilo ha deciso il trasferimento in Bulgaria del cittadino dell'Afghanistan che si fonda sulla sola presunzione che il richiedente asilo sia trattato conformemente agli obblighi internazionali ed europei assunti dal Paese verso il quale è disposto il trasferimento, senza accertarsi che la misura non equivalga, nella pratica, a *refoulement*

Ha ricordato la Sezione che in materia di diritto di asilo opera, sul piano del diritto internazionale, un principio di cautela a garanzia degli incompressibili diritti fondamentali dello straniero, principio che impone al giudice nazionale di annullare il provvedimento di trasferimento in uno Stato che non assicuri idonee condizioni di accoglienza dei richiedenti tutte le volte in cui sussista non solo la prova certa, ma anche il ragionevole dubbio che sussistano carenze sistemiche in tali condizioni di accoglienza, anche ai sensi dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, siccome interpretato dalla Corte di Strasburgo (sul principio del ragionevole dubbio, in linea generale, v. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 22 marzo 2005, *Ay c. Turchia*, e in particolare i §§ 59-60). Anche questo ragionevole dubbio all'esito di un'attenta istruttoria circa tali concrete condizioni, infatti, può assurgere a fondato motivo di diniego (o di annullamento) del trasferimento, ai sensi dell'art. 3, par. 2, e dell'art. 17 del Regolamento UE n. 604 del 2013 e dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, poiché solo la certezza di condizioni consona alla dignità umana nello Stato di destinazione può costituire il presupposto irrinunciabile per garantire l'effettivo rispetto dei diritti fondamentali dello straniero da trasferire.

Di tali essenziali valori di civiltà giuridica, riconosciuti non solo dai regolamenti e dai trattati fondamentali della UE, oltre che dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma anche dalle Corti supreme quali principi di diritto consuetudinario e, in quanto tali, fonti primarie del diritto internazionale, deve farsi attento interprete e rigoroso custode anche il giudice nazionale, e qui in particolare il giudice amministra-

tivo, al quale non è affatto estranea nel quadro del nostro sistema di garanzie giurisdizionali, come ha già chiarito la Corte costituzionale (27 aprile 2007, n. 140), anche la tutela dei diritti fondamentali.

Nel caso sottoposto all'esame della Sezione non sono stati riscontrati elementi affidabili per ritenere che le condizioni dei richiedenti in asilo in Bulgaria offrano sicure garanzie di rispettare i diritti fondamentali dello straniero e siano tali da scongiurare il fondato rischio di trattamenti disumani e degradanti, siccome prevede l'art. 3, par. 2, del Regolamento UE n. 604 del 2013.

22. Magistrati.

Con ord. 8 febbraio 2017, n. 550 la sez. IV ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 50, comma 4, penultimo e ultimo periodo, l. 23 dicembre 2000, n. 388 in relazione agli artt. 3, 24, 111 e 117 Cost. nella parte in cui tale norma, sancendo la portata retroattiva dell'abrogazione dell'art. 4, comma 9, l. 6 agosto 1984, n. 425, e prevedendo che detta abrogazione possa travolgere anche posizioni individuali già riconosciute mediante decisioni definitive su ricorsi straordinari, ha inciso sulle controversie pendenti che erano state intraprese per ottenere la esecuzione delle suddette decisioni definitive sui ricorsi straordinari

Ad avviso della Sezione non può negarsi che la contestata disposizione di cui alla l. n. 388 del 2000 intervenga nel corso di una controversia in atto tra l'Amministrazione e gli odierni ricorrenti in ottemperanza, con una previsione atta a privare di effetti i decreti decisori favorevoli dagli stessi ottenuti ed anche la successiva attività volta ad ottenerne l'esecuzione da essi intrapresa, ed in assenza di motivi imperativi di interesse generale tale disposizione sembra mutilare il diritto di difesa degli odierni ricorrenti in ottemperanza (art. 24 Cost.) ed insieme il principio di parità delle parti di cui all'art. 111 Cost..

La Sezione ha altresì ritenuto pienamente condivisibili le considerazioni espresse dall'Adunanza plenaria 14 luglio 2015, n. 7 in ordine alla circostanza che la disposizione di cui all'art. 50, comma 4, l. n. 388 del 2000 non pare armonizzarsi con gli artt. 3 e 97 Cost. e con i limiti che devono connotare le cd. "leggi-provvedimento", ove queste ultime siano destinate ad incidere su situazioni consolidate, e con l'art. 117 della Costituzione in relazione alle norme CEDU (artt. 6 e 13 del Trattato CEDU) quali nome interposte volte a predicare l'intangibilità anche delle decisioni amministrative caratterizzate da una *judicial review*. Inoltre, sempre con riferimento al parametro di cui all'art. 97 Cost., va ricordato che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 269 del 10 marzo 1988, ha ritenuto costituzionalmente illegittima la posposizione in ruolo degli avvocati dello Stato vincitori di concorso rispetto agli *ex* Procuratori capo dello Stato inseriti tra gli avvocati alla seconda classe di stipendio, per effetto della legge di riforma 3 aprile 1979 n. 103; orbene, il comma 9 dell'art. 4, l. 6 agosto 1984, n. 425, applicato all'ordinamento della giustizia amministrativa, mirava proprio ad evitare la discriminazione economica dei consiglieri di Stato vincitori di concorso rispetto ai consiglieri con maggiore anzianità effettiva che li seguivano nel ruolo: per l'effetto della disposizione di cui all'art. 50, comma 4, l. n. 388 del 2000 si è inverata (seppure unicamente con riferimento al trattamento stipendiale) una condizione analoga a quella reputata illegittima nella richiamata sentenza n. 269 del 10 marzo 1988

e tale effetto non appare armonico con il precetto di cui all'art. 97 Cost. nei sensi chiariti dalla ricordata sentenza del giudice delle leggi n. 269 del 1988.

La Sezione ha invece ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale riposante sull'asserito contrasto della disposizione dell'art. 50, comma 4, l. n. 388 del 2000 con il precetto di cui all'art. 10 Cost. laddove si prescrive la necessaria conformità dell'ordinamento giuridico italiano alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, ai principi generali e alle norme di carattere consuetudinario in quanto: a) al momento in cui propose il ricorso in sede straordinaria, parte ricorrente ben conosceva che il rimedio adito (seppur alternativo a quello giurisdizionale), offriva minori garanzie rispetto a quest'ultimo (il diritto potestativo conferito alle parti intimiate di chiedere la trasposizione del proposto ricorso straordinario in sede giurisdizionale trova la propria ratio proprio in siffatta constatazione (Corte cost. nn. 1 del 1964, 78 del 1966, e 148 del 1982); b) non si ravvisa alcun principio di diritto consuetudinario che equipari la portata ed intangibilità della statuizione giurisdizionale a quella di un rimedio "giustiziale" (sia pure emesso a seguito di un procedimento contenzioso alternativo a quello giurisdizionale); c) in materia non è possibile enucleare principi consuetudinari di diritto internazionale diversi ed ulteriori rispetto a quelli consacrati nella Convenzione Edu, che diano *in subiecta materia* garanzie superiori rispetto a quelle offerte da quest'ultima: certo è che l'insegnamento della Corte Edu è stato, in passato, quello della assimilabilità dei rimedi in comparazione (Corte Edu 28 settembre 1999, n. 45814, Nardella c. Italia, secondo cui "il ricorso giurisdizionale offre maggiori garanzie rispetto al ricorso straordinario e il controinteressato può, entro un termine di sessanta giorni dalla notificazione, richiedere che il ricorso sia trattato innanzi al giudice amministrativo").

Ad avviso della Sezione è manifestamente infondata anche la questione di legittimità dell'art. 50, comma 4, l. n. 388 del 2000 per contrasto con l'art. 113 Cost., non essendo condivisibile l'assunto da cui muove parte ricorrente in ordine alla totale assimilazione del decreto decisorio del ricorso straordinario alla decisione resa in sede giurisdizionale. Ed invero, nel 1999, all'epoca in cui di decreti decisori vennero emessi, la regola della alternatività concerneva un "rimedio" meno garantito rispetto a quello giurisdizionale e praticabile soltanto in virtù della ricorrenza di una duplice condizione (la "scelta" di avvalersene, esercitata dalla parte ricorrente, e l'omesso esercizio della facoltà di trasposizione da parte dei soggetti intimati): esclusa la praticabilità della tesi della "revisione *ex tunc* dell'istituto" è a torto evocato il profilo di un possibile vulnus al principio della "divisione dei poteri" (evocato anche *sub* art. 70 Cost., e la questione si risolve nella minore "resistenza" alla legge sopravvenuta e retroattiva del provvedimento amministrativo - seppure reso in sede contenziosa "alternativa" alla funzione giurisdizionale - rispetto alla sentenza passata in giudicato.

Sempre ad avviso della Sezione manifestamente infondati sono anche i dubbi di costituzionalità manifestati con riferimento all'asserita lesione delle guarentigie della indipendenza ed autonomia dei Magistrati del Consiglio di Stato: tali valori, consacrati nell'art. 100 Cost., in nessun modo potrebbero ritenersi messi a repentaglio da provvedimenti legislativi relativi al trattamento stipendiale di questi ultimi e destinati (almeno in teoria) a regolare la posizione di numerosi soggetti

Deve ancora escludersi che nella norma in questione si riscontrerebbero i tratti di una legge *ad personam*. Non appare, invero, convincente la tesi per cui ci si troverebbe al cospetto di una legge tesa a discriminare la posizione di pochi e ben determinati soggetti, mentre per altro verso è inevitabile che la portata applicativa della medesima fosse ristretta, sin dall'origine, in quanto diretta a dettare una normativa riguardante una limitata cerchia di pubblici dipendenti.

23. Militari.

23.1. Appartenenza dei militari ai partiti politici.

La sez. IV, con sentenza n. 5845 del 12 dicembre 2017, ha riconosciuto il diritto dei militari di iscriversi ad un partito politico, ma non anche di assumere cariche al suo interno

Ha osservato la Sezione che, ai sensi dell'art. 49 Cost., la facoltà di partecipare alla vita politica della Nazione mediante l'iscrizione a partiti politici rappresenta un diritto politico fondamentale di ogni cittadino, caratterizzante l'attuale ordinamento democratico. Un'eventuale limitazione di tale fondamentale presidio di libertà del singolo e di garanzia della permanenza del carattere democratico della Repubblica è peraltro possibile, ai sensi del successivo art. 98 Cost., per specifiche categorie di cittadini, tra cui "i militari di carriera in servizio attivo", a mezzo di legge. Orbene, è evidente che tale legge non possa che essere chiara, specifica ed univoca e, soprattutto, che debba essere interpretata, quale norma recante un'eccezione ad un principio costitutivo della Repubblica, in forma strettamente restrittiva, senza alcuna possibilità di esegesi estensive o, comunque, non direttamente e rigidamente conseguenti all'articolazione testuale della disposizione.

Ad avviso del giudice di appello tali caratteri, invero, *ictu oculi* difettano nel testo del comma 1 dell'art. 1483 del Codice dell'ordinamento militare (d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66), privo di riferimenti diretti ed univoci alla facoltà del singolo militare di iscriversi a partiti politici. Oltretutto, non solo il Titolo IX del Libro IV di detto Codice, in cui è collocato l'art. 1483, si apre con una disposizione, l'art. 1465, che al comma 1 statuisce espressamente che "Ai militari spettano i diritti che la Costituzione della Repubblica riconosce ai cittadini", dunque anche quello di associazione a fini politici, ma è semanticamente dubbio che la mera iscrizione ad un partito concreti, in sé, una forma di partecipazione alla competizione politica, cui solo è riferito l'articolo in commento.

Inoltre e prima ancora, il testo costituzionale delinea una mera facoltà del legislatore di introdurre "limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici": in disparte la questione, nella presente sede irrilevante, se possa essere costituzionalmente legittima una legge che imponga una radicale elisione di tale diritto, la sentenza ha osservato che la *regula juris* costituzionale di base è nel senso dell'assoluta identità di condizione giuridica del *civis* in armi rispetto agli altri quanto alla facoltà di iscriversi a partiti. Anche in tale ottica, dunque, la dizione legislativa, secondo cui "Le Forze armate debbono in ogni circostanza mantenersi al di fuori delle competizioni politiche", non è idonea a sorreggere le conclusioni cui perviene la difesa erariale, proprio in quanto la disposizione non menziona in alcun modo il singolo militare né, tanto meno, ne perimetra

in senso riduttivo la libertà, costituzionalmente presidiata, di associazione a fini politici.

Ha ancora osservato la Sezione che, allorché il legislatore ha inteso escludere *in toto* il diritto di iscrizione a partiti politici, lo ha fatto con ben altra chiarezza dispositiva: si ponga mente all'art. 114, l. 1 aprile 1981, n. 121, la cui efficacia è stata più volte prorogata ma che allo stato non è più vigente, secondo il quale “Fino a che non intervenga una disciplina più generale della materia di cui al comma 3 dell'art. 98 Cost., e comunque non oltre un anno dall'entrata in vigore della presente legge, gli appartenenti alle forze di polizia di cui all'art. 16 della presente legge non possono iscriversi ai partiti politici”.

Diversa è la conclusione per quanto riguarda l'assunzione di cariche di partito.

Mentre, infatti, la mera iscrizione, quale adesione ideale alle scelte politico-ideologiche di un partito, non presenta, in sé, un contenuto attivo e propositivo, al contrario l'assunzione di cariche direttive veicola la possibilità di incidere ab interno su tali scelte, contribuendo a determinarne profilo, direzione ed intensità. Inoltre tale condizione, nell'attuale società della comunicazione sostanzialmente impone l'esposizione sociale e mediatica dell'interessato, potenzialmente suscettibile di essere chiamato a dare conto dell'indirizzo politico della formazione cui aderisce ed a parlare in nome e per conto di essa in plurimi contesti pubblici, ossia a svolgere, in varie forme, attività di “propaganda politica”, espressamente vietata dall'art. 1472, comma 3, del Codice dell'ordinamento militare.

Ha quindi concluso il giudice di appello che questo diverso ed assai maggiore grado di estensione dell'impegno politico determina una frizione con il richiamato principio di estraneità delle Forze Armate alle competizioni politiche: posto, infatti, che lo *status* di militare non è limitato agli orari di servizio ma, sia in ottica ordinamentale sia nella più ampia considerazione sociale, attiene alla persona e ne segue e connota l'operare, quelle dichiarazioni pubbliche, quelle scelte programmatiche, quelle polemiche politiche sarebbero inevitabilmente ricondotte dal generale pubblico (anche) alla Forza armata cui l'esponente partitico appartiene e per la quale continua a prestare contestualmente servizio attivo. Questa indebita commistione, poi, ad avviso della Sezione, si apprezzerrebbe in misura esponenziale nell'ambito locale ove vive e dove presta servizio il militare: tale *status*, con ogni verosimiglianza, ne aumenterebbe la visibilità e l'identificabilità e, in tal modo, determinerebbe altresì la riconduzione di quella attività partitica, in sé necessariamente “politica” e legittimamente “di parte”, ad un'istituzione strutturalmente e costitutivamente neutrale quali sono - e devono in ogni circostanza rimanere e dimostrare di rimanere - le Forze armate.

23.2. Divieto di costituire o aderire ad associazioni professionali a carattere sindacale.

Con ord. 4 maggio 2017, n. 2043 la sez. IV ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1475, comma 2, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (a tenore del quale “i militari non possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali”): a) per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 11 e 14 Cedu, come da ultimo interpretati dalle sentenze in data 2 ottobre 2014 Cedu, sez. V, nei casi “Matelly c. Francia” (ricorso n. 10609/10) e “Adefdromil c. Francia” (ricorso n. 32191/09); b) per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 5, terzo periodo, della Carta sociale europea riveduta, firmata in Strasburgo in data 3 maggio 1996 e resa

esecutiva in Italia con legge 9 febbraio 1999, n. 30; compete, infatti, al Giudice delle leggi stabilire se effettivamente sussista tale contrasto, previo accertamento che la norma di diritto internazionale convenzionale tratta dall'art. 5 della Carta sociale europea riveduta sia idonea ad integrare parametro di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., in considerazione dell'impatto che tale *regula juris* avrebbe sul distinto, confliggente e fondamentale interesse dell'ordinamento a disporre di Forze armate concretamente in grado di apprestare una pronta, efficace ed affidabile difesa militare dello Stato.

Ha chiarito che il divieto per i militari, sancito dall'art. 1475, comma 2, del Codice militare, di costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali, si pone in contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e con la Carta sociale europea, come interpretate dalla Corte di Strasburgo. Il comma 2 dell'art. 1475 del Codice militare prevede che "i militari non possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali". Il principio di diritto chiaramente affermato dalle pronunce della Cedu (*Matelly c. Francia*; *Adefdromil c. Francia*) è, invece, di segno radicalmente opposto: la restrizione dell'esercizio del diritto di associazione sindacale dei militari non può spingersi sino alla negazione della titolarità stessa di tale diritto, pena la violazione degli artt. 11 e 14 della Convenzione.

La Sezione ha poi rilevato che la disposizione dell'art. 5, terzo periodo, della Carta, laddove rimette alla legislazione nazionale di determinare il "principio dell'applicazione delle garanzie" sindacali ai militari nonché la "misura" di tale applicazione, intenda evocare un nucleo essenziale – certo ristretto, limitato e circoscritto – di libertà sindacali, che non può non essere riconosciuto anche a favore di tali categorie di lavoratori: ne consegue che una norma nazionale che, come l'art. 1475, comma 2, d.lgs. n. 66 del 2010, privi in radice i militari del diritto di "costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali", si pone in contrasto con tale disposizione di diritto internazionale convenzionale.

Il Consiglio di Stato ha, infine, richiamato anche il potere della Corte costituzionale di adottare "controlimiti" all'efficacia interna di norme europee, cioè di ritenere che norme interne volte ad assicurare la "coesione interna e la neutralità delle Forze armate" non possono venir meno per contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, se poste a presidio di valori fondamentali della Costituzione, tra i quali è la difesa dello Stato.

24. Professioni e mestieri.

24.1. Avvocati.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, con ord. 2 maggio 2017, n. 206, ha rimesso all'Adunanza plenaria, stante il contrasto giurisprudenziale, le questioni concernenti la motivazione del giudizio di non ammissione alle prove orali dell'esame per l'abilitazione all'esercizio della professione di avvocato, e cioè: 1) se l'art. 49, l. 31 dicembre 2012, n. 247 (Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense) escluda l'applicazione dell'art. 46, comma 5, della stessa legge; 2) se il voto numerico esprima e sintetizzi il giudizio tecnico – discrezionale della commissione senza ulteriori oneri motivazionali.

In particolare, il C.g.a. ha rimesso all'alto Consesso la questione relativa al se la disciplina transitoria, che rinvia l'entrata in vigore della riforma dell'esame di abilitazione, comprenda, nel rinvio, anche l'innovativa previsione di cui all'art. 46, comma

5, l. n. 247 del 2012, secondo cui “La commissione annota le osservazioni positive o negative nei vari punti di ciascun elaborato, le quali costituiscono motivazione del voto che viene espresso con un numero pari alla somma dei voti espressi dai singoli componenti”. Ha altresì chiesto di decidere se il voto numerico sia sufficiente ed adeguato al fine di esprimere il giudizio tecnico discrezionale proprio della commissione. Ad avviso del C.g.a. deve principiarsi dal rapporto che corre fra l’art. 49 e l’art. 46, comma 5, l. n. 247 del 2012, dovendosi accertare se l’ambito di operabilità della disposizione transitoria sia circoscritto all’ultrattività dell’art. 22, r.d. n. 1578 del 1934 e dell’art. 17 *bis*, r.d. n. 37 del 1934, cioè delle sole disposizioni che disciplinano lo svolgimento dell’esame di Stato. L’ultrattività di dette disposizioni si lega infatti: 1) al comma 6 dell’art. 46, secondo il quale il Ministro della giustizia, sentito il CNF, disciplina con regolamento le modalità e le procedure di svolgimento dell’esame di Stato e quelle di valutazione delle prove scritte ed orali da effettuare sulla base dei seguenti criteri: a) chiarezza, logicità e rigore metodologico dell’esposizione; b) dimostrazione della concreta capacità di soluzione di specifici problemi giuridici; c) dimostrazione della conoscenza dei fondamenti teorici degli istituti giuridici trattati; d) dimostrazione della capacità di cogliere eventuali profili di interdisciplinarietà; e) dimostrazione della conoscenza delle tecniche di persuasione e argomentazione; 2) al comma 7 dell’art. 46, secondo il quale le prove scritte si svolgono con il solo ausilio dei testi di legge senza commenti e citazioni giurisprudenziali. Esse devono iniziare in tutte le sedi alla stessa ora, fissata dal Ministro della giustizia con il provvedimento con il quale vengono indetti gli esami. A tal fine i testi di legge, portati dai candidati per la prova, devono essere controllati e visti nei giorni anteriori all’inizio della prova stessa e collocati sul banco su cui il candidato sostiene la prova. L’appello dei candidati deve svolgersi per tempo in modo che le prove scritte inizino all’ora fissata dal Ministro della giustizia.

Ad avviso del C.g.a., operando un raffronto preciso fra l’art. 46, l. n. 247 del 2012 e l’art. 17 *bis*, r.d. n. 37 del 1934, si deve concludere che la due normative sono praticamente sovrapponibili (per quel che attiene allo svolgimento delle prove e alle valutazioni) con il risultato che l’unica disposizione inapplicabile della normativa del 2012 è - oltre i commi 6 e 7 - il comma 5, che attiene alla motivazione del voto. Ha quindi concluso nel senso che si realizza quasi una piena sovrapponibilità fra disposizioni del 2012 e disposizioni del 1934.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha peraltro preso atto della non univocità sul punto della giurisprudenza e ha ritenuto la questione meritevole di ulteriore approfondimento da parte dell’Adunanza plenaria, in considerazione dell’impatto sociale che l’esame per l’abilitazione all’esercizio della professione di avvocato produce su molti giovani, che aspirano all’esercizio della professione forense.

L’Adunanza plenaria, con sentenza 20 settembre 2017, n. 7, ha affermato il principio secondo cui la norma transitoria di cui all’art. 49, l. 31 dicembre 2012, n. 247 - che rinvia l’entrata in vigore della riforma dell’esame di abilitazione - esclude l’immediata applicabilità dell’art. 46, comma 5, della stessa legge, secondo cui “La commissione annota le osservazioni positive o negative nei vari punti di ciascun elaborato, le

quali costituiscono motivazione del voto che viene espresso con un numero pari alla somma dei voti espressi dai singoli componenti”; nella vigenza dell’art. 49, l. n. 247 del 2012 i provvedimenti della commissione esaminatrice degli aspiranti avvocati, che rilevano l’inidoneità delle prove scritte e non li ammettono all’esame orale, vanno di per sé considerati adeguatamente motivati anche quando si fondano su voti numerici, attribuiti in base ai criteri da essa predeterminati, senza necessità di ulteriori spiegazioni e chiarimenti, valendo comunque il voto a garantire la trasparenza della valutazione.

Ha chiarito l’Adunanza plenaria che la disciplina degli esami di avvocati, antecedente la riforma dettata dalla l. n. 247 del 2012, era contenuta negli artt. da 20 a 22, r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578. La giurisprudenza amministrativa, inoltre, nel ribadire il proprio orientamento in ordine alla sufficienza del punteggio numerico, ha altresì chiarito che se è vero che tale attività è regolata (unicamente) dai criteri fissati dalla Commissione di cui all’art. 22, r.d.l. n. 1578 del 1933 (norma speciale rispetto ai principi stabiliti dall’art. 12, d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, recante regolamento sui pubblici concorsi), la pur necessaria correlazione tra il punteggio assegnato a ciascuna prova ed i predetti criteri è comunque garantita dalla graduazione ed omogeneità delle valutazioni effettuate mediante l’espressione della cifra del voto.

Ha inoltre ricordato l’Adunanza plenaria che la giurisprudenza maggioritaria del Consiglio di Stato ha affermato che il voto numerico attribuito dalle competenti commissioni alle prove o ai titoli nell’ambito di un concorso pubblico o di un esame - in mancanza di una contraria disposizione - esprime e sintetizza il giudizio tecnico discrezionale della commissione stessa, contenendo in sé stesso la motivazione, senza bisogno di ulteriori spiegazioni, quale principio di economicità amministrativa di valutazione; assicura la necessaria chiarezza e graduazione delle valutazioni compiute dalla Commissione nell’ambito del punteggio disponibile e del potere amministrativo da essa esercitato e la significatività delle espressioni numeriche del voto, sotto il profilo della sufficienza motivazionale in relazione alla prefissazione, da parte della stessa commissione esaminatrice, di criteri di massima di valutazione che soprassedono all’attribuzione del voto, da cui desumere con evidenza, la graduazione e l’omogeneità delle valutazioni effettuate mediante l’espressione della cifra del voto, con il solo limite della contraddizione manifesta tra specifici elementi di fatto obiettivi, i criteri di massima prestabiliti e la conseguente attribuzione del voto. Inoltre, ai fini della verifica di legittimità dei verbali di correzione e dei conseguenti giudizi non occorre l’apposizione di glosse, segni grafici o indicazioni di qualsivoglia tipo sugli elaborati in relazione a eventuali errori commessi. Solo se mancano criteri di massima e precisi parametri di riferimento, cui ricolleggere il punteggio assegnato, si può ritenere illegittima la valutazione dei titoli in forma numerica.

Ad avviso dell’Adunanza plenaria numerosi argomenti militano in favore della riaffermazione dell’indirizzo della sufficienza della espressione numerica del voto: a) la lettera dell’art. 49 che - laddove si fa riferimento “all’esame di abilitazione all’esercizio della professione di avvocato” indistintamente inteso, e si richiama espressamente che ciò concerne sia “le prove scritte che le prove orali” - conduce alla univoca conclusione che il Legislatore abbia voluto procrastinare l’entrata in vigore della legge di riforma, complessivamente considerata, con riferimento a tutti gli aspetti che disciplinano lo svolgimento dell’esame suddetto; b) non è, poi, condivisibile la tesi esposta dal Collegio remittente secondo cui la disciplina antecedente e quella attualmente in vigore, contenuta nella l. n. 247 del 2012 siano per larghi profili identiche, se non

sovrapponibili: invero tale riduttiva considerazione non persuade, in quanto numerose sono le novità introdotte dalla l. n. 247 del 2012 (il numero di materie oggetto dell'esame orale e la modalità della scelta delle medesime da parte dei candidati; la durata della prova scritta; il punteggio minimo necessario per ottenere l'ammissione all'esame orale; l'obbligo incombente sulle Commissioni di "annotare le osservazioni positive o negative nei vari punti di ciascun elaborato, le quali costituiscono motivazione del voto che viene espresso con un numero pari alla somma dei voti espressi dai singoli componenti"); c) in tale quadro appare evidente che il Legislatore abbia dettato la norma transitoria con l'intento di procrastinare l'entrata in vigore di tutti gli aspetti innovativi della riforma (e tra essi rientra certamente quello relativo alle modalità di espressione da parte della Commissione della valutazione degli elaborati scritti) proprio in quanto l'art. 49 della legge non introduce in proposito alcuna distinzione, né espressa, né implicita.

In altri termini l'alto Consesso, con riferimento alla disciplina previgente alla l. n. 247 del 2012, ribadisce il tradizionale insegnamento secondo il quale i provvedimenti della commissione esaminatrice degli aspiranti avvocati, che rilevano l'inidoneità delle prove scritte e non li ammettono all'esame orale, vanno di per sé considerati adeguatamente motivati anche quando si fondano su voti numerici, attribuiti in base ai criteri da essa predeterminati, senza necessità di ulteriori spiegazioni e chiarimenti, valendo comunque il voto a garantire la trasparenza della valutazione.

La (sola) circostanza, che nell'ambito della propria piena discrezionalità il Legislatore abbia ritenuto di innovare il sistema previgente attraverso la prescrizione di cui all'art. 46, comma 5, l. n. 247 del 2012, non vale a connotare di illegittimità la previgente disciplina che è conforme al tradizione orientamento della giurisprudenza, né può condurre a sospetti di incostituzionalità in ordine alla scelta legislativa di prevedere una norma transitoria che differisca l'entrata in vigore della disciplina innovativa, stante la circostanza che quella previgente (la cui portata applicativa è stata appunto temporaneamente "prorogata") è stata a più riprese ritenuta costituzionalmente legittima.

24.2. Titoli di studio.

La sez. III, con ord. 14 novembre 2017, n. 5249, ha rimesso alla Corte di giustizia UE le questioni: a) se gli artt. 21, 22 e 24 della direttiva impongano ad uno Stato membro - in cui vige l'obbligo di formazione a tempo pieno ed il correlato divieto di contemporanea iscrizione a due corsi di laurea - il riconoscimento automatico di titoli che siano invece conseguiti, nello Stato membro di provenienza, contemporaneamente o in periodi parzialmente sovrapponibili; b) se, nel caso di risposta affermativa, l'art. 22, lett. a) e l'art. 21 della direttiva possano interpretarsi nel senso che all'Autorità dello Stato membro - al quale è chiesto il riconoscimento sia comunque consentito verificare la condizione che la durata complessiva, il livello e la qualità di siffatta formazione non siano inferiori a quelli della formazione continua a tempo pieno.

Ha chiarito la Sezione che il dubbio, che giustifica la rimessione alla Corte di giustizia Ue, è se la formazione a tempo parziale, scaturente e deducibile dalla possibilità di contemporanea frequenza di due o più corsi universitari, soddisfi o meno i requisiti minimi previsti dall'art. 24 e dell'allegato V della direttiva 2005/36/CE e se, in questo caso, lo Stato membro al quale è chiesto il riconoscimento abbia o meno il diritto di verificare se la formazione acquisita a tempo parziale nello Stato membro di provenienza sia effettivamente corrispondente a quella minima prevista dalle norme citate.

Si tratta, in altri termini, di chiarire, in via pregiudiziale, se l'automatismo di cui all'art. 21 opera anche quando vi sia il ragionevole sospetto, a cagione della contemporanea frequenza di più corsi di studio, che la formazione universitaria sia avvenuta a tempo parziale.

24.3. Trasportatori.

Con ord. 13 luglio 2017, n. 3453 la sez. V ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 4, 5, commi 2 e 8, d.lgs. 22 dicembre 2000, n. 395 in riferimento agli artt. 3, 24 e 113 Cost., che determinano un automatismo normativo della perdita del requisito di onorabilità – necessario per l'iscrizione all'Albo delle persone fisiche e giuridiche che esercitano l'autotrasporto di cose per conto terzi della Provincia - in applicazione di qualsiasi sanzione penale grave, comunque comminata, escludendo in radice qualsiasi possibilità di valutazione da parte dell'Amministrazione circa la tipologia di infrazione compiuta o l'entità della sanzione subita o qualsiasi altro elemento rilevante (elemento psicologico del reato, successiva estinzione della pena, depenalizzazione del reato, etc.).

La Sezione ha affermato che l'automatica cancellazione dall'Albo delle persone fisiche e giuridiche che esercitano l'autotrasporto di cose per conto terzi, per effetto di una sanzione penale grave, si pone in contrasto con l'art. 3 Cost., in tema di ragionevolezza e proporzionalità.

Ha chiarito la Corte costituzionale (18 luglio 2013, n. 202), con riferimento ad altri settori dell'ordinamento, che gli automatismi disposti dal legislatore devono rispettare un ragionevole bilanciamento tra tutti gli interessi e i diritti di rilievo costituzionale coinvolti e devono conseguentemente essere censurate quelle disposizioni legislative che incidano in modo sproporzionato e irragionevole sui diritti fondamentali. Nel caso all'esame della Sezione la libertà di iniziativa economica privata, protetta dalla Costituzione e richiamata anche dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), può essere agevolmente configurata quale diritto fondamentale del cittadino, anche nella prospettiva dinamica di strumento per la concreta manifestazione della propria personalità, da un lato, e di crescita e sviluppo sociale ed economico della società, dall'altro: tale diritto resterebbe definitivamente ed inesorabilmente compromesso nel caso di specie, sotto il profilo della perdita irrevocabile del requisito della onorabilità, dalla sussistenza di una qualsiasi sanzione penale anche minima.

Ciò rileva anche sotto il profilo della proporzionalità dal momento che, proprio quell'effetto interamente automatico della misura/sanzione amministrativa di revoca dell'iscrizione o cancellazione dall'albo, priva di qualsiasi possibile graduazione automatica, finisce con il ricollegare una conseguenza irreversibile ad una misura che, in quanto penale e dunque punitiva, è necessariamente temporanea o addirittura ha natura pecuniaria.

Ha aggiunto la Sezione che, sotto altro concorrente profilo, quello stesso automatismo può determinare in via di fatto una parimenti inammissibile violazione dell'art. 24 Cost., che predica il diritto di difesa e di agire in giudizio del cittadino per la tutela di un proprio diritto o interesse, e dell'art. 113 Cost. (in tema di sindacato sugli atti della Pubblica amministrazione).

Solo formalmente infatti in una situazione del genere può ammettersi l'esistenza della facoltà di agire in giudizio e di sindacare un atto dell'Amministrazione laddove in

concreto tali facoltà sono del tutto assente o irragionevolmente limitate al solo riscontro formale dell'avvenuto riscontro da parte dell'Amministrazione dell'esistenza di una condanna penale, senza alcuna possibilità di valutazione in concreto della sua rilevanza ai fini della persistenza dell'iscrizione all'albo o della effettiva ricorrenza di un pregiudizio o di un pericolo per l'interesse pubblico derivante dall'esistenza di quella sentenza.

24. Caccia.

24.1. Piano faunistico territoriale.

La sez. III, con la sentenza 20 ottobre 2017, n. 4855, ha affermato che è legittimo il Piano faunistico territoriale della Regione Friuli Venezia Giulia che, nel contemperare la duplice esigenza di tutelare il patrimonio faunistico e di consentire l'attività venatoria, ha salvaguardato alcune specie animali, come quella dell'allodola e della tortora, ma anche limitato le prove cinofile con cani da seguita su lepri, cinghiali e caprioli.

La Sezione ha evidenziato la centralità del Piano faunistico, come strumento di programmazione generale che deve perseguire due fondamentali obiettivi e, cioè, la tutela, la conservazione, la riproduzione e il miglioramento della fauna selvatica e della biodiversità, da un lato, e la gestione del patrimonio faunistico e del prelievo venatorio nel rispetto del principio di pari dignità di ogni forma di esercizio venatorio e delle culture, della storia, degli usi, delle tradizioni e dei costumi.

Ciò premesso, ha ritenuto legittima la scelta della Regione Friuli Venezia Giulia di salvaguardare, mediante particolari restrizioni all'esercizio dell'attività venatoria, alcune specie animali, come quella dell'allodola e della tortora, ma anche di limitare "le prove cinofile con cani da seguita su lepri, cinghiali e caprioli". Si tratta di tutelare alcuni animali ritenuti più vulnerabili, privilegiando forme di caccia meno invasive per l'ambiente circostante.

25. Giochi.

25.1. Contrasto alla ludopatia.

La sez. IV, con la sentenza 28 settembre 2017, n. 4539, si è occupata della lotta alla ludopatia ed ha affermato il principio secondo cui anche dopo l'entrata in vigore del d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (decreto Balduzzi) permane l'obbligo del Ministero dell'economia e delle finanze di emanare le linee d'azione per la prevenzione, il contrasto e il recupero di fenomeni di ludopatia conseguente a gioco compulsivo, previsto dalla l. 13 dicembre 2010, n. 220.

Ha chiarito che il d.l. n. 158 del 2002, all'art. 5 (abrogato dall'art. 1, comma 554, l. 28 dicembre 2015, n. 208) recava la disciplina dell'aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, con particolare riferimento alle persone affette da malattie croniche, da malattie rare, nonché da ludopatia.

La forma dello strumento era quella del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottarsi entro il 31 dicembre 2012, su proposta del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e con il parere delle Commissioni parlamentari competenti. L'oggetto della disciplina solo indirettamente e in modo mediato riguardava la predisposizione di

azioni di contrasto alla ludopatia, prefiggendosi, invece, il legislatore lo scopo principale di aggiornare i livelli essenziali di assistenza con prioritario riferimento alla riformulazione dell'elenco delle malattie croniche e di quelle rare, al fine di assicurare il bisogno di salute, l'equità nell'accesso all'assistenza, la qualità delle cure e la loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze.

In tale contesto le prestazioni di prevenzione, cura e riabilitazione rivolte alle persone affette da ludopatia (intesa come patologia che caratterizza i soggetti affetti da sindrome da gioco con vincita in denaro) rappresentava solo una tra le molteplici malattie croniche o rare bisognose di attenzione da parte del Sistema sanitario nazionale.

Del pari l'art. 7 del citato decreto, rubricato "Disposizioni in materia di vendita di prodotti del tabacco, misure di prevenzione per contrastare la ludopatia e per l'attività sportiva non agonistica" (norma, questa, invece vigente), introduce disposizioni che toccano sotto svariati profili l'attività di offerta di giochi, non sempre esattamente coincidenti con gli obiettivi perseguiti dalla legge del 2010: mentre, infatti, quest'ultima si propone come scopo l'adozione di linee guida per l'azione di contrasto alla dipendenza dal gioco, il cd. decreto Balduzzi detta una disciplina di più ampio respiro che va dalla regolamentazione del regime pubblicistico del rilascio dei titoli concessori o autorizzatori a quella dei messaggi pubblicitari; alla trasparenza delle condizioni di gioco e di vincita; alla predisposizione di formule di avvertimento sul rischio di dipendenza dalla pratica di giochi con vincite in denaro sulle schedine ovvero sui tagliandi dei giochi; alla previsione di iniziative didattiche di educazione sul tema del gioco negli istituti di istruzione primaria e secondaria; all'introduzione di figure di illecito amministrativo pecuniariamente sanzionate; alla previsione di un sistema integrato, anche con l'ausilio delle forze dell'ordine, per la repressione degli illeciti; alla definizione dei luoghi sensibili e della pianificazione di forme di progressiva ricollocazione dei punti della rete fisica di raccolta del gioco.

Ha aggiunto la Sezione che il decreto Balduzzi non contiene alcuna espressa clausola abrogativa delle disposizioni di cui all'art. 7, comma 70, l. n. 220 del 2010.

Manca, ad avviso del giudice di appello, il presupposto del superamento della disciplina anteriore ad opera di quella posteriore, secondo il principio della successione delle leggi nel tempo, tendente a sostituire e superare quella che precede in ordine di tempo.

La stessa diversità contenutistica delle due discipline e degli obiettivi che esse si prefiggono depone, invero, nel senso di dovere ritenere le due previsioni normative complementari tra di loro e legate da un nesso di continuità e di progressività nel sistema di tutela e di protezione, piuttosto che, invece, di reciproca esclusione.

Ha aggiunto la Sezione che l'andamento, copioso, della normativa in materia di regolamentazione dei giochi e, più in generale, delle scommesse dimostra una crescente attenzione del legislatore verso questo fenomeno, talmente ampio e complesso da esigere una regolamentazione di sistema degli aspetti pubblicistici e privatistici coinvolti (dalla tutela dell'ordine pubblico alla pubblica sicurezza, alla pianificazione e al governo del territorio, alla tutela della salute), in maniera complementare. L'entrata in vigore del decreto Balduzzi non rappresenta, e non può rappresentare, un ostacolo all'adozione di un atto amministrativo generale previsto da una legge tuttora in vigore,

ma anzi costituisce un passo necessario verso l'attuazione di obiettivi posti dal legislatore in modo frammentato e rimasti ancora, allo stato, lettera morta nonostante le tante leggi succedutesi in materia. Ha aggiunto che la mancata attuazione sia della legge del 2010 sia del decreto Balduzzi corre il rischio di innescare "un circolo vizioso per cui la mancata attuazione di una norma verrebbe superata da una nuova norma che, nell'abrogare la prima, resterebbe anch'essa non attuata".

26. Giurisdizione.

26.1. Contratti della Pubblica amministrazione.

La sez. V, con sentenza 9 gennaio 2017, n. 16, ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo nella controversia avente ad oggetto il parere del Comitato direzionale per la Cooperazione allo sviluppo del Ministero degli Affari esteri e della Cooperazione Internazionale, favorevole alla ripetizione della gara per l'affidamento dei servizi di ingegneria, connessi alla realizzazione di una diga, già oggetto di una precedente procedura competitiva da svolgere in Mozambico sulla base di Accordi intrapresi tra l'Italia ed il Mozambico; tale parere, infatti, non ha natura di "atto politico", come tale non impugnabile *ex art. 7, comma 1, c.p.a.*

Ha chiarito la Sezione che il "parere" del Comitato direzionale per la Cooperazione allo sviluppo del Ministero degli Affari esteri e della Cooperazione Internazionale non ha natura di "atto politico".

Ha ricordato che la nozione di atto politico non riceve una delimitazione diretta ad opera della legge ed è stata la giurisprudenza, anche se non sempre lineare e coerente, a precisarne i termini. È ormai superata la cosiddetta teoria del movente, per la quale sono atti politici gli atti emanati per un motivo o per una ragione politica. L'opposto assunto, secondo cui gli atti politici sono in numero chiuso, vorrebbe che sarebbero tali gli atti emanati dagli organi costituzionali dello Stato nelle superiori funzioni di governo e che si connotino per essere liberi nel fine, fatte salve le norme costituzionali.

Nel caso di specie appaiono comunque difettare, ad avviso della Sezione, le caratteristiche soggettive di atto politico nel "parere" impugnato, data la sua assunzione ad opera non di un organo di vertice di direzione politica e nel quadro delle sue libere scelte, ma di un ufficio ministeriale che fa parte della struttura amministrativa del Ministero degli Affari Esteri. E difettano altresì le caratteristiche oggettive, poiché l'atto in questione partecipa dello sviluppo di un'attività che, per quanto abbia il titolo di base in un accordo internazionale, poi se ne "distacca" perché manifesta comunque lo svolgimento di funzioni amministrative interne e non ha più un impatto diretto sulle relazioni internazionali dello Stato. Sicché non v'è ragione perché resti sottratto alla giurisdizione del giudice amministrativo.

La Sezione ha, quindi, riformato la sentenza del giudice di primo grado che aveva invece declinato la giurisdizione sul rilievo che l'atto impugnato si inquadra nell'ambito della attività di cooperazione allo sviluppo che, ai sensi dell'art. 1, comma 1, l. 26 febbraio 1987, n. 49, "è parte integrante della politica estera dell'Italia e persegue obiettivi di solidarietà tra i popoli e di piena realizzazione dei diritti fondamentali dell'uomo, ispirandosi ai principi sanciti dalle Nazioni Unite e dalla convenzioni CEE-ACP". Il parere andava quindi qualificato, ad avviso del Tar, come atto endo-procedimentale del complesso *iter* preparatorio dell'accordo intergovernativo e allo stesso andava riconosciuta natura politica nell'ambito della cooperazione internazionale del Governo italiano al di fuori dell'esercizio di potestà amministrativa attiva. La

giurisprudenza costante, ad avviso del Tribunale amministrativo, non ravvisava anche nelle procedure di appalto, da eseguirsi all'estero a beneficio di un paese straniero e finanziate dallo Stato Italiano, atti volti al raggiungimento dei fini istituzionali della Pubblica amministrazione italiana ed allo svolgimento dei connessi compiti e quindi, in questo quadro, il parere del Comitato, di suo privo di rilevanza esterna e destinato a comporre l'Accordo intergovernativo, doveva ritenersi sottratto, al pari dell'Accordo a cui era strumentale, al sindacato giurisdizionale.

26.2. Società.

Con ordinanza 14 aprile 2017, n. 1805 la sez. VI ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea le questioni pregiudiziali: "se il combinato disposto degli artt. 263, commi 1, 2 e 5, e 256, comma 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso che rientra nella competenza del giudice dell'Unione, oppure in quella del giudice nazionale, un ricorso proposto avverso gli atti di avvio, istruttori e di proposta non vincolante adottati dall'Autorità nazionale competente (quali specificati al § 1 della presente ordinanza) nell'ambito del procedimento disciplinato dagli artt. 22 e 23 della Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, dagli artt. 1, par. 5, 4, par. 1, lett. c), e 15 del Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013, dagli artt. 85, 86 e 87 del Regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca centrale europea del 16 aprile 2014, nonché dagli artt. 19, 22 e 25 del Testo unico bancario italiano; nonché se, in particolare, possa essere affermata la competenza giurisdizionale del giudice dell'Unione, qualora avverso tali atti sia stata proposta non l'azione generale di annullamento, ma l'azione di nullità per asserita violazione o elusione del giudicato formatosi sulla sentenza n. 882 del 3 marzo 2016 del Consiglio di Stato, esercitata nell'ambito di un giudizio di ottemperanza ai sensi degli artt. 112 ss. c.p.a. – ossia, nell'ambito di un istituto peculiare dell'ordinamento processuale amministrativo nazionale –, la cui decisione involge l'interpretazione e l'individuazione, secondo la disciplina del diritto nazionale, dei limiti oggettivi del giudicato formatosi su tale sentenza» (1).

La Sezione ha rimesso all'esame della Corte di Giustizia europea una questione pregiudiziale nell'ambito del giudizio sulla proposta della Banca d'Italia di diniego dell'acquisizione della partecipazione qualificata della s.p.a. Banca Mediolanum da parte della s.p.a. Fininvest. A tale proposta aveva fatto seguito il diniego della Banca Centrale Europea il 25 ottobre 2016. Poiché anche tale diniego è stato impugnato innanzi al Tribunale di primo grado dell'Unione Europea, il Consiglio di Stato ha sollevato la questione pregiudiziale se sussista la propria giurisdizione nel decidere il ricorso proposto contro gli atti 'infraprocedimentali' della Banca d'Italia, oppure se debba decidere il Tribunale di primo grado dell'Unione Europea su tutte le questioni sollevate dall'interessato nel corso del procedimento.

La Sezione ha sottolineato che mancano precedenti in termini della Corte di giustizia sulla questione del riparto di giurisdizione tra giudice nazionale e giudice dell'Unione nelle controversie in cui si lamenti l'invalidità di atti delle autorità nazionali nell'ambito di tale tipo di procedimento, evidenziando altresì, con riferimento alla fattispecie in esame, la sussistenza di una oggettiva controvertibilità della questione, poiché il procedimento presenta sia elementi di un procedimento unitario, sia elementi di un procedimento cd. composto, senza che tuttavia la fase procedimentale, che si svolge

dinanzi all'autorità nazionale, si concluda con un atto vincolante per l'autorità europea investita della decisione definitiva.

Nel caso di specie vi sono anche specifiche ragioni processuali che inducono a disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: in primo luogo, l'esigenza di evitare il rischio di un conflitto negativo di giurisdizione che si determinerebbe, qualora sia il giudice nazionale, sia il giudice dell'Unione in ipotesi successivamente adito, declinassero la propria giurisdizione in ordine alla presente controversia, con pregiudizio al principio di effettività della tutela giurisdizionale; in secondo luogo l'esigenza di prevenire il rischio di un conflitto pratico tra giudicati che si determinerebbe se il giudice nazionale, affermata la propria giurisdizione, dichiarasse l'invalidità degli atti impugnati per contrasto con il giudicato nazionale formatosi sulla sentenza n. 882 del 2016 del Consiglio di Stato e, al contempo, il giudice dell'Unione respingesse il ricorso proposto avverso il provvedimento definitivo della BCE, con una sentenza da eseguire nell'ordinamento nazionale.

26.3. Ordinamento giudiziario.

Con sentenza 4 gennaio 2017, n. 10 la sez. V ha affermato che esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto il riparto, operato dal Presidente di un Tribunale, delle cause tra le Sezioni, trattandosi di un atto di amministrazione del singolo processo, anche se contestualizzato in un atto plurimo (che riguarda cioè anche altri processi), che proviene da un organo della giurisdizione ed è oggettivamente inerente alla giurisdizione; esso esaurisce i suoi effetti nel processo cui è accessorio e strumentale, e non è un atto amministrativo.

La controversia era stata proposta da una signora, ricorrente dinanzi al Tribunale civile, la cui causa era inclusa tra quelle che il Presidente del Tribunale, con un proprio atto, aveva riassegnato tra le Sezioni; la signora paventava, per effetto di tale riassegnazione, lo slittamento dei tempi di relativa definizione. Al fine di chiarire le ragioni, che l'avevano indotta a proporre ricorso dinanzi al giudice amministrativo, ha affermato che oggetto della controversia non è la sollecita definizione della propria causa civile, ma il rispetto del principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge e delle tabelle di organizzazione del Tribunale, i cui provvedimenti di attuazione non hanno natura giurisdizionale (non si sostanziano in uno *ius dicere*), ma amministrativa.

La Sezione, confermando le conclusioni cui era pervenuto il giudice di primo grado, ha declinato la giurisdizione del giudice amministrativo.

Ha chiarito che era stato impugnato un atto presidenziale di amministrazione del processo e non un atto a carattere generale di un organo di autogoverno recante i criteri generali per l'assegnazione dei fascicoli di causa e gli atti a questa connessi. La differenza è essenziale, perché un organo di autogoverno non è (salva e nei termini di legge la giurisdizione disciplinare) un organo giurisdizionale ma è un organo amministrativo e i suoi atti sono atti amministrativi, come tali sottoposti alla giurisdizione amministrativa.

Il presidente di un Tribunale (come le corrispondenti figure per gli altri organi giudiziari) è il preposto con funzioni di direzione a un organo della giurisdizione e, come

tale, nell'esercizio degli specifici poteri di legge emette vuoi atti monocratici di giurisdizione o inerenti alla giurisdizione vuoi – ad es., per quanto concerne il governo del personale - atti amministrativi in senso proprio.

Come si può evincere indirettamente dall'art. 7 *ter* (Criteri per l'assegnazione degli affari e la sostituzione dei giudici impediti) dell'Ordinamento giudiziario l'atto di assegnazione delle cause tra Sezioni non incide sui contenuti del *ius dicere* perché non ne rappresenta un parametro né di rito né di merito: esso esaurisce gli effetti in una dimensione meramente organizzativa e gestoria, interna all'ufficio giudiziario e relativa alla ripartizione degli affari tra le articolazioni dell'unitario ufficio. Non si tratta quindi di un atto del processo, perché è un atto di amministrazione del processo. Ma è un atto comunque non amministrativo: non giurisdizionale in senso stretto (cioè processuale), ma comunque inerente alla giurisdizione. Non è infatti cura diretta di interessi pubblici, ma solo necessaria organizzazione della trattazione e della dichiarazione a opera del giudice della volontà di legge nel caso controverso. L'organo, da cui emana, è un organo giudiziario e non è soggetto a controlli esterni o gerarchie ministeriali. I suoi effetti naturali si dispiegano sulla gestione del singolo processo.

La Sezione ha quindi concluso che l'atto impugnato in realtà è solo un atto di amministrazione del singolo processo, anche se contestualizzato in un atto plurimo (che riguarda cioè anche altri processi) e che proviene da un organo della giurisdizione; ed è oggettivamente inerente alla giurisdizione. Esso esaurisce i suoi effetti nel processo cui è accessorio e strumentale, e non è un atto amministrativo.

Non compete al giudice amministrativo adito – che è altro rispetto a quello della controversia tra i privati, il solo se del caso competente al riguardo – neanche valutare se l'atto produca effetti processuali riflessi sulla validità della costituzione del giudice, così determinando nullità processuali (art. 158 c.p.c.) come si rileva in giurisprudenza civile circa l'affidamento di atti giudiziari a persona estranea all'ufficio e non investita della funzione; ovvero, se non ne produca, come per principio consolidato, è per la violazione delle regole sulla destinazione della persona del magistrato a una sezione e l'attribuzione dell'affare in conformità delle norme che ne disciplinano l'organizzazione, che ha rilevanza solo interna e la cui inosservanza non incide sulla validità degli atti processuali adottati da giudici irregolarmente investiti del caso.

26.4. Contributo unificato.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, con sentenza 31 gennaio 2017, n. 27, ha affermato che sebbene rientri nella giurisdizione del giudice tributario la controversia avente ad oggetto la debenza o meno del contributo unificato, il giudice amministrativo - ove tale debenza sia esclusa dal ricorrente in ragione del tipo di scritto difensivo al quale è stato riconnesso l'obbligo di pagamento - può pronunciare sulla natura dello scritto stesso (nella specie, il Collegio ha dato atto che i motivi aggiunti, per i quali era stato chiesto il pagamento del contributo unificato, non ampliavano nella sostanza l'oggetto della controversia).

Ad avviso del C.g.a. sarebbe singolare che l'accertamento richiesto dal ricorrente fosse inibito proprio al Giudice che è chiamato dalla legge a esaminare il contenuto intrinseco degli stessi atti di parte (ricorso originario e successivi motivi aggiunti), e

che per tale ragione, nell'ambito del proprio percorso logico, deve, quindi, necessariamente verificare *in primis* se s'imponga un'autonoma disamina dei motivi aggiunti o invece questi non la richiedano poiché realizzano, come nel caso concreto, una dilatazione soltanto formale del *thema decidendum*.

26.5. Eccezione di difetto di giurisdizione per la parte che, in primo grado, è stata vittoriosa sul relativo capo di domanda.

L'Adunanza plenaria, con ord. 28 luglio 2017, n. 4, ha affermato il principio di diritto secondo cui la parte, risultata vittoriosa di fronte al Tribunale amministrativo sul capo di domanda relativo alla giurisdizione, non è legittimata a contestare in appello la giurisdizione del giudice amministrativo.

La questione era stata rimessa all'Adunanza plenaria dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (ord. 22 ottobre 2015, n. 634), che aveva sollevato il dubbio circa la legittimazione della parte vittoriosa in primo grado, esplicitamente nel merito e implicitamente sul capo relativo alla giurisdizione (dalla parte non contestata e anzi espressamente affermata in primo grado), a proporre appello in punto di giurisdizione.

L'alto Consesso ha ricordato che la problematica - relativa alla legittimazione della parte vittoriosa in primo grado a sollevare per la prima volta in appello questione di giurisdizione - è stata risolta dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite, con la sentenza 20 ottobre 2016, n. 21260, resa con il contributo di una relazione dell'Ufficio Studi, Massimario e Formazione della Giustizia Amministrativa (Parere reso sul quesito formulato dalle Sezioni unite civili della Corte di cassazione con ord. 29 febbraio 2016, n. 3916), inviata all'Ufficio del massimario della Cassazione su richiesta del Primo presidente della Suprema Corte al Presidente del Consiglio di Stato. Tale sentenza ha condiviso le conclusioni cui è pervenuto questo Consiglio di Stato a partire dalla sentenza della sez. V, 7 giugno 2012, n. 656; di contro, non ha condiviso i presupposti di quella tesi, basati sul concetto di abuso del processo, affermando che la questione di giurisdizione costituisce un capo della pronuncia in ordine al quale si individua una parte vittoriosa e una parte soccombente.

Di conseguenza vale il principio generale secondo il quale l'appello può essere proposto solo dalla parte soccombente in quanto la soccombenza "del potere di impugnativa rappresenta l'antecedente necessario" (Cass. civ. 20 ottobre 2016, n. 21260).

27. Processo amministrativo.

27.1. Processo amministrativo telematico (Pat).

Sulla validità o, comunque, regolarizzabilità degli atti di parte in formato cartaceo e privi di firma digitale si è pronunciata la sez. IV con sentenza 4 aprile 2017, n. 1541. Ha affermato che, anche dopo l'entrata in vigore del processo amministrativo telematico (1° gennaio 2017), la formazione, notificazione e deposito, in formato cartaceo, degli atti di parte (nonché degli atti del giudice e dei suoi ausiliari), con la conseguente mancanza di sottoscrizione digitale, non danno luogo a inesistenza, abnormità o nullità dei menzionati atti ma solo ad una situazione di irregolarità, regolarizzabile, su ordine del Collegio, nel termine perentorio fissato.

La Sezione – individuata la normativa che regola la materia (art. 136 c.p.a., commi 2 e 2 *bis*, art. 13, comma 1, dell'allegato 2 delle disposizioni di attuazione del c.p.a., e l'art. 9, commi 1 e 2, d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 (Specifiche tecniche del processo amministrativo telematico) – ha affermato che “la disciplina del Pat, sebbene pienamente in vigore, conserva, infatti, carattere del tutto sperimentale (art. 13, comma 1, primo periodo, disp. att. c.p.a.) e, come tale, soggetta alle integrazioni che risulteranno necessarie all'esito della predetta fase.”).

Ciò premesso la Sezione, dopo una ricostruzione della predetta normativa e della portata di ciascuna disposizione, ha escluso che il ricorso non redatto o comunque non sottoscritto in forma digitale, benché certamente non conforme alle prescrizioni di legge, diverga in modo così radicale dallo schema normativo di riferimento da dover essere considerato del tutto “inesistente” perché, anche alla luce del principio di strumentalità delle forme processuali, non si configura in termini di non atto. La Sezione ha altresì escluso che tale atto di parte possa essere considerato “abnorme” non solo perché si tratta di categoria sviluppata con riguardo agli atti del giudice, ma soprattutto perché sono assenti i tratti essenziali dell'atto abnorme con riguardo alla componente strutturale della fattispecie (essere cioè il provvedimento avulso dall'ordinamento processuale perché portatore di un contenuto totalmente eccentrico e stravagante ovvero emesso del tutto al di fuori dei casi e delle ipotesi consentite) ovvero alla componente funzionale (con riguardo all'atto, che pur in sé non estraneo al sistema normativo, impedisca l'epilogo decisivo o comporti l'inefficienza o l'irragionevole durata del processo).

Infine, la Sezione ha affermato che il ricorso (o l'atto) non redatto o comunque non sottoscritto in forma digitale non è “nullo” atteso che, ai sensi dell'art. 156, comma 1, c.p.c., l'inosservanza di forme comporta la nullità degli atti del processo solo in caso di espressa comminatoria da parte della legge e nella disciplina del Pat manca una specifica previsione di nullità per difetto della forma e della sottoscrizione digitale.

Escluse l'inesistenza, l'abnormità o la nullità, non resta che concludere che, nella vigenza del Pat, gli atti di parte in formato cartaceo e privi di firma digitale sono “irregolari”.

Peraltro, ha aggiunto la Sezione, se il ricorso e il deposito sono irregolari perché non assistiti, il primo, dalla forma e dalla sottoscrizione digitale, il secondo, dalla modalità telematica, l'irregolarità che si verifica (diversa da quella per così dire “ordinaria”) non può essere sanata dalla costituzione degli intimati in base all'art. 44, comma 3, c.p.a., secondo cui, in caso di atto irregolare, la costituzione dell'intimato - indipendentemente dalla tempestività della costituzione medesima rispetto al termine concesso al ricorrente per espletare l'adempimento (non venendo in rilievo una fattispecie di nullità) - comporterebbe sempre e comunque la sanatoria dell'atto irregolare.

Di conseguenza, accertata l'irregolarità dell'atto il Collegio - ai sensi del comma 2 dell'art. 44 c.p.a. - deve, sempre e comunque, fissare al ricorrente un termine perentorio per la sua regolarizzazione nelle forme di legge.

L'arresto della sez. IV è stato poi seguito da altre pronunce (ad es. sez. III, 11 settembre 2017, n. 4286; sez. IV, sez. V, 24 novembre 2017, n. 5490).

Sull'obbligo di depositare le cd. copie di cortesia, previste dall'art. 7, comma 4, d.l. 31 agosto 2016, n. 168, si è pronunciata la sez. VI con ord. caut., 3 marzo 2017, n. 880.

Ha ricordato che il citato art. 7, comma 4, prevede che "A decorrere dal 1° gennaio 2017 e sino al 1° gennaio 2018 per i giudizi introdotti con i ricorsi depositati, in primo o in secondo grado, con modalità telematiche deve essere depositata almeno una copia cartacea del ricorso e degli scritti difensivi, con l'attestazione di conformità al relativo deposito telematico".

Ha quindi affermato che tra le diverse opzioni esegetiche riferibili a tale precetto normativo, che astrattamente spaziano dal difetto di qualsivoglia sanzione per la sua violazione fino all'incompletezza strutturale della fattispecie legale del deposito del pertinente atto processuale, con relativi corollari in punto di tempestività del relativo perfezionamento e di ricevibilità dello stesso ricorso – è corretto, nell'ambito di un'interpretazione ragionevolmente teleologica della citata norma primaria, ricostruire la cd. "intenzione del legislatore" (di cui all'art. 12, comma 1, delle "Disposizioni sulla legge in generale" anteposte al Codice civile) nei sensi implicati dal generalissimo "principio di conservazione" degli effetti dell'atto (nella specie: normativo).

Il predetto generalissimo principio giuridico – cui ampiamente si ispira anche tutto lo "ordinamento giuridico dello Stato", di cui al secondo comma del cit. art. 12 delle cd. Preleggi – è positivamente codificato nell'art. 1367 c.c. (rubricato "Conservazione del contratto" ed a tenore del quale "Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno"), ma per la sua natura e il suo contenuto ben si attaglia a essere utilizzato, fra l'altro, quale canone di declinazione d'una corretta interpretazione teleologica, anche in relazione agli atti normativi e dunque, nella specie, del cit. art. 7, comma 4,

A sostegno di tale conclusione la Sezione ha richiamato la decisione della sez. III, 9 gennaio 2017, n. 22, secondo cui "La diversa interpretazione ... finirebbe per privare di qualsivoglia utilità ed efficacia la norma in esame, in violazione del canone ermeneutico che preclude un'esegesi che impedisca alla disposizione di produrre ogni effetto. La predetta regola ermeneutica, espressamente codificata all'art. 1367 c.c. per l'interpretazione dei contratti, deve intendersi, infatti, applicabile, per la sua evidente valenza logica e generale, anche all'esegesi delle leggi ..., con la conseguenza che, tra più opzioni interpretative possibili, dev'essere preferita quella che consente alla norma di produrre qualche effetto, rispetto alla lettura secondo cui il precetto resterebbe privo di ogni utilità". Ha altresì ricordato quanto affermato da Cass. civ., Sez. Un., 5 giugno 2014, n.12644, secondo cui "il giudice di merito, ... fornendo una lettura della sopravvenuta disposizione, tale da svuotarne del tutto la portata precettiva, neppure ha tenuto conto della generale regola ermeneutica cd. "di conservazione degli atti", espressamente codificata dall'art. 1367 c.c., in materia contrattuale, ma da ritenersi operante, in quanto espressione di un sovraordinato principio generale insito nel sistema, anche e soprattutto in tema di interpretazione della legge, sulla scorta della quale, tra le diverse accezioni possibili di una disposizione (normativa, amministrativa o negoziale), deve propendersi per quella secondo cui la stessa potrebbe aver qualche

effetto, anziché nessuno”. Sarebbe dunque inaccettabile una interpretazione totalmente vanificatrice della norma che porterebbe a vanificare tale intervento normativo, come se *tamquam non esset*.

Con precipuo riferimento al processo amministrativo, per tutto il corrente anno 2017, il precetto in forza del quale “per i giudizi introdotti con i ricorsi depositati, in primo o in secondo grado, con modalità telematiche deve essere depositata almeno una copia cartacea del ricorso e degli scritti difensivi, con l’attestazione di conformità al relativo deposito telematico” è finalizzato a consentire (in primo luogo al Collegio), una più agevole lettura degli atti processuali; ossia, in altri termini, che è per tale specifica finalità che il legislatore ha posto a carico delle parti l’obbligo di depositare “almeno” una copia cartacea degli atti del processo amministrativo.

Conseguentemente è attualmente obbligatorio il deposito “almeno” di una prima copia cartacea di tali atti (da qualificare perciò, e normativamente, “copia d’obbligo”), non essendo esclusa la possibilità (pur se concretamente assai auspicabile, nella situazione data) del deposito d’una o più copie ulteriori (da considerare, viceversa, propriamente “copie di cortesia”, giacché giuridicamente non obbligatorie).

Tutto ciò chiarito, ad avviso della Sezione ai fini di una corretta declinazione del principio di conservazione, quale essenziale parametro esegetico della disposizione dall’art. 7, comma 4, d.l. n. 168 del 2016, che non si porrebbe in corretta relazione con l’effettiva finalità della norma né un’esegesi che giungesse a considerare del tutto omessa la fattispecie del deposito fino al versamento in atti della “copia d’obbligo” (con potenziali conseguenze anche in punto di ricevibilità del ricorso o della costituzione); né un’esegesi che, all’opposto, pervenisse a considerare del tutto irrilevante, sul piano processuale, l’omissione di tale adempimento (ad onta del fatto che esso è qualificato come “doveroso” dalla legge), ovvero che ne consentisse l’effettuazione anche in udienza o in camera di consiglio in limine rispetto alla trattazione dell’affare (eventualità, quest’ultima, cui comunque osterebbe il chiaro disposto dell’art. 55, commi 5 e 8, c.p.a., per i procedimenti cautelari; e dell’art. 73, comma 1, c.p.a., per tutti gli altri).

Risulta invece appropriato, sempre ad avviso della Sezione, affermare che il deposito della copia cartacea d’obbligo (per come sopra individuata) da parte del ricorrente è condizione per l’inizio del decorso del termine dilatorio di 10 giorni liberi a ritroso dall’udienza camerale (ovvero 5 nei casi di termini dimidiati), di cui all’art. 55, comma 5, c.p.a., con conseguente impossibilità che, prima dell’inizio di tale decorso sia fissata detta udienza (ovvero, comunque, che, in caso di fissazione comunque avvenuta, il ricorso cautelare sia trattato e definito in un’udienza camerale anteriore al completo decorso del medesimo termine); nonché, quanto al giudizio di merito, che il suddetto deposito sia preconditione per il corretto esercizio della potestà presidenziale di cui all’art. 71, comma 3, c.p.a. (ovvero, comunque, che, in caso di fissazione comunque avvenuta, il ricorso di merito sia trattato in un’udienza, pubblica o camerale, anteriore al decorso del termine a ritroso di quaranta giorni, ovvero venti giorni nei casi di dimidiazione, di cui all’art. 73, comma 1, c.p.a.).

Ha quindi concluso la Sezione che, pur ad opinare che l’omissione del deposito della copia d’obbligo non precluda l’eventuale concessione di misure cautelari monocratiche *ex art. 56 c.p.a.* – laddove, invece, il problema in esame neppure si pone per le

ancora più eccezionali misure *ex art. 61 c.p.a.*, posto che rispetto ad esse il Codice non prevede la fissazione di un'udienza collegiale di trattazione prima dell'inizio della causa di merito – né la conseguente fissazione obbligatoria (*ex art. 56, comma 4, c.p.a.*) della camera di consiglio di cui all'art. 55, comma 5, la trattazione collegiale in tale sede va comunque considerata condizionata al tempestivo deposito della copia d'obbligo nel termine dilatorio fissato da tale ultima norma (salvo dimidiazione o abbreviazione del termine stesso), sotto pena di rinvio della trattazione collegiale fino a espletato incumbente (e pur se con gli effetti estintivi della misura cautelare presidenziale di cui al secondo periodo del cit. art. 56, comma 4).

La Sezione ha quindi concluso ricordando che, per le parti diverse dal ricorrente, il termine per il deposito della copia d'obbligo va individuato – senza effetti ostativi alla trattazione e alla definizione dell'affare – in quello di cui all'ultimo periodo del cit. art. 55, comma 5, per i giudizi cautelari, e nel primo di quelli di cui all'art. 73, comma 1, c.p.a., per quelli di merito (fatte salve la dimidiazione o l'abbreviazione dei termini).

27.2. Adunanza plenaria.

Con sentenza 22 dicembre 2017, n. 13 l'Adunanza plenaria ha affermato che essa può modulare la portata temporale delle proprie pronunce, in particolare limitandone gli effetti al futuro, al verificarsi delle seguenti condizioni: a) un'obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; b) l'esistenza di un orientamento prevalente, contrario all'interpretazione adottata; c) la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche

Ha chiarito l'Adunanza plenaria che la costante dei cinque commi, in cui si articola l'art. 99 c.p.a., è il principio di diritto, la cui enunciazione è lo scopo primo (se non unico: cfr. commi 4 e 5) dell'intervento della Plenaria.

Ciò che nel comune giudizio amministrativo è il contenuto di accertamento *in iure* della sentenza, meramente strumentale alla pronuncia di annullamento (pertanto confinato nella motivazione e delimitato dal caso concreto), nel giudizio in Plenaria identifica la pronuncia in sé, con due conseguenze.

La prima conseguenza è il riconoscimento della natura essenzialmente interpretativa delle pronunce dell'Adunanza plenaria, in particolare quando essa ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente.

Tale carattere consente di operare un (relativo) parallelismo con le decisioni pregiudiziali della Corte di giustizia, le quali hanno la stessa efficacia delle disposizioni interpretate e, pertanto, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiegano i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione delle medesime.

Come le sentenze di annullamento e quelle di incostituzionalità, anche le sentenze interpretative hanno efficacia retroattiva, ma per ragioni diverse: non si tratta di eliminare un atto dal mondo giuridico per vizi genetici o di dichiarare l'originaria difformità di un legge dalla fonte superiore, ma di accertare il significato di un frammento dell'ordinamento giuridico quale era sin dal momento della sua venuta ad esistenza.

In tali ipotesi la deroga alla retroattività trova fondamento, più che nel principio di effettività della tutela giurisdizionale, nel principio di certezza del diritto: si limita la possibilità per gli interessati di far valere la norma giuridica come interpretata, se vi è il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa, sempre che risulti che i destinatari del precetto erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni (in tal senso, ma con riferimento all'ordinamento comunitario, Corte di giustizia 15 marzo 2005, in C-209/03). A giustificazione dell'assunto vi è anche un dato testuale: l'art. 113, comma 3, Cost. stabilisce che "La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della Pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa". L'interposizione del legislatore non occorre allorché vi sia un principio generale dell'ordinamento UE, direttamente applicabile, che permetta al giudice amministrativo di pronunciarsi sulla legittimità degli atti della Pubblica amministrazione modulando gli effetti della propria sentenza, e ciò vale in particolare quando il giudizio di annullamento presenti uno spiccato carattere interpretativo.

La seconda conseguenza è la praticabilità della *prospective overruling*, in forza della quale il principio di diritto, affermato in contrasto con l'orientamento prevalente in passato, non verrà applicato (con vari aggiustamenti) alle situazioni anteriori alla data della decisione. La *prospective overruling* si esplicita, dunque, nella possibilità per il giudice di modificare un precedente, ritenuto inadeguato, per tutti i casi che si presenteranno in futuro, decidendo però il caso alla sua immediata cognizione in base alla regola superata.

In conclusione: all'Adunanza plenaria è concessa la possibilità di limitare al futuro l'applicazione del principio di diritto al verificarsi delle seguenti condizioni: a) l'obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; b) l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata; c) la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche.

Con riferimento al caso sottoposto al suo esame l'Alto Consesso ha ritenuto sussistere tutte le condizioni poiché: a) il dato letterale è equivoco; b) la tesi della continuità è prevalente; c) è necessario, a tutela del paesaggio, evitare la cessazione istantanea di tutti i vincoli preliminari attualmente esistenti su aree di interesse naturalistico o culturale.

Con ord. 31 luglio 2017, n. 3805 la sez. IV ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione se l'interpretazione del principio di diritto da essa enunciato, ove ne sia in discussione la "portata", competa alla medesima Adunanza plenaria, cui il giudice remittente, ove abbia perplessità (*ex officio* o a ciò sollecitato dalle parti), è tenuto a rimettere la questione, ovvero se tale interpretazione possa essere svolta dalla stessa Sezione cui è assegnato il ricorso, esulando tale fattispecie dall'obbligo di cui all'art. 99, comma 3, c.p.a..

Ha chiarito la Sezione che a favore della prima conclusione milita la considerazione che, diversamente opinando, la interpretazione resa "a valle" dalla Sezione semplice

potrebbe incidere sul contenuto precettivo e nomofilattico del principio enunciato dall'Adunanza plenaria.

A favore della seconda conclusione, militano considerazioni volte ad evitare un eccessivo "ingessamento" del rapporto tra Adunanza plenaria e Sezione semplice, che comporterebbe sia una incisione sensibile dei normali poteri di interpretazione del giudice di rinvio, sia la possibilità di appesantimenti processuali, dovuta a reiterate "navette" tra Sezione ed Adunanza plenaria.

27.3. Notificazione del ricorso.

La sez. III, con ord. 23 marzo 2017, n. 1322, ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione se, nel sistema anteriore all'entrata in vigore dell'art. 14, d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 ("Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico"), era ammissibile nel processo amministrativo la notifica del ricorso introduttivo a mezzo Pec anche in difetto di apposita autorizzazione presidenziale *ex art. 52, comma 2, c.p.a.*.

Ha chiarito la Sezione che sul punto si sono registrati due diversi orientamenti.

In base all'orientamento minoritario nel processo amministrativo, in assenza di apposita autorizzazione presidenziale *ex art. 52, comma 2, c.p.a.*, è inammissibile la notifica del ricorso giurisdizionale mediante posta elettronica certificata ai sensi della l. 21 gennaio 1994, n. 53. Secondo tale indirizzo, la notifica a mezzo PEC non è utilizzabile, "essendo esclusa, in base al disposto di cui all'art. 16 *quater*, comma 3 *bis* [aggiunto dall'art. 46, d.l. 24 giugno 2014, n. 90], d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, come convertito dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, l'applicabilità alla giustizia amministrativa delle disposizioni idonee a consentire l'operatività nel processo civile del meccanismo di notificazione in argomento (ovvero i commi 2 e 3 del medesimo art. 16 *quater*), solo all'esito della cui adozione (...) detto meccanismo ha acquistato effettiva efficacia nel processo civile e penale (...); e ciò tenuto conto della mancanza di un apposito Regolamento che, analogamente al d.m. 3 aprile 2013, n. 48 concernente le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, detti le relative regole tecniche anche per il processo amministrativo e che non può che individuarsi nel d.P.C.M. previsto dall'art. 13 dell'All. 2 al c.p.a. (...) solo all'esito del quale l'intero processo amministrativo digitale avrà una completa regolamentazione e la notifica del ricorso a mezzo PEC potrà avere effettiva operatività ed abbandonare l'inequivocabile ed ineludibile carattere di specialità oggi affermato dall'art. 52, comma 2, c.p.a., che prevede per il suo utilizzo, facendo all'uopo espresso riferimento all'art. 151 c.p.c., una specifica autorizzazione presidenziale, del tutto mancante nel caso all'esame" (Cons. St., sez. III, 20 gennaio 2016, n. 189). Sulla scorta di tale giurisprudenza quindi - fino all'entrata in vigore del d.P.C.M. previsto dall'art. 13 dell'Allegato 2 al Codice del processo amministrativo - la notifica a mezzo PEC deve essere considerata una forma speciale di notificazione che, in assenza di apposita autorizzazione presidenziale, non può che risultare inesistente, e dunque insanabile.

Un secondo, prevalente orientamento - al quale aderisce la sezione con l'ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria - riconosce, al contrario, l'immediata applicazione nel processo amministrativo delle norme sancite dagli artt. 1 e 3 *bis*, l. n. 53 del 1994,

secondo cui la notificazione degli atti in materia civile, amministrativa e stragiudiziale può essere eseguita a mezzo di posta elettronica certificata. D'altronde il citato art. 46, che ha introdotto il comma 3 *bis* all'art. 16 *quater*, d.l. n. 179 del 2012, non ha sancito l'inapplicabilità, al processo amministrativo, del meccanismo della notificazione in via telematica a mezzo PEC prevista dalla l. n. 53 del 1994, ma solo delle disposizioni (commi 2 e 3 dell'art. 16 *quater*, d.l. n. 179 del 2012) che demandano a un decreto del Ministro della giustizia l'adeguamento alle nuove disposizioni delle regole tecniche già dettate col d.m. 21 febbraio 2011, n. 44, e che regolano l'acquisizione di efficacia delle disposizioni di cui al comma 1 dell'art. 16 *quater*. Stante, dunque, l'immediata applicabilità della l. n. 53 del 1994, la mancata autorizzazione presidenziale non può considerarsi ostativa alla validità ed efficacia della notificazione del ricorso a mezzo PEC.

L'Adunanza plenaria, con sentenza 19 settembre 2017, n. 6, ha affermato il principio secondo cui la notificazione del ricorso instaurativo del processo amministrativo può avvenire per posta elettronica certificata (PEC), nel rispetto delle disposizioni che la regolano, anche prima dell'adozione del d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 ed indipendentemente dall'autorizzazione presidenziale, di cui all'art. 52, comma 2, c.p.a..

Ha chiarito l'Adunanza plenaria che la natura di mezzo ordinario di notificazione - riconosciuta alla notifica a mezzo PEC e la sua immediata operatività nell'ambito del processo amministrativo - non sono negate né ostacolate dall'art. 16 *quater*, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (inserito dall'art. 1, comma 19, n. 2, l. 24 dicembre 2012, n. 228, a decorrere dal 1° gennaio 2013).

Il comma 3 *bis* dell'art. 16 *quater*, successivamente introdotto, che prevede che “le disposizioni dei commi 2 e 3 non si applicano alla giustizia amministrativa”, lungi dal poter essere interpretato nel senso di non consentire l'applicabilità immediata al processo amministrativo della notifica a mezzo PEC, esclude proprio che disposizioni specificamente previste per il processo civile e penale (e segnatamente quella sul differimento dell'entrata in vigore) possano intendersi estese anche al processo amministrativo, per di più producendo un effetto di “paralisi” della notifica a mezzo PEC nell'ambito di quest'ultimo. Tale conclusione si fonda sia sulla interpretazione letterale del comma 3 *bis* (peraltro solo successivamente introdotto dal legislatore), che esclude la sola immediata applicazione dei precedenti commi 2 e 3 (evidentemente rivolti ai processi civile e penale), sia sul rilievo che il testo vigente dell'art. 1, l. n. 94 del 1993 non risulta modificato dall'art. 16 *quater*, d.l. n. 179 del 2012.

Ha aggiunto l'alto Consesso che non appare ragionevole ritenere che l'emanazione di un decreto recante regole tecniche per i processi civile e penale, da emanarsi da parte del Ministro della giustizia, autorità priva di competenza in merito al processo amministrativo telematico, possa condizionare l'attuazione di quest'ultimo e, segnatamente, bloccare, nel suo ambito, le disposizioni relative alla notifica degli atti a mezzo PEC da parte degli avvocati. Né può sostenersi che, non essendo state all'epoca emane le regole tecniche per il processo amministrativo, il “difetto di disciplina” renderebbe impossibile l'applicazione della notificazione a mezzo PEC.

In conclusione, la natura di mezzo generale di notificazione (e di immediata applicazione) riconosciuta alla notifica a mezzo PEC consente di affermare che la stessa non

risulta impedita fin tanto che non è stato emanato il d.P.C.M., previsto dall'art. 13, all. 2 (norme di attuazione) del c.p.a.; decreto recante le “regole tecnico – operative per la sperimentazione, la graduale applicazione e l'aggiornamento del processo amministrativo telematico” (che, come è noto, è stato successivamente emanato con d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40).

Ha infine concluso l'Adunanza plenaria che le conclusioni alle quali è pervenuta non sono messe in dubbio da quanto previsto dall'art. 52, comma 2, c.p.a., non potendo da tale norma evincersi un impedimento alla immediata applicazione della notifica a mezzo PEC, ancorchè la stessa sia disposta, in via generale, dalla legge (nel senso che, essendo prevista una previa autorizzazione presidenziale per la notifica “per via telematica”, ciò comporterebbe l'impossibilità di disporre in via immediata e diretta della notifica a mezzo PEC da parte del difensore non munitosi di tale previa autorizzazione).

27.4. Rito applicabile alla controversia in materia di informativa antimafia.

Con sentenza 26 gennaio 2017, n. 319 la sez. III ha affermato che il ricorso proposto avverso il recesso dalla gara conseguente ad informativa antimafia – istituto di portata generale, “trasversale”, che non interseca, cioè, solo la materia dei pubblici appalti – è soggetto al rito ordinario e non al rito appalti, con la conseguenza che il termine di impugnazione è quello ordinario di 60 giorni e non dimezzato di 30 giorni, previsto dall'art. 120, comma 5, c.p.a..

Ha chiarito la Sezione che nell'ipotesi di recesso conseguente all'informativa non vengono impugnati, unitamente all'informativa antimafia, atti inerenti alla procedura di gara, di cui all'art. art. 119, comma 1, lett. a), c.p.a., per i quali sussiste l'interesse pubblico specifico alla sollecita definizione delle relative controversie, sotteso alla disposizione che dimezza i termini processuali.

Nel caso all'esame della Sezione la fase di affidamento si era in precedenza esaurita con la stipulazione dei contratti oggetto dei contestati atti risolutivi, sicché devono trovare applicazione le regole del rito ordinario, non potendo estendersi all'impugnazione dell'informativa la ratio della disciplina acceleratoria di cui all'art. 120 c.p.a..

La Sezione ha dato atto del precedente contrario della sez. IV, 20 luglio 2016, n. 3247, secondo cui il potere di recesso esercitato dalla stazione appaltante in seguito a sovrappiù informativa antimafia sarebbe riconducibile alla nozione dei “provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture”, di cui all'art. 119, comma 1, lett. a), c.p.a. o comunque al novero degli “atti delle procedure di affidamento”, di cui all'art. 120, comma 1, c.p.a.

La sez. III motivatamente si discosta da tale precedente.

La soggezione alla disciplina degli artt. 119 e 120 c.p.a. in tanto si giustifica in quanto venga in rilievo, e sia impugnato, un atto riconducibile all'esercizio (o al mancato) esercizio del potere di scelta, da parte dell'Amministrazione, in una procedura di gara. Il potere di recedere dal contratto, in seguito all'emissione dell'informativa, è invece l'espressione di una speciale potestà amministrativa che compete alla stazione appaltante ai sensi dell'art. 92, comma 4, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia), anche nella fase esecutiva del contratto, e non già del generale potere “se-

lettivo” attribuite dall’ordinamento per la scelta del miglior contraente. La risoluzione pubblicistica del rapporto eccezionalmente riconosciuto alla stazione appaltante dall’art. 92, comma 4, d.lgs. n. 159 del 2011, infatti, non costituisce propriamente l’oggetto o l’effetto di uno degli “atti delle procedure di affidamento”, ma è il contenuto di un atto vincolato della stazione appaltante, la conseguenza necessitata, a valle, di una valutazione compiuta dal Prefetto, a monte, in ordine ad un requisito fondamentale richiesto dall’ordinamento per la partecipazione alle gare o, per dirla nei termini della citata sentenza n. 3247 del 2016, di una “indispensabile capacità giuridica”: l’impermeabilità mafiosa delle imprese concorrenti.

L’accertamento di tale indispensabile capacità giuridica spetta al Prefetto con un atto tipica espressione di una ampia discrezionalità nell’esercizio di tale funzione connessa alla tutela dell’ordine pubblico e alla prevenzione antimafia e, proprio in quanto tale, non è corretto ricondurla e relegarla alla sola materia delle procedure di gara, che del resto non ne esaurisce il ben più vasto raggio applicativo, e alla relativa disciplina processuale, di cui quindi è errato invocare la ratio acceleratoria e la dimidiazione dei termini.

27.5. Competenza del Tar adito.

Con ord. la sez. IV ha affermato che rientra nella competenza del Tar periferico, e non del Tar del Lazio, sede di Roma, la controversia avente ad oggetto il decreto del Capo del Corpo Forestale dello Stato mediante il quale è stata individuata l’Amministrazione (e la sede) presso la quale il ricorrente dovrà “proseguire” il rapporto di impiego sinora intrattenuto con il Corpo Forestale dello Stato, essendo in presenza di un atto plurimo, ossia di un provvedimento che, a dispetto dell’unitarietà formale, è funzionalmente scindibile in tante diverse decisioni quanti sono i destinatari perchè individua la futura destinazione professionale degli appartenenti al Corpo traguardati *uti singuli*, e non quali parti di un tutto inscindibile ed organicamente considerato.

Ha ricordato la Sezione che con il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 177 è stato disposto l’assorbimento del Corpo Forestale dello Stato nell’Arma dei carabinieri, la quale esercita le funzioni già svolte dal primo, salve alcune specifiche ipotesi, attribuite dal decreto ad altre Amministrazioni dello Stato, quali la Guardia di Finanza, la Polizia di Stato, Vigili del Fuoco e il Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali. Sul piano organizzativo, il trasferimento delle risorse umane del disciolto Corpo alle varie Amministrazioni attributarie sarà effettuato secondo il criterio della corrispondenza tra funzioni trasferite e transito del personale, già previsto nell’art. 8, legge delega 7 agosto 2015, n. 124.

L’ordinanza ha aggiunto, richiamando il parere del Consiglio di Stato 14 ottobre 2016, n. 2112, che la procedura di assegnazione non ha carattere concorsuale, né – più in generale – comparativo ma, al contrario, costituisca una sorta di “fotografia” dell’esistente, in modo che il trasferimento delle funzioni svolte dal Corpo forestale avvenga per blocchi omogenei di attività e non incida sull’effettività e sull’efficacia delle stesse.

27.6. Termine per l’impugnazione.

L'Adunanza plenaria, con la sentenza 20 dicembre 2017, n. 11, ha ricordato che il termine per impugnare il provvedimento amministrativo decorre dalla piena conoscenza dell'atto e dei suoi effetti lesivi e non assume alcun rilievo, al fine di differire il *dies a quo* di decorrenza del termine decadenziale, l'erroneo convincimento soggettivo dell'infondatezza della propria pretesa; deve, pertanto, escludersi, fatta eccezione per l'ipotesi degli atti plurimi con effetti inscindibili, che il sopravvenuto annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo possa giovare ai cointeressati che non abbiano tempestivamente proposto il gravame e, per i quali, pertanto, si è già verificata una situazione di inoppugnabilità, con conseguente "esaurimento" del relativo rapporto giuridico.

Ha chiarito l'alto Consesso che, diversamente opinando, si arriverebbe all'inaccettabile conclusione che il termine per impugnare un provvedimento decorra solo dal momento in cui in sede giurisdizionale (o di ricorso straordinario) viene accertata la sua illegittimità, con la conseguenza che l'accoglimento di un ricorso (anche avvenuta a distanza di anni dall'adozione del provvedimento lesivo) rimetterebbe tutti i cointeressati che non hanno tempestivamente impugnato in termini per proporre a loro volta il gravame.

Ha aggiunto che una posizione così radicale è del tutto estranea al dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'individuazione del *dies a quo* del termine per proporre ricorso giurisdizionale. Nell'ambito di tale dibattito, anche le posizioni più sensibili ad assicurare l'effettività dei diritti di azione e di difesa del privato non si spingono sino al punto di pretendere il riconoscimento in sede giurisdizionale della fondatezza della pretesa vantata da soggetti in posizione analoga per far decorrere il termine per impugnare l'atto amministrativo, limitandosi semmai a sostenere la necessità che il privato abbia (almeno) la possibilità di percepire l'illegittimità dell'effetto lesivo. Ma tale possibilità di conoscenza certamente prescinde dall'esistenza di precedenti giurisprudenziali specifici, che abbiano già dichiarato l'illegittimità di quell'atto nell'ambito di diversi giudizi instaurati da altri cointeressati.

Una diversa conclusione porterebbe a riconoscere irragionevolmente all'annullamento di una norma regolamentare (o di un atto amministrativo generale o, comunque, di un atto amministrativo plurimo) un'efficacia retroattiva persino più dirompente di quella che caratterizza le sentenze di illegittimità costituzionale della legge (e degli atti equiparati), la cui retroattività pacificamente incontra il limite dei "rapporti giuridici esauriti", fra i quali certamente rientra l'inoppugnabilità del provvedimento amministrativo derivante dallo spirare del termine di decadenza. Si finirebbe, inoltre, per rimettere l'individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine decadenziale ad un elemento di natura soggettiva e giuridicamente irrilevante, quale l'*error juris*, nel senso che l'erroneo convincimento soggettivo dell'infondatezza della propria pretesa precluderebbe la decorrenza di detto termine, anche quando ci sia piena conoscenza del contenuto del provvedimento e dei suoi effetti lesivi.

Pertanto, fatta eccezione per l'ipotesi degli atti plurimi con effetti inscindibili (che qui non vengono in considerazione), deve escludersi che l'annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo possa giovare ai cointeressati che non abbiano tempestivamente proposto il gravame e, per i quali, pertanto, si è già verificata una situazione di inoppugnabilità, con conseguente "esaurimento" del relativo rapporto giuridico.

27.7. Intervento.

Con sentenza 3 luglio 2017, n. 3 l'Adunanza plenaria ha affermato il principio secondo cui non è sufficiente a consentire l'intervento *ad adiuvandum* la sola circostanza per cui il proponente tale istanza sia parte in un giudizio in cui venga in rilievo una *quaestio iuris* analoga a quella divisata nell'ambito del giudizio principale; laddove si ammettesse la possibilità di spiegare l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le *quaestiones iuris* controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di 'interesse' del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocessuale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, in toto scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce.

Ha richiamato un proprio precedente (sentenza n. 23 del 2016) che aveva affermato: "non sembra che possa essere sufficiente a consentire l'istanza di intervento la sola circostanza per cui il proponente tale istanza sia parte in un giudizio in cui venga in rilievo una *quaestio iuris* analoga a quella divisata nell'ambito del giudizio principale. A tacere d'altro, sembra ostare in modo radicale a tale riconoscimento l'obiettivo diversità di *petitum* e di *causa petendi* che distingue i due procedimenti, sì da non configurare in capo al richiedente uno specifico interesse all'intervento nel giudizio *ad quem*. Al contrario, laddove si ammettesse la possibilità di spiegare l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le *quaestiones iuris* controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di 'interesse' del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocessuale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, in toto scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce. Non a caso, del resto, in base a un orientamento del tutto consolidato, nel processo amministrativo l'intervento *ad adiuvandum* o *ad opponendum* può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale". A ciò può aggiungersi che il vincolo nascente dalle pronunce della Plenaria non è assoluto (cfr. art. 99, comma 3 c.p.a.) e che, comunque, l'assenza di un meccanismo procedurale, che preveda la costituzione nei giudizi dinanzi alla Plenaria per coloro i quali, coinvolti in controversie analoghe, possano essere pregiudicati dalla decisione di diritto, è il frutto di una scelta discrezionale del legislatore, che tiene conto anche di esigenze di efficienza processuale.

Ha ricordato che analogamente, nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale, vige la regola della coincidenza con le parti del processo *a quo*, ammettendosi la deroga solo a favore di soggetti titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio (sentenza n. 279 del 2006). In più occasioni la Corte costituzionale, in forza del carattere incidentale del giudizio di costituzionalità, ha dichiarato inammissibile l'intervento di terzi che ricoprivano la qualità di parte in altri giudizi aventi ad oggetto controversie identiche o analoghe e che erano stati sospesi in attesa della decisione del Giudice della legge (sentenza n. 470 del 2002; ordinanza n. 179 del 2003; sentenza n. 190 del 2006).

27.8. Giudizio cautelare.

Con decreto presidenziale monocratico 19 luglio 2017, n. 3015 la sez. V ha affermato che, ai sensi dell'art. 56 c.p.a., è inammissibile l'appello proposto avverso il decreto monocratico cautelare adottato dal Presidente del Tribunale amministrativo regionale. Ha chiarito la Sezione che l'eccezionale misura cautelare monocratica presidenziale, prevista dall'art. 56 c.p.a., ha funzione strettamente interinale e che il relativo "decreto" è per legge "efficace sino a detta camera di consiglio", che costituisce la giusta sede per l'esame della domanda cautelare. Ha aggiunto che per la misura cautelare monocratica presidenziale *ex art. 56* la legge non prevede, né per il sistema processuale appare configurabile, la via di un distinto e autonomo appello, con la conseguenza che ogni questione di revisione al riguardo va trattata nel medesimo grado della misura stessa, o con lo stesso mezzo o in occasione delle conseguente collegiale camera di consiglio (la cui "ordinanza cautelare" potrà semmai, a letterale tenore dell'art. 62, formare oggetto di appello cautelare).

27.9. Correzione di errore materiale.

Con decr. coll. 21 novembre 2017, n. 5404 la sez. VI ha respinto l'istanza di correzione di errore materiale consistente in una svista commessa dall'avvocato nella redazione del ricorso (nella specie, il nome del ricorrente) e poi confluita nella sentenza, atteso che l'art. 86 c.p.a. prevede soltanto la correzione di errori materiali commessi dal giudice, e non anche dall'avvocato.

La Sezione ha chiarito che resta fermo il potere dell'Amministrazione di valutare se dare ugualmente esecuzione alla decisione di cui era stata chiesta la correzione, pronunciata nei confronti di una pluralità di ricorrenti, anche in relazione alla posizione della ricorrente il cui cognome era stato indicato erroneamente in ricorso, all'esito di una verifica amministrativa che valuti l'effettiva sussistenza dell'errore e, dunque, la mancanza di dubbi in ordine all'identità della richiedente.

27.10. Appello: annullamento con rinvio al giudice di primo grado.

La sez. IV, con sentenza 31 luglio 2017, n. 3809, ha affermato il principio secondo cui la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, *ex artt. 99 e 112 c.p.c.*, con declaratoria di tardività del ricorso rispetto ad un provvedimento di cui non era stato chiesto l'annullamento, comporta l'annullamento con rinvio al giudice di primo grado; in questa ipotesi, infatti, l'integrale violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato rientra nei casi in cui il principio devolutivo cede il passo al principio del doppio grado di giudizio.

Ha preliminarmente ricordato la Sezione che ai sensi dell'art. 354 c.p.c., il giudice di appello civile può rimettere la causa al primo giudice solo se: a) dichiara nulla la notificazione della citazione introduttiva; b) riconosca che nel giudizio di primo grado doveva essere integrato il contraddittorio o non doveva essere estromessa una parte; c) dichiara la nullità della sentenza di primo grado a norma dell'art. 161, comma 2, c.p.c. e, cioè, per mancanza della sottoscrizione del giudice.

L'art. 105 c.p.a. tipizza i casi di annullamento con rinvio, ma con rimando a categorie generali (mancanza del contraddittorio, lesione del diritto di difesa, nullità della sentenza) e aggiunge specificamente casi che, come l'erronea dichiarazione dell'estin-

zione o della perenzione del giudizio, erano restati dubbi nel vigore delle norme pregresse. Si avvicina alla tipizzazione propria del rito civile, ma con un grado di elasticità assente in quest'ultimo, caratterizzato al contrario dalla tassatività dell'elenco, così consentendo una maggiore estensione delle ipotesi di rinvio al primo giudice.

Per completezza può aggiungersi che l'ampliamento, con il c.p.a., dei casi di annullamento con rinvio trova un bilanciamento, sul piano sistematico, nella circostanza che al Consiglio di Stato è attribuito il potere di sostituire una errata pronuncia di merito con una pronuncia di rito, in tutti quei casi (inammissibilità, irricevibilità, improcedibilità del ricorso originario erroneamente non dichiarata) in cui, secondo la disciplina previgente ed attuale, il giudizio di impugnazione si conclude con una riforma della sentenza senza rinvio.

Ha ancora ricordato la Sezione che, nel caso di errore di giudizio nello scrutinio della tempestività del ricorso, la giurisprudenza amministrativa, prima e dopo il Codice del processo amministrativo – non rinvenendo vizio di procedura o di forma, ma vizio sul contenuto della decisione – ha sempre ritenuto che l'erronea declaratoria di irricevibilità del ricorso non comporti il rinvio della causa al giudice di primo grado, ma l'obbligo per il giudice di appello di procedere all'esame del merito della questione sollevata. Ha ricordato anche il consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo il quale l'accoglimento dell'impugnazione, per violazione dell'art. 112 c.p.c., non conduce all'annullamento della statuizione gravata costituendo *ius receptum* (ribadito dall'attuale testo dell'art. 105 c.p.a.) il principio per cui "l'omessa pronuncia su una o più censure proposte con il ricorso giurisdizionale non configura un *error in procedendo* tale da comportare l'annullamento della decisione, con contestuale rinvio della controversia al giudice di primo grado, ma solo un vizio dell'impugnata sentenza che il giudice di appello è legittimato ad eliminare integrando la motivazione carente o, comunque, decidendo del merito della causa.

Diverso è il caso delle sentenze del giudice di primo grado che, giudicando in applicazione della disciplina processuale previgente, hanno distinto tra "mera omessa pronuncia" e "totale omessa pronuncia".

Ad avviso della Sezione proprio il richiamo contenuto nell'art. 105 c.p.a. alla nullità della sentenza, senza ulteriore specificazione, laddove l'art. 354, comma 1, c.p.c. specifica che si deve trattare di nullità ai sensi dell'art. 161, comma 2, dello stesso c.p.c., consente di trarre la conseguenza che nel processo amministrativo – a differenza che nel processo civile – l'integrale violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato rientra a pieno titolo nei casi in cui il principio devolutivo cede il passo al principio del doppio grado di giudizio.

La tesi cui la Sezione è pervenuta, peraltro, appare coerente con la peculiarità del processo amministrativo, specie per quello impugnatorio di legittimità, legato al controllo sull'esercizio della funzione pubblica, cui si collega il doppio grado di giudizio imposto dall'art. 125 Cost. (sia pure in senso solo ascendente) e declinato dagli artt. 4-6 c.p.a. come principio generale del processo amministrativo, oltre che con la tutela del diritto di difesa della parte coniugato con il principio dispositivo sostanziale della domanda, ai sensi dell'art. 24 Cost..

27.11. Revocazione.

Con sentenza 20 dicembre 2017, n. 12 l'Adunanza plenaria ha affermato il principio secondo cui, attesa la loro eccezionalità, i casi di revocazione della sentenza, tassativamente previsti dall'art. 395 c.p.c., richiamato dall'art. 106, comma 1, c.p.a., sono di stretta interpretazione, ai sensi dell'art. 14 delle preleggi.

La questione trae le sue origini dalla pronuncia della stessa Adunanza plenaria 21 febbraio 2007, n. 4, che aveva dichiarato l'inammissibilità per tardività, *ex art.* 69, comma 7, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, di tutti i ricorsi, successivi al 15 settembre 2000, proposti in primo grado da un gruppo di medici per ottenere la regolarizzazione della propria posizione previdenziale nel presupposto di aver svolto un rapporto di lavoro subordinato. Alcuni medici, rimasti soccombenti innanzi all'Adunanza plenaria, hanno adito la Corte Edu sul rilievo che l'art. 69, comma 7, t.u. n. 165 del 2001 - nella parte in cui dispone che l'inottemperanza al termine del 15 settembre 2000 per adire il giudice amministrativo per le controversie in materia di pubblico impiego anteriori al 30 giugno 1998 comporti la definitiva perdita del diritto dei soggetti a far valere i propri diritti in materia pensionistica non garantisce la possibilità di trasporre il giudizio a coloro che lo abbiano già incardinato presso l'ufficio giudiziario ritenuto incompetente - violi l'art. 1, prot. n. 1 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Corte dei diritti dell'uomo, con due sentenze del 4 febbraio 2014 (Staibano e Motola), ha accolto il ricorso. I medici vittoriosi dinanzi alla Cedu hanno impugnato per revocazione la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2007.

La stessa Adunanza, con ordinanza 4 marzo 2015, n. 2, ha ritenuto che il giudice amministrativo, così come quello ordinario, non può autonomamente disapplicare la norma interna che ritenga incompatibile con la convenzione europea dei diritti dell'uomo, analogamente a quanto previsto per il diritto dell'Unione europea, e ciò in quanto sulle norme interne contrastanti con le norme pattizie internazionali, ivi compresa la Cedu, spetta esclusivamente alla Corte costituzionale il sindacato di costituzionalità accentrato; è fatta salva l'interpretazione "conforme alla convenzione", e quindi conforme agli impegni internazionali assunti dall'Italia, delle norme interne, interpretazione, anzi, doverosa per il giudice che, prima di sollevare un'eventuale questione di legittimità, è tenuto ad interpretare la disposizione nazionale in modo conforme a costituzione. Ha quindi sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c., in relazione agli artt. 117, comma 1, 111 e 24 Cost., nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il giudice delle leggi, con sentenza 26 maggio 2017, n. 123, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c., nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, Cedu, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost.. Ha poi dichiarato inammissibile, per mancata motivazione in ordine alla non manifesta infondatezza, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c., nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione

della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, Cedu, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, in riferimento agli artt. 24 e 111 Cost..

L'Adunanza plenaria ha quindi ripreso il giudizio ed ha escluso di poter rinviare la definizione del giudizio di revocazione a data successiva alla pronuncia della Corte costituzionale – chiamata a risolvere la questioni di legittimità costituzionale sollevata *medio tempore* dalle Sezioni unite della Corte di cassazione (n. 6891 del 2016) - atteso che l'eventuale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 69, comma 7, d.lgs. n. 165 del 2001 non inciderebbe sul giudicato precedentemente formatosi sopra la sentenza della Adunanza plenaria n. 2 del 2005 cit.. L'astratta esperibilità della revocazione straordinaria *ex art. 306 c.p.c.* o la mera proposizione della relativa domanda avverso le sentenze passate in giudicato, laddove non seguita dalla pronuncia rescindente di revocazione, non incide sul giudicato formatosi e non può conseguentemente far ritenere ancora pendente la questione ivi decisa.

Ha quindi concluso nel senso che i casi di revocazione della sentenza, tassativamente previsti dall'art. 395 c.p.c., richiamato dall'art. 106, comma 1, c.p.a., sono di stretta interpretazione, ai sensi dell'art. 14 delle preleggi.

Per completezza, va segnalato che la Corte costituzionale si è pronunciata con sentenza 18 gennaio 2018, n. 6, affermando che sono in parte inammissibili ed in parte infondate le questioni di legittimità costituzionale – sollevate in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost.– dell'art. 69, comma 7, d.lgs. n. 165 del 2001, nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000.

L'Adunanza plenaria si è occupata ancora di revocazione con la sentenza 6 aprile 2017, n. 1, decidendo il ricorso proposto per la revocazione della propria sentenza 9 giugno 2016, n. 11.

Ha affermato il principio secondo cui ai fini dell'integrazione del motivo revocatorio *ex art. 395, n. 5, c.p.c.* (sentenza contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione), norma richiamata dall'art. 106, comma 1, c.p.a., devono concorrere, in via cumulativa, due presupposti: a) il contrasto della sentenza revocanda con un'altra precedente avente tra le parti autorità di cosa giudicata sostanziale; b) la mancata pronuncia sulla relativa eccezione da parte del giudice della sentenza revocanda.

Ha chiarito che il presupposto del “contrasto della sentenza revocanda con un'altra precedente avente tra le parti autorità di cosa giudicata sostanziale” postula che tra i due giudizi vi sia identità di soggetti e di oggetto, tale che tra le due vicende sussista una ontologica e strutturale concordanza degli estremi su cui si sia espresso il secondo giudizio, rispetto agli elementi distintivi della decisione emessa per prima. A tal fine dovrà aversi riguardo ai limiti oggettivi del giudicato quali risultano determinati dal *decisum*, ossia alla questione principale decisa nel giudizio che sorregge causalmente gli effetti scaturenti dal dispositivo della sentenza – con la precisazione che l'individuazione del dispositivo sostanziale deve essere il frutto della lettura congiunta della parte-motiva e della parte-dispositiva della sentenza – i quali, a seconda della natura

della giurisdizione esercitata (di legittimità, esclusiva, di merito), potranno essere effetti di accertamento, di condanna o costitutivi/determinativi (questi ultimi, a loro volta, potranno essere annullatori-demolitori, ripristinatori e/o conformativi). Infatti ai fini dell'applicazione dell'art. 395, n. 5, c.p.c., perché una sentenza possa considerarsi contraria ad un precedente giudicato, occorre che le decisioni a confronto risultino fra loro incompatibili in quanto dirette a tutelare beni ed interessi di identico contenuto, nei confronti delle stesse parti, con riferimento ad identici elementi di identificazione della domanda (*petitum e causa petendi*) confluiti nel *decisum*.

Inoltre il contrasto, quale incompatibilità tra due pronunce decisorie che accertino e/o conformino in modo tra di loro antitetico (in tutto o in parte) una stessa situazione giuridica soggettiva, non può che manifestarsi in relazione a sentenze aventi un contenuto decisorio di merito, suscettibili di acquistare autorità di cosa giudicata sostanziale (art. 2909 c.c.), per cui non è configurabile in relazione a sentenze (o ad altri provvedimenti giudiziali a queste assimilabili) a mero contenuto processuale.

Ha ancora chiarito l'Adunanza plenaria che il presupposto della "mancata pronuncia sulla relativa eccezione da parte del giudice della sentenza revocanda" richiede che il precedente giudicato formatosi sulle sentenze, con le quali la sentenza revocanda si assume essere in contrasto, sia rimasto del tutto estraneo al *thema decidendum* su cui si sia pronunciata la sentenza revocanda. Ha ancora affermato l'alto Consesso che essendo la sussistenza della cosa giudicata esterna rilevabile d'ufficio dal giudice, il rimedio della revocazione per contrasto con un precedente giudicato è sperimentabile non per il semplice fatto che non è stata sollevata in proposito un'eccezione, ma perché la circostanza del mancato rilievo dell'eccezione è accompagnata da una situazione processuale che non abbia consentito al giudice di rilevarne d'ufficio l'esistenza, ossia dalla mancata allegazione (e produzione) in giudizio della sentenza passata in giudicato prima della pubblicazione della sentenza revocanda, con la quale quest'ultima si assume essere in contrasto. Ne deriva che il mancato rilievo dell'eccezione giustifica la proposizione della revocazione soltanto se la sentenza, assistita dall'autorità della cosa giudicata, sia stata pronunciata in altro separato giudizio, mentre, se la cosa giudicata promana da una sentenza pronunciata nello stesso giudizio, è garantita la rilevabilità anche d'ufficio (facendo i provvedimenti del giudice parte del fascicolo d'ufficio, ai sensi dell'art. 5, comma 3, allegato 2, c.p.a.), sicché anche in tali casi l'eventuale violazione della cosa giudicata (al pari dell'ipotesi in cui l'interessato abbia eccepito il giudicato esterno, ma l'eccezione sia stata erroneamente respinta) si risolve in un *error in iudicando* (o, a seconda dei punti di vista, in un *error in procedendo*) sottratto al rimedio della revocazione.

L'Adunanza ha infine chiarito che, ai fini dell'integrazione del motivo revocatorio ex art. 395, n. 5, c.p.c., deve escludersi l'identità per oggetto tra pronuncia ottemperanda, che decide la controversia all'esito del giudizio di cognizione, e quella emessa in sede di ottemperanza per stabilire l'obbligo dell'Amministrazione di conformarsi al giudicato; infatti, qualora le sentenze poste a raffronto costituiscano l'esito, rispettivamente, del giudizio di cognizione e di quello di esecuzione, ciò che viene dedotto come contrasto fra giudicati è l'interpretazione che il giudice dell'ottemperanza ha dato dell'ambito della statuizione della sentenza da eseguire, onde la richiesta di re-

vocazione si risolve, in realtà, nel chiedere il riesame delle conclusioni, cui detto giudice è pervenuto, non nell'assenza di consapevolezza dell'esistenza di un giudicato facente stato fra le stesse parti, ma proprio nell'espresso apprezzamento dell'ambito di quest'ultimo e degli adempimenti amministrativi necessari per la sua corretta esecuzione. Ed infatti, il *proprium* del giudizio di ottemperanza si risolve nell'interpretazione della sentenza ottemperanda, scomponendosi, invero, la decisione da assumere in tale sede in una triplice operazione logica di: a) interpretazione del giudicato al fine di individuare il comportamento doveroso per la Pubblica amministrazione in sede di esecuzione; b) accertamento del comportamento in effetti tenuto dalla medesima Amministrazione; c) valutazione della conformità del comportamento tenuto dall'Amministrazione rispetto a quello imposto dal giudicato.

27.12. Giudicato.

L'Adunanza plenaria, con sentenza 12 maggio 2017, n. 2 – pronunciando sull'ottemperanza alla sua stessa decisione 29 febbraio 2016, n. 6 – ha espresso importanti principi in ordine alle conseguenze derivanti, sul piano risarcitorio, dall'impossibilità di portare ad esecuzione in forma specifica un giudicato cd. di spettanza (nel caso di specie, l'esecuzione di un contratto di appalto di lavori a suo tempo legittimamente aggiudicato), consolidando altresì importanti principi in materia di giurisdizione del giudice amministrativo, onere della prova e quantificazione delle voci di danno reclamabili dal creditore in caso di mancata stipulazione ed esecuzione del contratto di appalto.

Ha, in particolare, affermato che dal giudicato amministrativo, quando riconosce la fondatezza della pretesa sostanziale, esaurendo ogni margine di discrezionalità nel successivo esercizio del potere, nasce *ex lege*, in capo all'Amministrazione, un'obbligazione il cui oggetto consiste nel concedere “in natura” il bene della vita di cui è stata riconosciuta la spettanza. L'impossibilità (sopravvenuta) di esecuzione in forma specifica dell'obbligazione nascente dal giudicato – che dà vita in capo all'Amministrazione ad una responsabilità assoggettabile al regime della responsabilità di natura contrattuale, che l'art. 112, comma 3, c.p.a., sottopone peraltro ad un regime derogatorio rispetto alla disciplina civilistica – non estingue l'obbligazione, ma la converte, *ex lege*, in una diversa obbligazione, di natura risarcitoria, avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato in sostituzione della esecuzione in forma specifica; l'insorgenza di tale obbligazione può essere esclusa solo dalla insussistenza originaria o dal venir meno del nesso di causalità, oltre che dell'antigiuridicità della condotta.

Ha chiarito l'alto Consesso che l'azione prevista dall'art. 112, comma 3, c.p.a. – nel testo risultante dalla novella recata dal primo correttivo al codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. n. 195 del 2011 – è qualificabile in termini di rimedio risarcitorio tipico e derogatorio della disciplina generale della responsabilità civile; l'art. 112, comma 3, cit., distingue, infatti, il danno “connesso” all'impossibilità (o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica del giudicato) da quello derivante dalla violazione o elusione del giudicato. Il riferimento della norma ad una impossibilità di esecuzione, che trova la sua causa in un fatto diverso dalla violazione o elusione del giudicato, comporta il risarcimento del danno – e non un semplice indennizzo - anche

nel caso in cui, pur non configurandosi un inadempimento imputabile, non è comunque possibile attuare il giudicato in forma specifica.

Da questo punto di vista la norma ha una portata non solo processuale (che si traduce nell'ammissibilità, nelle ipotesi indicate, dell'azione risarcitoria in sede di ottemperanza, anche quando questa si svolge in unico grado dinnanzi al Consiglio di Stato), ma anche sostanziale perché, in deroga alla disciplina generale della responsabilità civile, ammette una forma di responsabilità che prescinde dall'inadempimento imputabile alla parte tenuta ad eseguire il giudicato.

La deroga, in particolare, è al regime della responsabilità da inadempimento dell'obbligazione, come delineato dall'art. 1218 c.c..

Dal giudicato amministrativo infatti - almeno quando esso, come nel caso di specie, riconosce la fondatezza della pretesa sostanziale, esaurendo ogni margine di discrezionalità nel successivo esercizio del potere - nasce *ex lege*, in capo all'Amministrazione (ed in certi casi anche in capo alle parti private soccombenti) un'obbligazione, il cui oggetto (la prestazione) consiste proprio nel concedere "in natura" (cioè in forma specifica) il bene della vita di cui è stata riconosciuta la spettanza. E che si tratti di obbligazione, il cui inadempimento è assoggettabile al regime dell'inadempimento contrattuale, è confermato dalla prescrizione decennale della relativa azione.

In base all'art. 1218 c.c., il debitore si libera dall'obbligazione se prova che l'inadempimento è stato determinato da una impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. La disciplina dell'art. 1218 c.c. trova riscontro nell'art. 1256 c.c., secondo cui l'obbligazione si estingue, invece, quando la prestazione diventa impossibile per una causa non imputabile al debitore.

Rispetto alla disciplina civilistica dell'inadempimento dell'obbligazione così sommariamente richiamata, l'art. 112, comma 3, c.p.a. introduce un elemento di specialità, perché dispone che l'impossibilità derivante da causa non imputabile (non dovuta cioè a violazione o elusione del giudicato) non estingue l'obbligazione, ma la converte, *ex lege*, in una diversa obbligazione, di natura "risarcitoria", avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato.

Ha ancora chiarito l'Adunanza plenaria che ciò che la norma presuppone è, dunque, una forma di responsabilità che, nei casi di impossibilità non imputabile a violazione o elusione del giudicato, presenta i caratteri della responsabilità oggettiva, perché non è ammessa alcuna prova liberatoria fondata sulla carenza dell'elemento soggettivo (dolo o colpa), che invece necessariamente connota le ipotesi di violazione o elusione del giudicato; potendo la responsabilità essere esclusa solo per la insussistenza (originaria) o il venir meno del nesso di causalità, il cui onere probatorio grava sul debitore medesimo.

Viene così in rilievo un rimedio, che assume una connotazione tipicamente compensativa: una sorta, in altri termini, di ottemperanza per equivalente (già conosciuta, del resto, nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale anteriore alla novella del 2011) che sostituisce l'ottemperanza in forma specifica nei casi in cui questa non sia più possibile. Essa si traduce nel riconoscimento dell'equivalente in denaro del bene della vita, che la parte vittoriosa avrebbe avuto titolo di ottenere in natura in base al giudicato.

Si ha, quindi, un rimedio alla impossibilità di esecuzione in forma specifica della sentenza, in un'ottica, per l'appunto, "rimediale" della tutela, quale si è andata delineando a partire dalle sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 della Corte costituzionale.

La funzione sostitutiva del rimedio giustifica, allora, la scelta del legislatore sia di prevederne l'ammissibilità in sede di ottemperanza, anche in un unico grado, in quanto "connessa" all'impossibilità oggettiva di esecuzione del giudicato, sia di slegarla dal requisito della colpa, sia pure intesa, in tema di illecito della Pubblica amministrazione, nella lettura "oggettiva" che ne dà la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea: trattandosi di una tutela che sostituisce l'ottemperanza non più possibile in forma specifica, essa soggiace, sia sul piano del rito, sia sul piano dei presupposti sostanziali, alle stesse regole dell'azione di ottemperanza (in forma specifica), che pure si caratterizza come rimedio "oggettivo", sganciato dalla prova del dolo o della colpa. E', in altri termini, una ragionevole scelta del legislatore in tema di allocazione del rischio della impossibilità di esecuzione del giudicato.

La nascita dell'obbligazione risarcitoria *ex lege* in conseguenza dell'impossibilità di eseguire il giudicato presuppone, comunque, la presenza, se non dell'elemento soggettivo, degli altri elementi minimi ed essenziali ai fini della configurazione di un illecito. Tali elementi essenziali, significativamente necessari anche nelle ipotesi di responsabilità oggettiva, sono il rapporto di causalità e l'antigiuridicità della condotta. Affinché sorga il rimedio di cui all'art. 112, comma 3, c.p.a. è, dunque, necessario - e al tempo stesso sufficiente - che l'impossibilità di ottenere in forma specifica l'esecuzione del giudicato sia riconducibile, sotto il profilo causale, alla condotta del soggetto dal quale si pretende il risarcimento e che tale condotta non risulti assistita da una causa di giustificazione, la cui presenza precluderebbe l'insorgenza della responsabilità e, dunque, la nascita dell'obbligazione risarcitoria *ex lege*.

Trattandosi di una tutela, che sostituisce l'ottemperanza non più possibile in forma specifica, essa soggiace, sia sul piano del rito, sia sul piano dei presupposti sostanziali, alle stesse regole dell'azione di ottemperanza (in forma specifica), che pure si caratterizza come rimedio "oggettivo", sganciato dalla prova del dolo o della colpa: è, in altri termini, una ragionevole scelta del legislatore in tema di allocazione del rischio della impossibilità di esecuzione del giudicato. La qualificazione, in termini "oggettivi" della responsabilità delineata dall'art. 112, comma 3, c.p.a., è coerente con l'orientamento espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, secondo cui in materia di risarcimento da (mancato) affidamento di gare pubbliche di appalto e concessioni, non è necessario provare la colpa dell'Amministrazione aggiudicatrice, poiché il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività della tutela previsto dalla normativa comunitaria; le garanzie di trasparenza e di non discriminazione operanti in materia di aggiudicazione dei pubblici appalti fanno sì che una qualsiasi violazione degli obblighi di matrice sovranazionale consente all'impresa pregiudicata di ottenere un risarcimento dei danni, a prescindere da un accertamento in ordine alla colpevolezza dell'ente aggiudicatore e, dunque, della imputabilità soggettiva della lamentata violazione. Trattandosi di una fattispecie di responsabilità civile, è comunque necessaria la presenza dell'elemento oggettivo (nella diade condotta - evento - nesso di causalità e antigiuridicità del danno); conseguentemente la responsabilità può essere esclusa solo per la presenza di cause di giustificazione ovvero per la insussistenza (originaria) o il venir meno del nesso di causalità (il cui onere probatorio grava sul

debitore medesimo. Ai fini del riscontro del nesso di causalità nell'ambito della responsabilità civile, si deve muovere dall'applicazione di principi generali dell'illecito, oggetto di particolare elaborazione nel diritto penale e che trovano, in quel codice, positiva espressione negli art. 40 e 41 c.p., in forza dei quali un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (cd. teoria della *condicio sine qua non*), ferma restando, peraltro, la diversità del regime probatorio applicabile, in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi: nel senso che, nell'accertamento del nesso causale in materia civile (ed amministrativa), vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non", mentre nel processo penale vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio". Il rigore del principio dell'equivalenza delle cause, posto dall'art. 41 c.p., in base al quale, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale, trova, peraltro, il suo temperamento nel principio di causalità efficiente, desumibile dall'art. 41, comma 2, c.p., in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, ma solo se questa condotta risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto.

Il nesso di causalità è interrotto dal caso fortuito: spetta al debitore l'onere di provare il caso fortuito - inteso come specifico fattore capace di determinare autonomamente il danno complessivo del fatto del terzo (che abbia avuto efficacia causale esclusiva nella produzione del danno) - rimanendo a suo carico il fatto ignoto in quanto inidoneo a eliminare il dubbio in ordine allo svolgimento eziologico dell'accadimento. Non costituisce fatto del terzo il provvedimento giurisdizionale esecutivo che abbia inciso sulla vicenda contenziosa; tale provvedimento, infatti, non può valere come giustificazione dell'operato della Pubblica amministrazione, recidendo il nesso di causalità tra il comportamento di quest'ultima e l'impossibilità di eseguire il giudicato.

Ha quindi affermato l'Adunanza plenaria che, se si ritiene che l'azione di risarcimento del danno da impossibilità oggettiva di ottenere l'esecuzione in forma specifica del giudicato, di cui all'art. 112, comma 3, c.p.a., costituisce un rimedio con funzione sostitutiva dell'ottemperanza in forma specifica, coerentemente dovrebbe ammettersi pure che essa condivida, con l'ottemperanza la platea dei soggetti passivamente legittimati. La relativa domanda risarcitoria, pertanto, anche a prescindere dall'applicazione dell'art. 41, comma 2, ultimo periodo, c.p.a., potrebbe essere proposta anche contro il soggetto privato (nella specie, l'impresa beneficiaria dell'aggiudicazione illegittima).

Ha peraltro riconosciuto l'alto Consesso che le argomentazioni volte ad ammettere la possibilità di far valere dinanzi al giudice amministrativo, specie in sede di ottemperanza, la concorrente responsabilità del soggetto privato beneficiario del provvedimento illegittimo non sono, tuttavia, risolutivi. In senso contrario, va, innanzitutto, rilevato che tutte le richiamate norme processuali vanno coordinate ed interpretate alla luce dei limiti che incontra la giurisdizione amministrativa. Esse sono, infatti, norme sul rito, che presuppongono (e non pongono) la giurisdizione che deve, quindi, desumersi dai criteri generali di riparto e non direttamente da esse. In punto di riparto la domanda - che la parte privata danneggiata dall'impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica del giudicato proponga nei confronti dell'altra parte privata, bene-

ficiaria del provvedimento illegittimo - esula dall'ambito della giurisdizione amministrativa. Si tratta, infatti, di una controversia tra due soggetti privati, avente ad oggetto un diritto soggettivo di contenuto patrimoniale.

Ha quindi ricordato l'Adunanza plenaria che, in base agli artt. 103 Cost. e 7 c.p.a., il giudice amministrativo ha giurisdizione solo per le controversie nelle quali sia parte una Pubblica amministrazione o un soggetto ad essa equiparato, con la conseguenza che la domanda che la parte privata danneggiata dall'impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica del giudicato proponga nei confronti dell'altra parte privata, beneficiaria del provvedimento illegittimo, esula dall'ambito della giurisdizione amministrativa.

Infine l'alto Consesso ha affermato che, nel caso di mancata aggiudicazione, il danno conseguente al lucro cessante si identifica con l'interesse cd. positivo, che comprende sia il mancato profitto (che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto), sia il danno cd. curricolare (ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto). Spetta, in ogni caso, all'impresa danneggiata offrire, senza poter ricorrere a criteri forfettari, la prova rigorosa dell'utile che in concreto avrebbe conseguito qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (*ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.*), e la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità - o di estrema difficoltà - di una precisa prova sull'ammontare del danno. Il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato o potuto riutilizzare mezzi e manodopera per altri lavori, a titolo di *aliunde perceptum vel percipiendum*.

28. Rito appalti.

28.1. Ambito di applicazione.

La sez. V, con sentenza 29 maggio 2017, n. 2533, ha affermato che anche le impugnazioni di affidamenti *in house* di contratti pubblici di lavori servizi e forniture sono soggette al "rito appalti" di cui agli artt. 119, comma 1, lett. a), e 120 c.p.a., con il corollario del dimezzamento del termine per proporre il ricorso di primo grado, ai sensi del comma 5 di quest'ultima disposizione.

La Sezione è giunta a tale conclusione in primo luogo sulla base dell'ampiezza delle formule impiegate dal legislatore "procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture" e "atti delle procedure di affidamento", utilizzate nelle disposizioni del codice del processo amministrativo. Esse si incentrano sul concetto di "procedure", che nella sua latitudine è idonea a racchiudere tutta l'attività della Pubblica amministrazione espressiva del suo potere di supremazia, che si manifesta attraverso atti autoritativi e nelle forme tipiche del procedimento amministrativo. Con specifico ri-

guardo alla materia degli affidamenti di contratti di lavori, servizi e forniture, il concetto di “procedure” è pertanto idoneo ad individuare nel suo complesso la fase che precede la stipula del contratto, allorché, invece, l’Amministrazione dismette i propri poteri autoritativi per assumere la qualità di parte di un negozio giuridico bilaterale di diritto privato, fonte di un rapporto di natura paritetica con l’appaltatore o il concessionario.

Ha aggiunto la Sezione che, quand’anche estrinsecatosi *uno actu*, anche l’affidamento *in house* di contratti pubblici è sempre espressione della presupposta potestà autoritativa della Pubblica amministrazione, manifestatasi nelle forme del procedimento amministrativo cui quest’ultima è soggetta in via generale nell’esercizio dei suoi poteri, ancorché in tesi con modalità estremamente semplificate. La tesi contraria introdurrebbe una distinzione incentrata non già sul profilo di ordine qualitativo legato al settore di attività della Pubblica amministrazione - affidamento di contratti di lavori, servizi e forniture -, ma sulle concrete modalità con cui quest’ultima è addivenuta a tale affidamento, con il rischio di rendere non agevole il discrimine tra rito ordinario e rito speciale.

Ad avviso della Sezione, oltre all’argomento di ordine letterale finora svolto, e sulla base di esso, deve ritenersi che anche sul piano dell’interpretazione logica (avuto cioè riguardo all’”intenzione del legislatore”) gli affidamenti *in house* siano soggetti al rito “appalti”. Depone in questo senso la comunanza, ai contratti così stipulati, delle esigenze sottese a questo speciale procedimento giurisdizionale, e cioè la spiccata celebrità e la pienezza di tutela assicurata dai provvedimenti adottabili ai sensi degli artt. 120 – 124 c.p.a.. Tra questi vi è, in particolare, la possibilità per il giudice di dichiarare l’inefficacia del contratto stipulato sulla base del provvedimento autoritativo di affidamento e dunque di incidere sul rapporto negoziale già instaurato “a valle” di quest’ultimo. Da questa ampiezza di poteri e dalle conseguenti ricadute su assetti contrattuali già instauratisi si coglie pertanto la necessità, sul piano logico e di complessiva coerenza normativa, di assoggettare anche gli affidamenti *in house* al rito concernente in generale i contratti di lavori, servizi e forniture. In caso contrario rimarrebbero immuni dal rischio di declaratoria giurisdizionale di inefficacia proprio gli affidamenti connotati *maxime* dalla violazione del principio generale, di matrice anche europea, dell’evidenza pubblica.

28.2. Legittimazione passiva nel giudizio sugli atti della procedura di scelta del contraente effettuata in forma aggregata.

La sez. III, con ord. 21 settembre 2017, n. 4403, ha rimesso all’Adunanza plenaria la questione se, in caso di procedura di scelta del contraente effettuata in forma aggregata, ai fini dell’ammissibilità del ricorso avverso la procedura è sufficiente la notifica alla sola Amministrazione capofila.

Ha chiarito la Sezione che secondo un primo filone giurisprudenziale, ai fini dell’ammissibilità del ricorso avverso la procedura, è sufficiente la notifica alla sola Amministrazione capofila.

Un secondo filone giurisprudenziale ha viceversa ritenuto necessario effettuare la notifica a tutte le Amministrazioni che si gioveranno degli esiti della procedura, e non solo alla “capofila”.

La Sezione ha aderito al primo orientamento secondo cui il ricorso giurisdizionale va notificato al solo soggetto che ha direttamente adottato i provvedimenti impugnati, in presenza di un modulo organizzativo liberamente adottato da più Amministrazioni (ovvero da più soggetti ad esse equiparabili sotto il profilo in esame), che utilizzano la possibilità di avvalersi degli esiti di un'unica procedura di aggiudicazione e che, quindi, devono assumere i relativi oneri organizzativi, anche di circolazione al loro interno di informazioni rilevanti quali la notifica di un ricorso in quanto, alla stregua dell'art. 97 Cost., la semplificazione dell'attività amministrativa non può risolversi in un effetto, per così dire, di complicazione della vita dei cittadini, e quindi, nella fattispecie considerata, nella introduzione in un ulteriore onere procedurale che possa frapporsi alla piena ed effettiva tutela giurisdizionale dei soggetti partecipanti alla procedura di aggiudicazione mediante l'impugnazione degli atti adottati in tale contesto, così come sancito dagli artt. 24 e 113 Cost.

Con la stessa ordinanza la Sezione ha rimesso all'Adunanza plenaria anche la questione se, in caso di esecutori plurisoggettivi costituiti in un RTI, possa ritenersi necessario e sufficiente che siano garantite la loro affidabilità e responsabilità attraverso la qualificazione del RTI sulla base del complessivo fatturato conseguito dalle singole imprese, mentre resterebbe viceversa liberamente modulabile la ripartizione dell'esecuzione degli obblighi fra le imprese partecipanti, essendo le stesse legate da un accordo che impone ad ogni soggetto partecipante di assolvere agli adempimenti assunti dal RTI, e dovendosi quindi ritenere ogni membro del raggruppamento in grado di garantire, nei limiti della propria qualificazione, l'avvalimento nei confronti degli altri partecipanti al RTI al fine di rispettare gli adempimenti assunti mediante la ripartizione interna delle quote di esecuzione del medesimo servizio.

Ad avviso della Sezione, in applicazione del principio di concorrenza sancito dal Trattato istitutivo dell'Unione Europea, ed alla luce della tipica funzione "pro-concorrenziale" dello strumento del raggruppamento temporaneo d'impresa "orizzontale", la circostanza che il diritto dell'Unione Europea preveda l'istituto dell'avvalimento - in base al quale può essere riconosciuta, di regola, la facoltà di ciascuna impresa esecutrice di avvalersi di altre imprese per le quali possa attestare l'idoneità tecnica e la sussistenza di un vincolo giuridico che garantisca l'impegno a tenere fede all'obbligo assunto ai fini dell'esecuzione della propria prestazione - potrebbe consentire una rivalutazione della funzione dei requisiti tecnico-economici di partecipazione alle pubbliche gare, che mediante la serie storica dei fatturati per attività comparabili consentono una ragionevole presunzione circa l'affidabilità tecnico-economica dell'impresa concorrente, senza tuttavia condizionare quest'ultima, di regola, ad eseguire direttamente la prestazione convenuta con le proprie risorse tecniche ed economiche.

Ove tale premessa risulti condivisibile, ne discende che, in caso di esecutori plurisoggettivi costituiti in un RTI, può ritenersi necessario e sufficiente che siano garantite la loro affidabilità e responsabilità attraverso la qualificazione del RTI sulla base del complessivo fatturato conseguito dalle singole imprese.

28.3. Immediata impugnazione delle clausole del bando che individuano il criterio di scelta del concorrente.

Con sentenza 2 maggio 2017, n. 2014 la sez. III è intervenuta sulla questione relativa al quando le clausole del bando devono essere immediatamente impugnate. Ha affermato che il bando di gara, che prevede il sistema di aggiudicazione della gara del massimo ribasso, è immediatamente impugnabile, sussistendo tutti i presupposti per non rinviare all'avvenuta aggiudicazione il ricorso, quali: a) la posizione giuridica legittimante avente a base, quale interesse sostanziale, la competizione secondo meritocratiche opzioni di qualità oltre che di prezzo; b) la lesione attuale e concreta, generata dalla previsione del massimo ribasso in difetto dei presupposti di legge; c) l'interesse a ricorrere in relazione all'utilità concretamente ritraibile da una pronuncia demolitoria, che costringa la stazione appaltante all'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ritenuto dalle norme del nuovo codice quale criterio "ordinario" e generale

Ha chiarito la Sezione che l'attuale normativa consente di ritenere in parte superato l'arresto della Adunanza plenaria 29 gennaio 2003, n. 1, secondo cui "Non può essere condiviso quell'indirizzo interpretativo che è volto ad estendere l'onere di impugnazione alle prescrizioni del bando che condizionano, anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica tra le quali anche quelle riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell'anomalia. Anche con riferimento a tali clausole, infatti, l'effetto lesivo per la situazione del partecipante al procedimento concorsuale si verifica con l'esito negativo della procedura concorsuale o con la dichiarazione di anomalia dell'offerta. L'effetto lesivo è, infatti, conseguenza delle operazioni di gara, e delle valutazioni con essa effettuate, dal momento che è solo il concreto procedimento negativo a rendere certa la lesione ed a trasformare l'astratta potenzialità lesiva delle clausole del bando in una ragione di illegittimità concreta ed effettivamente rilevante per l'interessato: devono pertanto ritenersi impugnabili, unitamente all'atto applicativo, le clausole riguardanti i criteri di aggiudicazione, anche se gli stessi sono idonei ad influire sulla determinazione dell'impresa relativa alla predisposizione della proposta economica o tecnica, ed in genere sulla formulazione dell'offerta, i criteri di valutazione delle prove concorsuali, i criteri di determinazione delle soglie di anomalie dell'offerta, nonché le clausole che precisano l'esclusione automatica dell'offerta anomala".

Il nuovo Codice appalti – ed in particolare gli artt. 95, 204 (nella parte in cui prevede l'immediata impugnabilità dell'ammissione di altri operatori economici), 211, comma 2 (sull'autotutela "doverosa") – rende, infatti, chiaro che vi sono elementi fisiologicamente disciplinati dal bando o dagli altri atti di avvio della procedura, che assumono rilievo sia nell'ottica del corretto esercizio del potere di regolazione della gara, sia in quella dell'interesse del singolo operatore economico ad illustrare ed a far apprezzare il prodotto e la qualità della propria organizzazione e dei propri servizi, così assicurando, nella logica propria dell'interesse legittimo (figlio della sintesi di potere e necessità) la protezione di un bene della vita che è quello della competizione secondo il miglior rapporto qualità prezzo; un bene, cioè, diverso, e dotato di autonoma rilevanza rispetto all'interesse finale all'aggiudicazione.

Ha aggiunto la Sezione che una diversa soluzione – più aderente alla lettera che alla *ratio* dell'Adunanza plenaria del 2003 ed all'esigenza della sua interpretazione in chiave evolutiva – finirebbe per svilire e depotenziare le due architravi del nuovo

impianto normativo: a) da un lato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - assunto da legislatore ad elemento di rilancio di una discrezionalità "sana e vigilata", da porre a disposizione di Amministrazioni qualificate sì da renderle capaci di selezionare le offerte con razionalità ed attenzione ai profili qualitativi - sarebbe destinato a rimanere privo di garanzie di effettività, posto che la sua correzione si avrebbe solo all'esito della procedura concorsuale e della sua appendice giurisdizionale, in presenza di un operatore (quello offerente il massimo ribasso) in capo al quale si sono tra l'altro già ingenerate aspettative; b) dall'altro sarebbe irragionevolmente derogata la logica bifasica (ammissioni/esclusioni prima fase; aggiudicazione seconda fase), che ha caratterizzato il nuovo approccio processuale in tema di tutela, poiché è evidente che l'illegittimità del bando, sub specie del criterio di aggiudicazione, è un *prius* logico giuridico rispetto alle ammissioni, condizionandole e rendendole illegittime in via derivata. Con il risultato che l'intento di affrancare il contenzioso sull'aggiudicazione da tutte le questioni sollevabili in via incidentale dal controinteressato (e fra queste anche quelle relative all'illegittimità del bando, strumentali all'*utilitas* della riedizione della gara), che ha ispirato la formulazione delle nuove norme processuali, risulterebbe tradito proprio in relazione ad aspetti basilari della prima fase.

Altro argomento a riprova dell'irrazionalità della tesi dell'impugnazione postergata del criterio di aggiudicazione, è che il ricorrente, costretto ad attendere, quale *dies a quo* per l'impugnativa, il momento dell'aggiudicazione ad altri, non è vincolato dalla correlazione tra criterio del massimo ribasso e mancata aggiudicazione, non dovendo egli dimostrare un rapporto di causalità tra effetto lesivo del bene "aggiudicazione" e *lex* di gara: la lesione, nell'orientamento giurisprudenziale tradizionale varato dall'Adunanza plenaria nel 2003, è infatti solo l'elemento che, integrando una delle condizioni dell'azione, abilita alla tutela dell'interesse legittimo attraverso l'esperimento dell'azione demolitoria. Una volta realizzatasi la condizione dell'azione, il ricorrente è ammesso a far valere la violazione dell'obbligo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, insieme a tutti gli altri vizi di legittimità del bando che non attengano a clausole escludenti, a prescindere se la mancata aggiudicazione sia riferita, o meno, proprio all'operare di quella o di quelle clausole (si pensi, oltre che al criterio di aggiudicazione, alla difettosa composizione del seggio di gara o alle previsioni sulle modalità di apertura delle buste o, in generale, alle norme sul *modus procedendi*). In questi casi non è cioè necessaria la dimostrazione che, in assenza del vizio, l'aggiudicazione sarebbe stata senz'altro riconosciuta al ricorrente, costituendo, la violazione delle norme di legge, un sintomo della cattiva organizzazione e gestione della gara e conseguentemente dell'erroneità dei suoi esiti. Se così è, allora, non v'è ragione alcuna per attendere, al fine di invocare tutela, che la procedura si concluda con l'aggiudicazione a terzi. Tale soluzione non risponderebbe a finalità deflattive ed anzi inficerebbe quelle legate al pur contemplato onere di impugnazione delle ammissioni; non risponde del resto a finalità di coerenza giuridica o dogmatica, poiché il postergare l'impugnazione della *lex* di gara, finanche quando la violazione è già conclamata, può avere un senso solo in relazione a clausole che non violino immediatamente l'interesse del singolo imprenditore, è così certamente non è per quelle che gli

impediscono di concorrere sulla qualità; è inoltre contraria al dovere di leale collaborazione ed al rispetto del principio di legittimo affidamento, immanenti anche nell'ordinamento amministrativo.

Stante il contrasto giurisprudenziale persistente sul punto, con ord. 7 novembre 2017, n. 5138 la sez. III ha rimesso all'Adunanza plenaria le questioni: a) se, avuto anche riguardo al mutato quadro ordinamentale, i principi espressi dall'Adunanza plenaria n. 1 del 2003 possano essere ulteriormente precisati nel senso che l'onere di impugnazione immediata del bando sussiste anche per il caso di erronea adozione del criterio del prezzo più basso, il luogo del miglior rapporto tra qualità e prezzo; b) se l'onere di immediata impugnazione del bando possa affermarsi più in generale per tutte le clausole attinenti le regole formali e sostanziali di svolgimento della procedura di gara, nonché con riferimento agli altri atti concernenti le fasi della procedura precedenti l'aggiudicazione, con la sola eccezione delle prescrizioni generiche e incerte, il cui tenore eventualmente lesivo è destinato a svelarsi solo con i provvedimenti attuativi; c) se, nel caso in cui l'Adunanza plenaria affermi innovativamente il principio della immediata impugnazione delle clausole del bando di gara riguardanti la definizione del criterio di aggiudicazione e individui, eventualmente, ulteriori ipotesi in cui sussiste l'onere di immediata impugnazione di atti della procedura precedenti l'aggiudicazione, la nuova regola interpretativa si applichi alternativamente: c') con immediatezza, anche ai giudizi in corso, indipendentemente dall'epoca di indizione della gara; c'') alle sole gare soggette alla disciplina del nuovo codice dei contratti pubblici; c'') ai soli giudizi proposti dopo la pubblicazione della sentenza dell'Adunanza plenaria, in conformità alle regole generali dell'errore scusabile e della irretroattività dei mutamenti di giurisprudenza incidenti sul diritto viventi (secondo i principi dell'*overruling*); d) se, nel caso di contestazione del criterio di aggiudicazione o, in generale, della impugnazione di atti della procedura immediatamente lesivi, sia necessario, ai fini della legittimazione a ricorrere, che l'operatore economico abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura, ovvero sia sufficiente la dimostrazione della qualità di operatore economico del settore, in possesso dei requisiti generali necessari per partecipare alla selezione.

Ha ricordato la Sezione che di recente la stessa sez. III, con sentenza 2 maggio 2017, n. 2014, ha messo nuovamente in dubbio i limiti dell'onere di immediata impugnazione del bando, con specifico riferimento alle clausole relative ai criteri di aggiudicazione, discostandosi consapevolmente dagli esiti manifestati dall'Adunanza plenaria n. 1 del 2003. Più in generale, la Sezione ha evidenziato la necessità di adeguare la teoria della dimensione sostanziale dell'interesse legittimo e della sua tutela, al mutato contesto normativo rappresentato dal nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), che esige un'attualizzazione dei canoni ermeneutici fissati dalla Plenaria del 2003.

Alle argomentazioni spese dalla sez. III nella citata sentenza n. 2014 del 2016 la Sezione ha aggiunto che il nuovo "blocco normativo", caratterizzato da norme sia sostanziali che processuali, rende sufficientemente chiaro che vi sono elementi, fisiologicamente disciplinati dal bando o dagli altri atti di avvio della procedura, che toccano

immediatamente “beni della vita” protetti dall’ordinamento in forza della loro rilevanza in ambito concorrenziale, e tutelati attraverso il riconoscimento di correlata azione giurisdizionale, sostanziandosi: a) nell’interesse a competere con concorrenti in possesso dei requisiti generali; b) nell’interesse a competere con il criterio di aggiudicazione che il legislatore ha prescelto a miglior garanzia della qualità oltre che dell’economicità. Tali interessi sono giuridicamente rilevanti.

I dubbi piuttosto si pongono sul versante della necessaria “differenziazione” dell’interesse, quale requisito indefettibile per il sorgere di un interesse legittimo azionabile in giudizio dal singolo operatore economico.

Nel caso delle “ammissioni altrui” è lo stesso legislatore ad attribuire direttamente legittimazione al singolo concorrente, implicitamente differenziandone l’interesse rispetto al *quisque de populo*.

Nel caso del criterio di aggiudicazione la “differenziazione” della posizione giuridica del concorrente dovrebbe ricavarsi: a) dall’avere, il medesimo, una posizione sul mercato consolidatasi anche in forza della qualità dei prodotti fabbricati e delle prestazioni offerte; b) dall’avere partecipato ad una gara - o dall’avere i requisiti e l’interesse a parteciparvi (*sul punto si veda oltre*) – basate su scelte non conformi ai criteri qualitativi prescelti da legislatore.

L’adozione del criterio del prezzo più basso, in luogo del miglior rapporto qualità/prezzo, lede immediatamente siffatta posizione giuridica elidendo in radice l’interesse a competere secondo qualità. Adottata tale innovativa prospettiva, che discerne l’aspirazione all’aggiudicazione da quella alla competizione secondo qualità, ne dovrebbe logicamente conseguire che la clausola del bando contemplante l’erroneo criterio di aggiudicazione è suscettibile di immediata impugnazione, ed anzi, genera un vero e proprio onere in tal senso. È appena il caso di evidenziare, infatti, che non è praticabile l’opzione ermeneutica, astrattamente prospettabile, secondo la quale le esigenze di ampliare la tutela giurisdizionale in coerenza del canone di effettività della tutela imposto dal diritto dell’Unione europea, implicherebbero che l’operatore economico potrebbe scegliere se impugnare immediatamente il bando o attendere l’esito della procedura. Al contrario, deve porsi una chiara delimitazione delle ipotesi in cui un atto è lesivo, generando l’onere di tempestiva e autonoma impugnazione.

Ha aggiunto la Sezione che ove, pur dinanzi all’opzione legislativa per il criterio qualitativo, si mantenesse un indirizzo interpretativo che continua a negare il sorgere di un correlato interesse legittimo suscettibile di immediata tutela in capo agli operatori, l’opzione predetta rimarrebbe deficitaria di meccanismi di controllo in grado di assicurarne l’effettiva applicazione. Poiché non è revocabile in dubbio che l’interesse legittimo continua, anche nella ricostruzione sostanzialistica che ormai lo caratterizza, ad essere portatore di una funzione ancipite: protezione del bene della vita ed al contempo verifica del corretto invero dell’interesse pubblico.

La Sezione si è spinta quindi a chiedere all’Adunanza plenaria di fornire, in chiave più generale, un quadro armonico e coerente sulla perimetrazione dell’onere di immediata impugnazione, stilando un vero e proprio decalogo, similmente a quanto fatto nel 2003.

Ad avviso della Sezione l’approdo più coerente con l’evoluzione della posizione giuridica di interesse legittimo tracciata, potrebbe essere quello di affermare che tutte le clausole attinenti le regole “formali” e “sostanziali” della gara debbano essere immediatamente impugnate, con eccezione delle prescrizioni generiche e incerte, il cui tenore eventualmente lesivo è destinato a disvelarsi solo con i provvedimenti attuativi.

La conclusione sarebbe in linea con il principio sopra più analiticamente argomentato, secondo il quale, se vi è onere di impugnazione immediata dell'ammissione altrui, *a fortiori* l'onere deve sussistere per gli atti che la precedono, essendo irragionevole un sistema che, pur di decongestionare la fase finale della procedura, giunge ad innestare una verifica parentetica delle ammissioni (pacificamente non lesive dell'interesse individuale all'aggiudicazione), ma lascia fuori le questioni, logicamente pregresse, di legittimità del bando, consentendo alle stesse una reviviscenza capace di rendere, *ex post*, lo stesso giudizio sulle ammissioni eventualmente instauratosi, *inutiliter datum*.

28.4. Motivi aggiunti nel rito appalti.

Ha affermato la sez. III, con la sentenza 7 aprile 2017, n. 1633, che il principio sancito dall'art. 104, comma 3, c.p.a. – secondo cui in appello “Possono essere proposti motivi aggiunti qualora la parte venga a conoscenza di documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado da cui emergano vizi degli atti o provvedimenti amministrativi impugnati” – si estende anche nel rito appalti, con la conseguenza che il comma 7 dell'art. 120 c.p.a. – che, nella formulazione anteriore al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, prevede che “i nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara devono essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti” – si applica solo con riferimento al primo grado di giudizio.

Ha ricordato la Sezione che l'art. 104, comma 3, c.p.a., ammette i motivi aggiunti in grado d'appello al solo fine di dedurre ulteriori vizi degli atti già censurati in primo grado, evenienza nella quale non ci si trova tanto in presenza di una domanda nuova quanto di un'articolazione della domanda già proposta al Tribunale amministrativo regionale; i motivi aggiunti non sono invece ammessi nella diversa ipotesi in cui con essi si intenda impugnare nuovi atti sopravvenuti alla sentenza di prime cure.

Questo principio si applica anche alle impugnative degli atti delle procedure di affidamento di contratti pubblici, ove l'art. 120, comma 7, c.p.a. – nella formulazione anteriore al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – prevede che “i nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara devono essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti” solo con riferimento al primo grado di giudizio, ma non già per il grado di appello, per il cui svolgimento l'art. 120, comma 11, c.p.a. non richiama la regola del comma 7 ma solo quelle dei commi 3, 6, 8 e 10 e, dopo la novella del 2016, anche dei commi 2 *bis*, 6 *bis*, 8 *bis* e 9; ciò per l'ovvia ragione che, in virtù del generale principio di cui all'art. 104, comma 3, c.p.a., non è possibile impugnare, con motivi aggiunti, un atto sopravvenuto alla sentenza già gravata né, *a fortiori*, è possibile impugnare la sentenza di prime cure che si sia pronunciata sulla legittimità dell'atto di gara sopravvenuto alla prima sentenza.

28.5. Ricorso principale e ricorso incidentale.

La sez. V, con ord. 6 novembre 2017, n. 5103, ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione se, in un giudizio di impugnazione degli atti di procedura di gara ad evidenza pubblica, il giudice sia tenuto ad esaminare congiuntamente il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario, anche se alla procedura abbiano preso parte altri concorrenti, le cui offerte non sono state oggetto di impugnazione e verifichi che i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso siano propri delle sole offerte contestate.

Ha chiarito la Sezione che le statuizioni della Corte di giustizia dell'Unione europea 5 aprile 2016, C-689/13 (cd. sentenza Pulgigenica), in materia di esame del ricorso principale e incidentale proposti all'interno del medesimo giudizio di impugnazione

degli atti di una procedura di affidamento di appalto pubblico, sono state diversamente intese, dando luogo a due orientamenti all'interno di questo Consiglio di Stato.

Un primo indirizzo interpretativo, che fa capo alla sentenza della sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708, ha affermato che il giudice che, esaminato per primo il ricorso incidentale, lo abbia ritenuto fondato, è tenuto ad esaminare anche il ricorso principale solo se dal suo accoglimento può derivare un vantaggio in capo al ricorrente principale. Tale vantaggio non potrà consistere nella mera aggiudicazione del contratto in quanto, avendo accolto il ricorso incidentale escludente, il giudice ha già statuito sulla sua necessaria esclusione dalla procedura; pertanto, non potrà che essere l'accoglimento di un mezzo che, per il suo contenuto, retroagisce fino a comportare la ripetizione della procedura. La ripetizione della procedura è concretamente ipotizzabile – per non restare una possibilità astratta e priva di effettiva utilità – se le imprese in gara siano state soltanto due; ovvero, in caso di più di due imprese delle quali solo due siano in giudizio, se anche le offerte delle restanti imprese risultino affette dal medesimo vizio che, in giustizia, ha giustificato la statuizione di esclusione dalla procedura dell'offerente che è parte della controversia.

Secondo un diverso orientamento (Cons. St., sez. V, 20 luglio 2017, n. 3593) la domanda di tutela del proprio interesse legittimo al corretto svolgimento della procedura di gara con esclusione di tutte le offerte che, in quanto affette da vizi, non potevano essere esaminate dalla stazione appaltante, rivolta dal ricorrente principale al giudice amministrativo, merita di essere esaminata anche se, per ipotesi, la stessa offerta del ricorrente andava esclusa dalla procedura. In questa prospettiva il giudice non tiene conto del numero delle imprese partecipanti (e del fatto che alcune siano rimaste fuori dal giudizio) come dei vizi prospettati come motivi di ricorso principale, poiché la domanda di tutela può essere evasa soltanto con l'esame di tutti i motivi di ricorso, principale come incidentale.

Ciò premesso, ha chiarito la Sezione che, nella fattispecie al suo esame, le ragioni di esclusione prospettate dall'appellante nei confronti dell'aggiudicataria attengono alla mancanza dei requisiti di progettazione in capo alla società che è stata indicata, in sede di offerta, come incaricata della progettazione. Invece, le ragioni di esclusione prospettate nei confronti della seconda graduata attengono alla mancanza dei requisiti di qualificazione S.O.A. in capo alle imprese ausiliarie.

Se nel decidere questa controversia si dovesse applicare il primo orientamento, in presenza di altri concorrenti rimasti estranei al giudizio, per stabilire se procedere all'esame congiunto del ricorso principale e del ricorso incidentale, si dovrebbe valutare se i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso possano, in via astratta, dirsi comuni anche alle altre offerte rimaste estranee al giudizio, di modo che possa figurarsi, in ipotesi, un possibile intervento in autotutela dell'Amministrazione idoneo a fondare l'interesse cd. strumentale del ricorrente alla decisione del ricorso principale.

Qualora, invece, si dovesse fare applicazione del secondo orientamento, pur in presenza di altri concorrenti rimasti estranei al giudizio, si dovrebbe procedere all'esame di entrambi i ricorsi, spettando all'Amministrazione poi, all'esito del giudizio, valutare la comunanza dei vizi alle restanti offerte e decidere, ove ciò abbia accertato, di annullare l'intera procedura di aggiudicazione, piuttosto che procedere all'aggiudicazione a favore dell'impresa successivamente classificata. Vi sarebbe, dunque, pur sempre un interesse cd. strumentale del ricorrente alla decisione del ricorso principale, poiché la valutazione dell'identità dei vizi sarebbe compiuta, concluso il giudizio, dalla stazione appaltante.

28.6. Rito *super* accelerato.

Con sentenza 4 luglio 2017, n. 3257 la sez. V ha affermato che l'avvenuta aggiudicazione in favore di un concorrente viene ad incidere sulla persistenza dell'interesse a ricorrere avverso le ammissioni altrui. Data la premessa la Sezione ha dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso proposto *ex art.* 120, comma 2 *bis*, c.p.a. avverso gli atti di ammissione dei concorrenti alla gara da parte di un operatore che, all'esito dell'espletamento della gara stessa, risulta nel frattempo collocato in posizione inferiore alla seconda.

Ha chiarito la Sezione che - anche a ritenere ininfluyente, sotto il profilo della permanenza del particolare interesse al ricorso *ex art.* 120, comma 2 *bis*, c.p.a., la circostanza dell'intervenuta aggiudicazione, essendo tale relativo rito specialissimo finalizzato a definire in modo definitivo la platea dei soggetti ammessi alla gara, cristallizzandone la situazione al fine della rapida costituzione di certezze giuridiche poi incontestabili sui protagonisti della gara - purtuttavia detto particolare interesse al ricorso non può, anche durante il processo, essere valutato in modo avulso dalla realtà storica costituita dalla graduatoria formulata, e dunque nell'indifferenza della posizione ivi conseguita dalle singole imprese partecipanti alla gara. Ciò in quanto la distinzione e la separatezza del giudizio *ex art.* 120, commi 2 *bis* e 6 *bis*, c.p.a., rispetto a quello ordinario del medesimo art. 120, non contempla per il giudice del primo un divieto di prendere in considerazione i fatti storici medio tempore verificatisi e risultanti dai suoi atti processuali, come, appunto, l'avvenuta aggiudicazione della gara e gli effetti di eventuali impugnazioni di quest'ultima. Ne consegue che detti atti, pur non formanti oggetto del medesimo rito specialissimo, si riflettono parzialmente sulla persistenza dell'interesse a ricorrere in quest'ultimo.

Molte le sentenze che si sono occupate dell'applicabilità del rito appalti *super* accelerato introdotto dal comma 2 *bis* dell'art. 120 c.p.a..

La sez. VI, con sentenza 13 dicembre 2017, n. 5870, ha affermato che sebbene il comma 2 *bis* dell'art. 120 c.p.a. - inserito dall'art. 204, comma 1, lett. b), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nella disciplina del cd. rito *super* speciale previsto per l'impugnazione degli atti di esclusione e di ammissione (d)alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture - faccia riferimento, ai fini della decorrenza dell'ivi previsto termine d'impugnazione di trenta giorni, esclusivamente alla pubblicazione del provvedimento di ammissione o esclusione sul profilo telematico della stazione appaltante ai sensi dell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, ciò non implica l'inapplicabilità del generale principio sancito dall'art. 41, comma 2, c.p.a. e riaffermato nel comma 5, ultima parte, dell'art. 120 c.p.a.. Ne consegue che, in difetto della formale comunicazione dell'atto - o della pubblicazione dell'atto di ammissione sulla piattaforma telematica della stazione appaltante -, il termine decorre dal momento dell'avvenuta conoscenza dell'atto stesso, purché siano percepibili i profili che ne rendano evidente la lesività per la sfera giuridica dell'interessato in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale.

Ad avviso della Sezione, in difetto di un'espressa e univoca correlativa espressa previsione legislativa a valenza derogatoria e in assenza di un rapporto di incompatibilità,

deve escludersi che il comma 2 *bis* dell'art. 120 c.p.a. abbia apportato una deroga all'art. 41, comma 2, c.p.a. e al principio generale della decorrenza del termine di impugnazione dalla conoscenza completa dell'atto. La piena conoscenza dell'atto di ammissione della controinteressata, acquisita prima o in assenza della sua pubblicazione sul profilo telematico della stazione appaltante, può dunque provenire da qualsiasi fonte e determina la decorrenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso.

La sez. III, con sentenza 10 novembre 2017, n. 5182 ha affrontato il problema relativo alla decorrenza del termine per impugnare, con ricorso incidentale, l'ammissione di altro concorrente in gara

Ha affermato che il *dies a quo*, per proporre il ricorso incidentale avverso l'ammissione di altro concorrente dalla gara, decorre, in applicazione del principio dettato dall'art. 42, comma 1, c.p.a., dalla notifica del ricorso principale e non dalla conoscenza del provvedimento di ammissione pubblicato sul profilo del committente, ferma restando la preclusione all'attivazione di tale rimedio processuale quale strumento per dedurre, in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, le censure riferite alla fase di ammissione.

Ad avviso della Sezione la decorrenza del termine di introduzione dell'impugnativa incidentale dalla notifica del ricorso principale, come previsto in via di principio dall'art. 42, comma 1, c.p.a., non compromette il conseguimento dell'obiettivo essenziale avuto di mira dal legislatore del rito superaccelerato, restando comunque ferma - anche a voler accogliere tale impostazione - la preclusione all'attivazione del rimedio processuale quale strumento per dedurre, in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, le censure riferite alla fase di ammissione ("L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale"). E che questa fosse la vera e sostanziale utilità perseguita con l'introduzione del nuovo rito è circostanza desumibile dallo stesso testo della legge nell'esercizio della cui delega è stato adottato l'art. 204, comma 1, lett. d), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (si veda in tal senso l'art. 1, comma 1, lett. bbb), l. 28 gennaio 2016, n. 11, ove si prevede: "revisione e razionalizzazione del rito abbreviato per i giudizi di cui alla lett. a) del comma 1 dell'art. 119 c.p.a., di cui all'allegato 1 annesso al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, anche mediante l'introduzione di un rito speciale in camera di consiglio che consente l'immediata risoluzione del contenzioso relativo all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione; previsione della preclusione della contestazione di vizi attinenti alla fase di esclusione dalla gara o ammissione alla gara nel successivo svolgimento della procedura di gara e in sede di impugnazione dei successivi provvedimenti di valutazione delle offerte e di aggiudicazione, provvisoria e definitiva").

Ha aggiunto la Sezione che, in termini di rapidità di celebrazione del contenzioso, la posposizione del ricorso incidentale alla notifica del ricorso principale importa un incremento dei tempi processuali non significativo (30 gg) e, comunque, del tutto equivalente all'analogo differimento tollerato in caso di proposizione dei motivi aggiunti (art. 120, comma 6 *bis*, c.p.a.).

Dal punto di vista testuale, poi, il fatto stesso che l'art. 120, comma 6 *bis*, c.p.a., nel contesto di una norma espressamente riferita al rito sulle ammissioni ed esclusioni, faccia menzione del ricorso incidentale, induce a ritenere che la portata di tale rimedio processuale sia da intendersi estesa (quantomeno anche) agli atti che costituiscono l'oggetto proprio di questa tipologia di rito.

Sempre sul piano testuale e nel medesimo senso è apprezzabile il fatto che l'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. precluda, in caso di mancata impugnativa nel ristretto termine ivi previsto, la sola facoltà di far valere con ricorso incidentale «l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento», con ciò riferendosi espressamente ad attività ulteriori e posteriori rispetto ai provvedimenti di ammissione ed esclusione dei candidati (quali l'esito della valutazione delle offerte o l'aggiudicazione); e che, a contrario, alcuna espressa preclusione sia prevista con riferimento ad ulteriori modalità di esplicazione del rimedio incidentale. Il che porta a ritenere che il comma 2 *bis* non abbia voluto in alcun modo limitare l'attivazione del rimedio nelle modalità ordinarie tracciate dall'art. 42, comma 1, c.p.a..

Tutto ciò premesso, la Sezione ha affermato che è dal punto di vista sistematico che l'opzione ermeneutica qui contestata mostra maggiormente il fianco a obiezioni, venendosi con essa a determinare una sostanziale espunzione del "ricorso incidentale" propriamente detto dal contesto del rito concernente le ammissioni alla gara. Ed invero, ove il *dies a quo* decorresse dalla conoscenza dei provvedimenti di ammissione, il rimedio processuale azionato dal concorrente convenuto in giudizio finirebbe per risultare del tutto svincolato e indipendente dal ricorso principale, sia sotto il già esaminato profilo del termine decadenziale della sua introduzione in giudizio; sia sotto il profilo della essenzialità della sua cognizione, poiché il giudice sarebbe chiamato in ogni caso a scrutinare il mezzo incidentale anche in ipotesi di acclarata infondatezza del rimedio principale. Più in generale il giudice dovrebbe esaminare entrambe le impugnative, indipendentemente dai loro esiti rispettivi, trattandole alla stregua di azioni del tutto autonome e prive di reciproche implicazioni. Dunque, non di "ricorso incidentale" in senso proprio potrebbe discorrersi, una volta sterilizzate tutte le più specifiche proprietà che lo configurano come strumento di difesa riconvenzionale, proponibile in via consequenziale all'impugnativa principale; di più, del ricorso incidentale non resterebbe nemmeno il nomen, poiché al giudizio di primo grado è del tutto estranea - in quanto nota solo al grado d'appello - la variante del ricorso "incidentale nella forma ma principale nella sostanza".

Senonché, l'espunzione della modalità procedurale prevista dall'art. 42 c.p.a. comporta - in danno della parte resistente - una considerevole compromissione delle sue facoltà di difesa, non bilanciata da vantaggi o ragioni sistematiche di analogo rilievo. Ed invero, la parte intimata in giudizio, vista contestata la sua ammissione in gara, non potrebbe paralizzare in via riconvenzionale l'iniziativa avversaria; più in generale, il concorrente ammesso alla procedura che volesse tutelarsi da eventuali iniziative avversarie miranti a provocarne l'esclusione dalla gara, non avrebbe altra via che quella di agire in via preventiva, impugnando le altrui ammissioni prima ancora di avere notizia di analoghe iniziative proposte nei suoi confronti e senza poter saggiare l'utilità difensiva della sua iniziativa processuale. Il che vale a negare - in contrasto con l'art. 24 Cost. - l'idea di un esercizio proporzionato e consapevole del diritto di

difesa, commisurato cioè ad una valutazione di necessità e di preventiva stima dei costi e dei benefici che, correlandosi ad ogni intrapresa processuale, ne suggeriscono o sconsigliano l'onerosa attivazione.

Ad avviso della Sezione la conclusione alla quale è pervenuta preserva l'esigenza di concentrare in un unico giudizio, caratterizzato dalla snellezza e celerità di cui al comma 6 *bis* dell'art. 120, tutte le questioni attinenti alla fase di ammissione ed esclusione dei concorrenti, nella piena esplicazione dei principi della "parità delle armi" e della "effettività del contraddittorio"; e al contempo salvaguarda la natura dell'impugnazione incidentale quale mezzo di tutela dell'interesse che sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale.

Con riferimento al termine per proporre appello la sez. V, con sentenza 31 marzo 2017, n. 1501, ha affermato che nel rito appalti *super* accelerato la "comunicazione della sentenza", che il comma 6 *bis* dell'art. 120 c.p.a., introdotto dall'art. 204, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, enuclea quale *dies a quo* del termine per la proposizione dell'appello, coincide con la comunicazione, alle parti costituite, da parte della Segretaria dell'Ufficio giudiziario, dell'avvenuto deposito della decisione, come si desume dall'art. 89, comma 3, c.p.a., la cui rubrica è, appunto, "pubblicazione e comunicazione della sentenza".

La Sezione ha escluso che un argomento per affermare che il *dies a quo* del termine per l'appello decorra non dalla comunicazione del deposito della sentenza ma dalla conoscenza della sentenza stessa possa evincersi dal disposto degli artt. 129, comma 7, nonché all'art. 130, comma 8, c.p.a., essendo tali norme, peraltro limitanti la comunicazione integrale alla sola Amministrazione che ha emanato l'atto impugnato, riferite al rito elettorale. Anzi, dette norme confermano che, al di fuori delle ipotesi espressamente contemplate, la regola è quella per cui la comunicazione della sentenza consiste nella comunicazione dell'avviso di deposito della medesima, adempimento che prelude poi alla acquisizione del testo integrale, del resto subito agevolmente reperibile nel sito istituzionale della giustizia amministrativa, senza necessità, a fini di conoscenza, di un accesso fisico presso la segreteria del giudice amministrativo.

Non può, del pari, essere tratto utile argomento sul piano ermeneutico dalla presenza, nel codice del processo amministrativo, di ulteriori norme, quali quelle che prevedono la comunicazione del decreto di fissazione dell'udienza (art. 71, comma 5, c.p.a.), ovvero dell'ordinanza che dispone la verifica (art. 66, comma 2, c.p.a.). Nella prima ipotesi la comunicazione alle parti costituite non può che essere integrale, in quanto il decreto si limita a contenere la data di fissazione dell'udienza, mentre nella seconda ipotesi l'ordinanza, che dispone l'incombente istruttorio della verifica, è trasmessa al solo organismo verificatore che, non essendo parte del processo, non potrebbe altrimenti venirne a conoscenza con i mezzi telematici.

29. Risarcimento danni.

Con ordinanza 6 giugno 2017, n. 2719 la sez. IV ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione se sia possibile o meno sottrarre dal complessivo importo dovuto al danneggiato a titolo di risarcimento del danno gli emolumenti di carattere indennitario versati da assicuratori privati o sociali ovvero da enti pubblici, specie previdenziali.

Ha ricordato la Sezione che sul punto si sono formati – soprattutto dinanzi alla Corte di cassazione - due diversi orientamenti, senza che ci sia stata una pronuncia delle Sezioni Unite che, seppure adite, non hanno tuttavia affrontato il merito della questione sulla scorta della sua ravvisata “possibile irrilevanza nel caso concreto”, posto che i Giudici del merito non avevano affrontato il punto, ritenuto dalla Corte pregiudiziale, dell’entità del danno e della relativa risarcibilità (Cass. civ., s.u., 30 giugno 2016, n. 13372).

L’orientamento tradizionale (e maggioritario) della Suprema Corte di cassazione – al quale ha sostanzialmente aderito il giudice amministrativo – ha dato una rigorosa interpretazione del requisito della unicità (ovvero identità) della causa. Secondo Cass. civ., sez. III, 30 settembre 2014, n. 20548, “In tema di risarcimento del danno da illecito, il principio della *compensatio lucri cum damno* trova applicazione unicamente quando sia il pregiudizio che l’incremento patrimoniale siano conseguenza del medesimo fatto illecito, sicché non può essere detratto quanto già percepito dal danneggiato a titolo di pensione di inabilità o di reversibilità, ovvero a titolo di assegni, di equo indennizzo o di qualsiasi altra speciale erogazione connessa alla morte o all’invalidità, trattandosi di attribuzioni che si fondano su un titolo diverso dall’atto illecito e non hanno finalità risarcitorie”. Ha ancora affermato Cass. civ., sez. III, 2 marzo 2010, n. 4950 che “Il principio della *compensatio lucri cum damno* trova applicazione solo quando il lucro sia conseguenza immediata e diretta dello stesso fatto illecito che ha prodotto il danno, non potendo il lucro compensarsi con il danno se trae la sua fonte da titolo diverso”: in applicazione di tale principio la Corte ha cassato la sentenza impugnata nella parte in cui, ai fini della liquidazione del danno alla persona derivante da un sinistro stradale, aveva detratto dall’importo dovuto la somma versata al danneggiato dal suo datore di lavoro, in aggiunta al trattamento di fine rapporto, quale incentivo di natura contrattuale per anticiparne le dimissioni, giacché, secondo i Giudici della legittimità, tale importo trae titolo dal rapporto di lavoro e non dal fatto illecito causativo del danno.

In conclusione, secondo questa impostazione esegetica, affinché possa richiamarsi il principio della *compensatio lucri cum damno* il vantaggio deve derivare direttamente dal fatto illecito e non da fattori causativi distinti ed ulteriori, pur se questi a loro volta conseguano *ope legis* (ovvero *ex contractu*) al dato materiale del pregiudizio subito dal danneggiato: il nesso che lega illecito e vantaggio deve, quindi, essere anche materialisticamente immediato e non tollera intermediazioni eziologiche di alcun genere. Un secondo orientamento, minoritario ma che di recente si sta sempre più affermando, ha invece sostenuto che l’indennizzo eventualmente già corrisposto al danneggiato può essere interamente scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento del danno (*compensatio lucri cum damno*), venendo altrimenti la vittima a godere di un ingiustificato arricchimento consistente nel porre a carico di un medesimo soggetto due diverse attribuzioni patrimoniali in relazione al medesimo fatto lesivo (Cass. civ., sez. III, 14 marzo 2013, n. 6573; id., sez. VI, 24 settembre 2014, n. 20111).

Alla base di tale conclusione è, tra l’altro, l’assunto che laddove il danno sia anche elemento costitutivo di una fattispecie, di fonte normativa o negoziale, costitutiva di una provvidenza a favore del danneggiato, non può essere negato che, alla luce dell’unitaria teoria della causalità accolta nel nostro ordinamento (artt. 40 e seguenti

c.p.), siffatta provvidenza sia un effetto giuridico “immediato e diretto” della condotta che quel danno ha provocato, giacché da esso deriva secondo un processo di lineare regolarità causale. Si è aggiunto (Cass. civ., sez. I, 16 maggio 2016, n. 9978) che l’eventuale somma percepita dal danneggiato a titolo indennitario esclude comunque *funditus* la sussistenza stessa, *in parte qua*, di un danno: un danno indennizzato, infatti, non è più, per la parte indennizzata, tale, almeno nell’orbita di un sistema di responsabilità civile come il nostro che, salvo spunti di carattere (ancora) settoriale, rifugge da intenti punitivi, sanzionatori o, comunque, *lato sensu* afflittivi per il danneggiante (appannaggio di altre branche dell’ordinamento) e si pone il solo scopo di rimediare, mediante la ricostituzione (in forma specifica o per equivalente monetario) del patrimonio del danneggiato, ad un’alterazione patrimoniale o patrimonialmente valutabile della di lui sfera giuridica occorsa *non jure e contra jus*. Del resto, il cumulo di benefici di carattere indennitario, da un lato, e del risarcimento del danno, dall’altro, determinerebbe una locupletazione del danneggiato (il cui patrimonio, dopo l’evento di danno, risulterebbe addirittura incrementato rispetto a prima), strutturalmente incompatibile con la richiamata natura meramente reintegratoria della responsabilità civile. In conclusione, la diversità di presupposti fra le varie provvidenze indennitarie previste dal contratto o dalla legge ed il risarcimento del danno da illecito civile (sia esso contrattuale od extracontrattuale) non giustifica quando affermato dall’orientamento tradizionale: l’oggettiva identità del pregiudizio, che ambedue gli istituti vanno a riparare, si sostiene, ne esclude la cumulabilità ed impone, di contro, di defalcare dalla somma dovuta a titolo di risarcimento l’eventuale importo riconosciuto al danneggiato in via indennitaria che, in quanto avvinto al fatto illecito da un nesso (di carattere normativo o negoziale) di regolarità causale, né è, agli effetti giuridici, conseguenza “immediata e diretta” nell’accezione che di essa dà il diritto vivente.

Ancora in tema di risarcimento danni, la sez. III, con ord. 24 novembre 2017, n. 5492, ha rimesso all’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: a) se la responsabilità precontrattuale sia o meno configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della Pubblica amministrazione; b) se, nel caso di risposta affermativa, la responsabilità precontrattuale debba riguardare esclusivamente il comportamento dell’Amministrazione anteriore al bando, che ha fatto sì che quest’ultimo venisse comunque pubblicato nonostante fosse conosciuto, o dovesse essere conosciuto, che non ve ne erano i presupposti indefettibili, ovvero debba estendersi a qualsiasi comportamento successivo all’emanazione del bando e attinente alla procedura di evidenza pubblica, che ne ponga nel nulla gli effetti o ne ritardi l’eliminazione o la conclusione. Ha chiarito la Sezione che sulla questione sussiste un contrasto fra le Sezioni, necessitante di un intervento nomofilattico dell’Adunanza plenaria.

Ha ricordato che alcune pronunce del Consiglio di Stato hanno cominciato a sostenere la sussistenza della responsabilità precontrattuale anche nella fase che precede la scelta del contraente, e quindi prima e a prescindere dall’aggiudicazione.

La giurisprudenza amministrativa successiva ha però affermato - con un orientamento che si è andato via via cristallizzando - che la responsabilità precontrattuale della

Pubblica amministrazione è connessa alla violazione delle regole di condotta tipiche della formazione del contratto e, quindi, non può che riguardare fatti svoltisi in tale fase; perciò la responsabilità precontrattuale non è configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della Pubblica amministrazione.

La Sezione ha ritenuto maggiormente condivisibile il secondo orientamento, seppure con alcune precisazioni.

Nessuna “trattativa” si realizza durante la fase pubblicistica dell’evidenza pubblica, essendo quest’ultima semplicemente una competizione intercorrente fra gli operatori economici sulla base di criteri preventivamente dettati dall’Amministrazione, finalizzata alla scelta del miglior offerente, unico soggetto ammesso a stipulare. E’ innegabile l’instaurazione di un “contatto sociale” tra l’aspirante appaltatore e l’Amministrazione procedente, ma esso è unicamente governato da regole di procedura che la legge e la *lex specialis* di gara impongono. Non da trattative.

Ha ancora chiarito la Sezione che durante tale fase pubblicistica, invero, l’unico atto che è dato rinvenire e sussumere nel concetto di “trattative” o di “formazione del contratto”, è l’iniziale proposta di contratto *in incertam personam*, veicolata attraverso il bando. Per essa vige una disciplina, affatto peculiare, che sul piano civilistico – giova rammentare - non dà rilievo alcuno alla buona fede dei destinatari, in assenza di concorrenti profili di illecità nel comportamento del proponente. La proposta di contratto *in incertam personam* può infatti essere revocata (art. 1336, comma 2, c.c.) senza soggiacere - proprio in ragione della indeterminatezza dei destinatari, e a differenza di quanto previsto per la proposta di contratto nei confronti di soggetti determinati (art. 1328 c.c.) - alla regola per la quale “se l’accettante ne ha intrapreso l’esecuzione (n.d.r. del contratto) prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto ad indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l’iniziata esecuzione del contratto”.

La proposta di contratto *in incertam personam* è, in altri termini, sempre revocabile purché la revoca sia stata fatta nella “stessa forma o in forma equipollente” (1336, comma 2, c.c.), senza che ciò possa dare luogo ad indennizzi.

La peculiarità riguarda l’intrapresa in buona fede dell’esecuzione del contratto nelle more della conclusione del contratto, ma non v’è dubbio che essa sia indice di una qualche differenziazione tra l’affidamento generatosi in capo all’aspirante contraente “individuato”, e quello eventualmente ingeneratosi in capo a colui che fa semplicemente parte della indeterminata platea degli interessati alla proposta. La giustificazione di ciò si rinviene, a ben vedere, nella circostanza che nell’offerta al pubblico - a differenza della proposta di contratto atto non recettizio - la collettività o la platea indeterminata di aspiranti contraenti non riveste una posizione equiparabile a quella dell’oblato.

Dunque, se non c’è malafede o colpa del proponente nel disporre la revoca, la sola buona fede dell’aspirante contraente non può giustificare alcuna forma di ristoro economico.

Ha ancora chiarito la Sezione che quanto detto riguarda l’indennizzo da attività “lecita” e non esaurisce, sfiorandolo appena, il tema dell’illecito aquiliano (in cui secondo la giurisprudenza maggioritaria è inquadrabile quello precontrattuale) delineato

dallo specifico disposto dell'art. 1337 c.c., ed in particolare, nell'ambito di esso, del tema della buona fede (non già del partecipante, ma) del proponente nello svolgimento delle "trattative" e nella "formazione del contratto".

La Sezione ha ritenuto in questo ambito assuma un rilievo assorbente la fase pubblicistica della competizione, elemento peculiare che mal si coniuga con i riferimenti di cui all'art. 1337 c.c. ("trattative" e "formazione del contratto"). Lo schema della proposta fatta dall'Amministrazione *ad incertam personam*, infatti, non contiene fasi della "formazione del contratto" ulteriori rispetto: a) alla pubblicazione dell'offerta e b) a quella ricompresa tra l'aggiudicazione e la stipula. La fase pubblicistica della competizione, indubbiamente caratterizzante l'attività contrattuale dell'Amministrazione, rimane estranea alla formazione del contratto, poiché essa è strumentale all'individuazione del soggetto che ne costituirà parte, ed in assenza del quale neanche è ipotizzabile discorrere di "formazione di un contratto".