

ATTIVITA' DEL CONSIGLIO DI STATO E DEL CGA 2016

(a cura del Cons. Giulia Ferrari)

Sommario

ATTIVITA' CONSULTIVA.....	7
1. La riforma Madia della Pubblica amministrazione.....	8
1.1. Decreto trasparenza.....	9
1.2. Decreto "Scia 1".....	10
1.3. Responsabilità disciplinare dei dipendenti.....	13
1.4. Decreto sulla Conferenza di servizi.....	14
1.5. Decreto sulla semplificazione e sull'accelerazione dei procedimenti amministrativi.....	15
1.6. Testo unico sulle società partecipate.....	17
1.7. Testo unico sui servizi pubblici locali.....	18
1.8. La nomina dei dirigenti sanitari.....	20
1.9. Autorità portuali.....	22
1.10. Razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato.....	23
1.11. Codice dell'Amministrazione digitale.....	26
1.12. Silenzio-assenso tra Pubbliche amministrazioni.....	27
1.13. Individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio attività (Scia), silenzio assenso e comunicazione e definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti.....	30
1.14. Istituzione del Comitato italiano Paralimpico (CIP).....	32
1.15. La dirigenza pubblica.....	33
1.16. Riordino delle funzioni e del finanziamento delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura.....	34
1.17. Riordino degli enti pubblici di ricerca.....	36
2. Il nuovo Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione.....	37
2.1. Il Codice dei contratti pubblici.....	37
2.2. Linee guida Anac concernenti il Rup, l'offerta economicamente più vantaggiosa e i servizi di architettura ed ingegneria.....	39
2.3. Linee guida Anac in materia di procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria.....	43
2.4. Linee guida Anac sui criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici.....	44
2.5. Regolamento Anac per il rilascio dei pareri precontenziosi.....	45

2.6. Decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sull'individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione.....	47
2.7. Linee guida del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sul Direttore dei lavori e sul Direttore dell'esecuzione.....	48
2.8. Linee guida Anac relative alle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara, nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili.....	48
2.9. Decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sui requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee.....	49
2.10. 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 di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice.....	50
2.11. Regolamento Anac in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici.....	51
3. Questioni di rilevante impatto sociale.....	54
3.1. Le unioni civili.....	54
3.2. Accesso al Fondo di solidarietà per i risparmiatori delle Banche Marche, Etruria e Lazio, Ferrara e Chieti.....	56
3.3. Criteri di nomina degli arbitri e modalità di funzionamento del collegio arbitrale per l'erogazione, da parte del Fondo di solidarietà, di prestazioni in favore degli investitori.....	57
3.4. Canone Rai di abbonamento alla televisione.....	58
4. Sanità.....	59
4.1. Regolamento recante le norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.....	59
4.2. Accesso gratuito ai farmaci per uso c.d. compassionevole.....	60
5. Istruzione.....	61
5.1. Fondo per le cattedre universitarie del merito Giulio Natta.....	61
5.2. Tirocini formativi presso il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana.....	63
5.3. Cancellazione automatica dall'albo della Regione Sicilia del personale docente dei corsi di formazione professionale per condanna penale.....	64
6. Elezioni.....	65
7. Aiuti di Stato.....	66
7.1. Regolamento sulle modalità di funzionamento del Registro nazionale per gli aiuti di Stato.....	66
8. Contratti e accordi.....	67
8.1. La regolarità contributiva nel nuovo Codice dei contratti.....	67
8.2. Concessione di aree e banchine comprese nell'ambito portuale.....	68
9. Pubblico impiego.....	70
9.1. Misurazione e valutazione della <i>performance</i> delle Pubbliche amministrazioni.....	70

9.2. Tetto massimo al trattamento economico e pensionistico dei dipendenti regionali.....	71
9.3. Tetto massimo al trattamento economico del Direttore generale dell’Agenzia regionale per l’ambiente.....	73
9.10. Paesaggio.....	74
11. Forme di risoluzione alternativa delle controversie.....	76
11.1. Costituzione delle camere arbitrali, di conciliazione e degli organismi di risoluzione alternativa delle controversie.....	76
12. Processo amministrativo.....	77
12.1. Regole tecniche del processo amministrativo telematico.....	77
12.2. Il reclutamento dei magistrati del Trga Bolzano.....	78
ATTIVITA’ GIURISDIZIONALE.....	80
1. Questioni di rilevante impatto sociale.....	81
1.1. Trascrizione dei matrimoni contratti tra persone dello stesso sesso.....	81
1.2. Divieto di patti di trasferimento patrimoniale.....	83
1.3. Determinazione dell’Indicatore della situazione economica equivalente (ISEE).....	85
2. Pubbliche amministrazioni e soggetti alle stesse equiparate.....	87
2.1. Società miste.....	87
3. Autorità amministrative indipendenti.....	88
3.1. Sanzioni per pratiche commerciali scorrette.....	88
3.2. Sanzioni amministrative pecuniarie.....	88
4. Enti locali.....	89
5. Elezioni.....	91
5.1. <i>Referendum</i> popolare confermativo della legge costituzionale recante, tra le altre, disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario e la riduzione del numero dei parlamentari.....	91
5.2. Elezione dei membri italiani al Parlamento UE.....	92
5.3. Autentica delle sottoscrizioni nelle competizioni elettorali amministrative.....	93
6. Accesso ai documenti.....	95
6.1. Istanza di accesso proposta da dipendenti di Poste italiane s.p.a. in relazione a documenti attinenti il rapporto di lavoro.....	95
6.2. Accesso agli atti della Banca d’Italia relativi all’attività degli enti creditizi in bilanciamento con il diritto di difesa e di azione del risparmiatore.....	96
6.3. Accesso agli atti della Consob.....	98
6.4. Accesso agli atti da parte dei giornalisti ai fini dell’esercizio del diritto di cronaca e di quello all’informazione ex art. 21 Cost.....	99
7. Pubblica sicurezza.....	100
7.1. Interdittiva antimafia.....	100
7.2. Porto d’armi.....	105
8. Sanità.....	109

8.1. Procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.....	109
9. Farmaci.....	110
9.1. Intesa tra case farmaceutiche.....	110
9.2. Medicinali <i>off-label</i>	111
10. Istruzione.....	113
10.1. Ambito di applicazione dell'art. 18 della legge Gelmini sulla disciplina delle incompatibilità a partecipare a concorsi universitari.....	113
10.2. Ammissione alle scuole di specializzazione in Medicina e Chirurgia.....	115
10.3. Piano Educativo Individualizzato e insegnamento di sostegno.....	115
11. Stranieri.....	116
11.1. Concessione della cittadinanza italiana.....	116
11.2. Contributo per il rilascio ed il rinnovo del permesso di soggiorno.....	116
12. Banche.....	118
12.1. Vigilanza della Banca d'Italia sulle banche.....	118
12.2. Perdita dei requisiti di onorabilità in materia bancaria e finanziaria.....	121
13. Borsa.....	122
14. Concessioni.....	124
15. Contratti e accordi.....	124
15.1. Requisiti di partecipazione alle gare pubbliche.....	124
15.2. Soccorso istruttorio.....	128
15.3. Avvalimento.....	130
15.4. Sostituzione dell'impresa mandataria a seguito di una informativa antimafia interdittiva.....	133
15.5. Offerte economica e tecnica.....	134
15.6. Appalti di fornitura e prova dell'equivalenza del prodotto.....	135
15.7. Cauzioni.....	136
15.8. Revoca dell'aggiudicazione di una gara pubblica.....	137
16. Ordinamento giudiziario.....	139
16.1 Magistratura amministrativa.....	139
16.2 Magistratura ordinaria.....	144
16.3 Magistratura contabile.....	145
17. Professioni e mestieri.....	146
17.1. Avvocati e elezione dei componenti dei consigli degli ordini circondariali forensi.....	146
17.2. Dottori commercialisti.....	148
17.3. Infermiere professionale.....	148
18. Militari.....	148
19. Ambiente.....	150

19.1. Silenzio assenso in materia di tutela ambientale e paesaggistica.....	150
19.2. Piano ambientale: l'Ilva di Taranto.....	151
19.3. Autorizzazione all'attività di ricerca ed estrazione al largo del Golfo di Gela e sulla terraferma..	152
20. Edilizia.....	153
20.1. Decadenza del permesso di costruire.....	153
20.2. Contributo di costruzione.....	153
20.3. Applicabilità delle sanzioni pecuniarie per tardivo pagamento dei contributi di costruzione anche in caso di tardiva escussione della garanzia fideiussoria.....	154
20.4. Individuazione delle aliquote del contributo di costruzione in mancanza delle determinazioni regionali di riferimento.....	156
20.5. Esenzione dal contributo di costruzione.....	157
20.6. Lottizzazione abusiva.....	159
21. Espropriazione.....	159
21.1. Potere sostitutivo del commissario <i>ad acta</i> nell'adottare il provvedimento <i>ex art. 42 bis</i> , d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327.....	159
21.2. Occupazione illegittima della P.A. nell'ambito di un procedimento espropriativo e giudicato in ordine all'acquisizione dell'area a titolo originario da parte della P.A.....	160
21.3. Indennità per acquisizione sanante.....	161
22. Responsabilità della Pubblica amministrazione.....	162
22.1. Responsabilità precontrattuale.....	162
22.2. Risarcimento del danno da ritardo.....	162
22.3. Danno da perdita della proprietà e da mancato godimento del bene immobile.....	164
22.4. Danno all'immagine per decadenza da una carica pubblica.....	167
23. Giurisdizione.....	168
23.1. Accordi di programma <i>ex art. 34</i> , t.u. n. 267 del 2000.....	168
23.2. Accertamento della regolarità del documento unico di regolarità contributiva (DURC).....	169
23.3. Utilizzo di un fondo patrimoniale per la vendita di ben.....	170
23.4. Formalizzazione del piano educativo individualizzato (PEI).....	171
24. Processo amministrativo.....	172
24.1. Instaurazione del rapporto processuale dinanzi al giudice amministrativo.....	172
24.2. Notifica del ricorso a mezzo di posta elettronica certificata.....	173
24.3. Sinteticità degli scritti difensivi.....	174
24.4. Sospensione feriale dei termini.....	176
24.5. Applicazione del rito abbreviato <i>ex artt. 119 e 120 c.p.a.</i> alle procedure di affidamento di servizi in concessione.....	177
24.6. Perenzione del giudizio.....	178
24.7. Appello.....	179

24.8. Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.....	181
24.9. Revocazione.....	182
24.10. Sopravvenienze opponibili in sede di esecuzione di giudicato formatosi su interessi procedimentali e giudicato contrastante con norma sopravvenuta dell'Unione europea.....	183

ATTIVITA' CONSULTIVA

SOMMARIO: 1. La riforma Madia della Pubblica amministrazione. 1.1. Decreto trasparenza. **1.2.** Decreto “Scia 1”. **1.3.** Responsabilità disciplinare dei dipendenti. **1.4.** Decreto sulla Conferenza di servizi. **1.5.** Decreto sulla semplificazione e sull’accelerazione dei procedimenti amministrativi. **1.6.** Testo unico sulle società partecipate. **1.7.** Testo unico sui servizi pubblici locali. **1.8.** La nomina dei dirigenti sanitari. **1.9.** Autorità portuali. **1.10.** Razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato. **1.11.** Codice dell’Amministrazione digitale. **1.12.** Silenzio-assenso tra Pubbliche amministrazioni. **1.13.** Individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio attività (Scia), silenzio assenso e comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti. **1.14.** Istituzione del Comitato italiano Paralimpico (CIP). **1.15.** La dirigenza pubblica. **1.16.** Riordino delle funzioni e del finanziamento delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura. **1.17.** Riordino degli enti pubblici di ricerca. **2. Il nuovo Codice dei contratti pubblici. 2.1.** Il Codice dei contratti pubblici. **2.2.** Linee guida Anac concernenti il Rup, l’offerta economicamente più vantaggiosa e i servizi di architettura ed ingegneria. **2.3.** Linee guida Anac in materia di procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria. **2.4.** Linee guida Anac sui criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell’Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici. **2.5.** Regolamento Anac per il rilascio dei pareri precontenziosi. **2.6.** Decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sull’individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione. **2.7.** Linee guida del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sul Direttore dei lavori e sul Direttore dell’esecuzione. **2.8.** Linee guida Anac relative alle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara, nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili. **2.9.** Decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sui requisiti che devono possedere gli operatori economici per l’affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee. **2.10.** 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 di cui all’art. 80, comma 5, lett. c), del Codice. **2.11.** Regolamento Anac in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici. **3. Questioni di rilevante impatto sociale. 3.1.** Le unioni civili. **3.2.** Accesso al fondo di solidarietà per i risparmiatori delle Banche Marche, Etruria e Lazio, Ferrara e Chieti. **3.3.** Criteri di nomina degli arbitri e modalità di funzionamento del collegio arbitrale per l’erogazione, da parte del Fondo di solidarietà, di prestazioni in favore degli investitori. **3.4.** Canone Rai di abbonamento alla televisione. **4. Sanità. 4.1.** Regolamento recante le norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. **4.2.** Accesso gratuito ai farmaci per uso cd. compassionevole. **5. Istruzione. 5.1.** Fondo per le cattedre universitarie del merito Giulio Natta. **5.2.** Tirocini formativi presso il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana. **5.3.** Cancellazione automatica dall’albo della Regione Sicilia del personale docente dei corsi di formazione professionale per condanna penale. **6. Elezioni. 7. Aiuti di Stato. 7.1.** Regolamento sulle modalità di funzionamento del Registro nazionale per gli aiuti di Stato. **8. Contratti e accordi. 8.1.** La regolarità contributiva nel nuovo Codice dei contratti. **8.2.** Concessione di aree e banchine comprese nell’ambito portuale. **9. Pubblico impiego. 9.1.**

Misurazione e valutazione della *performance* delle Pubbliche amministrazioni. **9.2.** Tetto massimo al trattamento economico e pensionistico dei dipendenti regionali. **9.3.** Tetto massimo al trattamento economico del Direttore generale dell’Agenzia regionale per l’ambiente. **10. Paesaggio.** **11. Forme di risoluzione alternativa delle controversie.** **11.1.** Costituzione delle camere arbitrali, di conciliazione e degli organismi di risoluzione alternativa delle controversie. **12. Processo amministrativo.** **12.1.** Regole tecniche del processo amministrativo telematico. **12.2.** Il reclutamento dei magistrati del Trga Bolzano.

1. La riforma Madia della Pubblica amministrazione.

La riforma della Pubblica amministrazione (c.d. riforma Madia), attuata con i decreti di recepimento della legge delega 7 agosto 2015, n. 124, ha coinvolto sul piano consultivo il Consiglio di Stato, che in tempi brevi ha reso i propri pareri sullo schema dei relativi decreti.

Nel primo parere, reso sulla riforma (24 febbraio 2016, n. 515), *id est* quello sul c.d. decreto trasparenza, la Sezione atti normativi del Consiglio di Stato, nell’evidenziare l’importanza del momento riformatore attuato dal Governo, ha chiarito che intende esercitare la propria funzione consultiva fornendo un contributo adeguato, non formale, allo scopo di ulteriormente migliorare, se possibile, la qualità dei testi normativi e, comunque, assicurare la piena attuabilità delle diverse disposizioni. Ha aggiunto che compito istituzionale del Consiglio di Stato è esprimere la funzione di garanzia neutrale che gli è propria, anche indicando, ove necessario, aspetti normativi da integrare o rafforzare o da rendere più propriamente in linea con le indicazioni e finalità della legge di delega.

Il Consiglio di Stato, prima di procedere all’esame dello schema di decreto sottoposto al suo vaglio, si è soffermato sulla duplice funzione che la Costituzione gli assegna, consultiva e giurisdizionale. Ha ribadito la natura comune delle due funzioni, poiché l’attività consultiva è anch’essa un’attività neutrale di garanzia svolta, come quella giurisdizionale, secondo canoni di assoluta indipendenza. Le due funzioni sono inoltre complementari: difatti, le funzioni consultive svolte ‘nell’interesse pubblico’ (e non ‘nell’interesse della Pubblica amministrazione’) perseguono, in via preventiva, il medesimo scopo di garanzia della legittimità dell’agire dell’Amministrazione che poi il giudice persegue *ex post*, su istanza del cittadino che si dichiara leso da provvedimenti o comportamenti illegittimi. Una funzione di prevenzione del contenzioso, quindi, che giova alla funzione giurisdizionale ed è ad essa strettamente connessa. Il Consiglio di Stato svolge queste funzioni quale organo dello Stato-ordinamento, e non dello Stato-apparato: lo conferma il fatto che, negli ultimi anni, esso è stato investito di rilevanti questioni non soltanto dal Governo, ma anche dal Parlamento, dalle Regioni e da varie Autorità indipendenti.

In tale contesto si colloca la funzione consultiva relativa all’attività normativa. Anche in questo caso, il parere ha un ruolo distinto sia da quello degli altri avvisi, ‘interni’ al procedimento di formazione della volontà normativa del Governo, sia dai pareri delle Camere parlamentari, che costituiscono il frutto di una valutazione di natura ontologicamente differente (non atti endoprocedimentali in senso tecnico ma, piuttosto, pareri in funzione ‘politica’, di indirizzo del Parlamento al Governo, in quanto tali estranei al procedimento amministrativo inteso come serie di atti funzionalmente collegati in vista del provvedimento finale).

Con precipuo riferimento all’importante riforma che il Governo si accinge ad attuare con i diversi decreti portati all’attenzione del Consiglio di Stato, quest’ultimo, soffermandosi sulla legge delega di riforma, ha segnalato l’importanza di una legge che consideri la riforma della Pubblica amministrazione un “tema unitario” (non l’ennesima riforma di singole parti dell’apparato pubblico, ma una riforma dei rapporti tra Stato e cittadino) e la necessità di una “visione nuova” della Pubblica amministrazione, che si occupi – con strumenti moderni e multidisciplinari – di crescita e

sviluppo, e non più solo di apparati e gestione, che sia informatizzata e trasparente, che consideri l'impatto 'concreto' degli interventi sul comportamento dei cittadini, sulle imprese, sull'economia. Il parere ha poi sottolineato che non basta una "buona legge" di riforma, avendo importanza cruciale una solida fase di implementazione, anche dopo l'approvazione dei decreti attuativi. Ha quindi suggerito la creazione di una 'cabina di regia' per l'attuazione 'pratica', che curi anche gli strumenti non normativi di intervento, quali la formazione dei dipendenti incaricati dell'attuazione, la comunicazione istituzionale a cittadini e imprese sui loro nuovi diritti, l'adeguata informatizzazione dei procedimenti, etc., nonché il coinvolgimento degli *stakeholders* sin dalla impostazione della fase attuativa (ciò anche con un nuovo metodo di svolgimento delle funzioni consultive del Consiglio di Stato, tramite audizioni, etc.).

1.1. Decreto trasparenza.

Con il parere 24 febbraio 2016, n. 515, reso sullo schema di decreto legislativo "trasparenza", adottato in attuazione dell'art. 7, l. n. 124 del 2015 (e poi recepito con il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97), la Sezione consultiva per gli atti normativi si è innanzitutto soffermata sul valore particolare della trasparenza.

Lo schema di decreto legislativo è finalizzato a rafforzare la trasparenza amministrativa. A questo fine, da un lato, il provvedimento normativo si propone di favorire forme diffuse di controllo da parte dei cittadini, anche adeguandosi a *standard* internazionali; dall'altro lato introduce misure che consentono più efficaci azioni di contrasto alle condotte illecite ed ai fenomeni corruttivi nelle Pubbliche amministrazioni. In particolare, lo schema di provvedimento normativo apporta alcune significative modifiche al d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, al fine di: ridefinire l'ambito di applicazione degli obblighi e delle misure in materia di trasparenza; prevedere misure organizzative per la pubblicazione di alcune informazioni e per la concentrazione e la riduzione degli oneri gravanti in capo alle Amministrazioni pubbliche; razionalizzare e precisare gli obblighi di pubblicazione; individuare i soggetti competenti all'irrogazione delle sanzioni per la violazione degli obblighi di trasparenza. Inoltre, ed è forse la parte più significativa della riforma, è introdotta una nuova forma di accesso civico libero ai dati e ai documenti pubblici, equivalente a quella che nei sistemi anglosassoni è definita *Freedom of information act (F.O.I.A.)*. Questa nuova forma di accesso prevede che chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, può accedere a tutti i dati e ai documenti detenuti dalle Pubbliche amministrazioni, nel rispetto di alcuni limiti tassativamente indicati dalla legge. Si tratta, dunque, di un regime di accesso più ampio di quello previsto dell'art. 5, d.lgs. n. 33 del 2013, in quanto consente di accedere non solo ai dati, alle informazioni e ai documenti, per i quali esistono specifici obblighi di pubblicazione (per i quali permane, comunque, l'obbligo dell'Amministrazione di pubblicare quanto richiesto, nel caso in cui non fosse già presente sul sito istituzionale), ma anche ai dati e ai documenti per i quali non esiste l'obbligo di pubblicazione e che l'Amministrazione deve quindi fornire al richiedente. Infine, questa nuova forma di accesso si distingue dalla disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi di cui agli artt. 22 ss., l. 7 agosto 1990, n. 241. Più precisamente, dal punto di vista soggettivo, la richiesta di accesso non richiede alcuna qualificazione e motivazione, per cui il richiedente non deve dimostrare di essere titolare di un "*interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*", così come stabilito, invece, per l'accesso ai sensi della legge sul procedimento amministrativo. Dal punto di vista oggettivo, al contrario, i limiti applicabili alla nuova forma di accesso civico (di cui al nuovo art. 5 *bis*, d.lgs. n. 33 del 2013) risultano più ampi e incisivi rispetto a quelli indicati dall'art. 24, l. n. 241 del 1990, consentendo alle Amministrazioni di impedire l'accesso nei casi in cui questo possa compromettere rilevanti interessi pubblici generali. Lo schema

di decreto legislativo interviene, inoltre, anche sulla l. 6 novembre 2012, n. 190, precisando, in particolare, i contenuti e i procedimenti di adozione del Piano nazionale anticorruzione e dei piani triennali per la prevenzione della corruzione, nonché a ridefinire i ruoli, i poteri e le responsabilità dei soggetti interni che intervengono nei relativi processi.

Il Consiglio di Stato ha sottolineato l'importanza della riforma proposta non solo perché interessa profondamente l'apparato pubblico 'nel suo complesso', ma anche perché guarda all'esterno di tale apparato e mira a incidere sul rapporto tra cittadino e Pubblica amministrazione, in una visione olistica che mette al centro il destinatario del servizio pubblico, e non l'apparato che fornisce il servizio medesimo. Caratteristica conseguente a tale visione è l'inclusione di materie che tradizionalmente erano state escluse o distinte dalle precedenti proposte di riforma. E' importante considerare, ad avviso della Sezione, come il sistema del diritto amministrativo non debba o possa esaurirsi nel c.d. "diritto autoritativo", a disciplina di poteri e funzioni delle Amministrazioni pubbliche, poiché esso si articola in schemi e ambiti di c.d. "diritto convenzionale" altrettanto necessari per disciplinare settori di evidente interesse per i cittadini (si pensi al tema delle società partecipate o delle camere di commercio). Il Consiglio di Stato ha altresì ricordato che la trasparenza è un valore democratico, che va anche oltre il suo indubbio rilievo a fini di anticorruzione, poiché si pone come il giusto punto di equilibrio tra le esigenze di garanzia e di efficienza, in attuazione del diritto fondamentale alla piena partecipazione del cittadino alla vita istituzionale di cui all'art. 2 Cost.; deve essere sempre perseguita – a parità di intensità – nel modo 'meno oneroso', evitando la costituzione di una 'burocrazia della trasparenza', che si sovrappone a quella ordinaria con effetti opposti a quelli desiderati e deve avere riguardo alle esigenze della *privacy*, anch'essa protetta dall'ordinamento.

Nel rendere il parere favorevole sullo schema di decreto il Consiglio di Stato ha chiesto al Governo qualche modifica, assicurando una più ampia *disclosure* a una serie di dati e di documenti, allo stato non espressamente previsti, in particolare quelli sulle spese sostenute dalle Amministrazioni pubbliche, sui tempi di pagamento da parte delle stesse e sulle risorse assegnate ai singoli uffici pubblici, etc., nonché evitando di imporre sempre di "indicare chiaramente" i dati richiesti, che talvolta possono non essere chiaramente noti al cittadino prima dell'accesso. Ha poi evidenziato come l'indicazione troppo generica dei casi di esclusione dall'accesso civico (ad es., le "questioni militari" o le "relazioni internazionali") porti ad una troppo ampia discrezionalità nel negare l'accesso civico, estendendo di fatto le eccezioni alla *full disclosure*.

Il parere ha altresì evidenziato la criticità del meccanismo del silenzio-rigetto, che si forma dopo 30 giorni dalla richiesta di accesso civico perché deresponsabilizza gli amministratori e ostacola – immotivatamente – la partecipazione alla vita pubblica. Ha quindi chiesto di inserire un obbligo di motivazione del rigetto, che possa essere poi valutato dal giudice in sede di eventuale contenzioso, analogamente a quanto già oggi previsto per l'accesso ai sensi della l. 7 agosto 1990, n. 241.

Il Consiglio di Stato ha infine sollecitato maggiori garanzie ai controinteressati titolari del diritto di *privacy*. La trasparenza non può, infatti, operare a scapito dei legittimi diritti di *privacy*. Ha quindi chiesto, tra l'altro, che i controinteressati alla richiesta di accesso civico (in quanto titolari di dati personali oggetto di tutela) possano avere 10 giorni 'effettivi' per controdedurre, sospendendo quindi il decorso del termine di 30 giorni per la risposta dell'Amministrazione.

1.2. Decreto "Scia 1".

Con il parere 30 marzo 2016, n. 839, reso sullo schema di decreto legislativo "Scia 1", adottato in attuazione dell'art. 5, l. n. 124 del 2015 (e poi recepito con d.lgs. 30 giugno 2016, n. 126), la Commissione speciale ha preso le mosse da una ricostruzione dell'istituto della Segnalazione Certificata di Inizio Attività, istituto interessato da una lunga e significativa evoluzione normativa,

iniziata con la regolamentazione della Dia (Dichiarazione – o, in altri casi, Denuncia – di Inizio Attività).

La Commissione ha affermato che, in coerenza con le novità introdotte dalla l. n. 124 del 2015, lo schema di decreto legislativo *in subiecta materia* ha confermato e rafforzato l'inquadramento della Scia come 'istituto non provvedimentale', che si inserisce in un quadro informato ai principi di liberalizzazione e di semplificazione, nonché ai principi di certezza dei rapporti giuridici e di tutela dell'affidamento legittimo. Lo scopo perseguito dal legislatore risulta almeno triplice: a) favorire le attività – specie economiche – dei privati mediante un generale rafforzamento degli istituti di liberalizzazione e semplificazione, con il correlato ridimensionamento sia della “regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva”, sia dei poteri inibitori e di autotutela delle Amministrazioni competenti, incidenti sulle iniziative già in atto e consolidate; b) assicurare, in ogni caso, maggiore certezza a livello interpretativo per il funzionamento degli istituti di semplificazione, anche nell'interesse delle Amministrazioni, mediante una migliore formulazione delle regole riguardanti la Scia, l'annullamento di ufficio e la sospensione; c) garantire, con adeguate prescrizioni attuative, un migliore funzionamento 'in concreto' dei meccanismi di Scia e del silenzio assenso (ad es., in relazione alle modalità di presentazione e dei contenuti standard degli atti di segnalazione).

Ha chiarito la Commissione speciale che, quanto al primo profilo, l'intervento legislativo risulta coerente con l'impostazione ermeneutica della giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato, secondo cui la Scia non è un mero modulo di semplificazione procedimentale, che consente al privato di conseguire, *per silentium*, un titolo abilitativo di matrice provvedimentale, ma rappresenta, come chiarito anche dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70, uno strumento di liberalizzazione imperniato sulla diretta abilitazione legale all'immediato esercizio di attività affrancate dal regime autorizzatorio. La principale caratteristica dell'istituto risiede, infatti, nella sostituzione dei tradizionali modelli provvedimentali autorizzatori 'a regime vincolato' con un nuovo schema, ispirato alla liberalizzazione delle attività economiche private, consentite 'direttamente dalla legge' in presenza dei presupposti normativamente stabiliti. L'attività dichiarata può, quindi, essere intrapresa senza il bisogno di un consenso 'a monte' dell'Amministrazione, poiché esso è surrogato dall'assunzione di auto-responsabilità del privato, insita nella segnalazione certificata, costituente a sua volta atto soggettivamente ed oggettivamente privato. Il dichiarante è, quindi, titolare di una situazione soggettiva originaria, che rinviene il suo fondamento diretto ed immediato nella legge, sempre che ricorrano i presupposti normativi per l'esercizio dell'attività e purché la mancanza di tali presupposti non venga stigmatizzata dall'Amministrazione con il potere inibitorio, repressivo o conformativo, da esercitare comunque nei termini di legge. Le attività interessate dalla segnalazione non sono, infatti, caratterizzate da una libertà incondizionata di iniziativa economica, ma sono pur sempre subordinate dalla legge al possesso di “*requisiti e presupposti*”, la cui sussistenza garantisce, di per sé, la tutela dell'interesse pubblico e l'armonizzazione della situazione soggettiva del denunciante con gli interessi potenzialmente confliggenti. Si liberalizza, infatti, lo strumento di legittimazione, non il rapporto sostanziale e l'ambito materiale su cui esso viene ad operare. Trattasi, in sostanza, di attività ancora sottoposte a un regime amministrativo, pur se con la significativa differenza che l'assenso preventivo a monte è sostituito dal mero possesso dei requisiti di legge, residuando all'Amministrazione soltanto il potere/dovere di una verifica *ex post* della loro sussistenza. A seguito della riforma del 2015 deve, quindi, considerarsi ormai definitivamente consolidata la ricostruzione più recente, che riconduce inequivocabilmente la Scia all'ambito delle 'attività libere', anche se 'conformate' dalle leggi amministrative, sottoposte (soltanto) alla successiva verifica della sussistenza dei requisiti di tale conformazione da parte delle autorità pubbliche.

La Commissione speciale ha quindi segnalato al Governo l'esigenza di ricercare soluzioni per riconoscere una effettiva tutela del terzo che, però, non vanifichino l'esigenza di certezza definitiva sottesa ai nuovi termini massimi dell'art. 21 *nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241 e che siano compatibili con il principio della liberalizzazione. Ciò potrebbe avvenire, ad esempio, innestando meccanismi tipici della tutela sul provvedimento (che si scandiscono con una tempistica ben definita, che conferisce certezze sia alle iniziative dei terzi che al titolare del provvedimento impugnato), in un contesto che resti coerente con la liberalizzazione delle attività in parola (e quindi con l'impossibilità di un rimedio annullatorio, anche avverso un silenzio significativo). In questo modo si potrebbe costruire, in ipotesi, una tutela speciale che faccia leva sul rimedio dell'azione di accertamento (nel caso di specie, accertamento da parte del giudice dell'assenza dei requisiti previsti dalla legge per l'esercizio di un'attività soggetta a Scia) e che dovrebbe essere comunque in grado di far consolidare, dopo un certo termine, l'attività 'libera', alla stregua di quanto già accade per le attività 'non libere', ma soggette a provvedimenti autorizzativi.

Il parere ha poi affermato che la l. n. 124 del 2015 ha introdotto un 'nuovo paradigma' nei rapporti tra cittadino e Pubblica amministrazione, prevedendo un limite massimo di 18 mesi all'intervento "in autotutela", dopo il quale si consolidano le situazioni dei privati. Secondo il Consiglio di Stato, il legislatore del 2015 ha fissato termini decadenziali di valenza nuova, non più volti a determinare l'inoppugnabilità degli atti nell'interesse dell'Amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, valorizzando il principio di affidamento.

Tale 'regola generale' si rinviene nel nuovo testo dell'art. 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990. Il 'nuovo paradigma' si applica anche alla Scia, ma in modo diverso atteso che per essa non può parlarsi di 'autotutela' in senso tecnico, poiché costituisce un provvedimento 'di secondo grado' impossibile per la Scia, dove il provvedimento iniziale manca del tutto.

Piuttosto il nuovo art. 21 *nonies* detta, per la Scia, la 'disciplina di riferimento' per l'esercizio del potere *ex post* dell'Amministrazione: un potere inibitorio, repressivo o conformativo, da esercitarsi solo motivando sulle ragioni di interesse pubblico e sugli interessi dei destinatari e dei controinteressati oltre che, ovviamente, entro un termine comunque non superiore a 18 mesi per adottare il provvedimento definitivo.

La Commissione speciale ha poi ritenuto molto rilevante la previsione di "moduli unificati e standardizzati" per la Scia, da pubblicare sui siti istituzionali delle Amministrazioni destinatarie delle segnalazioni, che ne indichino esaustivamente i contenuti tipici, ma anche tutta la documentazione da allegare. Se ne ricava, a livello interpretativo, un 'principio di concentrazione e di esaustività della modulistica', che impone che: a) i moduli siano effettivamente 'unificati' ed 'esaustivi', e non rinvino di fatto ad altri formulari presso altre Amministrazioni; b) si introduca un chiaro divieto di richiesta di documentazione ulteriore rispetto a quella indicata dai moduli unificati: tutta la documentazione necessaria deve essere indicata 'a monte' nel modulo unificato; eventuali richieste istruttorie potranno solo evidenziare la mancata corrispondenza degli allegati presentati con quelli previsti in quella sede, non chiedere ulteriori documenti non indicati *ex ante*.

Il parere ha infine espresso apprezzamento per la scelta di regolare la fattispecie, finora non normata, di attività soggette a Scia che, tuttavia, per il loro svolgimento, necessitano di "altre Scia, comunicazioni, attestazioni, asseverazioni e notifiche" (c.d. Scia 'plurima'). La disciplina si ispira correttamente alla "concentrazione dei regimi" applicando anche in questo caso il principio della cd. 'SCIA unica', che concentra in sé anche le SCIA presupposte.

Resta, invece, ancora non risolto il caso in cui la Scia abbia come presupposto non soltanto 'requisiti di fatto', bensì uno o più provvedimenti di autorizzazione. Il Consiglio di Stato ha configurato tre diverse opzioni, in parte anche cumulabili fra loro, che conducono a: a) escludere espressamente tali fattispecie dalla SCIA, concentrandosi solo sulla c.d. 'Scia pura'; b) considerare

anche i casi di ‘Scia non pura’ e imporre esplicitamente che la presentazione della Scia possa avvenire soltanto una volta acquisito l’atto autorizzativo presupposto, ‘a cura del privato’; c) prevedere che la presentazione della Scia attivi un meccanismo per l’ottenimento dell’autorizzazione ‘a cura dell’Amministrazione ricevente’, rinviando però l’avvio dell’attività al momento di tale ottenimento (trasformando di fatto, in questi casi, la ‘segnalazione di inizio di attività’ in una sorta di ‘richiesta di inizio di attività’, che potrebbe essere un modello complementare rispetto a quello della ‘Scia pura’).

Tutte e tre queste soluzioni richiedono comunque un intervento sul decreto oggetto di parere: la scelta fra esse (e la preferenza tra i rispettivi vantaggi e svantaggi) va lasciata alla potestà normativa del Governo, che deve tener conto delle esigenze pratiche dei destinatari della riforma.

1.3. Responsabilità disciplinare dei dipendenti.

Con il parere 5 aprile 2016, n. 864, reso sullo schema di decreto legislativo sulla responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti, adottato in attuazione dell’art. 17, l. n. 124 del 2015 (e poi recepito con d.lgs. 20 giugno 2016, n. 116), la Commissione speciale ha premesso di condividere la scelta del Governo che, nell’esercizio della delega in materia di responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti, ha ritenuto opportuno concentrare la propria attenzione sul fenomeno dell’assenteismo nei casi di falsa attestazione della presenza in servizio e novellare le disposizioni recate dal d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, introducendo un procedimento disciplinare accelerato con sanzioni più gravi applicabili anche a chi collabora all’azione fraudolenta o non esercita il dovuto controllo. Tale scelta è coerente con gli obiettivi di legalità perseguiti dalla stessa l. n. 124 del 2015 con specifiche deleghe sul tema della trasparenza e del contrasto alla corruzione.

Tuttavia, ad avviso della Commissione, per rafforzare l’efficacia dell’intervento normativo all’esame, è necessario che lo stesso sia accompagnato dall’utilizzo, quanto più ampio e frequente possibile, degli strumenti volti a migliorare la qualità della regolazione: l’analisi d’impatto della regolazione (AIR), la consultazione, la valutazione *ex post* dell’impatto regolatorio (VIR), con un convinto ricorso - quanto a quest’ultima - agli indicatori. In aggiunta ai suddetti elementi di analisi e valutazione, utili per apportare eventuali correttivi di carattere normativo, l’efficacia dell’intervento delegato può essere rafforzata dando ulteriore impulso alla attività di formazione del personale delle Pubbliche amministrazioni e con il ricorso alla comunicazione istituzionale, interna ed esterna, nelle forme previste dalla l. 7 giugno 2000, n. 150. E’ evidente, peraltro, che il rafforzamento della prevenzione, anche mediante strumenti tecnologici di rilevazione delle presenze, così come la formazione, la comunicazione e le verifiche sistematiche necessarie, comporteranno oneri per la finanza pubblica, per cui nelle sedi proprie si dovranno presentare progetti e indicare le relative coperture.

La Commissione, nel rendere parere favorevole sullo schema di decreto, ha peraltro osservato che è necessario introdurre specifici e chiari termini procedurali, in specie in tema di contestazione dell’addebito e di preavviso per la convocazione in contraddittorio, i quali devono essere non solo compatibili con il termine di conclusione del procedimento, ma anche idonei ad assicurare l’effettività del diritto di difesa, nonché con la specifica indicazione del *dies a quo* di decorrenza del termine di conclusione del procedimento; ha suggerito anche una riflessione, sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità, in ordine all’introduzione della sanzione disciplinare del licenziamento in capo ai dirigenti e ai responsabili di servizio per casi espressamente previsti dalla norma, che sostanzialmente equipara il dirigente, quanto al trattamento sanzionatorio, ad un soggetto che ha concorso nella commissione dell’illecito, mentre in realtà la condotta omissiva del dirigente, cui la norma si riferisce, è una condotta successiva e diversa rispetto all’illecito posto in essere dal dipendente.

La Commissione ha infine svolto alcune considerazioni in termini di eccesso di delega. Sotto questo profilo ha chiesto l'espunzione dal testo della disciplina concernente l'azione di responsabilità per danno d'immagine alla Pubblica amministrazione, in quanto posta al di fuori della delega conferita dall'art. 17, comma 1, lett. s), l. n. 124 del 2015. Tale disciplina appare, infatti, estranea alla materia della responsabilità disciplinare e al procedimento disciplinare, vertendosi in tema di responsabilità di diversa natura. Né è possibile indirettamente ricondurre l'istituto alla materia della responsabilità disciplinare mediante riferimento ad una ipotetica contestualità delle azioni nei confronti del pubblico dipendente, atteso che neppure questa sussiste. Ad avviso del Consiglio di Stato la formulazione della norma porta a ritenere che tale azione di responsabilità per danno d'immagine si svolge e si esaurisce successivamente alla conclusione della procedura di licenziamento. Va inoltre considerato che la stessa non concerne direttamente la disciplina del lavoro con la Pubblica amministrazione né i relativi profili di organizzazione amministrativa, attenendo piuttosto agli effetti che la violazione degli obblighi del lavoratore produce, in relazione alla tutela di interessi e beni che non riguardano direttamente il rapporto di lavoro.

E' poi evidenziata l'introduzione di una nuova ipotesi di omissione di atti d'ufficio *ex art. 328 cod. pen.*. E' stato infatti previsto che "l'omessa comunicazione all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari, l'omessa attivazione del procedimento disciplinare e l'omessa adozione del provvedimento di sospensione cautelare costituiscono, a carico dei dirigenti ovvero, negli enti privi di qualifica dirigenziale, a carico dei responsabili di servizio competenti, illecito disciplinare punibile con il licenziamento; tali comportamenti configurano il reato di omissione di atti di ufficio, punito dall'art. 328 del codice penale". Indubbia è la differenza rispetto all'art. 328 cod. pen. che, per la configurabilità del fatto di reato, prevede la preventiva formulazione di una richiesta, il mancato compimento dell'atto dell'ufficio e la mancata risposta per esporre le ragioni del ritardo. Trattasi, dunque, di introduzione di una nuova norma penale, in relazione alla quale non si riscontra il supporto di idonea delega legislativa. Ad avviso del Consiglio di Stato qualora il Governo, nel quadro di un inasprimento della responsabilità dei dirigenti ed al fine di dare forte impulso alla iniziativa di controllo e denuncia dei fenomeni di assenteismo, intenda introdurre una estensione dell'art. 328 cod. pen. ai comportamenti dirigenziali omissivi nei casi in esame, sarà necessario un intervento con norma primaria giacché la norma delegata, così come formulata, si presterebbe ad essere censurata con successo da eventuali incolpati per eccesso di delega, compromettendo così l'obiettivo finale di giusto rigore nei confronti degli assenteisti e di chi omette di denunciare i comportamenti. Il parere ha quindi concluso suggerendo di espungere dal testo le disposizioni che attengono all'azione di responsabilità per danno d'immagine e alla responsabilità penale dei dirigenti, senza con ciò porre alcuna preclusione a che le stesse previsioni siano riprese in considerazione per l'inserimento in un successivo idoneo provvedimento legislativo, anche in via urgente.

1.4. Decreto sulla Conferenza di servizi.

Con il parere 7 aprile 2016, n. 890, reso sullo schema di decreto legislativo sulla Conferenza di servizi, adottato in attuazione dell'art. 2, l. n. 124 del 2015 (e poi recepito con d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127), la Commissione speciale ha preliminarmente chiarito che la delega contenuta nel cit. art. 2 mira a riformare integralmente la Conferenza di servizi, il principale istituto di semplificazione in caso di procedimenti complessi, che richiedono una valutazione contestuale tra plurimi interessi, sia pubblici sia privati, in vista di un risultato finale unitario. La delega si fonda su alcuni principi innovativi, accanto ad altri confermativi della disciplina vigente, fra i quali: a) la riduzione delle ipotesi in cui la Conferenza di servizi è obbligatoria; b) la possibilità di limitare l'obbligo di presenziare alle riunioni della Conferenza ai soli casi di procedimenti complessi; c) la

partecipazione in conferenza di un rappresentante unico, anche per le Amministrazioni statali; d) l'espressa introduzione del potere di autotutela; e) le nuove modalità di superamento del dissenso, che assume ora la forma di un'opposizione dinanzi alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Ha poi ricordato che la Conferenza di servizi è l'istituto-cardine per autorizzare l'avvio di attività in cui sono coinvolti più interessi pubblici. Ed invero, se la Scia (anch'essa oggetto della "riforma Madia") si riferisce di regola all'avvio delle attività più semplici, in quanto 'libere' e non necessitanti di alcun provvedimento autorizzativo, neanche *per silentium*, la Conferenza di servizi si colloca dal lato opposto della scala delle complessità da gestire e si riferisce alle attività che richiedono provvedimenti di assenso, comunque denominati, più complessi, sia per la presenza di più ampia discrezionalità amministrativa (a fronte di funzioni totalmente vincolate per la Scia), sia per la più pregnante esigenza istruttoria sulle attività da autorizzare, sia per la presenza di molteplici Amministrazioni coinvolte, con interessi pubblici spesso in dialettica tra loro.

Il Consiglio di Stato ha reso parere favorevole sullo schema di decreto, rilevando peraltro l'opportunità di reintrodurre in modo espresso, nel nuovo testo, la possibilità per il privato di partecipare attivamente ai lavori della Conferenza, con pieno accesso ai relativi atti. Ha poi suggerito di operare un più adeguato raccordo fra la disciplina della Conferenza di servizi e la disciplina speciale in tema di valutazioni ambientali (VIA e VAS), in particolare estendendo le previsioni anche alle ipotesi di progetti sottoposti a VIA statale; ha poi ritenuto utile riproporre la regola secondo cui l'Amministrazione procedente può far eseguire l'attività istruttoria prodromica alle decisioni della Conferenza anche da altri organi della P.A. o da istituti universitari, ponendo i relativi oneri economici a esclusivo carico del privato richiedente che vi consenta.

La Commissione speciale si è detta favorevole all'innovazione più significativa, data dalla figura del rappresentante unico delle Amministrazioni statali; ha però sottolineato l'esigenza di: a) specificare chi dispone la nomina del rappresentante unico a livello periferico (per quello centrale è il Presidente del Consiglio); b) evitare che il rappresentante unico (nell'ambito di decisioni assunte a maggioranza) risulti sistematicamente in minoranza; c) chiarire meglio quanti sono i rappresentanti unici per gli enti, o i livelli, locali. Ha poi condiviso l'impostazione secondo cui l'Amministrazione pubblica, se rimasta inerte durante la Conferenza di servizi, non può poi sollecitare l'adozione del ritiro in autotutela della determinazione conclusiva; ha peraltro rilevato che occorrerebbe temperare tale soluzione nei casi in cui la richiesta di autotutela non si fondi su ragioni di opportunità, bensì di legittimità.

Sulla funzionalizzazione delle modalità di componimento del dissenso il Consiglio di Stato ha raccomandato al Governo di reintrodurre l'obbligo di un dissenso che sia espresso in sede di Conferenza di servizi, pertinente, motivato e costruttivo, e di valutare se sia funzionale risolvere sempre a livello centrale la procedura di componimento e se ciò corrisponda davvero ai principi di sussidiarietà e del 'minimo mezzo'.

1.5. Decreto sulla semplificazione e sull'accelerazione dei procedimenti amministrativi.

Con il parere 15 aprile 2016, n. 929, reso sullo schema di regolamento sulla semplificazione e sull'accelerazione dei procedimenti amministrativi, adottato in attuazione dell'art. 4, l. n. 124 del 2015 (e poi recepito con d.P.R. 12 settembre 2016, n. 194), la Commissione speciale ha preliminarmente chiarito che obiettivo della riforma è semplificare e accelerare la realizzazione di interventi rilevanti per il sistema Paese secondo un meccanismo (di c.d. *fast track procedure*) il quale: a) individui, con cadenza annuale, i procedimenti amministrativi per i quali vi sia l'interesse pubblico ad una accelerazione dell'*iter* (nell'ambito di categorie procedimentali definite *ex ante*); b) riduca, se del caso, i termini per la loro realizzazione fino alla metà; c) ricorra, ove necessario, a poteri di sostituzione delle Amministrazioni inadempienti.

Ha poi ricordato che, quello in esame, non è il primo intervento in materia, ma ciò che lo caratterizza e lo differenzia dalle iniziative precedenti è: a) la sua portata generale *ex ante*, riguardando esso tutti i procedimenti relativi “a rilevanti insediamenti produttivi, a opere di interesse generale o all’avvio di attività imprenditoriali”; b) la sua flessibilità *ex post*, dovendo trovare applicazione solo nei confronti degli specifici procedimenti, rientranti nelle tipologie elencate *ex ante*, per i quali si ravvisi in concreto un interesse pubblico alla loro accelerazione; c) la posizione centrale attribuita al Presidente del Consiglio dei ministri nelle determinazioni acceleratorie, ivi compreso il potere sostitutivo in caso di inerzia degli organi ordinariamente preposti ai procedimenti.

Con particolare riferimento a tale ultimo aspetto la Commissione speciale ha affermato che la scelta di affidare all’Autorità politica di vertice la sostituzione dell’Amministrazione inadempiente potrebbe, in astratto, destare perplessità ove ci si ponga solo in un’ottica storico-sistematica, ma in realtà essa si pone in linea con l’assetto costituzionale delle competenze. Sebbene con il presente regolamento si preveda un ruolo di tipo amministrativo-gestionale in capo al Presidente del Consiglio dei ministri, indubbiamente di profilo inferiore rispetto alle competenze di indirizzo politico e di alta amministrazione disegnate nell’art. 5, l. 23 agosto 1988, n. 400, ciò non appare in contrasto con le sue competenze istituzionali, quali si desumono dal disegno costituzionale. Invero, l’art. 95 Cost. attribuisce a quest’organo di vertice anche la funzione di mantenere l’unità di indirizzo amministrativo, promuovendo e coordinando l’azione dei Ministri: il potere sostitutivo appare in tale prospettiva uno strumento di promozione e coordinamento, coerente con quello previsto per l’altro meccanismo di semplificazione dei procedimenti complessi: la conferenza di servizi.

La Commissione speciale, nel rendere parere favorevole, ha peraltro fatto alcune osservazioni. Ha preliminarmente chiarito che è rimasta in parte inattuata la delega di cui al principio contenuto nell’art. 4, lett. a), l. n. 124 del 2015 (“individuazione dei tipi di procedimento amministrativo, relativi a rilevanti insediamenti produttivi, a opere di interesse generale o all’avvio di attività imprenditoriali”). In proposito, è stato evidenziato come una puntuale elencazione delle fattispecie sarebbe elemento importante della riforma: essa potrà comunque essere disposta in un secondo tempo, con una successiva tabella ricognitiva che integri il regolamento. Una simile integrazione successiva non appare in contrasto con la tempistica indicata nella fonte primaria, atteso che il termine ivi previsto per l’emanazione del regolamento (180 giorni) ha carattere ordinatorio, e non perentorio, a differenza di quanto accade nel meccanismo della delega.

Quanto alla norma che disciplina ed individua le ipotesi in cui l’intervento da accelerare, pur coinvolgendo interessi di Regioni o enti locali, non è però oggetto di “un preminente interesse nazionale”, l’analisi svolta nel parere ne evidenzia alcune criticità generali, in quanto la disposizione tocca il delicato tema dei rapporti tra Stato, Regioni ed autonomie locali, interferendo anche con la relativa disciplina costituzionale. Il parere ha quindi svolto una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia, all’esito della quale è censurata la previsione regolamentare che eccettua, dal meccanismo dell’intesa, l’ipotesi in cui l’intervento, pur coinvolgendo competenze amministrative regionali o locali, tocchi preminenti interessi nazionali.

Il parere si chiude con un’indicazione di ordine generale, concernente l’opportunità che la semplificazione burocratica e procedimentale sia accompagnata da una semplificazione del quadro normativo, che passa anche attraverso la raccolta ordinata delle discipline. In questa prospettiva è evidenziata la necessità di evitare il proliferare di regolamenti singoli, valorizzando l’impiego dello strumento del testo unico compilativo a legislazione invariata, che è già oggi consentito dalla l. n. 400 del 1988 e, in particolare, dall’art. 17 *bis*, per la legislazione primaria, e dall’art. 17 comma 4 *ter* per le fonti regolamentari.

Il suddetto parere, dopo aver evidenziato come il modello di testo unico compilativo sia un importante strumento di qualità della regolamentazione (c.d. *better regulation*), si chiude con la raccomandazione al Governo di considerare la possibilità che il proposto regolamento venga ad essere raccolto in un testo unico insieme agli altri regolamenti di attuazione della l. n. 241 del 1990 e/o di semplificazione e accelerazione dell'*iter* dei procedimenti amministrativi.

1.6. Testo unico sulle società partecipate.

Con il parere 21 aprile 2016, n. 968, reso sullo schema di testo unico sulle società partecipate, adottato in attuazione dell'art. 18, l. n. 124 del 2015 (e poi recepito con il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175), la Commissione speciale ha preliminarmente chiarito che la finalità dell'intervento legislativo di riforma del sistema delle società a partecipazione pubblica è stata quella di semplificare e razionalizzare le regole vigenti in materia, con il riordino delle disposizioni nazionali e la creazione di una disciplina generale organica. Il riordino normativo proposto, mediante la previsione di condizioni e limiti per la costituzione, acquisizione o mantenimento delle partecipazioni pubbliche e di un meccanismo di revisione straordinaria delle stesse (secondo determinati criteri), dovrebbe avere come conseguenza l'eliminazione delle società prive di dipendenti o con numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti, che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali e che presentino un valore della produzione nullo o poco rilevante. L'impatto, a distanza del processo di riduzione del numero e di incremento dell'efficienza delle società partecipate, costituirà il miglioramento dei servizi erogati a cittadini e imprese che, nella maggioranza dei casi, rappresentano gli utenti finali delle attività poste in essere dalle società pubbliche.

La Commissione speciale ha peraltro precisato che, trattandosi di un decreto legislativo che contiene diversi interventi di semplificazione e di innovazione, il grado di raggiungimento degli obiettivi è legato alle soluzioni attuative delle previsioni e alla loro realizzazione pratica o implementazione. Al riguardo il decreto prevede un meccanismo di verifica e monitoraggio periodico dell'assetto complessivo delle società in cui le Amministrazioni pubbliche detengono partecipazioni dirette o indirette, anche mediante la predisposizione di un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, da adottare ove, in sede di verifica e monitoraggio, le stesse Amministrazioni rilevino partecipazioni societarie che non rientrino in alcuna delle categorie previste dal decreto in esame.

Dopo ampia ed approfondita ricostruzione del contesto europeo e costituzionale in cui si colloca l'intervento di riforma, al fine di proporre modifiche al testo conformi ai principi di concorrenza e alle regole che presidono al riparto delle funzioni legislative tra Stato e Regioni, la Commissione speciale ha ricordato che dottrina e giurisprudenza hanno tentato di distinguere società che si collocano in una prospettiva di regolazione prevalentemente privatistica e società che si collocano in una prospettiva di regolazione prevalentemente pubblicistica. In entrambi i casi sono comunque configurabili differenziazioni connesse alla misura e natura della partecipazione pubblica. Si possono distinguere, infatti, da un lato, società a partecipazione pubblica totalitaria o mista (maggioritaria o minoritaria); dall'altro lato società con partecipazioni di Amministrazioni statali, regionali, locali e di altri enti pubblici, con possibilità di concorrenza tra queste diverse forme partecipative.

Lo schema di decreto ha previsto, quale regola generale, l'applicazione delle norme del codice civile e delle "leggi speciali", ove non derogate dal decreto stesso. Il Consiglio di Stato ha segnalato l'opportunità di sostituire l'espressione "leggi speciali", che potrebbe comportare dubbi in fase applicativa con l'introduzione di nuove deroghe disorganiche con leggi di settore, con "norme

generali di diritto privato” e “norme generali di diritto amministrativo”, quale la l. 7 agosto 1990, n. 241 e il Codice dei contratti pubblici.

Quanto alla disciplina applicabile alle società partecipate, la Commissione speciale ha rilevato che il principio affermato nello schema di testo unico è assegnare all'intervento di regolazione una valenza prettamente privatistica, con applicazione generale delle disposizioni contenute nel codice civile, salvo “deroghe” di rilevanza privata o pubblica poste dal decreto stesso.

Nello schema di decreto sono contemplate le seguenti forme di esclusione: a) la prima, attuata mediante rinvio a disposizioni di legge o regolamento; b) la seconda mediante l'adozione di un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri; c) la terza mediante l'elencazione delle singole società pubbliche sottratte al rispetto dell'art. 4 del testo unico. Il Consiglio di Stato, in relazione alla prima forma di esclusione legislativa, ha posto in rilievo che sarebbe necessario: a) limitare la deroga soltanto alle disposizioni contenute in “leggi”, e non anche in fonti di rango inferiore; b) chiarire quale sia la disciplina ad esse applicabile; c) effettuare una ricognizione puntuale di tali società, almeno di quelle a partecipazione pubblica statale e della relativa parte di disciplina; d) indicare un termine massimo di durata di tale regime derogatorio. In relazione alla seconda forma di esclusione il Consiglio di Stato ha sostenuto la necessità di una precisa individuazione dei criteri, da inserire nel decreto, che devono guidare l'esercizio del potere del Presidente del Consiglio dei ministri, ritenendo, comunque, non possibile l'esclusione totale dall'applicazione dello schema di decreto.

Nel parere si afferma che utili indici sintomatici dell'idoneità delle società a partecipazione pubblica ad essere escluse, in parte, dall'applicazione del decreto potrebbero essere, tra gli altri, la virtuosità finanziaria, lo svolgimento di attività d'impresa per il perseguimento di rilevanti interessi pubblici, l'aver conseguito affidamenti in base a procedure competitive.

In relazione alla terza forma di esclusione, il Consiglio di Stato ha ritenuto necessario chiarire quali siano le ragioni che hanno condotto all'individuazione di alcune società, specificamente indicate, precisando che per esse deve comunque operare il “vincolo di scopo”.

La Commissione speciale ha poi rilevato, su un piano sistematico e generale, che la mancanza di una più precisa indicazione dei modelli societari non è coerente con i criteri della legge delega e rischi di non consentire il raggiungimento delle finalità di semplificazione del quadro complessivo di disciplina. Nel parere è stato sottolineato che, nell'ambito di un primo modello generale dovrebbe essere introdotta una distinzione più netta tra “società a controllo pubblico”, “società a partecipazione pubblica” e “società quotate”, con deroghe al codice civile che assumono connotati di intensità gradualmente più ridotta. Nell'ambito di un secondo modello generale, di ispirazione maggiormente pubblicistica, dovrebbero confluire le “società strumentali” e le “società *in house*”, con deroghe al codice civile che assumono connotati di intensità maggiore.

Nel parere è stata altresì ravvisata l'opportunità di precisare l'ambito in cui l'attribuzione alle società a controllo pubblico di un “diritto speciale o esclusivo” può far sorgere un dovere di attuazione del principio di separazione tra attività che godono di particolari privilegi e altre attività, al fine di limitare tale ambito soltanto alle fattispecie in cui il riconoscimento di tali diritti si risolve in un effettivo possibile vantaggio competitivo.

La Commissione speciale ha altresì sollevato dubbi: a) sulla previsione di una disciplina di dettaglio in ordine alle modalità organizzative interne delle società a partecipazione pubblica regionale, che potrebbe sollevare un problema di compatibilità costituzionale con le regole di riparto delle competenze, che assegnano alla funzione legislativa delle Regioni la competenza in materia di organizzazione amministrativa riferita agli apparati delle Regioni; b) sulla conformità al principio costituzionale di ragionevolezza della norma, che vieta a tutti i dipendenti pubblici di essere amministratori delle società in controllo pubblico, suggerendo di limitare il divieto soltanto ai

“dipendenti delle Amministrazioni titolari delle partecipazioni pubbliche”; c) per la mancanza di un sistema di controllo e monitoraggio in grado di assicurare una fase efficace di attuazione delle norme contenute nello schema di decreto. In particolare, la formulazione proposta non individua una struttura competente preposta specificamente allo svolgimento di questa importante attività né indica poteri vincolanti che si dimostrino appropriati e forti rispetto alle finalità perseguite dalla riforma.

1.7. Testo unico sui servizi pubblici locali.

Con il parere 3 maggio 2016, n. 1075, reso sullo schema di testo unico sui servizi pubblici locali, adottato in attuazione degli artt. 16 e 19, l. n. 124 del 2015, la Commissione speciale ha preliminarmente ricordato l’obiettivo perseguito con la riforma dal legislatore delegato di introdurre un testo ispirato al principio di semplificazione, che persegua il fine di promuovere il ruolo dei Comuni e delle Città metropolitane nell’individuazione dei servizi economici di interesse generale, necessari per il soddisfacimento dei bisogni della collettività, mediante strumenti che promuovano la concorrenza nel rispetto del perseguimento dell’interesse pubblico.

Ha chiarito il Consiglio di Stato che la delega si fonda su alcuni principi innovativi (accanto ad altri confermativi della disciplina vigente), fra i quali: a) la soppressione, previa ricognizione, dei regimi di esclusiva, comunque denominati, non conformi ai principi generali in materia di concorrenza e, comunque, non indispensabili per assicurare la qualità e l’efficienza del servizio; b) l’individuazione della disciplina generale in materia di regolazione e organizzazione dei servizi di interesse economico generale di ambito locale in base ai principi di adeguatezza, sussidiarietà e proporzionalità e in conformità alle direttive europee; con particolare riferimento alle società in partecipazione pubblica operanti nei servizi idrici, risoluzione delle antinomie normative in base ai principi del diritto dell’Unione europea, tenendo conto dell’esito del *referendum* abrogativo del 12 e 13 giugno 2011; c) la definizione dei criteri per l’organizzazione territoriale ottimale dei servizi; d) la definizione delle modalità di tutela degli utenti dei servizi pubblici locali; e) la previsione di adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale per gli utenti dei servizi.

La Commissione speciale ha chiarito che il cuore della riforma può essere individuato nel fatto che il legislatore prevede, come regola generale, che gli enti locali devono affidare la gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica ad imprenditori o società, in qualunque forma costituite, individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica. A giudizio del Consiglio di Stato, il testo in esame appare rispettoso del dettato costituzionale nella parte in cui prevede la valutazione discrezionale degli enti locali nella scelta delle modalità di gestione del servizio. Esso, inoltre, si muove in coerenza con l’ordinamento europeo, assicurando un livello di tutela della concorrenza anche più elevato della media degli altri Stati membri.

Il Consiglio di Stato ha inoltre sottolineato l’importanza della scelta legislativa di prevedere l’inserimento (a cura dell’ente affidante) dello schema di contratto nella documentazione di gara sin dalla fase dell’indizione della procedura di evidenza pubblica, a garanzia dei principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, onde fissare *ex ante* in modo vincolante gli elementi e le condizioni essenziali del contratto da stipulare con il soggetto affidatario all’esito della procedura di evidenza pubblica. Al contempo, il parere ha suggerito alcuni correttivi per implementare la tutela dell’utenza.

Ancora, in relazione alle norme in tema di trasporto pubblico locale, è stato rilevato che tali disposizioni, in quanto specificamente concentrate su un singolo settore, determinano uno squilibrio sistematico nel testo unico e sembrano porsi in contrasto con i principi e i criteri direttivi generali della legge di delega (art. 16, comma 2, lett. a, b, c e d); le stesse appaiono dunque, nel loro complesso, incompatibili con la finalità di procedere al riordino sistematico della disciplina della

materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica; pertanto, se ne raccomanda l'espunzione dal decreto legislativo.

Infine, con riferimento alle tariffe dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, il parere raccomanda di utilizzare, per le modalità di aggiornamento tariffario, esclusivamente il metodo del c.d. *price-cap*, rilevando che la previsione dell'applicazione della metodologia alternativa di aggiornamento delle tariffe, mediante l'individuazione di un prezzo massimo che tenga conto dei costi *standard* del servizio (compresi quelli derivanti da eventi eccezionali), di una congrua remunerazione del capitale investito e degli obiettivi di qualità del servizio, a discrezionalità dell'ente gestore, contrasti con la finalità di perseguire i recuperi di efficienza che consentano la riduzione dei costi a carico della collettività.

1.8. La nomina dei dirigenti sanitari.

Con il parere 5 maggio 2016, n. 1113, reso sullo schema di decreto legislativo relativo al conferimento degli incarichi di direttore generale, di direttore amministrativo e di direttore sanitario nonché, ove previsto dalla legislazione regionale, di direttore dei servizi socio-sanitari, delle aziende e degli enti del Servizio Sanitario Nazionale, adottato in attuazione dell'art. 11, comma 1, lett. p), l. n. 124 del 2015 (e poi recepito con d.lgs. 4 agosto 2016, n. 171), la Commissione speciale ha preliminarmente ricordato che la disciplina della dirigenza pubblica in materia sanitaria costituisce un modello derogatorio, rispetto alle generali previsioni dettate dal d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che pure contiene, nell'art. 26, "norme generali per la dirigenza del Servizio Sanitario Nazionale".

La ragione di questa specialità risiede anzitutto, anche se non solo, nella considerazione che i dirigenti e, più in generale, gli operatori sanitari agiscono nel terreno estremamente sensibile dei diritti sociali costituzionalmente garantiti, che richiedono inderogabilmente azioni positive da parte dei poteri pubblici per la loro effettiva soddisfazione, in favore di un'utenza che, per il principio di universalità del Servizio sanitario nazionale, nemmeno coincide con i soli possessori dello *status* di cittadini. L'esigenza di garantire un'azione amministrativa, efficace ed efficiente, anzitutto per salvaguardare i livelli essenziali di assistenza sanitaria, deve misurarsi però con l'esigenza di contenere il disavanzo della spesa pubblica e raggiungere l'equilibrio economico delle singole aziende, sempre più forte e avvertita dal legislatore proprio per le gravi inefficienze registratesi nel Servizio sanitario nazionale, sicché al dirigente sanitario sono richieste elevate capacità manageriali, che contemperino l'esigenza di garantire fondamentali obiettivi, per la soddisfazione di esigenze primarie e costituzionalmente garantite quanto meno nel loro nucleo irriducibile, con l'altrettanto fondamentale esigenza di assicurare il rispetto dei vincoli di bilancio, a livello nazionale ed europeo, e di contenere la spesa pubblica. Le molteplici e difficili funzioni, che competono al dirigente sanitario e, in particolar modo, al direttore generale dell'Azienda sanitaria, non costituiscono solo obbligazioni di risultato, dovendo esse garantire il raggiungimento degli obiettivi primari stabiliti dal Piano sanitario (nazionale, regionale ed aziendale), ma anche obbligazioni di mezzi, poiché il perseguimento di tali finalità deve essere attuato con una sapiente gestione delle risorse e un'efficiente organizzazione dell'apparato amministrativo.

In questo quadro la legge delega ha introdotto ed enunciato alcuni principi fondamentali, ai sensi dell'art. 117 Cost., tra i quali: a) la selezione unica per titoli, previo avviso pubblico, dei direttori generali in possesso di specifici titoli formativi e professionali e di comprovata esperienza dirigenziale, effettuata da parte di una Commissione nazionale, composta pariteticamente da rappresentanti dello Stato e delle Regioni, per l'inserimento in un elenco nazionale degli idonei istituito presso il Ministero della salute, aggiornato con cadenza biennale, da cui le Regioni e le Province autonome devono attingere per il conferimento dei relativi incarichi da effettuare

nell'ambito di una rosa di candidati costituita da coloro che, iscritti nell'elenco nazionale, manifestano l'interesse all'incarico da ricoprire, previo avviso della singola Regione o Provincia autonoma che procede secondo le modalità dell'art. 3 *bis*, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502; b) il sistema di verifica e di valutazione dell'attività dei direttori generali, che tenga conto del raggiungimento degli obiettivi sanitari e dell'equilibrio economico dell'azienda, anche in relazione alla garanzia dei livelli essenziali di assistenza e dei risultati del programma nazionale valutazione esiti dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali; c) la decadenza dall'incarico e la possibilità di reinserimento soltanto all'esito di una nuova selezione nel caso di mancato raggiungimento degli obiettivi, accertato decorsi ventiquattro mesi dalla nomina, o nel caso di gravi o comprovati motivi, o di grave disavanzo o di manifesta violazione di leggi o regolamenti o del principio di buon andamento e imparzialità; d) la selezione per titoli e colloquio, previo avviso pubblico, dei direttori amministrativi e dei direttori sanitari, nonché, ove previsti dalla legislazione regionale, dei direttori dei servizi socio-sanitari, in possesso di specifici titoli professionali, scientifici e di carriera, effettuata da parte di Commissioni regionali composte da esperti di qualificate istituzioni scientifiche, per l'inserimento in appositi elenchi regionali degli idonei, aggiornati con cadenza biennale, da cui i direttori generali devono obbligatoriamente attingere per le relative nomine; e) la decadenza dall'incarico nel caso di manifesta violazione di leggi o regolamenti o del principio di buon andamento e imparzialità; f) la definizione delle modalità per l'applicazione delle norme adottate in attuazione della presente lettera alle aziende ospedaliero-universitarie.

Ciò chiarito, la Commissione speciale ha ricordato che il processo di regionalizzazione e di aziendalizzazione del Servizio sanitario, avviato decisamente con le riforme dei d.lgs. nn. 502 del 1992 e 517 del 1993, ha cercato di ovviare alle diffuse inefficienze che si erano registrate nella precedente organizzazione del Servizio sanitario nazionale, dotando le aziende sanitarie, persone giuridiche pubbliche, di una marcata autonomia imprenditoriale.

La legge di riforma, proseguendo sulla strada dell'efficienza e della trasparenza intrapresa dal d.lgs. n. 502 del 1992, cerca di valorizzare e di presidiare, con ancor maggiore incisività, l'autonomia gestionale e l'imparzialità decisionale del direttore generale, organo di vertice dell'organizzazione aziendale, evitando che la sua nomina, come anche la sua revoca, sia ispirata a ragioni di convenienza politica e non, invece, a criteri meritocratici. Si è così valorizzata e accentuata la decisa separazione tra politica e Amministrazione pubblica nella gestione del Servizio sanitario, essendo stata, negli ultimi anni, la commistione tra le due sfere la causa più rilevante delle inefficienze in questo settore.

Il parere, pur evidenziando l'importanza degli obiettivi perseguiti dallo schema di decreto legislativo, ha tuttavia rilevato la disorganicità della disciplina in materia, affidata ancora, in parte, alle previsioni del d.lgs. n. 502 del 1992 e, in parte, al nuovo decreto legislativo, segnalando al Governo l'opportunità, per il futuro, di valorizzare lo strumento dell'art. 17 *bis*, l. n. 400 del 1988 e, cioè, del testo unico compilativo.

Il Consiglio di Stato ha quindi evidenziato le caratteristiche salienti e più innovative dello schema di decreto legislativo: a) la nomina del direttore generale dell'Azienda sanitaria articolata secondo un procedimento bifasico, che vede in una prima fase la formazione di elenco nazionale di idonei da parte di una Commissione apposita, all'esito di una selezione che richiede rigorosi requisiti di ammissione e l'assegnazione di un punteggio da 75 a 100 e, in una seconda fase, una procedura selettiva non concorsuale su base regionale, alla quale possono concorrere solo soggetti iscritti nell'elenco nazionale, a conclusione della quale la Commissione propone al Presidente della Giunta Regionale una terna di nomi, il tutto secondo criteri meritocratici e procedure ispirate alla massima trasparenza, pur nella riaffermata natura fiduciaria e ampiamente discrezionale della nomina, quale

atto di alta amministrazione, da parte della Regione; b) l'organizzazione, su base regionale (o eventualmente anche interregionale, avvalendosi dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali – Agenas – e in collaborazione con le Università o soggetti pubblici e privati), del corso di formazione in materia di sanità pubblica e organizzazione e gestione sanitaria per la costituzione di un *management* sanitario dotato di alte capacità imprenditoriali e tendenzialmente indipendente, proprio per il suo elevato bagaglio tecnico di professionalità, da influenze politiche; c) l'accentuata procedimentalizzazione della nomina, conferma e revoca dei direttori generali, con previsione del contraddittorio procedimentale e rafforzamento di obblighi motivazionali per i provvedimenti di revoca dall'incarico; d) la maggiore responsabilizzazione gestionale del direttore generale anche in ordine al rispetto degli obblighi di trasparenza e all'equilibrio economico dell'azienda, con particolare riferimento ai dati di bilancio sulle spese e ai costi del personale e al rispetto dell'appropriatezza prescrittiva di cui all'art. 9-*quater*, comma 6, d.l. 19 giugno 2015, n. 78; e) la nomina dei direttori sanitari e amministrativi, da parte del direttore generale, tra i soggetti idonei contenuti nell'elenco formato da apposita Commissione regionale, con limitazione di un potere tendenzialmente illimitato e di natura fiduciaria, originariamente previsto dall'art. 3, comma 1 *quinquies*, d.lgs. n. 502 del 1992.

Il Consiglio di Stato, dopo aver tutto ciò preliminarmente chiarito, ha evidenziato gli aspetti particolarmente positivi della nuova disciplina, quali: a) la trasparenza delle nuove procedure selettive dei futuri dirigenti sanitari secondo un modello bifasico, articolato nella formazione dell'elenco nazionale, che assicura imparzialità e omogeneità di valutazione, e nella procedure di scelta a livello locale; b) la formazione degli elenchi regionali per la nomina delle altre figure dirigenziali; c) i criteri meritocratici, che contraddistinguono tutte le nuove procedure; d) la marcata procedimentalizzazione della revoca dei direttori generali, ispirata al principio del giusto procedimento e finalizzata ad evitare ogni forma, anche surrettizia, di *spoils system*; e) la valorizzazione degli obblighi di trasparenza nella gestione aziendale sanitaria; f) la più attenta codificazione delle cause di risoluzione del rapporto di lavoro del direttore generale.

Il parere non ha però mancato di segnalare anche alcune criticità nella disciplina contenuta nello schema di decreto legislativo. Esso si sofferma anzitutto, e in particolare, sulla mancanza di una preventiva e approfondita consultazione delle associazioni rappresentative degli utenti del Servizio sanitario nazionale e di quelle degli operatori del settore, sottolineando il *deficit* conoscitivo di una riforma che mira, in ultima analisi, a ridurre le inefficienze dello stesso Servizio sanitario. Il Consiglio di Stato ha inoltre evidenziato il problematico rapporto tra l'elenco nazionale dei direttori generali, con assegnazione di un punteggio tra 75 e 100, e la valutazione da parte delle singole Commissioni regionali e la delicatezza della scelta del direttore generale, che pure resta di natura fiduciaria, affidata all'ampia discrezionalità dell'organo politico regionale. Anche l'obbligatoria frequenza dei corsi regionali, quale requisito di ammissione all'elenco nazionale dei direttori generali, è parso un aspetto non esente da criticità, limitando l'ingresso del *management* privato alla dirigenza pubblica sanitaria, che pure la riforma ha inteso favorire. Il parere non ha mancato di evidenziare anche la genericità di criteri, quali le “manifeste violazioni di legge o di regolamenti” per valutare l'operato dei direttori generali e per disporre la revoca, e l'assenza, nello schema di decreto attuativo della legge di delega, di una disciplina relativa alla revoca delle altre figure dirigenziali analoga a quella del direttore generale. Anche l'insufficiente valorizzazione dei livelli essenziali di assistenza, quali fondamentali obiettivi che devono orientare la più efficiente gestione imprenditoriale dei direttori generali, è parso un aspetto critico dello schema di decreto legislativo esaminato, che proprio sul piano della proiezione esterna dell'organizzazione sanitaria verso gli utenti, nella prospettiva di una moderna amministrazione di risultato, mostra un limite di fondo.

1.9. Autorità portuali.

Con il parere 9 maggio 2016, n. 1142, reso sullo schema di decreto legislativo relativo alla riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le Autorità portuali, adottato in attuazione dell'art. 8, comma 1, lett. f), l. n. 124 del 2015 (e poi recepito con d.lgs. 4 agosto 2016, n. 169), la Commissione speciale ha preliminarmente evidenziato, in adesione alla relazione di accompagnamento allo schema di decreto, il ruolo strategico della riforma per conferire snellezza e agilità all'attività pubblica dei porti e poi connetterla con il mondo economico, produttivo e sociale, con l'azione imprenditoriale dei privati e le istanze delle comunità locali. Lo scopo è fare del "Sistema Mare" il motore di uno sviluppo economico che crei valore a partire dalla posizione geografica dell'Italia, nel cuore del Mediterraneo, con le sue migliaia di chilometri di coste, così da rilanciare il ruolo di naturale protagonista del collegamento tra Oriente ed Europa, che peraltro ne ha caratterizzato la storia. In particolare la riforma si propone, nel lungo e medio periodo di: a) intervenire sulla dimensione "monoscalo" degli organi di governo dei porti (superando il modello obsoleto del *city port*), passando dalle attuali "Autorità portuali" alle "Autorità di sistema portuale"; b) superare l'eccessivo localismo attuale; c) realizzare maggiore interazione e integrazione con le aree logistiche del paese; d) esprimere maggiore capacità di coordinamento; e) semplificare e snellire gli adempimenti amministrativi connessi allo svolgimento delle attività portuali (nel breve periodo).

Peraltro, proprio in considerazione degli obiettivi prefissati, la Commissione speciale ha rilevato che i soli interventi di 'riorganizzazione' della *governance* e di 'semplificazione', ancorché necessari, non sono da soli sufficienti a ridare slancio economico al settore. Il Consiglio di Stato ha sottolineato l'importanza di una visione che non si limiti a una mera riduzione dei vertici territoriali di governo dei porti e alla istituzione di "tavoli" di coordinamento a livello locale e nazionale, ma sia di vero rilancio della portualità sulla base della pianificazione nazionale e dell'apertura al mondo della logistica e dell'intermodalità. Ha segnalato, in particolare, l'opportunità del compimento di altre riforme attualmente *in itinere* e strettamente collegate (ad es., la riforma degli interporti). Inoltre, ha posto in evidenza l'importanza che il Governo curi anche qui, come negli altri settori, l'ulteriore fase attuativa, mediante iniziative sia 'normative' (i decreti correttivi), ma anche (e soprattutto) 'non normative' di formazione, di comunicazione istituzionale, di informatizzazione, di monitoraggio delle prassi, insomma di 'manutenzione' costante del funzionamento della riforma.

Il parere ha 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), 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.

Sempre avendo riguardo ai due obiettivi principali della riforma (razionalizzazione e semplificazione), la Commissione speciale ha segnalato il rischio: a) sul fronte della riorganizzazione, di duplicazioni di centri decisionali o di sopravvivenza di quelli già esistenti, laddove si prevede l'istituzione degli Uffici territoriali presso i porti già sede delle sopresse Autorità portuali, con il pericolo di mantenere l'attuale frammentazione e di aumentare i costi; b) sul fronte della 'semplificazione' che gli obiettivi del Governo non siano effettivamente raggiunti nella pratica, per cui si rende opportuno il monitoraggio e l'eventuale adozione di misure correttive *ex post.*; c) che – su spinta delle istanze regionali e locali – il disegno di riforma si affievolisca con l'introduzione di dilazioni e ri-frammentazioni.

1.10. Razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato.

Con il parere 12 maggio 2016, n. 1183, reso sullo schema di decreto legislativo relativo alla razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato, adottato in attuazione dell'art. 8, comma 1, lett. f), l. n. 124 del 2015 (e poi recepito con d.lgs. 19 agosto 2016, n. 177), la Commissione speciale ha evidenziato l'importanza della proposta riforma che, mediante il riassetto dell'organizzazione delle Forze di polizia, mira a rafforzarne l'efficienza, realizzando nel contempo, sia pure nel medio periodo, importanti risparmi di spesa, da riassegnare in quota parte allo stesso comparto per il riordino dei ruoli del personale non dirigente e non direttivo.

Ha chiarito il Consiglio di Stato che la legge delega n. 124 del 2015, che segna l'avvio di un nuovo processo di riordino del sistema di sicurezza interno, fortemente voluto dal Governo e condiviso dal Parlamento, conferma il modello pluralistico delle Forze di polizia e, se da un lato spinge verso la semplificazione del quadro ordinamentale (ma anche organizzativo, logistico e funzionale), dall'altro riconosce che alle motivazioni, che avevano consigliato all'indomani del *referendum* istituzionale di optare per il modello pluralistico, se ne devono aggiungere di nuove legate all'ampliamento dei beni collettivi primari (salute, ambiente, cultura, sicurezza del lavoro, ecc.), per la cui tutela, fortemente sollecitata dalla società civile, non si può prescindere da un approccio specialistico da parte delle Forze di polizia. Ed è appunto in funzione di obiettivi di maggiore efficienza che il legislatore delegante intende prioritariamente correggere alcune criticità, derivanti dalla sovrapposizione dei compiti e delle strutture in specifici ambiti settoriali e comparti di specialità, e riequilibrare la distribuzione dei presidi di polizia in rapporto alle esigenze dei territori, con il contestuale avvio di un percorso di riduzione del numero complessivo delle Forze di polizia. In effetti in Italia vige un sistema di sicurezza interno caratterizzato dal pluralismo delle Forze di polizia, condiviso nel dibattito dell'Assemblea costituente, incentrato, in funzione di garanzia, su due Forze di polizia in servizio permanente di pubblica sicurezza: Polizia di Stato e Arma dei Carabinieri.

L'art. 16, l. 1 aprile 1981, n. 121 prevede che, al mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, concorrono, altresì, a) il Corpo della guardia di finanza, quale Forza di polizia ad ordinamento militare, con competenza generale in materia economica e finanziaria; b) il Corpo della polizia penitenziaria, che garantisce la sicurezza e le condizioni di legalità all'interno degli Istituti penitenziari e collabora alle attività di reinserimento sociale delle persone condannate; c) il Corpo forestale dello Stato, ad ordinamento civile, specializzato nella tutela del patrimonio naturale e paesaggistico e nella prevenzione e repressione dei reati in materia ambientale e agroalimentare. La legge delega n. 124 del 2015 conferma tale modello pluralistico, aggiungendo nuove motivazioni legate all'ampliamento dei beni collettivi primari (salute, ambiente, cultura, sicurezza del lavoro, ecc.), la cui tutela necessita di un approccio specialistico da parte delle Forze di polizia, senza tuttavia trascurare le esigenze di contenimento della spesa pubblica in funzione dell'equilibrio del bilancio, assunto a principio costituzionale dopo la recente riforma dell'art. 81 Cost..

In sintesi, l'azione riformatrice intrapresa dal legislatore delegante risulta destinata a plasmare l'organizzazione delle Forze di polizia per conseguire la razionalizzazione e il potenziamento dell'unitaria funzione di polizia (mediante la cooperazione sul territorio, l'eliminazione delle duplicazioni e la gestione associata dei servizi), realizzando anche importanti risparmi di spesa, sia pure nel medio-lungo periodo. Più in particolare, lo schema di decreto contiene un pacchetto di disposizioni volte a realizzare, da un lato, un organico e complessivo intervento di razionalizzazione e di ottimizzazione delle potenzialità connesse alle risorse disponibili delle Forze di polizia; dall'altro, la valorizzazione del merito e delle professionalità del personale, con l'obiettivo di

migliorarne la funzionalità ai fini dell'espletamento dei compiti istituzionali e della conseguente risposta alla richiesta di sicurezza dei cittadini.

A tal fine il provvedimento incide sul vigente sistema di ordine e sicurezza pubblica sotto più profili: a) con un primo gruppo di disposizioni, orientate ad evitare sovrapposizioni di competenze e di interventi, si definiscono i comparti di specialità assegnati alla Polizia di Stato, all'Arma dei carabinieri e al Corpo della Guardia di finanza, tenendo conto delle competenze nel tempo sviluppate; si pongono le basi per la razionalizzazione dei presidi di polizia, privilegiando l'impiego della Polizia di Stato nei comuni capoluogo e dell'Arma nel restante territorio; si afferma la competenza della Guardia di finanza per l'assolvimento dei compiti di sicurezza a mare con contestuale trasferimento al Corpo dei mezzi navali della Polizia di Stato e dell'Arma; si dettano le disposizioni per la gestione associata dei servizi strumentali delle Forze di polizia e per la realizzazione sul territorio nazionale del servizio "Numero unico di emergenza europea 112"; b) con un secondo, più consistente gruppo di disposizioni, che è volto a semplificare il quadro delle Forze di polizia disegnato l. 1 aprile 1981, n. 121, si disciplina l'assorbimento del personale del Corpo forestale dello Stato e delle relative funzioni nell'Arma dei Carabinieri (la più idonea ad assorbire il Corpo forestale, avendo già sviluppato nel proprio ambito specifiche competenze nei settori ambientale e agroalimentare ed essendo strutturata in modo capillare sul territorio), con la sola eccezione di un contingente limitato da assegnare alla Polizia di Stato, alla Guardia di finanza, al Corpo nazionale dei vigili del fuoco e alle Amministrazioni pubbliche.

Tale essendo il quadro su cui muove la riforma, la Commissione ha osservato che il decreto legislativo sottoposto al suo esame aggiunge nuove disposizioni a un articolato e complesso quadro normativo, che disciplina la materia della sicurezza pubblica e l'ordinamento delle Forze di polizia, sicché potrebbe ritenersi che necessiti di rivisitazione e semplificazione. Tuttavia, atteso che nel tempo si è consolidato tra le Forze di polizia un sistema condiviso di coordinamento, che ha inciso positivamente sull'efficacia delle risposte alla domanda di sicurezza, la Commissione ha rinviato alle valutazioni del Parlamento e del Governo la scelta dei tempi e delle modalità con cui procedere al riordino delle disposizioni in materia. Ha altresì segnalato che, ai fini della razionalizzazione delle funzioni di polizia e dei relativi apparati, nella stesura del decreto delegato occorre tener conto, sin d'ora, dei compiti di polizia assolti dal Corpo delle Capitanerie di porto-Guardia costiera, che svolge oggettive funzioni di polizia in materia di sicurezza pubblica, elaborando soluzioni coerenti con gli obiettivi e i criteri della legge delega in modo da evitare sovrapposizioni funzionali e duplicazioni organizzative, tanto più che è stato scelto di non attuare contestualmente la delega di cui alla lett. b) dell'art. 8, comma 1, cit., concernente le forze operanti in mare.

Il Consiglio di Stato ha condiviso la scelta del Governo di disporre che il Corpo forestale dello Stato sia assorbito dall'Arma dei carabinieri, con l'eccezione delle competenze in materia di incendi boschivi trasferite al Corpo nazionale dei vigili del fuoco e della vigilanza a mare dei parchi naturali assegnata alla Guardia di finanza, non soltanto perché l'Arma ha sviluppato e consolidato nel tempo competenze specialistiche in campo ambientale e agroalimentare, ma anche perché le stazioni del Corpo forestale vanno ad affiancarsi al già capillare reticolo dei presidi dei Carabinieri con prevedibili riflessi positivi sulla qualità e sull'intensità del controllo del territorio.

Quanto ai dubbi sulla legittimità dell'assorbimento del Corpo forestale e sulla militarizzazione *ope legis* del suo personale all'atto del passaggio nell'Arma dei Carabinieri, la Commissione ha ritenuto che le obiezioni siano superabili anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, considerato che la soppressione dei pubblici uffici è nella piena disponibilità del legislatore, fatti salvi quelli che godono di garanzia costituzionale di esistenza (Corte cost. n. 50 del 2015), e che in questo caso nessun bene costituzionalmente rilevante viene sacrificato. Inoltre viene salvaguardato il trattamento economico del personale interessato con l'attribuzione dell'assegno *ad personam*

riassorbibile. Non appare neppure preclusivo il mutamento di *status*, considerato che il trattamento economico e normativo tra gli appartenenti alle Forze di polizia si è progressivamente uniformato e che “la garanzia dei diritti fondamentali, di cui sono titolari i singoli ‘cittadini militari’”, non recede quindi di fronte alle esigenze della struttura militare; sì che meritano tutela anche le istanze collettive degli appartenenti alle Forze armate, al fine di assicurare la conformità dell'ordinamento militare allo spirito democratico” (Corte cost. n. 449 del 1999).

Problemi applicativi sono sorti in sede di attuazione della riforma ed il Consiglio di Stato è stato chiamato a rendere un parere proprio su questa seconda fase.

Con parere 14 ottobre 2016, n. 2112 la Commissione speciale ha infatti risposto ai quesiti del Ministero delle politiche agricole e forestali in ordine al procedimento di riassegnazione dei singoli dipendenti conseguente allo scioglimento del Corpo forestale. Tra le diverse problematiche sottoposte all'esame della Commissione speciale, questa ha in primo luogo chiarito che gli atti di assegnazione devono assumere la forma di “atto plurimo” per tutte le unità appartenenti al medesimo ruolo e assegnate alla stessa Amministrazione, e non già di provvedimenti individuali. Si tratta, ad avviso della Commissione, di “scelta obbligata”, sia perché ben si presta a disciplinare una molteplicità di situazioni individuali omogenee di destinatari preventivamente determinati, sia perché verrebbero salvaguardate le garanzie individuali previste dall'ordinamento, sia perché nel caso di contenzioso l'invalidità di un provvedimento non comporterebbe l'invalidità degli altri provvedimenti compresi nello stesso atto. L'atto plurimo infatti non si sottrae all'obbligo della motivazione, né invero l'esercizio della discrezionalità può essere di ostacolo al ricorso a tale tipologia di atto, in quanto l'eventuale necessità di una motivazione rafforzata non è incompatibile con la struttura dello stesso e con la sua natura giuridica, purché si rispettino i dettami dell'art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241. A tal fine, l'atto plurimo deve indicare in premessa, oltre ai riferimenti normativi, i criteri seguiti dall'Amministrazione per le determinazioni assunte e presuppone, per ciascuna, provvedimenti delle posizioni individuali, un'autonoma istruttoria e un'autonoma motivazione, non elaborate nell'atto plurimo, ma entrambe custodite agli atti dell'Amministrazione e rese accessibili nelle forme di legge a chi ne abbia interesse.

Il parere ha, poi, condiviso la soluzione proposta di ridistribuire il contingente previsto per la Guardia di finanza tra i ruoli degli agenti e degli assistenti, dei sovrintendenti e degli ispettori, al fine di garantire comunque il raggiungimento della prestabilita dotazione organica. Tale soluzione è corretta nella misura in cui prefigura l'aggiornamento della dotazione organica al ricorso allo strumento correttivo appositamente previsto dal legislatore delegato.

In ordine al quesito in tema di assegnazione al Corpo dei vigili del fuoco, concernente le insufficienti disponibilità di personale del ruolo iniziale con le qualificazioni richieste, se da un lato il parere non ha condiviso la soluzione di aumentare di pari numero le unità del ruolo superiore, in quanto, in mancanza di ulteriori specificazioni, risulterebbe un mero artificio numerico del tutto scollegato con il principio di corrispondenza tra funzioni trasferite e unità di personale assegnate, dall'altro lato ha ritenuto che la soluzione più corretta sia quella di assegnare al predetto Corpo un numero di appartenenti al ruolo degli agenti ed assistenti inferiore di 13 unità rispetto a quello indicato nella tabella.

Il parere non ha condiviso neanche la soluzione proposta e tesa a consentire l'assegnazione del personale residuo preferibilmente nei ruoli del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali.

1.11. Codice dell'Amministrazione digitale.

Con il parere 17 maggio 2016, n. 1204, reso sullo schema di decreto legislativo relativo alle modifiche e integrazioni del Codice dell'Amministrazione digitale, adottato in attuazione dell'art. 1,

l. n. 124 del 2015 (e poi recepito con d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179), la Commissione speciale ha evidenziato la complessità della riforma - che investe molti articoli del Codice dell'Amministrazione digitale - emanata per promuovere e rendere effettivi i diritti di cittadinanza digitale ai cittadini e alle imprese, così come il diritto di accesso ai dati e ai servizi in modalità digitale. Lo scopo è creare una vera e propria "carta della cittadinanza digitale".

In sintesi la riforma concerne: a) la definizione di un livello minimo delle prestazioni in materia di servizi *on line* delle Amministrazioni pubbliche; b) la piena applicazione del principio del "*digital first*" (il digitale è il canale principale per tutte le attività amministrative); c) il potenziamento della connettività a banda larga e ultra larga e dell'accesso ad internet presso gli uffici pubblici; d) la partecipazione con modalità telematiche ai processi decisionali pubblici; e) l'armonizzazione della disciplina del "Sistema pubblico di identità digitale" (SPID) con un unico PIN per accedere ai servizi forniti dall'Amministrazione; f) la promozione dell'elezione del domicilio digitale; g) l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alla disciplina europea in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche; h) il pagamento elettronico come mezzo principale di adempimento dei debiti nei confronti di Pubbliche amministrazioni ed esercizi di pubblica utilità.

Il parere n 1204 era stato preceduto da un parere interlocutorio (n. 785 del 17 marzo 2016), nel quale la Commissione speciale aveva rilevato che: a) lo schema di decreto legislativo attribuisce valore probatorio predefinito al documento informatico sottoscritto con firma elettronica semplice, che, tuttavia, non garantisce certezza in ordine alla provenienza dell'atto da colui che ne appare l'autore; b) l'art. 25 ammette all'esercizio delle attività relative ai "prestatori di servizi fiduciari qualificati, gestori di posta elettronica certificata, "gestori dell'identità digitale e conservatori" soltanto le società di capitali con un elevato capitale sociale (5 milioni di euro), precludendo l'accesso al mercato a quelle che, pur affidabili, sono prive di tale requisito; c) lo schema governativo stabilisce, in mancanza di apposita delega, che tutte le decisioni dell'Autorità giudiziaria devono essere pubblicate previa "anonimizzazione" dei dati personali in esse contenuti; d) lo schema elimina la norma che imponeva alle Amministrazioni pubbliche di predisporre appositi piani di emergenza (piano di continuità operativa e piano di "*disaster recovery*"), senza chiarire se la sicurezza dei sistemi resti comunque garantita.

Alla luce delle risposte pervenute dall'Amministrazione la Commissione speciale ha espresso parere favorevole sullo schema di decreto, seppure con osservazioni. In particolare, con riferimento alla previsione di un capitale sociale minimo per i prestatori dei servizi indicati nell'art. 25 dello schema di decreto, ha chiarito che una siffatta statuizione potrebbe porsi in contrasto con la normativa europea e con quella costituzionale - quale, ad esempio, la normativa concernente la libera concorrenza e quella relativa alla libertà di mercato - atteso che, anche con riferimento a tali disposizioni, deve essere valutata la logicità e la razionalità delle scelte operate dall'Amministrazione con il decreto legislativo in esame.

1.12. Silenzio-assenso tra Pubbliche amministrazioni.

Con il parere 13 luglio 2016, n. 1640 la Commissione speciale del Consiglio di Stato ha risolto problemi applicativi insorti in sede di prima applicazione dell'art. 17 *bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 3, l. n. 124 del 2015.

Il Consiglio di Stato ha preliminarmente evidenziato l'efficacia del metodo di procedere con richieste di quesiti sul funzionamento pratico delle riforme. Ciò conferma, da un lato, l'importanza cruciale della fase attuativa delle riforme introdotte dalla l. n. 124 del 2015 e dai successivi decreti attuativi, anche rispetto all'emanazione dei relativi decreti attuativi; dall'altro lato, l'utilità che possono rivestire le funzioni consultive dello stesso Consiglio di Stato concepite come sostegno *in*

progress riferito a una *policy*, a un progetto istituzionale, piuttosto che esclusivamente a singoli provvedimenti individuati. Ciò anche in considerazione del fatto che il ricorso alle funzioni consultive, anche nella c.d. fase attuativa delle riforme, è in grado di ridurre gli oneri di comprensione, interpretazione e 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 del Consiglio di Stato: le problematiche affrontate chiamano direttamente in causa anche la giurisdizione e, in particolare, la giurisdizione amministrativa, che è attraversata dai problemi affrontati dalla riforma, poiché è chiamata in ultima istanza a risolvere le questioni che l'azione dell'Amministrazione non è stata in grado di risolvere.

Ciò premesso, la Commissione speciale ha rilevato che l'art. 17 *bis*, l. n. 241, introducendo il nuovo istituto del silenzio-assenso 'endoprocedimentale', ha posto una seconda regola generale – dopo quella prevista dall'art. 21 *nonies* della stessa l. n. 241 nei rapporti tra cittadino e Pubblica amministrazione – che stavolta riguarda i rapporti 'interni' tra Amministrazioni, quale che sia l'Amministrazione coinvolta e quale che sia la natura del procedimento pluristrutturato. Infatti, la nuova disposizione prevede che il silenzio dell'Amministrazione interpellata, che non esterne alcuna volontà, è equiparato *ope legis* ad un atto di assenso e non preclude all'Amministrazione procedente l'adozione del provvedimento conclusivo. In sostanza l'art. 17 *bis* prevede due meccanismi di semplificazione tra loro collegati: da un lato, incide sui tempi dell'azione amministrativa, prevedendo un termine unico di trenta giorni (destinato a prevalere, tranne il caso delle Amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili di cui al comma 3, sui diversi termini previsti dalle vigenti disposizioni), entro il quale l'Amministrazione co-decidente rende l'assenso; dall'altro lato, in un'ottica di stigmatizzazione dell'inerzia, equipara il silenzio all'assenso, consentendo all'Amministrazione procedente di adottare il provvedimento finale.

Il fondamento del nuovo silenzio-assenso è triplice: a) eurounitario, individuato nel "principio della tacita autorizzazione" (ovvero la regola del silenzio-assenso) introdotto dalla c.d. direttiva Bolkestein (considerando 43; art. 13, par. 4); b) costituzionale, rinvenibile nel principio di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., inteso nell'ottica di assicurare il 'primato dei diritti' della persona, dell'impresa e dell'operatore economico; c) sistematico, con riferimento al principio di trasparenza (anch'esso desumibile dall'art. 97 Cost.) che ormai, specie dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, informa l'intera attività amministrativa come principio generale.

Passando all'esame del quesito proposto dall'Ufficio legislativo del Ministro per la semplificazione e la Pubblica amministrazione, i dubbi interpretativi hanno riguardato: a) l'ambito di applicazione soggettivo del nuovo istituto; b) l'ambito di applicazione oggettivo; c) i rapporti con la Conferenza di servizi; d) le modalità di formazione del silenzio-assenso; e) l'esercizio del potere di autotutela dopo la formazione del silenzio-assenso (prima e dopo l'adozione del provvedimento finale).

Con riferimento al primo quesito la Commissione speciale ha chiarito che il nuovo istituto si applica anche alle Regioni e agli enti locali, dovendosi intensificare ogni forma di coordinamento istituzionale volta a garantire un'applicazione omogenea delle nuove regole di semplificazione nel rispetto della loro autonomia organizzativa, nonché agli organi politici, sia quando essi adottano atti amministrativi o normativi che quando sono chiamati ad esprimere concerti, assensi o nulla osta comunque denominati nell'ambito di procedimenti per l'adozione di atti amministrativi o normativi di competenza di altre Amministrazioni. In tal caso, è la natura dell'atto da adottare (amministrativo o normativo) che rileva, e non la natura dell'organo (amministrativo o politico) titolare della competenza "interna" nell'ambito della Pubblica amministrazione coinvolta. Si applica altresì alle Autorità indipendenti, non emergendo ragioni di incompatibilità con la particolare autonomia di cui godono, anche in considerazione della natura amministrativa ormai ad esse pacificamente

riconosciuta, nonché ai gestori di beni e servizi pubblici anche quando siano titolari del procedimento (e debbano acquisire l'assenso di altre amministrazioni), e non solo quando siano chiamati a dare l'assenso nell'ambito di procedimento di altre Amministrazione. A favore di tale conclusione, viene richiamata la nozione (di matrice comunitaria, ed ormai accolta dalla prevalente giurisprudenza) "oggettiva" e "funzionale" di Pubblica amministrazione, in virtù della quale si considera tale ogni soggetto che, a prescindere dalla veste formale-soggettiva, sia tenuto ad osservare, nello svolgimento di determinate attività o funzioni, i principi del procedimento amministrativo.

Quanto all'ambito di applicazione oggettivo del nuovo istituto, ad avviso della Commissione speciale la norma si applica anche ai procedimenti diretti all'emanazione di atti normativi in virtù di un espresso dato testuale, atteso che il primo periodo del comma 1 dell'art. 17 *bis* contiene un esplicito riferimento ai procedimenti per l'adozione degli atti normativi, nonché ai procedimenti di competenza di Amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali e la salute dei cittadini: le Amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili beneficiano di un termine diverso (quello previsto dalla normativa di settore o, in mancanza, del termine di novanta giorni), scaduto il quale sono, tuttavia, sottoposte alla regola generale del silenzio assenso. L'applicazione della norma agli atti di tutela degli interessi sensibili dovrà poi essere esclusa laddove la relativa richiesta non provenga dall'Amministrazione procedente, ma dal privato destinatario finale dell'atto. In tal caso, venendo in rilievo un rapporto verticale, troverà applicazione l'art. 20, l. n. 241 del 1990, che esclude dal suo campo di applicazione gli interessi sensibili.

Ha ancora chiarito il parere che l'applicabilità della norma ai soli casi di atti che hanno natura co-decisoria esclude che il silenzio-assenso possa sostituire atti che si collocano in un momento successivo a quello della decisione, riguardando la fase costitutiva dell'efficacia del provvedimento: è il caso del c.d. 'bollino' della Ragioneria generale dello Stato, previsto dall'art. 17, comma 10, l. 31 dicembre 2009, n. 196, un atto con funzione di controllo, che si colloca dopo l'esaurimento della fase decisoria ed è necessario per l'integrazione dell'efficacia di provvedimenti già adottati. Il parere ha altresì escluso che il nuovo silenzio-assenso tra Pubbliche amministrazioni possa operare nei casi in cui l'atto di assenso sia chiesto da un'altra Pubblica amministrazione non nel proprio interesse, ma nell'interesse del privato (destinatario finale dell'atto), che abbia presentato la relativa domanda tramite lo sportello unico. Non incide sull'applicabilità del nuovo istituto la circostanza, del tutto irrilevante, che il privato presenti l'istanza direttamente o per il tramite di un'Amministrazione che si limita ad un ruolo di mera intermediazione, senza essere coinvolta, in qualità di autorità co-decedente, nel relativo procedimento.

Quanto ai rapporti con la Conferenza di servizi, secondo il parere, il criterio più semplice per la risoluzione dell'apparente sovrapposizione normativa è quello secondo cui l'art. 17 *bis* trova applicazione nel caso in cui l'Amministrazione procedente debba acquisire l'assenso di una sola Amministrazione, mentre nel caso di assensi da parte di più Amministrazioni opera la Conferenza di servizi. La Commissione speciale ha suggerito in alternativa, al fine di estendere l'ambito applicativo dell'art. 17 *bis*, la soluzione secondo cui il silenzio assenso di cui all'art. 17 *bis* operi sempre (anche nel caso in cui siano previsti assensi di più Amministrazioni) e prevenga la necessità di convocare la Conferenza di servizi. Quest'ultima andrebbe convocata, quindi, nei casi in cui il silenzio assenso non si è formato a causa del dissenso espresso dalle Amministrazioni interpellate, e avrebbe lo scopo di superare quel dissenso nell'ambito della Conferenza appositamente convocata.

De jure condendo il parere segnala che la disciplina del superamento del disaccordo, prevista dall'art. 17 *bis*, comma 2, secondo periodo, solleva alcune perplessità. In primo luogo, non risulta appropriata la *sedes materiae*: la norma disciplina un meccanismo sostitutivo, che presuppone il

dissenso espresso che, dunque, non si applica per definizione nelle ipotesi di silenzio assenso che costituiscono l'oggetto specifico dell'art. 17 *bis*; in secondo luogo, il riferimento testuale alle "modifiche da apportare allo schema del provvedimento" non tiene conto dell'eventualità che il Presidente del Consiglio possa risolvere il conflitto senza modificare lo schema del provvedimento, ma recependo integralmente la posizione dell'Amministrazione procedente.

Quanto alla formazione del silenzio assenso, secondo il parere è sufficiente, da parte dell'Amministrazione procedente, l'invio formale del testo non ancora sottoscritto, in vista della successiva eventuale sottoscrizione di un testo condiviso (nell'ipotesi in cui l'Amministrazione interpellata esprima un assenso espresso). Nel caso in cui l'Amministrazione interpellata rimanga silente, il provvedimento potrà essere sottoscritto soltanto dall'Amministrazione procedente, dando atto nelle premesse o in calce al provvedimento dell'invio dello schema di provvedimento e del decorso del termine per il silenzio assenso.

Successivamente all'adozione del provvedimento finale (adottato sulla base del silenzio-assenso dell'Amministrazione interpellata), l'autotutela soggiace alla regola del *contrarius actus*. Nel caso in cui il provvedimento finale non sia stato ancora adottato, il parere esclude che, formatosi il silenzio-assenso, l'Amministrazione inerte possa superarlo esercitando il potere di autotutela unilaterale. Secondo il parere, infatti, il termine di trenta giorni (o il diverso termine per le Amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili) ha natura perentoria e, dunque, la sua scadenza fa venire meno il potere postumo di dissentire (anche in autotutela).

1.13. Individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio attività (Scia), silenzio assenso e comunicazione e definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti.

Con il parere 4 agosto 2016, n. 1784, reso sullo schema di decreto legislativo in materia di individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio attività (Scia), silenzio assenso e comunicazione e definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, adottato in attuazione dell'art. 5, l. n. 124 del 2015 (e poi recepito con d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222), la Commissione speciale ha chiarito che il testo compie una duplice opera di semplificazione: in primo luogo introducendo regimi meno restrittivi in tali materie; in secondo luogo dando attuazione alla concentrazione dei regimi di cui all'art. 19 *bis*, l. n. 241 del 1990, introdotto dall'art. 3, comma 1, lett. c), d.lgs. 30 giugno 2016, n. 126 (c.d. decreto Scia 1). Il rapporto tra tabella e testo è regolato dall'art. 2 dello schema di decreto, il quale stabilisce le corrispondenze tra le previsioni tabellari e la disciplina normativa applicabile, nonché l'applicazione dell'art. 19 *bis*, l. n. 241 del 1990 alle ipotesi in cui, per lo svolgimento dell'attività, siano necessari diversi atti di assenso, segnalazioni o comunicazioni. La tabella effettua una ricognizione della disciplina delle attività private in materia di edilizia, ambiente e commercio, distinguendo tra Scia, Scia unica, comunicazione, autorizzazione ed eventuale silenzio assenso.

La Commissione speciale ha peraltro rilevato che il decreto non risolve alcune criticità relative al raccordo con la l. n. 241 del 1990, in particolare: a) quale sia la decorrenza del termine di diciotto mesi previsto dall'art. 21 *nonies*, comma 1; b) se il limite temporale massimo di cui all'art. 21 *nonies* deve applicarsi anche all'intervento in caso di sanzioni per dichiarazioni mendaci ex art. 21, comma 1; c) quale sia l'esatta delimitazione della fattispecie di deroga ai 18 mesi prevista dall'art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*.

Il Consiglio di Stato ha inoltre accolto favorevolmente la tecnica normativa scelta dal legislatore delegato nella complessa opera di individuazione dei procedimenti di regolazione delle attività economiche private, e cioè demandare a una tabella l'elencazione di quattro elementi: a) tipo di attività, mediante specificazioni progressive; b) regime amministrativo; c) concentrazione di regimi

amministrativi; d) riferimenti normativi. Tale *modus operandi* unisce infatti esigenze di riordino/codificazione a esigenze di semplificazione sostanziale delle materie interessate, che definisce una tecnica di “codificazione *soft*”. Benché non appartenga letteralmente alla classe dei testi unici, e non copra tutte le materie, il provvedimento realizza una raccolta di tutte le discipline vigenti dell’attività privata nei settori interessati. È sempre più forte, tanto a livello scientifico quanto nella pubblica opinione, il convincimento che l’unificazione “orizzontale” della legislazione vigente sia il principale strumento per reagire all’abnorme aumento del carico normativo, imposto da una società sempre più complessa e dall’avvento di cambiamenti strutturali che non possono restare senza regolazione. Il parere ha quindi sottolineato come il censimento effettuato mediante la tabella e il rapporto tabella/testo, in cui le norme si adattano al contenuto della tabella e ne garantiscono l’inserimento nel sistema, non ha solo il merito di contribuire a dare certezza del diritto, ma anche quello di semplificare e liberalizzare, laddove possibile.

Il Consiglio di Stato ha rilevato con favore anche che il Governo, dando seguito al suo precedente parere (30 marzo 2016, n. 839, sulla c.d. Scia 1), ha optato per un modello di “concentrazione procedimentale”, disciplinandolo al massimo livello, introducendo un art. 19 *bis* alla l. n. 241, tramite il d.lgs. n. 126 del 30 giugno 2016.

Il parere ha poi analizzato approfonditamente il rapporto tra l’art. 19, l. n. 241 del 1990 e i commi 2 e 3 del successivo art. 19 *bis*, che introduce la concentrazione dei regimi amministrativi rispettivamente per le ipotesi di attività che necessitano di altre SCIA, comunicazioni, attestazioni, asseverazioni e notifiche (c.d. Scia unica); attività in cui si innestano sul modello della Scia anche provvedimenti propedeutici (atti di assenso comunque denominati o pareri di altri uffici e amministrazioni, ovvero verifiche preventive). Il Consiglio di Stato ha ritenuto di distinguere nettamente le due fattispecie di cui all’art. 19 *bis*, il cui unico elemento comune è dato dall’integrazione della Scia con altre fattispecie legittimanti. La Scia unica di cui all’art. 19 *bis*, comma 2, è in rapporto di specialità unilaterale per aggiunta con la Scia pura e ad essa si applica la disciplina di cui all’art. 19. La figura (da non confondere con la precedente Scia unica) di cui all’art. 19 *bis*, comma 3, è invece *sui generis*, poiché il meccanismo della Scia (e, quindi, il riferimento all’art. 19) vale soltanto all’inizio del procedimento, ossia nella fase di presentazione della Scia, e nella sua fase finale, ovvero una volta ottenuti tutti gli atti di assenso, da conseguire tramite Conferenza di servizi. Tra questi due momenti si inserisce un regime provvedimentale tradizionale.

Il parere si è poi soffermato sul nuovo sistema dei titoli edilizi, articolato su cinque livelli (in luogo dei sette attuali): 1) interventi in attività edilizia libera, senza adempimenti; 2) interventi in attività libera, ma che richiedono la Comunicazione inizio lavori asseverata (c.d. Cila); 3) interventi assoggettati a Scia; 4) interventi assoggettati a permesso di costruire; 5) interventi per i quali è comunque possibile chiedere il permesso di costruire in alternativa alla Scia.

Il nuovo sistema è caratterizzato dalla centralità della Cila, ragion per cui il Consiglio di Stato ha suggerito la costruzione di una norma di carattere generale relativa all’istituto che, da un lato ne evidenzia la linea di continuità con il modello teorico rappresentato dalla Scia, dall’altro individui i tratti innovativi della disciplina, con particolare riferimento ai poteri sanzionatori, distinguendo le ipotesi di irregolarità (Cila mancante, incompleta o irregolare, ovvero lavori eseguiti in difformità), da quella di abusi edilizi (opere eseguite in regime di Cila invece che di permesso di costruire o di Scia).

Ulteriore raccomandazione riguarda il coordinamento tra Scia edilizia e Scia ordinaria: non si è in presenza di due fattispecie diverse, ma dell’applicazione di un modello unico (quello della Scia) anche alla materia edilizia.

Sugli abusi edilizi, la Commissione speciale ha chiarito che, nei casi in cui un’opera che avrebbe richiesto un permesso di costruire o una Scia è stata eseguita dall’interessato sotto il regime di Cila,

l'abuso non viene sanato con le sanzioni relative alla Cila. Diverso è il caso in cui l'opera abusiva sia stata oggetto di Scia e non di Cila: in tal caso, salvo espressa disposizione del legislatore, non si ravvisano ragioni per non applicare integralmente il regime dell'art. 19, l. n. 241, ivi compreso il riferimento al meccanismo dell'art. 21 *nonies*.

Nel rendere il parere favorevole il Consiglio di Stato ha svolto alcune osservazioni. Il decreto ha riguardato solo le materie dell'edilizia, dell'ambiente, del commercio, della pubblica sicurezza (materia, quest'ultima, che però non è oggetto della individuazione dei procedimenti di cui alla Tabella A), mentre la delega copre l'intero ordinamento delle funzioni amministrative. Premesso che il completamento dell'operazione non può che avvenire con fonte primaria, il Consiglio di Stato ha invitato il Governo a non interrompere l'opera di ricognizione della disciplina degli altri settori di attività private, specialmente quelle oggetto di libertà di iniziativa economica, considerando l'importanza di un progressivo completamento della riforma tramite decreti integrativi e correttivi.

Medio tempore, per prevenire incertezze applicative, il parere ha fornito un'interpretazione chiarificatrice del cit. art. 1, comma 2, d.lgs. n. 126 del 2016. Tale clausola di chiusura è applicabile ai (soli) settori oggetto del decreto, e non anche ai settori rimasti al di fuori di tale opera di riordino. Resta invece fermo che, nei tre settori interessati dalla tabella A ("Commercio", "Edilizia" e "Ambiente"), salvo interventi correttivi, le attività non comprese nella tabella medesima devono considerarsi effettivamente "libere".

1.14. Istituzione del Comitato italiano Paralimpico (CIP).

La Sezione consultiva degli atti normativi del Consiglio di Stato ha reso il parere favorevole (n. 1918 del 14 settembre 2016) sullo schema di regolamento, adottato ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. f), l. 7 agosto 2015, n. 124, con cui si istituisce il Comitato italiano Paralimpico (CIP) quale ente autonomo di diritto pubblico, scorporando l'originaria struttura operante presso il Comitato olimpico nazionale italiano (CONI) e trasferendo il personale in servizio, attualmente addetto al relativo settore, alla CONI Servizi s.p.a..

Ha premesso la Sezione che, con l'art. 8, comma 1, lett. f), l. n. 124 del 2015, è stata formalmente riconosciuta la crescita delle attività sportive paralimpiche, la cui dignità agonistica e tecnica e la cui influenza sociale sono state sempre in costante sviluppo. La l. n. 124 del 2015 mira ad un'ulteriore evoluzione delle attività paralimpiche mediante l'implementazione dell'organizzazione sportiva paralimpica, pur con la salvaguardia degli equilibri esistenti. In tale direzione la scelta del legislatore è certamente la conseguenza dei buoni risultati agonistici ed organizzativi ottenuti in questi ultimi anni dallo sport paralimpico.

In perfetta attuazione della delega, il decreto in esame attua la "riorganizzazione" del CIP, senza tuttavia apportare radicali innovazioni al modello di *governance* esistente. Il distacco dell'esistente struttura paralimpica creata dal CONI viene così accompagnato: a) dal conferimento della personalità giuridica di diritto pubblico; b) dal riconoscimento della potestà regolamentare; c) dall'attribuzione dell'autonomia amministrativa, organizzativa, contabile e di bilancio. Sotto questo profilo si sottolinea l'utilità del superamento del modello di organizzazione sportiva unitario per gli sport olimpici e quelli paralimpici e l'adeguatezza dell'istituendo Comitato Italiano Paralimpico all'obiettivo fondamentale di promuovere la piena integrazione e le pari opportunità dei disabili mediante lo sport. Il Consiglio di Stato ha quindi affermato che l'articolato deve essere valutato, in gran parte, in modo particolarmente positivo in quanto gli assetti qui delineati appaiono ragionevoli, coerenti ed idonei ai fini della promozione e diffusione agonistica ed amatoriale degli sport paralimpici. Inoltre le integrazioni e le collaborazioni sul piano istituzionale, organizzativo, sportivo, disciplinare e dell'antidoping dei Comitati olimpici nazionali, previste dallo schema di decreto, non fanno venir meno la capacità degli stessi di "fare sistema" nei contesti internazionali.

Peraltro il Consiglio di Stato ha formulato anche diversi rilievi sottolineando, tra l'altro, che sarebbe opportuno: a) specificare che la missione del CIP deve concernere le attività sportive delle persone disabili sia agonistiche che amatoriali "secondo criteri volti ad assicurare il diritto di partecipazione all'attività sportiva in condizioni di uguaglianza e pari opportunità"; b) riprodurre compiutamente, nella norma sulle finalità, la complessità delle attività dell'organizzazione paralimpica, anche con riguardo ai profili sociali della pratica sportiva non agonistica per qualsiasi tipologia di disabili ed in ogni fascia di età; c) precisare il ruolo istituzionale, le attribuzioni esatte, la durata e la natura del "Segretario generale", specificando cioè se si tratta di un "organo" (cioè una posizione di vertice *intuitu personae*, la cui nomina resta nella piena disponibilità "politica" della Giunta nazionale del CIP) o di un incarico affidabile anche ai dirigenti esterni ovvero ancora di un semplice incarico interno conferibile solo ai dirigenti di Coni Servizi s.p.a.; d) riformulare l'articolo sulla vigilanza garantendo, da un lato, l'autonomia dell'ordinamento sportivo e, dall'altro, assicurando la tutela di situazioni che, sebbene connesse all'ordinamento sportivo, possano rilevare anche per l'ordinamento giuridico statale, specificando meglio anche i presupposti che possano giustificare il singolo ricorso ai poteri repressivi e sostitutivi della Presidenza del Consiglio quale Autorità di vigilanza, con esclusione degli atti relativi all'osservanza e all'applicazione delle norme tecnico-sportive che garantiscono il corretto svolgimento delle attività agonistiche.

Infine, è stata considerata attendibile l'invarianza degli oneri erariali solo per la prima fase. Tale invarianza potrebbe infatti anche essere messa in dubbio per il futuro dall'articolo per il personale, che dovrebbe specificare meglio la natura dei rapporti di lavoro. In difetto, con il trasferimento *sic et simpliciter* alla Coni Servizi s.p.a., si potrebbero anche indebitamente trasformare a tempo indeterminato rapporti originariamente sorti a tempo determinato, con il rischio di autentiche "sanatorie" di assunzioni effettuate in difetto del rispetto del principio del concorso *ex art. 97 Cost.*, le quali potrebbero vanificare il principio della legge delega della "neutralità" della riorganizzazione per la finanza pubblica.

1.15. La dirigenza pubblica.

Con il parere 14 ottobre 2016, n. 2113, reso sullo schema di decreto legislativo sulla dirigenza pubblica, adottato in attuazione dell'art. 11, l. n. 124 del 2015, la Commissione speciale ha preliminarmente affermato come la riforma incida profondamente sulla vigente regolamentazione della dirigenza. Le principali novità della fase di disciplina dell'accesso alla dirigenza sono la creazione di "ruoli unificati e coordinati" e l'eliminazione della distinzione in due fasce separate che, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbero assicurare, rispettivamente, una maggiore mobilità verticale e orizzontale.

In relazione al primo aspetto, è previsto che il sistema della dirigenza pubblica è costituito dai ruoli: a) dei dirigenti statali, escluso il personale in regime di diritto pubblico; b) dei dirigenti regionali, inclusa la dirigenza delle Camere di commercio e la dirigenza del Servizio sanitario nazionale, ad eccezione della dirigenza medica, veterinaria e sanitaria; c) dei dirigenti locali, in cui confluiscono anche gli attuali segretari comunali e provinciali, la cui figura (e il relativo Albo) sono contestualmente aboliti. Tale distinzione mantiene ferma l'unicità del ruolo ai fini del conferimento degli incarichi dirigenziali. Nel previgente sistema, l'esistenza di un ruolo separato per ciascuna Amministrazione delimitava, per gli incarichi "interni", la scelta dei dirigenti a quelli inseriti nella determinata struttura organizzativa. La finalità perseguita dalla riforma è stata, invece, di superare il perimetro della singola Amministrazione e creare un più ampio "mercato della dirigenza", coincidente con il territorio nazionale, nell'ambito del quale selezionare il dirigente cui si intende attribuire l'incarico.

In relazione al secondo aspetto, l'eliminazione della distinzione in due fasce consente che qualunque tipologia di incarico possa essere assegnata a chiunque abbia la qualifica dirigenziale, senza differenziazioni connesse all'inquadramento nella prima o nella seconda fascia.

L'innovazione principale è costituita dalla creazione di apposite Commissioni per la dirigenza statale, regionale e locale, composte da sette membri, di cui cinque di diritto indicati nella legge e due selezionati, nonché dalla predeterminazione della durata di quattro anni per tutti gli incarichi con la possibilità di avere un solo rinnovo in presenza di una valutazione positiva. Questa nuova disciplina si inserisce in modo coerente nel complessivo sistema delle riforme amministrative che il Governo sta attuando, che si caratterizza per un approccio globale che considera non tanto le singole Amministrazioni quanto l'Amministrazione nel suo complesso.

Ciò chiarito in via preliminare, la Commissione ha reso parere favorevole, ma ha anche indicato le condizioni indispensabili per il funzionamento effettivo della riforma, partendo dalla questione finanziaria. Il Consiglio di Stato ha, infatti, espresso perplessità sulla circostanza che una riforma così rilevante sia stata approvata con invarianza di spesa. Tra le condizioni necessarie per assicurare che il rapporto di lavoro dei dirigenti venga disciplinato nel pieno rispetto dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, vi sono precise regole che devono assicurare: a) procedure e criteri di scelta del dirigente oggettivi, trasparenti e in grado di valorizzare le specifiche professionalità e competenze acquisite nell'ambito dei molteplici settori in cui le Pubbliche amministrazioni operano; b) durata ragionevole dell'incarico che, evitando incertezze sul regime del rapporto di lavoro, consenta al dirigente di perseguire, con continuità, gli obiettivi posti dall'organo di indirizzo politico, consolidando l'autonomia tecnica propria del dirigente stesso ed evitando i pericoli di una autoreferenzialità che mal si concilia con la responsabilità dell'autorità politica di fissare obiettivi; c) modalità di cessazione degli incarichi soltanto a seguito della scadenza del termine di durata degli stessi, ovvero per il rigoroso accertamento della responsabilità dirigenziale.

La Commissione speciale ha espresso perplessità anche in ordine alla composizione della Commissione per la dirigenza, a cui lo schema di decreto assegna delicate funzioni di garanzia che presiedono all'intero procedimento di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali. In particolare, è stato rilevato da un lato come alcuni componenti non siano del tutto indipendenti dagli organi politici; dall'altro, che la Commissione stessa, per come è costituita, non è in grado di assicurare un impegno a tempo pieno dei suoi membri nell'espletamento delle delicate funzioni ad essi assegnate.

Il Consiglio di Stato ha infine posto in rilievo come la riforma sia priva, per previsione della legge delega, di nuovi sistemi di valutazione della dirigenza, la cui mancanza rischia di compromettere la funzionalità dell'intero impianto, nonché dei principi per la fissazione degli obiettivi da parte dell'Autorità politica. Con riferimento a questi ultimi due aspetti è apparso evidente che senza la concomitante adozione di norme sugli obiettivi e sulla valutazione è impossibile che gli altri aspetti della riforma della dirigenza possano coerentemente funzionare. In proposito il Consiglio di Stato ha rilevato che l'annunciata riforma generale del pubblico impiego dovrebbe essere meglio coordinata con questo provvedimento, e ha suggerito altresì di valutare possibili correttivi alla norma primaria di delega.

1.16. Riordino delle funzioni e del finanziamento delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura.

Con il parere 20 ottobre 2016, n. 2155, reso sullo schema di decreto legislativo in materia di riordino delle funzioni e del finanziamento delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, adottato in attuazione dell'art. 10, l. n. 124 del 2015 (e poi recepito con d.lgs. 25

novembre 2016, n. 219), la Commissione speciale ha preliminarmente chiarito che il decreto novella la l. 29 dicembre 1993, n. 580 sulle Camere di commercio ed introduce la previsione di una riduzione del loro numero mediante accorpamento e razionalizzazione delle sedi e del personale, nonché un limite ai trattamenti economici degli amministratori, dei componenti degli organi di controllo e dei dipendenti.

I punti più significativi della riforma sono: a) la ridefinizione delle circoscrizioni territoriali, con conseguente riduzione del numero delle Camere di commercio entro il limite massimo di 60; b) un forte impulso all'innovazione attraverso la digitalizzazione delle procedure e dei servizi; c) la precisazione degli ambiti di svolgimento della funzione di promozione del territorio e dell'economia locale; d) l'eliminazione delle duplicazioni di compiti e funzioni rispetto ad altre amministrazioni pubbliche; e) la revisione delle partecipazioni societarie e la riduzione del numero dei componenti degli organi e, salvo che per i revisori, l'eliminazione dei relativi compensi.

In tale rinnovato quadro normativo le funzioni delle Camere di commercio dovrebbero risultare più efficaci per le attività delle imprese, assicurando al tempo stesso la sostenibilità finanziaria e il mantenimento dei livelli occupazionali.

Ha ancora chiarito la Commissione che nel breve periodo la riforma disposta dal decreto legislativo in esame ha l'obiettivo innanzitutto di avviare un processo di riorganizzazione che riduca e razionalizzi, in funzione delle reali esigenze, l'articolazione in enti, aziende, unioni e società partecipate del sistema camerale, a partire dalla riduzione da 105 a non più di 60 del numero delle Camere di commercio, con conseguenti immediati risparmi derivanti dalla corrispondente riduzione del numero delle posizioni di vertice amministrativo degli enti e della relativa spesa per retribuzioni, nonché con la riduzione complessiva e specifica del numero dei componenti degli organi e, salvo che per i revisori, dei loro compensi. Strumentale al conseguimento di tali obiettivi di immediato contenimento dei costi del sistema e di immediato avvio della riorganizzazione è anche il blocco delle assunzioni di personale nelle more dell'attuazione dei processi di mobilità che potranno poi, senza sostanziali effetti occupazionali, stabilizzare e razionalizzare la riduzione della spesa per il personale. Inoltre la consultazione delle imprese prevista al momento della determinazione da parte del consiglio degli indirizzi generali e programmatici, ai quali si deve uniformare l'attività della Camera di commercio, nell'auspicio del Governo consentirà una maggiore trasparenza e lo svolgimento, da parte della stessa Camera di commercio, di un'attività più aderente alle proposte e alle esigenze delle stesse imprese.

Fra gli altri effetti immediati delle innovazioni normative che sono proposte particolare importanza hanno l'individuazione di criteri per l'esercizio delle attività che le Camere possono svolgere in regime di concorrenza, con conseguente riduzione dello svolgimento di attività che possono essere espletate secondo criteri di efficienza da soggetti privati. L'obiettivo comunque è di pervenire ad un accrescimento del ruolo del sistema camerale (ad es. le nuove funzioni introdotte o precisate in materia di orientamento al lavoro) e ad una maggiore fiducia delle stesse imprese, in conseguenza della riduzione degli oneri tributari generali e del recupero di efficienza connesso alla razionalizzazione delle strutture organizzative. Più in generale, ad un significativo miglioramento nell'andamento economico delle relative aree territoriali interessate.

La Commissione speciale ha reso parere favorevole con qualche osservazione. Ha affermato che oltre la ridefinizione delle circoscrizioni territoriali e delle funzioni, non è del tutto chiaro, al di fuori delle competenze specifiche assegnate, come dovrebbe funzionare il concetto di delega di funzioni dallo Stato e dalle Regioni e come dovrebbero essere eliminate le duplicazioni con le altre Amministrazioni pubbliche. Ha inoltre rilevato un certo grado di contraddizione con l'intento del legislatore di limitare le partecipazioni societarie anche alla luce del dichiarato principio di riconoscimento della concorrenza. Andrebbe inoltre attuato in maniera più efficace il criterio di

delega relativo alla “valorizzazione del registro delle imprese”. In particolare, l’art. 20, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (“Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”, adottato in attuazione della delega contenuta dell’art. 18, 17 agosto 2015, n. 124) conferisce al conservatore del registro delle imprese il potere di cancellare d’ufficio le società a controllo pubblico, in presenza di alcuni presupposti oggettivi. Questa previsione si potrebbe coerentemente estendere alla cancellazione d’ufficio delle società private, semplificando in questo modo alcune procedure e dando la possibilità di migliorare ed affinare i dati presenti nel registro delle imprese, che sono relativi a tutto il sistema imprenditoriale italiano.

Ha ancora rilevato il Consiglio di Stato che nel medio-lungo periodo la riduzione dei costi strutturali di personale e di funzionamento dovrebbe portare, nelle previsioni del Governo, una riduzione del 50% del diritto annuale senza rilevanti effetti sull’equilibrio finanziario e sulla capacità di azione delle Camere. Tale riduzione dei costi strutturali dovrebbe comunque evitare che possa corrispondere un aumento degli oneri per diritti di segreteria. Il passaggio dal riferimento ai costi storici a quello ai costi *standard* non è, infatti, di per sé idoneo a determinare una riduzione dei diritti di segreteria o almeno una stabilizzazione dei relativi oneri, considerato che tali diritti ormai da molti anni non vengono aggiornati. Anche su questo punto è necessaria un’idonea attività di verifica sulla reale riduzione dei costi.

La Commissione ha ancora chiarito che per evitare distorsioni sul mercato è necessario specificare ulteriormente il rispetto dei principi di concorrenza, anche eventualmente introducendo un obbligo di separazione contabile per tale tipo di attività e un principio di orientamento al costo delle stesse. Particolarmente significative in questo contesto potrebbero essere le attività connesse all’accesso al credito e al sostegno all’estero. Problema analogo si pone per l’uso della rete informatica di Unioncamere. Dovrebbero essere garantite, in relazione alla sua situazione di “dominanza”, condizioni di neutralità anche tecnologica nell’accesso e costi accessibili laddove, come indica la stessa legge di delega, la rete di Unioncamere diventa lo strumento fondamentale per realizzare un punto di accesso unificato per le imprese.

1.17. Riordino degli enti pubblici di ricerca.

Con il parere 25 ottobre 2016, n. 2210, reso sullo schema di decreto legislativo in materia di riordino degli enti pubblici di ricerca, adottato in attuazione dell’art. 13, l. n. 124 del 2015 (e poi recepito con d.lgs. 25 novembre 2016, n. 218), la Commissione speciale ha evidenziato i principi e criteri direttivi fissati nella delega, e cioè: a) garantire il recepimento della Carta europea dei ricercatori e del documento *European Framework for Research Careers*, con particolare riguardo alla libertà di ricerca e all'autonomia professionale; b) consentire la portabilità dei progetti di ricerca e la relativa titolarità, valorizzando la specificità del modello contrattuale del sistema degli enti di ricerca; c) inserire la ricerca pubblica in un sistema di regole più snello e più appropriato a gestirne la peculiarità dei tempi e le esigenze del settore, nel campo degli acquisti, delle partecipazioni internazionali, dell'espletamento e dei rimborsi di missioni fuori sede finalizzate ad attività di ricerca, del reclutamento, delle spese generali e dei consumi, ed in tutte le altre attività proprie degli enti pubblici di ricerca; d) definire regole improntate a principi di responsabilità ed autonomia decisionale, anche mediante la riduzione dei controlli preventivi ed il rafforzamento di quelli successivi; d) razionalizzare e semplificare i vincoli amministrativi, contabili e legislativi, limitandoli prioritariamente a quelli di tipo “*a budget*”; e) semplificare la normativa riguardante gli enti pubblici di ricerca e coordinarla con le migliori pratiche internazionali. Scopo della riforma è innovare la disciplina attualmente vigente in materia di enti pubblici di ricerca, differenziandola da quella prevista per la maggior parte delle Pubbliche amministrazioni, al fine di allinearla al sistema delle autonomie universitarie. La finalità principale è dunque attribuire a tali enti autonomia

statutaria, regolamentare, programmatoria e contabile, in attuazione e nel rispetto dei principi di autonomia sanciti nell'art. 33 Cost..

Altra importante finalità della legge delega è la predisposizione, per la ricerca pubblica, di un sistema di regole semplificate che devono includere, fra l'altro, anche i meccanismi di reclutamento. In sostanza il riordino, la ristrutturazione e la semplificazione costituiscono i principali obiettivi della riforma, ma in tale contesto il legislatore ha voluto anche procedere ad un'opera di valorizzazione e rivalutazione degli enti pubblici di ricerca, in ragione degli effetti positivi sull'economia del Paese, che un siffatto intervento è certamente destinato a produrre. Per tale motivo, pur nell'ambito di un intervento diretto alla semplificazione amministrativa, il legislatore ha ritenuto opportuno includere, tra gli obiettivi della riforma, il recepimento della Carta europea dei ricercatori e del documento *European Framework for Research Careers*, con particolare riguardo alla libertà di ricerca, all'autonomia professionale e alla portabilità e titolarità dei progetti "valorizzando la specificità del modello contrattuale del sistema degli enti di ricerca".

La Commissione speciale ha reso parere favorevole, ma ha fatto anche alcune osservazioni. In primo luogo ha chiarito che uno dei principali obiettivi, che l'intervento normativo si propone di realizzare, è rendere le procedure e le normative più consone alle peculiarità degli scopi istituzionali di tali enti; lo strumento della consultazione svolge un ruolo fondamentale e imprescindibile al fine di individuare in concreto le specifiche criticità degli enti pubblici di ricerca, e conseguentemente avviare, in vista di un loro effettivo superamento, il processo di riforma e semplificazione amministrativa; la consultazione è stata però del tutto carente, pur essendo condizione necessaria per un parere favorevole sulla riforma. E' infatti mancata una ricognizione adeguata ed effettiva delle problematiche del sistema di ricerca italiano e un'interlocuzione con il mondo scientifico "esterno" a quello degli enti, il confronto con i settori interessati (agricoltura, medicina, tecnologia, etc. etc.), ivi compresi gli operatori e le imprese attivi in quei settori, nonché una fase di ascolto degli operatori internazionali del settore, che pure sono decisivi in una ricerca che prescinde sempre di più dalle frontiere nazionali.

Con riferimento poi al fondo destinato al finanziamento premiale la Commissione ha affermato che esso, nella misura in cui viene coperto dalla riduzione del fondo ordinario, risulta inadeguato allo scopo di promuovere e sostenere il prioritario obiettivo dell'incremento qualitativo dell'attività scientifica; aggiungasi che la legge delega prevede l'invarianza delle risorse finanziarie disponibili a legislazione vigente. Il parere ha consigliato quindi di prevedere l'istituzione di un autonomo fondo premiale.

Ha ancora rilevato il Consiglio di Stato che la previsione di una "Consulta dei presidenti", seppure opportuna, non appare contenuta nella legge delega. Peraltro, una Consulta limitata ad esponenti rappresentativi degli Enti esistenti non elimina il rischio di una possibile autoreferenzialità dell'organismo e delle sue indicazioni. Sotto un diverso profilo, invece, dovrebbe essere meglio chiarito che la Consulta non può costituire un nuovo livello di verifica delle "scelte tecnico-programmatiche" di ciascun Ente, poiché ciò verrebbe a creare un meccanismo ulteriore – non previsto dalla delega – a quello già esercitato dai Ministeri competenti e perché le competenze dei diversi enti sono altamente specializzate nelle rispettive materie.

2. Il nuovo Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione.

2.1. Il Codice dei contratti pubblici.

Sullo schema del Codice dei contratti pubblici, pervenuto al Consiglio di Stato il 7 marzo 2016, quest'ultimo, in Commissione speciale, ha reso il parere n. 855 del 1 aprile 2016. La Commissione ha preliminarmente chiarito che il "nome di battesimo" dato al Codice ("Codice degli appalti pubblici e delle concessioni") non risulta esattamente corrispondente al contenuto dell'articolato,

sotto un duplice profilo: da un lato l'aggettivo "pubblici" viene riferito solo agli appalti, e non anche alle concessioni, pur essendo anche esse pubbliche; dall'altro lato, nel Codice non sono disciplinati solo appalti e concessioni, ma anche altri tipi contrattuali. Pur se la nozione comunitaria di appalto è molto lata, e ben più ampia di quella italiana, come desunta dal codice civile, ciò nonostante nel Codice in esame sono riportati tipi contrattuali che non vi rientrano. Basti solo pensare ad alcuni tipi di contratti "esclusi", quali le locazioni passive, che comunque nel Codice trovano una disciplina minimale; analogamente, le forme di partenariato pubblico-privato non sono tutte esattamente riconducibili né all'appalto né alla concessione. Il Codice, inoltre, pone alcuni principi di tutela della concorrenza nei contratti pubblici, che costituiscono un quadro di riferimento anche per i contratti "attivi" della Pubblica amministrazione, allo stato non inclusi nel Codice (locazioni attive, concessioni demaniali, concessioni di denaro pubblico) e che pure, in sede di futura implementazione, vi potrebbero essere inseriti. Ad avviso del Consiglio di Stato il Codice dovrebbe essere più appropriatamente denominato "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture", ovvero, e preferibilmente, "Codice dei contratti pubblici".

La Commissione ha anche evidenziato che non tutti i principi direttivi della delega sono stati interamente recepiti (ad es. conti correnti dedicati, concessioni del servizio idrico, obblighi di esternalizzazione e avvio tempestivo delle nuove gare per le concessioni nuove); il mancato recepimento di una parte della delega entro il termine di scadenza consuma definitivamente il relativo potere e tale omissione non può essere recuperata in sede di adozione di decreti correttivi, atteso che in essi sono consentite solo "correzioni", a seguito di una periodo di "sperimentazione applicativa", relative alle parti di delega già esercitate, ma non un esercizio tardivo, per la prima volta, della delega stessa. Con i decreti correttivi si può: intervenire per garantire la "qualità formale" del testo, con l'eliminazione di illegittimità, refusi, difetti di coordinamento, errori tecnici, illogicità, contraddizioni; apportare, previa verifica di impatto, le correzioni e integrazioni che l'applicazione pratica renda opportune, ma non potranno rimettersi in discussione le scelte di fondo operate in sede di primo esercizio della delega. La Commissione ha quindi osservato che potrebbe essere utile un esercizio anche solo "minimale" della delega, introducendo una pur minima base normativa, da poter successivamente integrare e ampliare in sede di correttivi. Ha infine ricordato che in ogni caso il mancato o incompleto recepimento di alcuni punti della legge delega costituisce una scelta politica del Governo, non sindacabile in sede di parere di legittimità

Tra i diversi profili problematici, evidenziati dalla Commissione speciale, il primo attiene alla collocazione del Codice nel sistema delle fonti del diritto di rango sovranazionale e costituzionale e delle fonti di rango primario: rispetto delle direttive comunitarie, della legge delega sotto il duplice profilo della mancata o inesatta attuazione e delle competenze legislative regionali.

Il primo problema generale è il rapporto tra direttive, legge delega e Codice, quanto al divieto di *gold plating* (inserimento di oneri aggiuntivi rispetto al livello minimo prescritto dalle direttive). Tale divieto va riferito agli oneri burocratici fini a sé stessi e non alle prescrizioni poste a tutela di valori costituzionali ritenuti più pregnanti del valore competitività, quali la tutela del lavoro, della salute, dell'ambiente, la trasparenza e prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni criminali. La legge delega, che pone il divieto di *gold plating* nel recepimento delle direttive, può derogarvi a tutela di detti valori, ma anche il Codice può, in circostanze eccezionali, derogare al divieto di *gold plating*, dandone conto con adeguata motivazione (nella scheda di analisi di impatto della regolamentazione). Ciò ha portato la Commissione a "giustificare" alcune opzioni di maggior rigore (ad esempio in materia di subappalto o concessioni), già fatte dal Codice. Il Consiglio di Stato ha quindi invitato il Governo a valutare, in certi ambiti, la possibilità di una disciplina di maggior rigore a tutela di fondamentali valori, come in tema di appalti sotto soglia, contratti esclusi. Il

divieto di *gold plating* dovrà essere rispettato anche in sede di adozione degli atti attuativi del Codice.

La Commissione ha poi sollevato dubbi di violazione della delega con riguardo: a) alla gara informale negli appalti sotto soglia con un numero minimo di tre concorrenti, in luogo del minimo di cinque fissato dalla delega; b) alla disciplina degli appalti della protezione civile e a quella del dibattito pubblico.

Il Consiglio di Stato si è detto favorevole all'abbandono del modello dell'unico regolamento di attuazione, che sinora non ha dato buona prova (per iperregolamentazione di dettaglio e tempi lunghi di adozione); ha però espresso preoccupazione per l'attuazione del Codice affidata a oltre 50 atti attuativi, analiticamente censiti. Anche gli atti attuativi dovranno attenersi al divieto di *gold plating*.

Altro problema di carattere generale è quello della fase transitoria. Essendo molteplici gli atti attuativi del Codice, che dovranno sostituire l'attuale, pressoché unico, regolamento generale, la Commissione ha auspicato che esso non sia abrogato con effetto immediato, per evitare che si determini un vuoto normativo, ma dalla data di adozione dei singoli atti attuativi (che opereranno una ricognizione delle disposizioni sostituite) e, comunque, con una "ghigliottina" allo scadere di due anni (circa) dall'entrata in vigore del Codice.

La Commissione ha sollevato rilievi con riferimento anche a singole disposizioni contenute nello schema di Codice. Ha chiesto che: a) l'*in house* sia meglio coordinato con la disciplina *in itinere* sui limiti alla costituzione delle società pubbliche; b) l'obiettivo, innovativo e centrale, della riduzione del numero delle stazioni appaltanti, mediante la loro qualificazione e centralizzazione obbligatorie, sia perseguito con una celere adozione degli atti attuativi, e salvaguardando meglio le piccole e medie imprese nei confronti della grande committenza; c) la disciplina dei requisiti morali dei concorrenti sia applicata con maggior rigore, mediante ampliamento del novero delle condanne penali ad effetto escludente e ripescaggio di altre fattispecie escludenti previste dal vecchio Codice; d) la disciplina dei requisiti reputazionali non sia punitiva degli operatori che esercitano in modo legittimo, e non emulativo o pretestuoso, il diritto di difesa in giudizio; e) il soccorso istruttorio sia chiaro nei suoi presupposti e limiti, e mai oneroso; f) la qualificazione degli operatori economici sia affidata a principi codicistici e regole attuative (di natura sostanzialmente regolamentare) chiare; g) il sistema SOA sia ripensato con riferimento all'esito della revisione straordinaria affidata all'Anac; h) la disciplina dell'avvalimento sia completata con la previsione del contratto di avvalimento, mentre è corretta la mancata riproduzione dei divieti di avvalimento plurimo, frazionato, e infra-ATI; i) il preferenziale criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non sia vanificato da fughe elusive nel criterio del prezzo più basso, e sia garantito per tutti i servizi a contenuto intellettuale; k) nella disciplina delle offerte anomale si ripristinino garanzie procedurali minime della fase di verifica in contraddittorio e si valuti il ripristino dell'esclusione automatica per le offerte anomale sotto soglia; l) si ripristini la facoltà di estendere la verifica di anomalia anche a offerte che non superano la soglia matematica di anomalia; m) il principio di tendenziale separazione tra progettazione e esecuzione non sia eluso mediante contratti atipici di partenariato pubblico-privato; n) le deroghe alla gara pubblica in caso di eventi di protezione civile siano di stretta interpretazione e limitate allo stretto necessario; o) sia circoscritto il presupposto della previsione di un evento imminente, che non può essere che una previsione fondata su parametri scientifici e riferita al probabile, oltre che imminente, verificarsi dell'evento; p) siano abrogate espressamente le previgenti regole derogatorie specifiche dettate per singoli eventi; q) per gli appalti nei settori speciali sia chiaro e definito il regime derogatorio; r) mentre è corretta l'estensione di disposizioni di maggior rigore a tutela della trasparenza, della partecipazione e della concorrenza, sia chiarito l'ambito della disciplina applicabile alla fase di esecuzione; s) nelle

concessioni il rischio sia l'effettivo elemento differenziale dall'appalto; t) si valuti il completamento dell'attuazione della delega in tema di concessioni autostradali (compresi il divieto di proroga e l'avvio tempestivo delle procedure di gara) e di obblighi di esternalizzazione; u) la decisione dell'Anac, resa in sede precontenziosa sull'accordo delle parti e che vincola le stesse, sia impugnabile entro un termine breve, e si preveda che il giudice valuterà la condotta della parte soccombente ai fini della lite temeraria; v) si rimoduli il potere dell'Anac di sollecito dell'autotutela delle stazioni appaltanti, trasformandolo da potere sanzionatorio a potere impugnatorio secondo il modello AGCM (controllo collaborativo); x) l'immediata impugnazione degli atti di ammissione e esclusione dalle gare sia accompagnata da tempi certi di conoscenza e accesso agli atti; y) si valuti una riduzione della misura del contributo unificato; z) non si sopprima la tutela cautelare nel rito superspeciale.

2.2. Linee guida Anac concernenti il Rup, l'offerta economicamente più vantaggiosa e i servizi di architettura ed ingegneria.

La Commissione speciale del Consiglio di Stato - con il parere 2 agosto 2016, n. 1767, reso su tre schemi di Linee guida concernenti, rispettivamente, il Rup, l'offerta economicamente più vantaggiosa e i servizi di architettura ed ingegneria - ha preliminarmente chiarito che l'Autorità nazionale anticorruzione (Anac), pur non esistendo un atto per il quale è obbligatorio il parere del Consiglio di Stato, ha ritenuto opportuno, in una logica di fattiva cooperazione istituzionale, sottoporre al Consiglio gli schemi delle linee guida. Ad avviso della Commissione, tale decisione è la conferma di un'evoluzione sostanziale delle funzioni consultive del Consiglio di Stato di cui all'art. 100 Cost., poiché si fa ricorso alla "consulenza giuridico-amministrativa" dell'Istituto anche per atti non tipici e *sui generis*, che non costituiscono un atto normativo in senso proprio, ma neppure possono configurarsi come una richiesta di parere su uno specifico quesito. Questa scelta inquadra le funzioni consultive al passo con i tempi, confermando il ruolo del Consiglio di Stato come un *advisory board* delle Istituzioni del Paese anche in un ordinamento profondamente innovato e pluralizzato, a quasi settant'anni dalla Costituzione. Non a caso, nella fattispecie, la richiesta di *advise* muove proprio dall'iniziativa di un'Autorità indipendente, figura fondamentale nell'ordinamento attuale ma non prevista dalla Costituzione, e si muove in piena coerenza con la giurisprudenza costante del Consiglio di Stato, che ammette la richiesta di parere da parte di Parlamento, Regioni, *Authorities*, etc. come esponenti dello Stato-comunità: il ricorso alle funzioni consultive, difatti, non può essere riservato soltanto ai componenti dello Stato-apparato.

Preliminarmente il Consiglio di Stato inquadra le c.d. linee guida nel sistema delle fonti. Ricorda innanzitutto che mentre il Legislatore del Codice del 2006 aveva optato per un modello unitario di attuazione delle regole da esso poste, mediante l'adozione di un generale regolamento governativo (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), il Codice del 2016 ha optato per un sistema diversificato e più flessibile basato essenzialmente su tre differenti tipologie di atti attuativi, e cioè quelli adottati: a) con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'Anac, previo parere delle competenti commissioni parlamentari; b) con delibera dell'Anac a carattere vincolante *erga omnes*, e in particolare le linee guida; c) con delibera dell'Anac a carattere non vincolante.

Le linee guida vincolanti adottate dall'Anac non hanno valenza normativa, ma sono atti amministrativi generali appartenenti al *genus* degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, sia pure connotati in modo peculiare. Gli atti di regolazione delle Autorità indipendenti si caratterizzano per il fatto che il principio di legalità assume una valenza diversa rispetto ai normali provvedimenti amministrativi, atteso che la legge si limita a definire lo scopo da perseguire, lasciando un ampio potere alle Autorità di sviluppare le modalità di esercizio del potere stesso.

La natura non regolamentare delle linee guida adottate direttamente dall'Anac consente, inoltre, che la fase di attuazione delle disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici, che rinviano a esse, non incontri i limiti che il comma 6 dell'art. 117 Cost. pone all'esercizio del potere regolamentare statale.

La natura vincolante delle linee guida non lascia poteri valutativi nella fase di attuazione alle Amministrazioni pubbliche e agli enti aggiudicatori, che sono obbligati a darvi concreta attuazione. Peraltro non sempre la "vincolatività" dei provvedimenti in esame esaurisce la "discrezionalità" esecutiva delle suddette Amministrazioni, occorrendo di volta in volta valutare la natura del precetto per stabilire se esso sia compatibile con un ulteriore svolgimento da parte delle singole stazioni appaltanti di proprie attività valutative e decisionali. La particolare natura delle linee guida in esame comporta che, in mancanza di un intervento caducatorio (da parte della stessa Autorità, in via di autotutela, o in sede giurisdizionale), le stesse devono essere osservate, a pena di illegittimità degli atti consequenziali.

Avverte ancora il Consiglio di Stato che l'esistenza di quello che è stato definito un "gap democratico" nell'adozione di tali atti, riscontrabile in tutti i provvedimenti adottati dalle Autorità indipendenti, impone, sul piano procedimentale, forme di "compensazione" assicurate da una serie di strumenti di *better regulation*. E' necessario: a) in primo luogo, una sistematica "consultazione", "che costituisce ormai una forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al *decision making process* dei soggetti interessati e che ha anche l'ulteriore funzione di fornire ulteriori elementi istruttori/motivazionali rilevanti per la definizione finale dell'intervento regolatorio"; b) in secondo luogo, una attenta analisi di impatto della regolazione (AIR); c) in terzo luogo, che alla fase di adozione delle linee guida segua poi una attenta verifica *ex post* dell'impatto della regolazione (VIR), per un eventuale adattamento del contenuto delle linee guida alle esigenze emerse nella fase di concreta ed effettiva applicazione.

Le linee guida non vincolanti sono anch'esse atti amministrativi generali, con conseguenziale applicazione dello statuto del provvedimento amministrativo. Esse perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti. Il principio di legalità si atteggia, in questo caso, in modo ancora differente, in quanto il Codice dei contratti si è limitato ad autorizzare, con previsione generale, l'esercizio di tale potere dell'Autorità, al fine di garantire "la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche" (art. 213).

La diversità ontologica rispetto alle linee guida vincolanti segna anche la diversità di disciplina. Mentre non cambiano, rispetto alle linee guida vincolanti, le implicazioni di natura costituzionale, in ragione della natura non normativa degli atti in questione, in relazione al rispetto del comma 6 dell'art. 117 Cost., diverso può essere il comportamento delle stazioni appaltanti, che possono discostarsi da dette linee guida non vincolanti, motivando congruamente le ragioni di tale scelta, se la peculiarità della fattispecie concreta giustifica una deviazione dall'indirizzo fornito dall'Anac ovvero se sempre la vicenda puntuale evidenzia eventuali illegittimità delle linee guida nella fase attuativa. Fatti salvi questi casi, la violazione delle linee guida può essere considerata come elemento sintomatico dell'eccesso di potere.

Tutto ciò preliminarmente chiarito la Commissione ha illustrato il proprio ambito di verifica, avvertendo che i rilievi svolti con riferimento alle linee guida vincolanti riguarderanno essenzialmente il rispetto, da parte delle prescrizioni dell'Autorità, del parametro legislativo ovvero l'occupazione di spazi di regolazione non autorizzati dalla fonte primaria. Alla verifica della "legalità" si può affiancare quella sulla "ragionevolezza", da svolgere in attuazione dei principi generali che regolano l'azione amministrativa. Ha ancora precisato che la verifica effettuata non

attribuisce una sorta di “cappello protettivo di legittimità” in una eventuale fase di contenzioso giudiziale. Un sindacato pieno presuppone che la regolazione della vicenda amministrativa si completi mediante l’adozione dei singoli atti della procedura di gara, atteso che il giudizio di validità degli stessi non può prescindere da una verifica in concreto della tenuta delle linee guida nel momento della loro concreta attuazione da parte delle stazioni appaltanti. Del resto, lo stesso sindacato di ragionevolezza è un sindacato che si fonda sul “caso concreto”.

Il controllo di legalità delle linee guida non vincolanti verrà invece svolto, mancando un puntale parametro legislativo di riferimento, alla luce delle norme generali di disciplina dell’attività amministrativa. Maggiore spazio avrà il controllo di ragionevolezza e anche la valutazione in ordine all’opportunità di talune scelte di regolazione, ovvero di estendere l’ambito delle direttive per offrire agli operatori del settore un quadro completo di indirizzi in grado di evitare distorsioni della concorrenza.

Come si è detto, la Commissione speciale ha reso un unico parere sui tre schemi di linee guide relative all’offerta economicamente più vantaggiosa, al Rup e ai servizi di architettura ed ingegneria.

■ **Linee guida sull’offerta economicamente più vantaggiosa.**

Le linee guida sull’offerta economicamente più vantaggiosa sono emanate ai sensi dell’art. 213, comma 2, del Codice e, cioè, nell’ambito di una competenza generale dell’Anac e vanno qualificate, con tutte le implicazioni innanzi precisate, come linee guida non vincolanti. Si tratta, in effetti, di istruzioni operative indirizzate alle stazioni appaltanti e finalizzate per lo più ad offrire alle Amministrazioni pubbliche aggiudicatrici formule e metodi, di natura tecnico-matematica, sulla valutazione delle offerte e sull’assegnazione alle stesse di un punteggio numerico.

Nel dettaglio, il parere reso ha prima esaminato le linee guida in tema di offerta economicamente più vantaggiosa. In proposito, ha sottolineato il carattere che emerge dall’analisi delle Linee guida sul punto, le quali appaiono alla stregua di mere istruzioni operative per le stazioni appaltanti, in prevalenza finalizzate ad offrire ad esse formule e metodi di natura tecnico matematica sulla valutazione delle offerte e sull’assegnazione alle stesse di un punteggio numerico.

Il parere ha evidenziato l’impostazione minimale seguita dall’Anac sul punto. Tale struttura del documento se, per un verso, risulta condivisibile ed apprezzabile, nella misura in cui rispetta la discrezionalità delle stazioni appaltanti nella scelta dei criteri e dei metodi di analisi delle offerte più coerenti con le specifiche esigenze dell’appalto in questione, sconta, per altro verso, un *deficit* di utilità. Ad avviso della Commissione, se appare senz’altro apprezzabile l’impostazione di offrire alle Amministrazioni pubbliche un ventaglio di metodologie valutative e un menu di strumenti di analisi delle offerte, con l’espressa responsabilizzazione delle stazioni appaltanti nella selezione di quelli più appropriati e coerenti con le specifiche esigenze della procedura amministrata, non può che rilevarsi che, per alcuni aspetti, sarebbe opportuno, o addirittura necessario, che l’Anac guidasse, mediante raccomandazioni che resterebbero comunque non vincolanti, l’esercizio della discrezionalità delle stazioni appaltanti. Tale esigenza, che si rivela del tutto coerente con la *mission* istituzionale assegnata all’Anac, appare particolarmente urgente per gli aspetti della disciplina maggiormente esposti al rischio di distorsioni della concorrenza o di alterazione della *par condicio* tra gli operatori economici e che necessitano, quindi, di istruzioni finalizzate a scongiurare quei pericoli.

La Commissione speciale ha quindi offerto una serie di indicazioni di dettaglio. A titolo esemplificativo, a fronte della raccomandazione relativa all’introduzione nei bandi di criteri compensativi, il parere segnala la necessità di impartire istruzioni più stringenti ed efficaci, quale, ad esempio, il suggerimento dell’attribuzione di un peso massimo a tale tipologia di criteri.

■ **Linee guida sulla nomina, sul ruolo e sui compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni (Rup).**

Le linee guida sulla nomina, sul ruolo e sui compiti del Rup sono emanate ai sensi dell'art. 31 comma 5, del Codice. Ai sensi di tale norma l'Anac, con proprio atto, definisce una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal Codice, in relazione alla complessità dei lavori, e determina l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il Rup può coincidere con il progettista o con il direttore dell'esecuzione del contratto.

Nel silenzio dell'art. 31, comma 5, del Codice, che non specifica a quale tipologia di linee guida sia da ascrivere tale intervento dell'Anac, la Commissione ha ritenuto che si tratti di linee guida di natura vincolante. Si tratta, infatti, di disposizioni integrative della fonte primaria, in materia di *status* (requisiti di professionalità) e di competenze di un organo amministrativo.

Le linee guida, sottoposte al parere del Consiglio di Stato, hanno un duplice contenuto: da un lato, attuano l'art. 31, comma 5, del Codice mentre, dall'altro lato, forniscono indicazioni interpretative delle disposizioni dello stesso art. 31 nel suo complesso. Mentre nella parte in cui attuano il comma 5 dell'art. 31 hanno portata vincolante, nella parte in cui forniscono una esegesi dell'art. 31 nel suo complesso, sono adottate ai sensi dell'art. 213, comma 2, del Codice e hanno una funzione di orientamento e *moral suasion*.

Sulla base di tale ricostruzione il parere ha suggerito, per ragioni di certezza e chiarezza in ordine a portata e contenuti, di distinguere le linee guida in due parti, differenziate già in base al relativo titolo, e di esplicitare in modo chiaro (per ragioni di certezza per gli operatori) che soltanto la seconda di esse ha portata vincolante.

Il parere ha quindi elencato una serie di modifiche di dettaglio, sempre proposte alla luce del predetto criterio. Esemplificando, ha segnalato come esuli dai limiti individuati dalla norma del Codice oggetto di attuazione la fissazione del contenuto indefettibile del provvedimento di nomina del Rup, ivi compresa la necessaria indicazione dei poteri di delega conferiti e delle risorse messe a disposizione per lo svolgimento delle funzioni.

■ **Linee guida relative all'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria (SIA).**

Le linee guida relative all'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria sono emanate ai sensi della generale disposizione abilitante di cui all'art. 213, comma 2, del Codice. Si tratta di linee guida non vincolanti, che nascono dall'esigenza di riordino della materia dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria. Nel passaggio dalla vecchia ed analitica disciplina, dettata dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e dal relativo regolamento di attuazione (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), alla disciplina più snella e frammentaria del nuovo Codice, si sono venute a creare lacune che le linee guida dell'Anac hanno inteso colmare.

Tali linee guida costituiscono quindi innanzitutto uno strumento di ricognizione normativa e del suo tessuto connettivo, mediante l'enucleazione dei principi generali in materia e la loro riconduzione in un quadro organico. Inoltre, sotto quest'ultimo profilo, nel contesto della loro non vincolatività, le linee guida si prestano a svolgere la fondamentale funzione di atto di indirizzo generale, al precipuo fine di delimitare la cornice della discrezionalità della committenza pubblica. Dall'altro lato, la predeterminazione di regole uniformi, ancorché subordinate quanto alla loro applicazione concreta ad una decisione della stazione appaltante, si colloca nell'obiettivo di aumentare i livelli di trasparenza ed imparzialità di quest'ultima, con positive ricadute tanto sulla prevedibilità dell'azione amministrativa quanto sui comportamenti degli operatori economici del settore.

2.3. Linee guida Anac in materia di procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria.

Il Consiglio di Stato ha reso, in Commissione speciale, il parere 13 settembre 2016, n. 1903 sullo schema di Linee guida in materia di procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, elaborate dall'Anac in attuazione di quanto disposto dall'art. 36, comma 7, del nuovo Codice dei contratti pubblici; esse forniscono indicazioni, individuando le "migliori pratiche" e stabilendo, dunque, modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure in un settore di mercato, come quello degli appalti pubblici sotto-soglia, di assoluto rilievo - anche in termini percentuali - nel mondo produttivo nazionale.

Con tali linee guida l'Anac ha tentato un bilanciamento tra l'esigenza di semplificazione e razionalizzazione della disciplina e la necessità di osservare i principi generali di concorrenza, trasparenza, non discriminazione, pubblicità e proporzionalità, che regolano l'affidamento e l'esecuzione degli appalti e delle concessioni (art. 30, comma 1, del Codice), nonché l'azione amministrativa. Conseguentemente, le indicazioni di carattere procedurale attinenti all'obbligo di motivazione, alla predisposizione della determina a contrarre e alla stipulazione del contratto, sono state differenziate in ragione dell'oggetto e del valore dell'affidamento.

La Commissione ha rilevato che però non mancano profili di criticità nel raggiungimento dell'intento di introdurre ulteriori elementi di semplificazione per le procedure sotto-soglia, che garantiscano adeguati livelli di pubblicità e trasparenza, ma senza inutili oneri aggiuntivi per gli operatori economici. Ragionando ancora in termini generali, in un mercato sempre più sensibile in termini percentuali come quello del "sotto-soglia", l'introduzione di vincoli di motivazione aggiuntivi rispetto a quanto previsto dalla legge può apparire, infatti, in contraddizione con l'intento di semplificazione, pur rispondendo alla logica, che in effetti traspare da più parti del testo, volta a privilegiare anche in questo caso, se possibile, le procedure ordinarie, che maggiori garanzie danno, evidentemente, sotto i profili della correttezza dei comportamenti e dell'anticorruzione. La Commissione ha dunque rilevato che se l'art. 36, comma 2, del Codice fa "salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie", l'Anac sottintende a tutto il lavoro, e non lo cela al riguardo, un principio comune di cautela nell'adozione delle procedure semplificate, imponendo pregnanti obblighi motivazionali per chi, pur nell'ambito del sotto-soglia, intenda optare per sistemi di affidamento non ordinario, dunque non aperti, sulla base di criteri di concorrenza, trasparenza e pubblicità, alla partecipazione di tutte le imprese potenzialmente interessate. Il Consiglio di Stato ha concluso nel senso che appare in ogni caso maggiormente equilibrato riservare alle stazioni appaltanti - nel momento preventivo della determina a contrarre e, quindi, della scelta della procedura - un onere motivazionale sintetico, mentre trova giustamente spazio nella fase della scelta dell'aggiudicatario l'onere di dare dettagliata contezza del possesso da parte dell'operatore selezionato dei requisiti richiesti nella stessa determina a contrarre e della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico, che la stazione appaltante è chiamata soddisfare. Invece, in caso di affidamento all'operatore economico uscente, appare non sufficiente imporre un "onere motivazionale più stringente", quando, invece, dovrebbe darsi conto del carattere del tutto eccezionale sia della reiterazione dell'invito alla procedura sia del riaffido dell'appalto allo stesso operatore economico, ad esempio a fronte di riscontrata effettiva assenza di alternative, non potendosi dimenticare il rispetto, tra gli altri, del principio di rotazione sancito specificamente dalla legge. Peraltro, la possibilità di riaffidare in via diretta l'appalto allo stesso operatore economico uscente, ad esempio a fronte di riscontrata effettiva assenza di alternative deve essere, ad avviso della Commissione, considerarsi eccezionale.

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

Sullo schema delle Linee guida relative ai criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici la Commissione speciale del Consiglio di Stato ha reso il parere 14 settembre 2016, n. 1919, ponendosi preliminarmente alcuni problemi di carattere generale.

La prima questione interpretativa attiene alla stessa natura del potere dell'Anac previsto dall'art. 78 del Codice, che delimita il potere dell'Autorità alla gestione e all'aggiornamento dell'Albo, nonché all'individuazione dei criteri e delle modalità di individuazione dei requisiti di compatibilità, onorabilità, comprovata competenza e professionalità. Il documento non definisce la natura dell'atto, limitandosi a fare generico riferimento a "determinazioni" dell'Autorità. Ad avviso del Consiglio di Stato la prescrizione deve essere intesa, come in effetti correttamente fatto dalla stessa Anac, nel senso che si deve trattare di "linee guida". La valenza integrativa del precetto primario, attribuita alla suddetta determinazione, induce inoltre a ritenere che si sia in presenza di linee guida vincolanti.

La seconda questione attiene alla portata dell'obbligo di iscrizione nell'Albo. L'Autorità, nelle linee guida in esame, ha disposto che "per poter fare parte della commissione gli esperti devono necessariamente essere iscritti all'Albo, anche se appartenenti alla stazione appaltante che indice la gara". La Commissione speciale condivide le conclusioni alle quali è pervenuta l'Anac in considerazione della valorizzazione del canone interpretativo sistematico, in coerenza con gli obiettivi di trasparenza perseguiti dalla nuova normativa e del criterio direttivo contenuto nella legge delega (art. 1, lett. hh).

La terza questione - che attiene al rischio che tale diversità di nomina possa "deresponsabilizzare" le stazioni appaltanti, incidendo sui tempi e sulla stessa efficienza nella gestione delle procedure di gara - è stata considerata dalla Commissione speciale superabile atteso che i commissari sono organi istruttori straordinari e temporanei della stazione appaltante, e ciò consente il funzionamento del sistema di imputazione dell'attività proprio delle organizzazioni amministrative: le valutazioni della commissione, anche eventualmente illegittime, sono riconducibili direttamente all'Amministrazione aggiudicatrice. La violazione delle regole di azione da parte dei commissari determina, altresì, responsabilità civile diretta della stazione appaltante per i danni eventualmente subiti da terzi e responsabilità amministrativa dei commissari con giurisdizione della Corte dei conti. L'interruzione del nesso organico si realizza, in particolare, quando vengono poste in essere condotte che integrano fattispecie di reato. La circostanza che i commissari siano, normalmente, esterni, e non interni, alla stazione appaltante non muta il descritto meccanismo operativo. Anche nella nuova disciplina è presente, infatti, un "atto di nomina", che è quello che consente la creazione del rapporto di ufficio, che sta alla base del sistema delle imputazioni giuridiche.

Diverse sono le questioni più specifiche sulle quali la Commissione ha appuntato la propria attenzione. Ha tra l'altro chiarito che l'obbligo della previa iscrizione all'Albo gestito dall'Anac, ai fini della nomina nelle commissioni giudicatrici per i concorsi di progettazione, opera soltanto in presenza di Amministrazioni aggiudicatrici e non anche, nei settori speciali, in presenza di enti aggiudicatori.

Quanto alla composizione dell'Albo e alle modalità di nomina dei commissari "esterni" ed "interni" il Consiglio di Stato ha affermato che la previsione normativa, ripresa dalle linee guida, che consente la nomina di commissari interni in presenza di appalti di "particolare complessità", deve essere interpretata in modo rigoroso, per evitare una possibile elusione della regola generale. In ordine alla previsione delle linee guida - secondo cui il Presidente deve sempre essere nominato

facendo ricorso alla lista comunicata dall'Autorità – Consiglio di Stato ha affermato che essa, pur rispondendo maggiormente alla complessiva finalità di trasparenza perseguita dalla riforma, si pone in contrasto con la normativa primaria. Non ha neanche copertura legislativa il (non chiaro) criterio discrezionale, individuato dalle linee guida nell'esistenza di "valutazioni discrezionali", tra nomina di "commissari interni con Presidente esterno" e nomina di "commissione completamente interna". Il perseguimento del condivisibile obiettivo di trasparenza presuppone, pertanto, una modifica del Codice, in attesa della quale le linee guida potrebbero esprimere una mera raccomandazione alle stazioni appaltanti, le quali potrebbero modulare la composizione della commissione in modo da assicurare la presenza di un Presidente nominato tra esperti esterni all'Amministrazione.

La Commissione ha anche rilevato che le linee guida - nel disporre che la stazione appaltante può prevedere ulteriori adempimenti rispetto alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche, tra i quali la "valutazione della congruità delle offerte tecniche, svolta in collaborazione con il responsabile del procedimento" - assegnano alla commissione funzioni non autorizzate dalla legge; parimenti non coperta dalla fonte primaria è la parte delle linee guida che dispone che "La nomina di commissari interni può essere effettuata solo quando nell'Albo vi siano un numero di esperti della stazione appaltante sufficiente a consentire il rispetto dei principi di indeterminazione del nominativo dei commissari di gara prima della presentazione delle offerte e della rotazione delle nomine", avendo introdotto un presupposto non contemplato dal Codice.

Ha ancora chiarito il Consiglio di Stato che, ai fini dell'identificazione della categoria dei "dipendenti pubblici" che possono essere nominati nella commissione, non si deve avere riguardo alle Amministrazioni di cui all'art. 1, l. 31 dicembre 2009, n. 196 ma a quelle di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e che siano considerati ostative alla nomina dei commissari tutte le condanne per reati di cui all'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016, anche al fine di creare una sorta di "simmetria escludente" tra requisiti dei partecipanti e dei giudicanti.

2.5. Regolamento Anac per il rilascio dei pareri precontenziosi.

Il regolamento Anac per il rilascio dei pareri precontenziosi, sul cui schema la Commissione speciale del Consiglio di Stato ha reso il proprio parere (14 settembre 2016, n. 1920), ha sostituito i regolamenti già approvati ai sensi dell'art. 6, comma 6, lett. n), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. La principale novità, introdotta in materia dal Regolamento Anac, risiede nella possibilità per le parti interessate di manifestare, entro dieci giorni, la volontà di uniformarsi al parere. È previsto, infatti, che il parere reso dall'Autorità è vincolante per le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito.

Molteplici sono le questioni affrontate dal Consiglio di Stato.

Nell'esaminare il rapporto tra i commi 1 e 2 dell'art. 211 del Codice la Commissione speciale ha chiarito che il comma 2 attribuisce all'Anac un potere di invito, nei confronti delle stazioni appaltanti, ad agire in autotutela. Il potere di raccomandazione, così introdotto, è presidiato da una sanzione pecuniaria nei confronti del dirigente responsabile e dalla previsione della sua incidenza sulla reputazione delle stazioni appaltanti. Il rapporto naturale tra parere e raccomandazione è di alternatività, in modo da dar luogo ad un sistema di tutela pre-processuale completo, attivabile su iniziativa di parte, o, in mancanza, d'ufficio. Tuttavia è possibile che le due procedure si intreccino, come si evince dallo stesso regolamento, che sancisce l'inammissibilità delle istanze di precontenzioso interferenti con esposti di vigilanza e procedimenti sanzionatori in corso di istruttoria presso l'Autorità. Né, siccome ancora chiarito dal Consiglio di Stato, può escludersi che l'Anac usi il potere di raccomandazione a seguito del precontenzioso. Il Consiglio di Stato, pertanto, ha ravvisato la necessità di una disciplina di regolamentazione della fattispecie, che

delimiti i presupposti di esercizio del potere e individui le procedure sulle quali intervenire, anche alla luce del considerando n. 122 della direttiva UE 24/2014.

Dopo un *excursus* di carattere generale sul potere regolamentare delle Autorità indipendenti, in cui si sottolinea l'importanza della fase istruttoria e, in particolare, dell'intervento consultivo del Consiglio di Stato, la Commissione ha affrontato il problema dell'inquadramento del regolamento in esame, riconducendolo alla categoria dei regolamenti di organizzazione, essendo principalmente volto a disciplinare lo svolgimento della funzione precontenziosa definita dalla fonte primaria. Ciò implica, da un lato, che non occorre evocare la teoria dei poteri impliciti per ravvisare una base legale al potere regolamentare esercitato, trovando esso fondamento nel potere di auto-organizzazione dell'Anac; dall'altro lato, che il regolamento incontra limiti legati alla sua incidenza sulle posizioni giuridiche degli interessati.

La Commissione ha poi evidenziato la differenza tra le linee guide Anac vincolanti ed il regolamento adottato dalla stessa Autorità. Le linee guida vincolanti sono atti di regolazione, del tipo di quelli adottati dalle Autorità amministrative indipendenti, ed hanno quindi natura amministrativa. Per contro, il regolamento dell'Anac resta ancorato al sistema delle fonti di matrice kelseniana, costruito come un'architettura geometrica, sulla base del valore formale dell'atto, ed ha la funzione di dettare norme di azione per la Pubblica amministrazione, e non regole di condotta per gli operatori. Dunque, il regolamento sul precontenzioso è essenzialmente rivolto all'interno, anche se con inevitabili ricadute sui terzi, mentre le linee guida vincolanti sono rivolte all'esterno; e ciò conferma la natura di regolamento di organizzazione.

La Commissione speciale ha poi affrontato il problema della natura giuridica del precontenzioso e ha concluso nel senso che va inquadrato nelle ADR (*Alternative Dispute Resolution*), sia pure con indiscutibili tratti di specialità, poiché la procedura riposa sulla volontà delle parti, in base a un sistema binario, a seconda che vi sia o non l'assenso all'efficacia vincolante del parere, e sfocia in un atto amministrativo che, quando ha efficacia vincolante, può essere impugnato in sede giurisdizionale.

Il consenso deve essere esplicito e non può desumersi dalla formulazione dell'istanza di parere, che è un mero atto di impulso, privo di una manifestazione di volontà diretta ad assoggettarsi al parere. La vincolatività del parere al consenso delle parti è giustificata se si vuole mantenere la distanza dai mezzi processuali ed è la caratteristica principale delle tecniche di risoluzione alternativa delle controversie. È vero che le ADR attengono a diritti disponibili, ma tale principio è insuperabile solo nell'ambito dei mezzi non aggiudicativi, come la mediazione o la negoziazione assistita, che hanno una connotazione marcatamente privatistica, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale. Nell'ipotesi in esame, invece, la procedura è svolta e decisa da un organo pubblico, che appartiene al novero delle Autorità indipendenti di settore, come l'AGCM, cui sono riconosciute funzioni non lontane dalla giurisdizione. Il pericolo, allora, è proprio quello di una processualizzazione dell'istituto, contraria alla sua *ratio*, che la Commissione suggerisce di evitare indicando una serie di specifici correttivi.

La Commissione infine, oltre a formulare rilievi per migliorare la procedura e garantire le parti interessate alla decisione, ha individuato quattro aree di criticità della procedura costruita dal regolamento, in larga misura dipendenti dal modello previsto dalla fonte primaria.

In primo luogo, una volta stabilita l'impugnabilità del parere, non è più necessario subordinarne l'efficacia vincolante al previo consenso delle parti. Nell'ordinamento, quando è previsto il ricorso (facoltativo) ad una Autorità indipendenti, l'efficacia vincolante della decisione non è subordinata al previo consenso delle parti (si pensi al ricorso al difensore civico o alla commissione per l'accesso), ma tale soluzione non è perseguibile *de iure condito*.

In secondo luogo, l'efficacia soggettiva variabile compromette, se non l'effetto di deflazione, la linearità del sistema. Si pensi alla stazione appaltante che, sottoposta all'efficacia vincolante del parere, decida di adeguarsi ad esso. La parte, che non è sottoposta alla forza vincolante del parere, potrà limitarsi a dedurre l'inefficacia nei suoi confronti, con la conseguenza che – se sfavorevole – non sarà tenuta, per tutelarsi, a impugnarlo o a partecipare al giudizio da altri instaurato. Tuttavia, resterà pur sempre pregiudicata dal provvedimento adottato sulla base di tale parere, ragion per cui dovrà impugnarlo, dando luogo a un problematico rapporto tra i due giudizi.

In terzo luogo, il parallelismo con l'arbitrato evidenzia un'aporia nella natura consensuale del meccanismo: ed invero in ambito civilistico, la struttura contrattuale del compromesso e della clausola compromissoria rende irrevocabile l'assenso mentre nell'istituto in esame il carattere unilaterale del vincolo rende possibile un ripensamento della parte stessa.

In quarto luogo, sussiste il problema della disciplina applicabile al procedimento (termini, rapporti con la tutela giurisdizionale, inammissibilità e improcedibilità, revocazione, etc.), non essendo espressamente prevista.

2.6. Decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sull'individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione.

La Sezione consultiva atti normativi ha emesso parere (21 ottobre 2016, n. 2189) sul decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, avente ad oggetto le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e requisiti di specializzazione per la loro esecuzione. Il decreto reca la disciplina delle opere cosiddette superspecialistiche per le quali non è ammesso l'avvalimento, qualora il loro valore superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori e per le quali l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento delle opere, individuando in particolare il loro elenco e i requisiti di specializzazione che devono essere posseduti per la loro esecuzione. La Sezione consultiva ha condiviso la scelta dell'Amministrazione di ribadire l'elenco delle opere superspecialistiche già fissato dalle previgenti disposizioni, atteso che, in attesa della predisposizione da parte dell'Anac del sistema unico di qualificazione di cui all'art. 84 del Codice, non sarebbe utile "provocare disallineamenti e disfunzioni rispetto al vigente sistema di qualificazione". Ha altresì avallato la decisione di sottoporre l'atto normativo ad un periodo di monitoraggio di dodici mesi, all'esito del quale si procederà "all'aggiornamento" del suo contenuto, e ciò sia perché il contesto normativo, nel quale si inserisce il decreto, potrebbe mutare a seguito della definizione, da parte dell'Anac, del sistema unico di qualificazione degli operatori economici previsto dall'art. 84 del Codice, sia perché tale previsione potrebbe risultare utile al fine di superare le problematiche paventate dalle Associazioni di settore nel corso del procedimento prodromico alla stesura dello schema *de quo*.

2.7. Linee guida del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sul Direttore dei lavori e sul Direttore dell'esecuzione.

Con parere 3 novembre 2016, n. 2282 la Commissione speciale del Consiglio di Stato ha esaminato lo schema di decreto, adottato in attuazione dell'art. 111 (Controllo tecnico, contabile e amministrativo), d.lgs. n. 50 del 2016 e trasmesso dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di approvazione delle Linee guida recanti "Il Direttore dei lavori: modalità di svolgimento delle funzioni di direzione e controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione del contratto" e "Il Direttore dell'Esecuzione: modalità di svolgimento delle funzioni di coordinamento, direzione e controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto".

Nel soffermarsi sulla natura di tali linee guida la Commissione ha premesso che i decreti hanno una portata di attuazione e completamento della fonte primaria, con “una chiara efficacia innovativa nell’ordinamento, che si accompagna ai caratteri di generalità e astrattezza” della disciplina introdotta. Pertanto, indipendentemente dal *nomen iuris* fornito dalla delega e dallo stesso Codice, tali atti devono essere considerati ‘regolamenti ministeriali’ ai sensi dell’art. 17, comma 3, l. 23 agosto 1988, n. 400, con tutte le conseguenze in termini di forza e valore dell’atto; forma e disciplina procedimentale stabilite dallo stesso comma 3 (ad es., comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri prima della loro emanazione) e dal successivo comma 4 della cit. l. n. 400; implicazioni sulla potestà regolamentare costituzionalmente riconosciuta a favore delle Regioni (art. 117, comma 6, Cost.), tenuto conto dell’esistenza nella materia dei contratti pubblici di titoli di competenza di queste ultime. Rispetto alle regole codificate nell’art. 17, comma 3, l. n. 400 del 1988 per i regolamenti ministeriali, la legge delega “rafforza” il procedimento, prescrivendo in aggiunta il parere delle competenti commissioni parlamentari.

Ha aggiunto la Commissione speciale che la natura regolamentare delle linee guida, sulle quali è reso il parere, comporta che esse non possono essere meramente ripetitive di disposizioni già contenute nel Codice, perché tali ripetizioni (che vengono nel parere elencate perché siano espunte), oltre ad essere superflue e contrarie ai principi in tema di rapporti tra fonte primaria e fonte regolamentare, si pongono anche in contrasto con l’ambito assegnato dall’art. 111 del Codice alla fonte secondaria, nonché con la stessa legge delega

Dopo puntuale indicazione delle parti del Regolamento in contrasto con il Codice, il parere ha concluso disponendo, ai sensi dell’art. 58, r.d. 21 aprile 1942, n. 444, che sia trasmesso al Presidente del Consiglio dei Ministri – e per esso al DAGL (Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi) - affinché valuti possibili correttivi alle norme, debitamente indicate, dello stesso Codice.

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

Con il parere /interlocutorio) 3 novembre 2016, n. 2284 la Commissione speciale del Consiglio di Stato ha esaminato lo schema di Linee guida Anac relative alle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara, nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili. Ha premesso che le stesse non riguardano l’intero ambito di applicazione dell’art. 63 del Codice, che elenca i casi tassativi in cui le stazioni appaltanti possono utilizzare le procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando di gara, ma solo alcune ipotesi specifiche e, in particolare, quelle relative all’esecutore determinato per ragioni di natura tecnica, artistica, o di privative alle forniture complementari e ai servizi analoghi. Obiettivo delle linee guida è fornire indicazioni puntuali alle stazioni appaltanti e agli operatori economici circa le condizioni che devono verificarsi affinché si possa legittimamente fare ricorso: alle deroghe previste per i casi di infungibilità di beni e servizi; alle procedure da seguire per l’accertamento di situazioni di infungibilità e agli accorgimenti che le stazioni appaltanti devono adottare per evitare di trovarsi in situazioni in cui le decisioni di acquisto, in un certo momento, vincolino le decisioni future (fenomeno c.d. del *lock-in*).

Ciò chiarito, la Commissione speciale, pur evidenziando alcune criticità dello schema di Linee guida, ha sospeso l’espressione del suo parere in attesa di una aggiornata consultazione dei soggetti portatori di interessi, che in precedenza era stata fatta con solo dieci soggetti nella vigenza del Codice approvato con d.lgs. 1 aprile 2006, n. 163, ma che l’Anac aveva ritenuto di poter utilizzare stante la sostanziale continuità della disposizione normativa che è alla base delle linee guida.

2.9. Decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sui requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee.

Il decreto, sul quale la Commissione speciale del Consiglio di Stato ha reso il suo parere (3 novembre 2016, n. 2285), è volto: a) a definire i requisiti che devono possedere i professionisti singoli o associati, le società di professionisti, le società di ingegneria, i raggruppamenti temporanei, i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria e i gruppi europei di interesse economico (GEIE), ai fini dell'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria, nonché: b) ad individuare i criteri per favorire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee di cui le stazioni appaltanti devono tener conto ai fini dell'aggiudicazione - garantendo al contempo la necessaria "competenza, esperienza e professionalità" di tali figure professionali. Nell'obiettivo del Ministero il decreto è finalizzato, "nel medio e lungo periodo" ad ottenere una maggiore "trasparenza ed efficienza" dei servizi di architettura e ingegneria, che dovrebbe favorire - coerentemente con il programma di Governo - la "crescita dell'occupazione", lo "sviluppo della concorrenza", "l'aumento della competitività" del settore nonché una "semplificazione ed accelerazione" delle procedure di gara, da conseguire attraverso il collegamento tra il casellario delle società di ingegneria dell'Anac e la banca dati degli operatori economici istituita presso il Ministero proponente. Quanto alla natura giuridica del decreto, ad avviso della Commissione, si tratta di un "regolamento ministeriale" ai sensi dell'art. 17, comma 3, l. 23 agosto 1988, n. 400, indipendentemente dal *nomen iuris* individuato dalla delega recata dal Codice,

Il Consiglio di Stato, pur segnalando alcune criticità dello schema di decreto, ritiene che le sue disposizioni sono coerenti con le finalità allo stesso sottese, quali una maggiore "trasparenza ed efficienza" dei servizi di architettura e ingegneria, che dovrebbe favorire la "crescita dell'occupazione", lo "sviluppo della concorrenza", "l'aumento della competitività" del settore, nonché una "semplificazione ed accelerazione" delle procedure di gara, e cioè di obiettivi il cui raggiungimento non può non essere condiviso e anzi auspicato dalla Commissione. Aggiunge che, in ogni caso, l'effettivo conseguimento dei suddetti obiettivi può essere concretamente valutato mediante l'analisi di alcuni indici quali: il numero degli eventuali contenziosi scaturiti dall'applicazione della normativa in oggetto; il numero di iscrizioni al casellario delle società di ingegneria istituito presso l'Anac; la quantità dei dati presenti nella banca dati degli operatori economici presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; nonché l'effettivo numero di gare affidate a società con presenza di giovani professionisti.

2.10. 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 di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice.

Il decreto, sul quale la Commissione speciale ha reso il parere 3 novembre 2016, n. 2286, è volto a definire i mezzi di prova adeguati e le carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto, che possano considerarsi significativi per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice.

Quanto alla natura delle linee guida all'esame della Commissione, avuto riguardo alla tipologia di linee guida previste dalla legge delega e al contenuto del cit. art. 80, comma 13, del Codice, per la

stessa Commissione esse appartengano al novero di quelle a carattere non vincolante, che hanno una funzione promozionale di buone prassi da parte delle stazioni appaltanti. Natura giuridica che emerge da molteplici dati esegetici: a) l'art. 80, comma 5, lett. c), che recepisce le previsioni comunitarie in tema di illecito professionale e, fissando una causa di esclusione dalle gare, reca una disciplina completa e autoesecutiva; b) l'art. 80, comma 13, che prevede le linee guida come "facoltative" e, dunque, quale strumento non necessario per l'operatività della norma primaria, come tale diverso dalle disposizioni di esecuzione o attuazione; c) l'art. 80, comma 13, che indica con chiarezza la finalità di tali linee guida, che è quella di "garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti".

Quanto al contenuto, l'art. 80, comma 13, individua i confini delle linee guida, stabilendo che esse hanno ad oggetto: a) l'indicazione casistica delle "significative carenze" nell'esecuzione di un precedente contratto; b) i mezzi di prova "adeguati" per dimostrare le cause di esclusione elencate nel cit. art. 80, comma 5, lett. c).

L'art. 80, comma 13, demanda alle linee guida di individuare la casistica non di tutti gli illeciti professionali, ma solo di quello risultato carente nell'esecuzione di un precedente contratto. Peraltro lo stesso comma 13 demanda alle linee guida di indicare i "mezzi di prova adeguati", per dimostrare la sussistenza di qualsivoglia illecito professionale, e non solo di quello consistente nel pregresso significativo inadempimento.

Le linee guida elaborate dall'ANAC hanno consapevolmente un perimetro più esteso rispetto a quello fissato dall'art. 80, comma 13, e ciò è assolutamente legittimo, tanto più che l'individuazione casistica di illeciti professionali, diversi dal significativo pregresso inadempimento, è strumentale alla corretta individuazione dei mezzi di prova adeguati di tali illeciti. Non sarebbe infatti logicamente definibile il mezzo di prova di un illecito, se non si stabilisse prima di quale illecito si sta trattando. La Commissione ha concluso nel senso che è corretta l'opzione di individuare una casistica allargata di illeciti professionali.

Il Consiglio di Stato ha poi rilevato che le linee guida delimitano correttamente, in base alla fonte primaria vigente, l'ambito applicativo dell'art. 80 nei settori speciali, con la distinzione tra Amministrazioni aggiudicatrici e enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici, quale risulta dall'art. 136 del Codice. Infatti, con una inversione di rotta rispetto al codice del 2006, il d.lgs. n. 50 del 2016 rende facoltativa l'applicazione dell'art. 80, nei settori speciali, da parte degli enti aggiudicatori che non sono Amministrazioni aggiudicatrici. La Commissione ha quindi ritenuto doveroso sollecitare una riflessione ulteriore del Governo su tale aspetto, in sede di decreto correttivo del codice. Invero, una doverosità della verifica dei requisiti di cui all'art. 80 in capo agli operatori economici nei settori speciali, anche da parte di enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici, assicurerebbe una maggiore trasparenza e moralizzazione di tale ambito di mercato. Lungi dall'essere un ingiustificato *gold plating*, rispetto al minimo comunitario, sembrerebbe una migliore attuazione del principio di legge delega che per i settori speciali ha prescritto "puntuale indicazione, in materia di affidamento dei contratti nei settori speciali, delle disposizioni ad essi applicabili, anche al fine di favorire la trasparenza nel settore e la piena apertura e contendibilità dei relativi mercati" (art. 1, lett. h, legge delega).

Il parere ha poi esaminato le singole prescrizioni delle linee guida, con osservazioni su alcuni specifici punti. Ha poi concluso disponendo, ai sensi dell'art. 58, r.d. 21 aprile 1942, n. 444, la trasmissione dello stesso al Presidente del Consiglio dei Ministri – e per esso al DAGL (Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi) - affinché valuti possibili correttivi alle norme, debitamente indicate, dello stesso Codice.

2.11. Regolamento Anac in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici.

Il Consiglio di Stato ha reso, in Commissione speciale, il parere (28 dicembre 2016, n. 2777) sullo schema di regolamento, redatto dall'Anac, in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici, esercitata dalla stessa Autorità anticorruzione ai sensi degli artt. 211, comma 2, e 213, del Codice dei contratti. Nello schema viene disciplinata sia la vigilanza in senso ampio (art. 213) sia quella che sfocia nell'esercizio del potere di raccomandazione vincolante (art. 211, comma 2). Ad avviso della Commissione speciale la scelta dell'Anac, intesa a disciplinare in un unico regolamento e secondo un unico procedimento – salve le opportune modulazioni – entrambe le fattispecie, appare condivisibile per un duplice ordine di ragioni: da un lato, infatti, gli elementi di conoscenza delle violazioni, che giustificano l'esercizio del potere di raccomandazione vincolante, sono ordinariamente acquisiti mediante la vigilanza e, quindi, anche in un procedimento di vigilanza avviato per violazioni inizialmente segnalate o ritenute come non gravi, salvo l'obbligo dell'Anac – laddove emergano suddetti elementi – di integrare la comunicazione di avvio del procedimento con l'avviso di tale possibilità (art. 11, comma 3, del regolamento). Se è poi vero che, ai sensi dell'art. 211, comma 2, del Codice, il potere di raccomandazione vincolante può originarsi, genericamente, “nell'esercizio delle proprie funzioni” da parte dell'ANAC – e, dunque, anche nell'esercizio di funzioni diverse da quelle di vigilanza, non escluse quelle di precontenzioso di cui al comma 1 – rimane tuttavia il dato fondamentale che il potere di raccomandazione vincolante, anche se occasionato o sollecitato dall'esercizio di altre funzioni, è espressione della vigilanza esercitata dall'Anac sui contratti pubblici e, correttamente, l'esercizio del relativo potere viene procedimentalizzato, nell'ambito della vigilanza, quale *sedes materiae* sua propria. E, invero, sul piano sistematico-ricostruttivo, la c.d. raccomandazione vincolante è ascrivibile al *genus* della vigilanza quale *species* di “vigilanza dinamica”.

Ha aggiunto la Commissione che la disciplina non appare esaustiva perchè non abbraccia tutti gli ambiti della vigilanza previsti dall'art. 213, comma 3, dello stesso Codice, in particolare alle lett. a), b), f) g), h). Fa infatti riferimento alla vigilanza in senso lato, enunciata nell'art. 213, comma 3, lett. a), del Codice, e alla “vigilanza-controllo” sui contratti di somma urgenza ai sensi dell'art. 163, prevista dall'art. 213, comma 3, lett. g), del Codice, ma non menziona la vigilanza sull'economicità dell'esecuzione dei contratti (lett. b del citato comma 3 dell'art. 213), quella sul sistema di qualificazione e quella collaborativa di cui all'art. 213, comma 3, lett. h). In particolare - è scritto nel parere - la mancata previsione della vigilanza collaborativa costituisce una lacuna particolarmente evidente, anche in considerazione del fatto che il suo efficace esercizio a monte, su base consensuale e in funzione “anche preventiva”, consentirebbe all'ANAC di ridurre l'intervento della vigilanza, a valle, sulla validità degli atti di gara.

Ha ancora rilevato la Commissione speciale, in relazione agli effetti tipici della vigilanza, che lo schema fa riferimento solo a due possibili tipologie e, cioè, all'emanazione di una raccomandazione vincolante o di una raccomandazione semplice, la prima inerente a gravi e tassative violazioni della sola fase di gara (come prescrive l'art. 211, comma 2, del Codice) e la seconda alle violazioni, anche non gravi, sia della fase di gara che di quella di esecuzione del contratto.

Nel Codice, tuttavia, l'attività di vigilanza è strumentale all'esercizio di una serie di poteri tipizzati dell'Anac, quali quelli di segnalazione, proposta e relazione nei confronti di Governo e Parlamento (art. 213, comma 3, lett. c, d, e), nonché il potere-dovere di segnalazione-denuncia degli illeciti agli organi di controllo delle stazioni appaltanti, alla Corte dei conti, alla Procura della Repubblica (art. 213, comma 6).

Occorre, pertanto, che il regolamento disciplini compiutamente l'attività di segnalazione, proposta e denuncia (ivi compresi i necessari raccordi con il Consiglio o gli altri uffici competenti per la loro

adozione) per i casi in cui con la vigilanza si acquisiscano elementi di conoscenza che consentano/onerino l'Anac di attivare i suoi poteri-doveri di segnalazione, proposta e denuncia.

La Commissione ha quindi condizionato il parere favorevole alla previsione, nel regolamento, di tutte le forme di vigilanza e di tutte le ipotesi di atti scaturenti dall'esercizio della vigilanza in ciascuna di tali forme, previste dall'art. 213 del Codice.

Sono stati altresì evidenziati altri aspetti problematici relativi sia al procedimento di vigilanza nel suo complesso che alla specifica figura delle raccomandazioni vincolanti. Con riferimento a queste ultime è stata rilevata: a) la necessità di comunicare l'avvio del procedimento e, comunque, di consentirne la partecipazione, al dirigente responsabile che, ai sensi dell'art. 211, comma 2, sarebbe l'unico a subire le pesanti conseguenze economiche delle violazioni poste in essere in caso di mancata esecuzione della raccomandazione vincolante, non potendo ritenersi che basti a tutelare la sua posizione la sola necessaria partecipazione al successivo procedimento sanzionatorio; b) l'esigenza di garantire un maggiore apporto partecipativo alla stazione appaltante e a tutti i soggetti interessati all'esito della gara nella procedura di definizione semplificata di cui all'art. 9 del regolamento, che non prevede minime garanzie procedurali (nemmeno nella forma della comunicazione di avvio del procedimento) e un adeguato contraddittorio, soprattutto ove si ritenga che anche in tal caso si possa pervenire a una raccomandazione vincolante, nelle ipotesi di cui alla lett. a) e b) dell'art. 9; c) un potenziamento dell'istanza di riesame, strumento previsto dall'art. 20, comma 5, dello schema di regolamento, che consenta la possibilità non solo alla stazione appaltante, ma a tutti i soggetti comunque interessati – e non solo per elementi di fatto non emersi in sede di istruttoria ma anche per ragioni di diritto – di richiedere all'Anac una revisione della propria raccomandazione vincolante, garantendo una interlocuzione pure in questa fase ultima e “conclusiva” dell'autotutela, anche in funzione deflattiva dell'eventuale contenzioso; d) una espressa previsione degli obblighi motivazionali, sanciti dall'art. 3, l. n. 241 del 1990, soprattutto “in relazione alle risultanze dell'istruttoria”, salve, ovviamente, le ipotesi di motivazione semplificata di cui all'art. 9 dello schema di regolamento. Nell'annettere valore condizionante per il parere favorevole quantomeno ai primi due dei quattro rilievi sopra formulati, la Commissione speciale ha ribadito che, nella prospettiva qui raccomandata, il rafforzamento delle garanzie procedurali e il rispetto del contraddittorio in favore di tutti i soggetti, pubblici e privati, coinvolti dall'esercizio del potere, in sede di vigilanza, costituisce garanzia irrinunciabile, anche nell'esigenza e nell'urgenza di contrastare la corruzione e l'illegalità che insidiano i contratti pubblici, e che la loro osservanza, secondo gli *standard* minimi della l. n. 241 del 1990, costituirà, essa sì, un efficace strumento deflattivo del contenzioso, altrimenti inevitabile a fronte di un procedimento che non assicuri l'effettivo e più ampio apporto conoscitivo e partecipativo delle parti.

La Commissione ha invece condiviso la previsione che impedisce all'Anac di avviare – ma non di concludere – il procedimento finalizzato all'emissione di una raccomandazione vincolante se il contratto abbia avuto un principio di esecuzione; essa appare infatti coerente con la naturale collocazione dell'intervento dell'Anac nella fase pubblicistica anteriore alla stipula del contratto, o alla stessa aggiudicazione

Ha ancora rilevato la Commissione che l'art. 11, comma 5, dello schema di regolamento non esclude che, nelle more dell'*iter* procedimentale avviato dall'Anac prima dell'avvio del contratto, la stazione appaltante decida comunque di eseguire (o anche di stipulare) il contratto e, quindi, che la raccomandazione possa sopraggiungere a contratto in corso. Tale ipotesi appare comunque coperta dall'art. 211, comma 2, laddove prevede che l'Autorità invita la stazione appaltante non soltanto “ad agire in autotutela”, ma altresì “a rimuovere gli eventuali effetti degli atti illegittimi”. Pertanto, l'adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione dell'Anac potrebbe avere ad oggetto

anche l'efficacia del contratto in fase di avviata esecuzione, laddove i vizi genetici dell'affidamento esplichino, nei limiti del diritto nazionale ed europeo, i propri effetti sul contratto. Ovviamente, in tali situazioni, non soltanto la stazione appaltante dovrà responsabilmente valutare le proprie scelte, ma anche l'Anac dovrà tener conto del contesto di fatto nella motivazione della raccomandazione vincolante.

La Commissione speciale ha quindi ritenuto opportuno segnalare il duplice rischio che potrebbe derivare da una distorta applicazione del meccanismo. Il primo è il probabile allungamento dei tempi, dovuto dalla possibile tendenza delle stazioni appaltanti a fermare quasi automaticamente ogni attività fino alla definizione del procedimento Anac di emanazione della raccomandazione: per evitarlo occorrerà il più possibile accelerare 'in concreto' la procedura condotta dall'Anac, effettuare un'interlocazione ampia e attiva con i soggetti coinvolti, chiarire e prevenire il maggior numero di criticità prima della conclusione del procedimento. Il secondo rischio è quello, opposto, della eventualità che alcune stazioni appaltanti accelerino la stipulazione e l'esecuzione del contratto per segnare un consolidamento di eventuali illegittimità compiute nella fase dell'aggiudicazione: si pensi, tra le altre, alle violazioni dello *standstill*. In questa seconda ottica, il limite fissato dall'art. 11, comma 5, dello schema di regolamento si potrebbe infatti prestare a prassi elusive, non soltanto per le illegittimità proprie dell'aggiudicazione, ma anche per i vizi attinenti alla fase dei controlli e delle verifiche di cui agli artt. 32 e 33 del Codice e, in particolare, alle violazioni dello *standstill* che si situano più a ridosso della fase contrattuale, perché basterebbe alla stazione appaltante e all'aggiudicataria stipulare e avviare rapidamente il contratto per paralizzare l'intervento dell'Autorità e così sottrarsi alla vigilanza sui contratti pubblici nella sua forma più incisiva della raccomandazione vincolante. Non si possono, inoltre, non segnalare alcune speciali fattispecie, come quelle dei contratti secretati di cui all'art. 162 del Codice, nelle quali il solo controllo preventivo esercitato dalla Corte dei conti non può scongiurare il rischio di successive condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti nell'affidamento dei contratti. E ciò senza dire dell'ipotesi, ancor più grave e purtroppo ricorrente, di fatti aventi rilevanza penale, che emergano solo durante o all'esito delle indagini preliminari della competente Procura della Repubblica. e, quindi, a contratto già ampiamente – e dolosamente – avviato, rispetto alle quali lo sbarramento temporale dell'art. 11 comma 5, dello schema può determinare, in modo paradossale, un esito "assolutorio" in sede di vigilanza per condotte gravemente illecite che nell'esecuzione del contratto, ormai avviato, hanno trovato addirittura il coronamento di obiettivi perseguiti *contra legem*.

Di tutte queste ipotesi la Commissione speciale ha rimesso la valutazione al Governo e all'Autorità proponente.

Nel parere è invece espresso apprezzamento, tra l'altro, per lo sforzo di ricondurre il procedimento di vigilanza alle regole e alle garanzie della l. 7 agosto 1990, n. 241, essendo stata dettata in molti punti e per molti aspetti del procedimento una disciplina tesa ad assicurare garanzie minime alle parti, favorendo l'apporto partecipativo e il contraddittorio procedimentale.

3. Questioni di rilevante impatto sociale.

3.1. Le unioni civili.

La Sezione atti normativi del Consiglio di Stato ha reso il parere (21 luglio 2016, n. 1695), richiesto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri l'8 luglio 2016, sullo schema di decreto del Presidente, con il quale è data attuazione all'art. 1, comma 34, l. 20 maggio 2016, n. 76, recante Regolamentazione delle unioni civili dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Con esso il Parlamento ha regolato l'unione tra persone dello stesso sesso e, a tal fine, ha delineato elementi e principi di un nuovo istituto giuridico (appunto l'"unione civile"), che prevede che con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'interno, da adottare entro 30

giorni dall'entrata in vigore della legge, ossia entro il 5 luglio 2016, siano stabilite le disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile.

Con la l. n. 76 del 2016 il legislatore italiano ha dato risposta alle esigenze di molti cittadini, consentendo loro di ricondurre a un rapporto giuridicamente regolato dallo Stato il desiderio di vivere liberamente una condizione di coppia nell'ambito di una comunione di vita, presidiata dal riconoscimento dei connessi, essenziali diritti in materia di regime patrimoniale, di alimenti e di successioni e dei correlati doveri di assistenza reciproca e di solidarietà. La norma primaria ha individuato espressamente il fondamento costituzionale della legge nel riconoscimento, ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost., del carattere di "specifica formazione sociale" delle unioni civili di persone omosessuali. La fonte primaria coerentemente ha disciplinato l'istituto come distinto, anche nei presupposti costituzionali, dal matrimonio, pur applicandosi alla coppia omosessuale molti dei diritti e dei doveri che riguardano i coniugi.

Il decreto, il cui schema è sottoposto al vaglio del Consiglio di Stato, ha la finalità di introdurre - nelle more dell'approvazione e della futura entrata in vigore dei predetti decreti legislativi, destinati a disciplinare in modo completo le unioni civili tra persone dello stesso sesso - una normativa, di rango secondario, più circoscritta e di carattere transitorio, necessaria ad assicurare l'immediato adeguamento della disciplina degli archivi dello stato civile alla sopravvenienza normativa della quale si è dato conto. Diversamente, rimarrebbe priva di concreta effettività e fruibilità l'attuale vigenza del nuovo istituto. Lo scopo del decreto è, dunque, consentire lo svolgimento del procedimento di costituzione dell'unione e, altresì, permettere la certificazione di quest'ultima, affinché i cittadini interessati possano da subito invocare la tutela dei diritti loro riconosciuti ed essere, allo stesso tempo, chiamati al rispetto dei correlati doveri. In ogni caso le soluzioni normative contenute nel decreto, stante la descritta temporaneità della disciplina "ponte", non devono né possono essere considerate irreversibili, essendo le stesse suscettibili di ripensamento e di miglioramento in occasione dell'attuazione della delega e ciò anche grazie all'esperienza applicativa che seguirà all'entrata in vigore del decreto di cui allo schema in oggetto. La prospettiva della transitorietà dell'intervento regolamentare e l'esigenza di una rapida attuazione dell'istituto delle unioni civili, volute dallo stesso Legislatore, giustificano, ad avviso della Sezione consultiva, l'incompletezza di molte previsioni dello schema in esame, ancorché proiettato verso il fine dell'immediata operatività, incompletezza che però deve essere colmata, per evitare dubbi applicativi, dall'attività interpretativa delle Autorità amministrative statali e dallo stesso Consiglio di Stato in sede consultiva.

L'esame del Consiglio di Stato sul decreto è stato volto a verificare se le disposizioni della norma primaria siano ben attuate, senza che, ovviamente, il precetto normativo regolamentare possa introdurre materie nuove o diversamente configurate rispetto a quanto stabilisce la legge.

Una questione di carattere generale, che attiene ai doveri di adempimento da parte dei Comuni in ordine alle richieste formulate dalle coppie omosessuali aventi diritto, riguarda la possibilità stessa, evocata di recente da alcuni sindaci, di una "obiezione di coscienza" motivabile con il rifiuto, in base a convinzioni culturali, religiose o morali, di concorrere - appunto, nella qualità di sindaco - a rendere operativo l'istituto della unione civile tra persone dello stesso sesso. Ha ritenuto il Consiglio di Stato che il rilievo giuridico di una "questione di coscienza" - affinché soggetti pubblici o privati si sottraggano legittimamente ad adempimenti cui per legge sono tenuti - può derivare soltanto dal riconoscimento che di tale questione faccia una norma, sicché detto rilievo, che esime dall'adempimento di un dovere, non può derivare da una "auto-qualificazione" effettuata da chi sia tenuto, in forza di una legge, a un determinato comportamento. Il primato della "coscienza individuale", rispetto al dovere di osservanza di prescrizioni normative, è stato affermato - pur in assenza di riconoscimento con legge - nei casi estremi di rifiuto di ottemperare a leggi

manifestamente lesive di principi assoluti e non negoziabili (si pensi alle leggi razziali). In un sistema costituzionale e democratico, tuttavia, è lo stesso ordinamento che deve indicare come e in quali termini la “coscienza individuale” può consentire di non rispettare un precetto vincolante per legge. Allorquando il Legislatore ha contemplato (si pensi all’obiezione di coscienza in materia di aborto o di sperimentazione animale) l’apprezzamento della possibilità, caso per caso, di sottrarsi ad un compito cui si è tenuti (ad esempio, l’interruzione anticipata di gravidanza), tale apprezzamento è stato effettuato con previsione generale e astratta, di cui il soggetto “obiettore” chiede l’applicazione. Nel caso della l. n. 76 del 2016 una previsione del genere non è stata introdotta; e, anzi, dai lavori parlamentari risulta che un emendamento volto ad introdurre per i sindaci l’”obiezione di coscienza” sulla costituzione di una unione civile è stato respinto dal Parlamento, che ha così fatto constare la sua volontà contraria, non aggirabile in alcun modo nella fase di attuazione della legge. Ha quindi osservato la Sezione, quanto al riferimento alla “coscienza individuale” adombrato per invocare la possibilità di “obiezione”, che la legge, e correttamente il decreto attuativo, pone gli adempimenti a carico dell’“ufficiale di stato civile”, e cioè di un pubblico ufficiale, che ben può essere diverso dalla persona del sindaco. In tal modo il Legislatore ha affermato che detti adempimenti, trattandosi di disciplina dello stato civile, costituiscono un dovere civico e, al tempo stesso, ha posto tale dovere a carico di una ampia categoria di soggetti – quella degli ufficiali di stato civile – proprio per tener conto che, tra questi, vi può essere chi affermi un “impedimento di coscienza”, in modo che altro ufficiale di stato civile possa compiere gli atti stabiliti nell’interesse della coppia richiedente. E’ del resto prassi ampiamente consolidata già per i matrimoni che le funzioni dell’ufficiale di stato civile possano essere svolte da persona a ciò delegata dal sindaco, ad esempio tra i componenti del consiglio comunale, sicché il problema della “coscienza individuale” del singolo ufficiale di stato civile, ai fini degli adempimenti richiesti dalla l. n. 76 del 2016, può agevolmente risolversi senza porre in discussione il diritto fondamentale e assoluto della coppia omosessuale a costituirsi in unione civile.

Altra questione di carattere generale attiene alla natura transitoria della fonte della disciplina. Al riguardo ha osservato il Consiglio di Stato che l’adozione di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, per l’istituzione del registro dello stato civile, può giustificarsi soltanto nella prospettiva, che il Legislatore ha considerato, di una immediata applicabilità del nuovo istituto, che tocca materia di estrema sensibilità e rilevanza anche costituzionale.

Quanto al contenuto del decreto, questo articola il procedimento di costituzione delle unioni civili in più fasi: a) presentazione delle richieste di costituzione dell’unione civile; b) verifiche dell’ufficio; c) dichiarazione costitutiva dell’unione civile; d) registrazione. Ha ancora rilevato la Sezione consultiva che correttamente il Governo ha tenuto conto anche dell’esigenza di dare riconoscimento a rapporti di coppia giuridicamente regolati allorquando uno dei due coniugi decida di cambiare sesso, in ossequio a quanto deciso dalla Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170, con la quale è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale delle disposizioni processuali in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, a norma dell’art. 31, comma 6, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, nella parte in cui non prevede che la sentenza di rettificazione dell’attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.

Condivisibile e legittima è, ad avviso del Consiglio di Stato, la scelta di istituire in ciascun Comune un registro provvisorio dello stato civile e di stabilire che i fogli costituenti il registro siano redatti secondo le formule stabilite con un provvedimento del Ministro dell’interno, da adottare entro il termine di cinque giorni dalla data di entrata in vigore del decreto, posto che l’istituzione di un

registro, sia pur provvisorio, delle unioni civili costituisce, sul piano amministrativo, un passaggio indispensabile per consentire l'immediata operatività della riforma. Ovviamente l'esigenza di un urgente avvio operativo del nuovo istituto impegna la responsabilità del Ministero dell'interno alla rigorosa osservanza del termine di cinque giorni per l'adozione del decreto e, anzi, il Consiglio di Stato suggerisce di elaborare il decreto del Ministro dell'interno durante il periodo della *vacatio legis*, in modo da renderlo efficace in coincidenza con l'entrata in vigore del decreto di cui allo schema in esame.

3.2. Accesso al Fondo di solidarietà per i risparmiatori delle Banche Marche, Etruria e Lazio, Ferrara e Chieti.

Nell'adunanza del 15 dicembre 2016, il Consiglio di Stato, sez. cons. atti norm., 21 dicembre 2016, n. 2693, ha reso parere favorevole sullo schema di regolamento predisposto dal Ministero dell'economia e delle finanze, che disciplina la procedura di natura arbitrale di accesso al Fondo di solidarietà. Il succitato intervento regolamentare trova base normativa nell'art. 1 comma 857, lett. d.), l. 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità del 2016), che ha previsto l'istituzione di un Fondo di solidarietà per l'erogazione di prestazioni in favore degli investitori che, alla data di entrata in vigore del d.l. 22 novembre 2015, n. 183, detenevano strumenti finanziari subordinati, emessi dalla Banca delle Marche s.p.a., dalla Banca popolare dell'Etruria e del Lazio s.c., dalla Cassa di risparmio di Ferrara s.p.a. e dalla Cassa di risparmio della provincia di Chieti s.p.a..

In particolare, l'art. 1, comma 857, lett. d), della succitata legge di stabilità 2016 ha elencato le materie oggetto di definizione "con uno o più decreti del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della giustizia", includendo tra esse "le procedure da esperire, che possono essere in tutto o in parte anche di natura arbitrale". Il d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 giugno 2016, n. 119, ha poi disciplinato, nel Capo II, agli artt. 8, 9 e 10, le misure in favore degli investitori in banche in liquidazione, prevedendo l'accesso al Fondo di solidarietà con erogazione diretta di un indennizzo agli investitori e, in via alternativa, l'accesso al medesimo Fondo di solidarietà tramite l'eventuale esperimento della procedura arbitrale di cui ai predetti commi da 857 a 861 del cit. art. 1, l. n. 208 del 2015.

Con il parere n. 2693 del 2016 è stato poi dato il via libera alle procedure arbitrali, che consentiranno l'erogazione delle prestazioni in favore degli investitori in strumenti finanziari subordinati, emessi da quattro banche in liquidazione coatta amministrativa (Banca delle Marche s.p.a., Banca popolare dell'Etruria e del Lazio società cooperativa, Cassa di Risparmio di Ferrara s.p.a. e Cassa di risparmio di Chieti s.p.a.).

Il parere è favorevole con varie osservazioni e due condizioni.

La prima di queste ha riguardato la riformulazione della disposizione sui criteri di quantificazione delle prestazioni erogabili; non potendo, ad avviso dello stesso Ministero dell'economia, accettarsi sul piano della giustizia distributiva che i ricorrenti possano scegliere di adire la via dell'arbitrato allo scopo di aggiungere al maturato (in termini di interessi percepiti a seguito dell'acquisito di strumenti finanziari subordinati) anche il ristoro liquidato nell'ambito del procedimento arbitrale, il Consiglio di Stato ha posto la condizione che la previsione regolamentare sia allineata a quella legislativa più chiara. La seconda condizione è invece relativa alla parte del regolamento ove è scritto che non sono previste azioni per la pubblicità e per l'informazione dell'intervento diverse dagli adempimenti già previsti dall'ordinamento; la Sezione ha invitato il Ministero a rimeditare su tale scelta, dal momento che la rilevanza del regolamento richiederà un grande sforzo comunicativo, onde rendere noto agli interessati l'avvenuto varo e le regole di funzionamento del nuovo rimedio; sebbene la raccomandazione di tale adempimento esorbiti dall'alveo dello stretto esame di legittimità dello schema di provvedimento, la Sezione ha ritenuto di doversi spingere a porre, sul

punto, una condizione, nel superiore interesse dello Stato-Comunità (ossia della parte di popolazione interessata dal provvedimento) e anche nell'interesse dello stesso Stato-Governo: l'importanza di un'ampia pubblicità, intesa in senso lato (e non solo giuridicamente quale requisito di esecutività), dell'emanando regolamento è, difatti, un elemento indispensabile per i fini di una effettiva tutela dei diritti riconosciuti dalle previsioni della l. n. 208 del 2015, alle quale è stata data attuazione. Ha chiarito il Consiglio di Stato che, secondo una moderna visione delle funzioni pubbliche, la legalità amministrativa, al pari della giurisdizione, deve essere effettiva, soprattutto quando la legalità si estrinsechi nella disciplina di strumenti volti alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive di cittadini e imprese; sicché, là dove un adempimento dell'Amministrazione – ancorché successivo rispetto al perfezionamento di un procedimento normativo – si riveli essere, *ex ante*, una componente essenziale per garantire l'effettività (e, con essa, l'utilità collettiva) delle regole giuridico-formali innestate nell'ordinamento, allora l'Organo costituzionalmente preposto alla "consulenza giuridico-amministrativa" e alla "tutela della giustizia nell'amministrazione" non può sottrarsi all'obbligo di segnalare anche le condizioni fattuali di legittimità posto che, diversamente opinando, il sindacato consultivo di legittimità si ridurrebbe a uno sterile ed astratto esercizio teorico.

Nel suo parere, il Consiglio di Stato si è occupato anche del necessario coordinamento tra il regolamento sulla procedura arbitrale con quello, connesso, oggetto di un distinto decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. L'adozione di tale decreto (previsto al comma 859 dell'art. 1, l. n. 208 del 2015) era stata infatti sollecitata dal Consiglio di Stato nel precedente parere interlocutorio esaminato nella medesima seduta del 15 dicembre 2016.

3.3. Criteri di nomina degli arbitri e modalità di funzionamento del collegio arbitrale per l'erogazione, da parte del Fondo di solidarietà, di prestazioni in favore degli investitori.

La sezione atti normativi del Consiglio di Stato ha espresso il parere (22 dicembre 2016, n. 2712) sullo schema di decreto della Presidenza del Consiglio *ex art. 1*, comma 859, l. 28 dicembre 2015, n. 208, recante i criteri e le modalità di nomina degli arbitri, il supporto organizzativo alle procedure arbitrali e le modalità di funzionamento del collegio arbitrale per l'erogazione, da parte del Fondo di solidarietà, di prestazioni in favore degli investitori.

Ai sensi del comma 858 del succitato art. 1, in caso di ricorso a procedura arbitrale, la corresponsione delle prestazioni è subordinata all'accertamento della responsabilità per violazione degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza e trasparenza previsti dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento relativi alla sottoscrizione o al collocamento degli strumenti finanziari subordinati di cui al comma 855. Il comma 859 ha previsto che, nei casi di cui al comma 858, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentite le competenti Commissioni parlamentari, possano essere disciplinati i criteri e le modalità di nomina degli arbitri. Tale decreto deve, inoltre, individuare le modalità di funzionamento del collegio arbitrale, nonché quelle per il supporto organizzativo alle procedure arbitrali, che può essere prestato anche avvalendosi di organismi o camere arbitrali già esistenti. In particolare, lo schema di decreto si muove nei binari tracciati dalla fonte primaria, volto a dare attuazione alle misure in favore degli investitori di banche in liquidazione (banca delle Marche; banca popolare dell'Etruria e del Lazio; cassa di risparmio di Ferrara; cassa di risparmio Chieti), attraverso la procedura di natura arbitrale di accesso al fondo di solidarietà, delineando la disciplina sui criteri e le modalità di nomina degli arbitri, il supporto organizzativo alle procedure arbitrali e le modalità di funzionamento del collegio arbitrale per l'erogazione di prestazioni in favore degli investitori. Poiché il legislatore ha previsto

tale procedura, in alternativa all'accesso al Fondo di solidarietà con erogazione diretta di un indennizzo agli investitori, occorre tener conto di tale rapporto e coordinare il decreto sui collegi arbitrali con quello previsto dall'art. 1, comma 857, l. 28 dicembre 2015, n. 208, relativo alle modalità ed alle condizioni di accesso al Fondo di solidarietà (sul quale il Consiglio di Stato ha reso il parere 21 dicembre 2016, n. 2693).

Ha chiarito lo stesso Consiglio di Stato che i collegi arbitrali vengono dotati di una natura bifronte, trovandosi in rapporto da un lato con la Presidenza del Consiglio e l'Autorità nazionale anticorruzione, dall'altro con la Camera arbitrale. Ciò emerge già dalla successione topografica delle norme vigenti: l'art. 3 disciplina la costituzione dei Collegi, attribuendola alla competenza della Presidenza del Consiglio e dell'Autorità nazionale anticorruzione; l'art. 5 disciplina il supporto organizzativo dei Collegi, che dipende dalla Camera arbitrale; l'art. 4 disciplina le modalità di funzionamento dei Collegi, attribuendole per alcuni profili all'Autorità nazionale anticorruzione, per altri alla Camera arbitrale.

Il segno di questa natura divisa è nella previsione, come sede dei Collegi, prima dell'Autorità nazionale anticorruzione, poi della Camera arbitrale. Tale ibrido, ad avviso del Consiglio di Stato, non favorisce l'inquadramento giuridico dell'organo della procedura arbitrale.

Tutto ciò chiarito, la Sezione atti normativi ha reso parere favorevole con osservazioni, quale ad esempio la necessità di chiarire se la competenza a costituire con i supplenti un collegio autonomo spetti al Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione in proprio o quale Presidente del Collegio, e perché questa competenza non possa essere esercitata da un suo delegato, come avviene in altri casi.

Ha poi rilevato la necessità di riformulare la previsione relativa all'elaborazione da parte della Camera arbitrale di linee guida, in quanto l'espressione "linee guida" può ingenerare confusione, trattandosi di atti certamente diversi – per natura e funzione – dalle linee guida previste dal Codice dei contratti pubblici. Considerato che esse sono previste in funzione applicativa delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria di cui al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e che non hanno alcun fondamento nella norma primaria, è certamente da escluderne l'efficacia vincolante. Si tratta, piuttosto, di atti di indirizzo, volti a favorire orientamenti uniformi. La Sezione ha quindi evidenziato l'eterogeneità di questi atti, riferiti all'applicazione degli indici e degli elementi di valutazione della sussistenza delle violazioni degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza e trasparenza previsti dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, da quelli chiamati a disciplinare la distribuzione dei procedimenti ai singoli collegi, che hanno natura organizzativa e che, più che atti di indirizzo, sono norme interne di procedura.

3.4. Canone Rai di abbonamento alla televisione.

La Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato ha reso parere (n. 1010 del 27 aprile 2016) anche sul canone di abbonamento alla televisione in attuazione dell'art. 1, comma 154, l. 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016). Tale parere era stato preceduto dal parere interlocutorio 13 aprile 2016, n. 915, nel quale la stessa Sezione consultiva aveva sollevato una serie di osservazioni dettate dall'esigenza di consentire alla cittadinanza di comprendere meglio le modalità con cui l'Amministrazione avrebbe proceduto alla riscossione del canone televisivo, a seguito di una riforma che aveva investito l'intero sistema di esazione di quest'ultimo, e ciò al fine di favorire una più efficace ed efficiente applicazione delle norme *de quibus*, che rivestono una particolare rilevanza in relazione alla grande diffusione del mezzo televisivo ed alla tuttora pesante evasione del.

All'esito di tale istruttoria il Ministero dello sviluppo economico ha riferito di non aver potuto recepire, nei termini individuati dal precitato parere, l'osservazione relativa alla mancanza di una

puntuale definizione di “apparecchio televisivo la cui detenzione comporta il pagamento del canone”. Secondo il Ministero proponente, infatti, l’introduzione a livello di normativa regolamentare di tale definizione - peraltro già prevista dal r.d.l. 21 febbraio 1938, n. 246 - potrebbe, da un lato, comportare un eccesso di delega rispetto al disposto dell’art. 1, comma 154, l. 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016), che non demanderebbe la definizione del presupposto oggettivo dell’imposta *de qua*, e, dall’altro lato, potrebbe “ingessare” eccessivamente tale definizione, con conseguente rischio di una sua rapida “obsolescenza” in considerazione della continua evoluzione delle tecniche di trasmissione e ricezione del segnale televisivo. L’Amministrazione, tuttavia, ritenendo di condividere le “esigenze di chiarezza e di informazione” sottese a tale osservazione, ha proceduto in ogni caso a fornire, con una nota esplicativa tecnica elaborata dalla Direzione Generale Pianificazione e gestione spettro radioelettrico del Ministero dello sviluppo economico, una definizione di apparecchio televisivo aggiornata all’attuale stato della tecnologia e “formulata con un lessico tale da poter essere divulgata attraverso l’inserimento nelle istruzioni di compilazione al modello di dichiarazione di non detenzione, oltreché pubblicata sui siti istituzionali dei soggetti coinvolti nel procedimento di esazione”.

In secondo luogo, relativamente all’osservazione concernente la necessità di esplicitare più puntualmente che il canone *de quo* deve essere corrisposto per un unico apparecchio televisivo, prescindendo dall’effettivo numero di apparecchi posseduti dal singolo utente, l’Amministrazione proponente ha riferito di non aver recepito tale rilievo sia per un possibile eccesso di delega, sia in ragione del fatto che tale circostanza emergerebbe, in maniera sufficientemente chiara, dal contenuto dell’art. 1, comma 153, lett. b), l. n. 208 del 2015 e da “quanto in precedenza disposto” dall’art. 27, comma 2, l. n. 223 del 1990. Il Ministero ha invece recepito l’osservazione fatta in relazione al rispetto della normativa in materia di *privacy*, nell’ambito delle disposizioni relative allo scambio di dati e di informazioni fra gli enti coinvolti in tale attività (Anagrafe tributaria, Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico, Acquirente unico s.p.a., Ministero dell’interno, Comuni e alcune società private), sia provvedendo ad esplicitare che le intese fra gli organi in precedenza richiamati - volte a dettagliare le modalità di scambio dei dati - devono essere predisposte “sentito il Garante per la protezione dei dati personali”, sia introducendo un nuovo articolo (art. 8), intitolato “Privacy e adempimenti delle imprese elettriche”, finalizzato proprio a specificare la necessità che gli scambi di informazioni avvengano nel rispetto del d.lgs. n. 196 del 2003.

4. Sanità.

4.1. Regolamento recante le norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

La Sezione consultiva atti normativi del Consiglio di Stato ha reso il parere (8 settembre 2016, n. 1882) sullo schema di regolamento volto a disciplinare gli elementi minimi di conoscenza necessari alla formazione del consenso informato, in caso di richiesta di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA); le modalità, con le quali le strutture autorizzate allo svolgimento di tali tecniche devono fornire ai richiedenti, per il tramite dei propri medici, le predette informazioni, comprensive di quelle relative ai costi economici derivanti dalle procedure in questione e le modalità con cui deve essere espressa la volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

L’esigenza di aggiornare il decreto dei Ministri della giustizia e della salute del 16 dicembre 2004, n. 336, che disciplina la materia, è derivata dalla necessità di: a) adeguare la relativa disciplina alle sentenze della Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151 e 10 giugno 2014, n. 162, con le quali è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale di talune norme della l. 19 febbraio 2004, n. 40 (“Norme in

materia di procreazione medicalmente assistita”); b) tener conto di quanto previsto dall'Accordo Stato-Regioni del 15 marzo 2012, sui requisiti minimi strutturali, organizzativi e tecnologici dei Centri di PMA, ai fini della qualità e sicurezza nella donazione, approvvigionamento, controllo, lavorazione, conservazione e stoccaggio di cellule umane; c) recepire le disposizioni europee relative agli esami e ai test sui donatori di cellule riproduttive a scopo di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, recate dalla direttiva 2006/17/CE dell'8 febbraio 2006 (Direttiva della Commissione che attua la direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani) e, in particolare, dall'allegato III alla stessa, come modificato dalla direttiva 2012/39/UE del 26 novembre 2012 (Direttiva della Commissione, che modifica la direttiva 2006/17/CE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani), precedentemente non recepite in ragione del previgente divieto del ricorso alle tecniche di PMA di tipo eterologo.

La Sezione ha premesso che non le compete verificare se siano corrette, dal punto di vista medico-scientifico, le scelte implicitamente sottese ad alcune previsioni, ad esempio con riferimento agli esami da effettuare ai fini dello *screening* genetico dei donatori nel caso delle tecniche di PMA di tipo eterologo. Nei limiti della sua competenza ha però affermato che i nuovi contenuti precettivi sono coerenti con le finalità di consentire, alle coppie interessate, di compiere una scelta consapevole circa il ricorso alle tecniche di PMA sulla scorta di un'adeguata informativa, tenuto conto delle modifiche dell'ordinamento giuridico nel frattempo intervenute.

Ha infine suggerito un'integrazione dell'art. 1, comma 2, dello schema di decreto. Ed invero, l'art. 6, comma 1, l. n. 40 del 2004 impone al medico di informare le coppie - che intendano accedere alle tecniche di PMA - sui metodi, problemi bioetici e possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, l'uomo e il nascituro. Senonché l'art. 6 precisa che l'informazione in ordine a tali aspetti deve essere fornita “prima del ricorso”, ma anche “in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita”. Orbene, l'intero testo del regolamento prende in considerazione solo la fase dell'accesso alle tecniche di PMA mentre, per dare completa attuazione al dato positivo di rango primario, l'informativa in questione dovrebbe essere assicurata anche nelle fasi successive dell'applicazione delle tecniche di PMA. La Sezione ha ritenuto, invece, che l'attenzione alla necessità di un'informativa, che segua tutte le fasi dell'applicazione delle tecniche di PMA, può risultare particolarmente utile – nell'interesse sia delle strutture che delle coppie coinvolte – nell'eventualità in cui dette fasi si collochino temporalmente prima della fecondazione, giacché fino alla fecondazione dell'ovulo l'art. 6, comma 3, ultimo periodo, l. n. 40 del 2004 ammette la revocabilità del consenso già espresso. Ha quindi suggerito di adeguare lo schema di regolamento alla volontà legislativa desumibile dai commi 1 (che impone l'obbligo di ulteriore informativa) e 3 (che limita l'espressione per iscritto del consenso al solo accesso alle tecniche di PMA) del citato art. 6.

4.2. Accesso gratuito ai farmaci per uso c.d. compassionevole.

La sez. II del Consiglio di Stato ha espresso il parere (14 novembre 2016, n. 2356) sui quesiti formulati dal Ministero della salute sulle problematiche applicative concernenti l'art. 12, comma 5, d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (decreto Balduzzi), convertito, con modificazioni, dalla l. 8 novembre 2012, n. 189, in relazione all'incompatibilità tra la collocazione di un farmaco nella classe C(nn), ivi prevista, relativa ai farmaci non ancora valutati ai fini della rimborsabilità, e la possibilità di ammetterne un uso c.d. compassionevole, cioè in caso di malattie che pongono il paziente in pericolo di vita ed in assenza di valida alternativa terapeutica. Il succitato art. 12 prevede che: a) la

domanda di classificazione di un medicinale, fra quelli erogabili a carico del Servizio sanitario nazionale ai sensi dell'art. 8, comma 10, l. 24 dicembre 1993, n. 537, è istruita dall'Agenzia italiana del farmaco (Aifa) contestualmente alla contrattazione del relativo prezzo; b) l'azienda farmaceutica presenta all'Aifa la domanda di classificazione e di avvio della procedura di contrattazione del prezzo soltanto dopo aver ottenuto l'autorizzazione all'immissione in commercio (AIC) del medicinale, salvo che si tratti di farmaci c.d. orfani ai sensi del regolamento (CE) n. 141/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1999, di altri farmaci di eccezionale rilevanza terapeutica e sociale previsti in una specifica deliberazione dell'Aifa, ovvero di medicinali utilizzabili esclusivamente in ambiente ospedaliero o in strutture ad esso assimilabili; in tal caso la domanda può essere presentata anteriormente al rilascio dell'autorizzazione all'immissione in commercio; c) i medicinali, per cui è rilasciata un'autorizzazione all'immissione in commercio comunitaria o nazionale, nelle more della presentazione, da parte dell'azienda interessata, di un'eventuale domanda di diversa classificazione, sono automaticamente collocati in apposita sezione, dedicata ai farmaci non ancora valutati ai fini della rimborsabilità e denominata dall'Aifa classe C(nn), ovvero classe C "non negoziata". La negoziazione del prezzo, pertanto, si realizza in un momento successivo all'ottenimento dell'autorizzazione all'immissione in commercio del farmaco consentendo, *medio tempore*, al titolare della stessa di avviarne la commercializzazione, fermo l'obbligo di previa comunicazione all'Aifa del prezzo *ex factory*, nonché del prezzo al pubblico del medicinale.

Ciò comporta, dunque, l'impossibilità per i pazienti di accedere gratuitamente ai medicinali per i quali non esista una valida alternativa terapeutica o, in alcune ipotesi, l'impossibilità di acquistare il farmaco a fronte della decisione – da parte delle aziende farmaceutiche – di non commercializzarlo anteriormente alla negoziazione del prezzo ed alla sua conseguente nuova classificazione, fasi queste ultime, ovviamente, che dovrebbero essere portate a termine, a questo punto, con la massima sollecitudine consentita

Tutto ciò chiarito la Sezione, ribadita la difficoltà di conciliare, in punto di legittimità, il detto uso con la dizione letterale delle norme (che pretende la "non autorizzazione" dei medicinali utilizzati per l'uso compassionevole), non può che prendere atto con favore, nondimeno, degli esaurienti chiarimenti forniti dall'Amministrazione (in verità già "autosufficienti" ai fini dell'espressione del parere) e dunque dell'atteggiamento volto a consentire, o quanto meno a non ostacolare, comportamenti, spesso su base volontaria, delle aziende ed azioni delle strutture pubbliche tesi ad evitare il contrasto formale (che insorge con l'inserimento in classe C(nn)) e quindi a garantire comunque la tutela della salute della collettività, salvo ribadire che ogni procedura deve essere attentamente monitorata, affinché la sperimentazione e l'uso c.d. compassionevole si attuino impregiudicate le necessarie garanzie di sicurezza per i pazienti coinvolti.

5. Istruzione.

5.1. Fondo per le cattedre universitarie del merito Giulio Natta.

Il Consiglio di Stato, Sezione atti normativi, ha reso il parere (4 novembre 2016, n. 2303) sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di disciplina del c.d. Fondo per le cattedre universitarie del merito Giulio Natta, istituito ai sensi dell'art. 1, commi 207-212, l. 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016).

Detto Fondo - dispone il comma 208 dell'art. 1, l. n. 208 del 2015 - "in deroga alle norme sul reclutamento dei professori universitari previste dalla l. 30 dicembre 2010, n. 240" è diretto a finanziare il reclutamento straordinario per chiamata diretta di professori universitari di prima e di seconda fascia, selezionati tramite procedure nazionali e ai sensi dell'art. 1, comma 9, secondo periodo, l. n. 240 del 2010 (cioè con "copertura dei posti di professore ordinario mediante chiamata

diretta di studiosi di chiara fama”); si rivolge sia agli studiosi di elevato e riconosciuto merito scientifico impegnati in Italia e all'estero in attività di ricerca e d'insegnamento, i quali aspirino a entrare nel ruolo o dei professori ordinari o associati nelle università italiane, sia a quei professori di prima e di seconda fascia già in servizio in atenei italiani, che intendano fruire della mobilità inter-atenei. Il comma 210 dell'art. 1 demanda a un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare di concerto con il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca e con il Ministro dell'economia e delle finanze, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per i profili finanziari, la definizione di tutti gli elementi necessari per realizzare il reclutamento. Ha chiarito la Sezione atti normativi che, con l'istituzione del Fondo, il legislatore ha ampliato le tipologie di reclutamento dei professori universitari e ha aggiunto un nuovo meccanismo selettivo “in deroga” agli ordinari meccanismi di accesso disciplinati dalla l. n. 240 del 2010, prevedendo l'ingresso nella docenza universitaria di una nuova categoria di professori, per i quali l'eccellenza dei percorsi individuali di studio e di ricerca scientifica e l'elevato e riconosciuto merito scientifico sono tali da prevalere anche sul possesso dell'abilitazione scientifica nazionale.

Consapevole dei complessi equilibri, che caratterizzano la vita degli atenei e nel rispetto dell'autonomia universitaria, elevata a principio di rilevanza costituzionale dall'art. 33, comma 6, Cost., il legislatore ha prudentemente previsto l'istituzione “in via sperimentale” del Fondo, anche perché correlato a un meccanismo derogatorio di reclutamento dei docenti dell'Università. Lo schema di regolamento, come ha chiarito il Consiglio di Stato nel proprio parere, prevede una riorganizzazione dei settori concorsuali di riferimento per il conseguimento dell'abilitazione scientifica nazionale, che vengono ricondotti alle 25 aree definite dallo *European Research Council* (c.d. aree ERC), istituzione la cui missione è favorire lo sviluppo della ricerca di elevata qualità. E' quindi prevista una procedura nazionale di selezione, distinta per ciascuna area ERC, alla quale possono partecipare a domanda i candidati che aspirino alla chiamata diretta per la prima e la seconda fascia di professore universitario. Le domande devono essere corredate dal *curriculum vitae et studiorum*, dalle pubblicazioni scientifiche (da un minimo di cinque a un massimo di dieci) e dall'indicazione degli eventuali progetti di ricerca realizzati o in corso di svolgimento. La valutazione dei candidati e dei titoli dagli stessi prodotti è affidata a venticinque commissioni nazionali (una per ogni area ERC), ciascuna di tre membri. I presidenti delle commissioni sono nominati con d.P.C.M., su proposta del Ministro dell'istruzione dell'università e della ricerca, e scelti tra studiosi di elevatissima qualificazione scientifica, che ricoprono posizioni di vertice presso istituzioni universitarie o di ricerca estere o internazionali. Il presidente di ciascuna commissione sceglie gli altri due commissari tra “studiosi di elevata qualificazione scientifica e professionale”, all'interno di una lista di venti nominativi predisposta dall'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca (ANVUR). Possono essere nominati commissari coloro che sono in possesso della qualifica di professore ordinario di ruolo presso Università italiane aventi una posizione riconosciuta nel panorama internazionale, i quali abbiano apportato contributi di riconosciuto rilievo internazionale nell'area ERC di pertinenza. Anche i commissari, per i quali è previsto un compenso, sono nominati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. La disciplina relativa alla formazione della commissione per le cattedre del Fondo Natta è sensibilmente innovativa rispetto a quella prevista per le commissioni per il conferimento dell'abilitazione scientifica nazionale, di cui all'art. 16, l. n. 240 del 2010, i cui componenti sono individuati mediante sorteggio all'interno di una lista composta per ciascun settore concorsuale dai nominativi dei professori ordinari del settore concorsuale di riferimento, positivamente valutati dall'ANVUR, che abbiano presentato domanda per esservi inclusi. I membri di queste ultime commissioni, ai quali non sono corrisposti compensi, emolumenti e indennità, eleggono il presidente. La valutazione dei candidati si svolge in due fasi: la prima, volta a determinare

l'ammissibilità del candidato alla selezione sulla base del *curriculum vitae et studiorum*; la seconda, diretta a stabilire il profilo scientifico del candidato e incentrata sulla valutazione delle pubblicazioni, dei titoli e dei progetti di ricerca. Per ciascun candidato il giudizio finale è espresso con un punteggio da 0 a 100, previa acquisizione di un *parere pro veritate* reso da soggetti esterni alle medesime commissioni, in possesso della qualifica di professore ordinario o di posizione equivalente. La prova è superata dai candidati che conseguono un punteggio minimo di 80/100, i quali vengono iscritti in graduatorie, corrispondenti ai posti di prima fascia e di seconda fascia, destinati rispettivamente ai nuovi professori e alla mobilità inter-ateneo. Vengono altresì compilate liste di riserva degli idonei. Entro dodici mesi dalla pubblicazione delle graduatorie ciascun ateneo, su domanda dei vincitori nelle stesse inseriti, può procedere alla chiamata diretta degli interessati entro il limite del 30% dei posti assegnati a ciascuna delle 25 aree ERC. Ai docenti assunti con tale procedura è attribuito, in base all'esperienza di ricerca e ai titoli posseduti, un trattamento stipendiale più elevato rispetto ai colleghi del reclutamento ordinario. Analogo beneficio, in misura differente, è attribuito anche ai professori ammessi alla mobilità inter-ateneo.

Il parere ha sottoposto al Governo alcune questioni di rilievo sulle quali è necessario un maggiore approfondimento, quali: a) il rispetto dell'autonomia universitaria; b) il carattere sperimentale e straordinario del reclutamento; c) il particolare *status* del professore universitario reclutato con la procedura in questione; d) il riordino dei settori concorsuali secondo le aree ERC.

Su ognuna di queste questioni la Sezione si è soffermata ed ha formulato, norma per norma, condizioni e osservazioni volte a migliorare l'efficacia del particolare meccanismo di reclutamento, ad assicurarne la compatibilità con i principi costituzionali (in particolare con quello dell'autonomia universitaria) e la coerenza con il sistema vigente, che già prevede il reclutamento per chiamata diretta di studiosi di chiara fama.

5.2. Tirocini formativi presso il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana.

La Sezione consultiva del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha espresso parere (n. 802 del 7 luglio 2016) sul tirocinio svolto presso lo stesso Consiglio di giustizia ai sensi dell'art. 73, comma 1, d.l. 21 giugno 2013, n. 69. La richiesta di parere ha riguardato sia la corretta modalità di attuazione dello *stage* formativo nella Regione Siciliana, sia il corretto *iter* procedurale da seguire, al fine del coordinamento tra la pubblicazione del bando a cura del capo dell'ufficio giudiziario (Presidente del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana) con il bando di finanziamento delle borse di studio (a cura della Regione siciliana).

La Sezione ha condiviso la tesi, fatta propria dalla Regione, secondo cui il cit. comma 1 dell'art. 73, ad avviso del quale "la Regione siciliana, nell'ambito della propria autonomia statutaria e delle norme di attuazione", attua "l'istituto dello stage formativo...", non richiede necessariamente l'adozione di norme di attuazione in senso proprio, essendo sufficiente una delibera della Giunta regionale, che da un lato stabilisca che in Sicilia i tirocini presso il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana si svolgeranno secondo l'art. 73, d.l. n. 69 del 2013 e, dall'altro, dia mandato all'Assessore per l'istruzione e la formazione professionale, per l'individuazione delle risorse disponibili e la pubblicazione dei relativi bandi, previo coordinamento con il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e la pubblicazione, a cura di quest'ultimo, del bando di ammissione ai tirocini.

La Sezione ha altresì ritenuto condivisibile il ricorso ad un protocollo di intesa tra la Regione e il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana. Si tratta di un accordo tra Amministrazioni pubbliche, ai sensi della l. 7 agosto 1990, n. 241, sempre ammesso per la regolazione di funzioni di interesse comune. E' infatti interesse della Regione contribuire alla formazione professionale, presso gli uffici giudiziari, dei più meritevoli giovani siciliani laureati in

giurisprudenza. Ed è al tempo stesso interesse della giustizia amministrativa dare il proprio apporto alla formazione di tali giovani, e al tempo stesso fruire del loro contributo, per attività di supporto al lavoro del giudice, e per concorrere a progetti di smaltimento dell'arretrato e miglioramento dei tempi della giustizia amministrativa, nell'interesse dell'intera collettività. Il protocollo di intesa vedrebbe, come parti, da un lato il Presidente del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e, dall'altro lato, il Presidente della Giunta regionale o, su sua delega, l'Assessore dell'istruzione e formazione professionale, ovvero il segretario generale della Presidenza regionale. Tale accordo, anche ai sensi del comma 17 dell'art. 73, avrebbe ad oggetto i reciproci impegni per lo svolgimento dei tirocini: a) per la Regione, la messa a disposizione delle risorse e la pubblicazione anche sul bollettino regionale dei bandi per i tirocinanti, a firma del capo dell'ufficio giudiziario; b) per il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, e in conformità alle delibere dell'organo di autogoverno della giustizia amministrativa, la pubblicazione dei bandi, l'individuazione dei magistrati formatori, l'espletamento del tirocinio. Inoltre, il protocollo prevederebbe il reciproco coordinamento tra la pubblicazione del bando per i tirocini e la pubblicazione del bando per le borse di studio.

5.3. Cancellazione automatica dall'albo della Regione Sicilia del personale docente dei corsi di formazione professionale per condanna penale.

Con ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana è stato impugnato il decreto del direttore generale del Dipartimento regionale dell'istruzione e formazione professionale della Regione Sicilia, recante "Aggiornamento dell'albo regionale del personale docente e non docente dei corsi di formazione assunto a tempo indeterminato entro il 31 dicembre 2008", nella parte in cui esclude il ricorrente dal predetto albo aggiornato, in quanto non in possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 14, l. reg. 6 marzo 1976, n. 24 per essere stato condannato, con sentenza patteggiata ex art. 444 cod. proc. pen., per il reato di truffa di cui all'art. 640 cod. pen.. L'esclusione è avvenuta in modo automatico, senza alcuna valutazione in concreto, previo contraddittorio con l'interessato, in ordine alla effettiva incidenza della condanna sulla possibilità di svolgimento dell'attività lavorativa senza nuocere all'immagine e all'onore dell'Amministrazione.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, con il parere 12 aprile 2016, n. 349, ha preliminarmente ricordato che l'iscrizione all'albo regionale del personale docente e non docente è finalizzata non all'esercizio di una professione (albo professionale), ma all'individuazione di soggetti da utilizzare per lo svolgimento di attività formative finanziate dalla Regione siciliana. Tali soggetti devono possedere adeguati requisiti, certificati proprio dall'inserimento nell'apposito albo regionale, e gli Enti di formazione professionale hanno dunque l'obbligo di individuare il personale preposto alle attività formative tra gli iscritti al predetto albo.

Ha ancora chiarito il Consiglio di giustizia che è vero che le statuizioni giurisprudenziali e legislative, in materia di destituzione automatica del pubblico impiegato, non riguardano direttamente ed immediatamente il personale docente e non docente dei corsi di formazione professionale, il cui rapporto di lavoro con gli Enti di gestione dei centri di formazione professionale non è qualificabile come pubblico impiego, ma come lavoro privato; tuttavia l'impugnato provvedimento di esclusione dall'albo, adottato sulla base di una legge che ritiene ostativa dell'iscrizione all'albo qualsivoglia condanna penale, comporta un effetto preclusivo/espulsivo automatico, che esclude non solo qualsiasi valutazione *ex post* dell'Autorità amministrativa, ma anche qualunque valutazione legislativa *ex ante*, sulla base di necessari parametri di proporzionalità e ragionevolezza, che devono ispirare il bilanciamento tra il diritto del singolo a svolgere un'attività lavorativa (sia essa autonoma o dipendente) e l'interesse generale

dell'ordinamento a consentire l'accesso (o la permanenza) al lavoro a soggetti immuni da condanne penali ostative.

La Sezione ha quindi ritenuto rilevante, e non manifestamente infondata, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, l. reg. n. 24 del 1976, nella parte in cui statuisce che qualsivoglia condanna penale è ostativa all'iscrizione all'albo del personale docente della formazione professionale e la cancellazione dallo stesso viene disposta con effetto automatico ove venga a mancare, in seguito a condanna penale, il requisito per l'iscrizione consistente proprio nell' "essere immuni da condanne penali".

La norma appare, pertanto, per la sua assolutezza, in contrasto con i principi di proporzionalità e ragionevolezza che sono alla base del principio di eguaglianza e per ciò stesso è in contrasto con l'art. 3 Cost. (Corte cost. n. 197 del 1993); tale contrasto è ravviabile anche sotto il profilo del deteriore trattamento del docente dei corsi di formazione professionale finanziati dalla Regione, rispetto al docente della scuola pubblica, pur nell'identità delle funzioni esercitate.

La mancata iscrizione all'albo e la cancellazione (che determina, a valle e nel rapporto tra docente e Ente della formazione professionale, la sostanziale automatica risoluzione del rapporto di lavoro) appare altresì incompatibile con la tutela del lavoro medesimo garantita dagli artt. 4 e 35 Cost., per la sproporzione che può determinarsi tra fatto commesso ed estrema gravità della sanzione concretantesi nella perdita del posto di lavoro.

Ancora, la norma sembra non conforme al principio di imparzialità e di buon andamento della Pubblica amministrazione (art. 97) perché, impedendo al ricorrente di mantenere il proprio posto di lavoro presso l'Ente gestore della formazione indipendentemente dalla verifica in concreto circa la sussistenza di elementi a ciò ostativi, si pone in contrasto con il principio della migliore utilizzazione delle risorse professionali a disposizione dell'Ente stesso (Corte cost. 14 aprile 1995, n. 126).

Si ravvisa anche il contrasto con l'art. 27 Cost., relativo alla funzione rieducativa della sanzione penale (che implica anche la proporzionalità della punizione rispetto all'offesa), in quanto a fronte di una condanna penale, da cui non conseguono sanzioni interdittive dagli uffici pubblici e privati, la legge regionale aggiunge, con un meccanismo automatico, un effetto interdittivo assoluto, automatico e sproporzionato. Non senza trascurare che l'ordinamento mira a favorire il lavoro dei detenuti e il reinserimento lavorativo degli *ex* detenuti, con la conseguenza che sarebbe paradossale consentire l'espulsione automatica da un contesto lavorativo di soggetto che, pur avendo riportato condanna penale, non ha dovuto scontare la pena (avendo fruito della sua sospensione) e dunque non è un detenuto né un *ex* detenuto.

6. Elezioni.

Alla richiesta dell'Assessore alle autonomie locali della Regione Sicilia - in ordine all'interpretazione delle disposizioni della l. reg. Sicilia 11 agosto 2016, n. 17 ("Disposizioni in materia di elezione del Sindaco e del consiglio Comunale e di cessazione degli organi comunali. Modifica di nome in materia di organo di revisione economica - finanziaria degli enti locali e di *status* degli amministratori locali") - il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha reso il richiesto parere (n. 1049 del 19 ottobre 2016). In particolare, l'art. 5 della cit. l. reg. n. 17 del 2016, novellando l'art. 11, l. reg. 15 settembre 1997, n. 35, ha sancito il principio secondo cui la cessazione di un organo comunale elettivo (consiglio o sindaco) determina automaticamente la cessazione anticipata anche dell'altro e della giunta, la nomina di un commissario straordinario e l'avvio delle procedure dirette all'indizione delle nuove elezioni.

La questione sottoposta al Consiglio di giustizia attiene al regime transitorio ed è stato risolto nel senso che la disciplina transitoria, dettata dall'art. 5, comma 2, l. reg. n. 17 del 2016, si applica sia

all'ipotesi del comma 2 dell'art. 11, l. reg. n. 35 del 1997 (in materia di cessazione del Consiglio comunale, per dimissioni dei consiglieri) che a quella del successivo comma 2 *bis* (in materia di cessazione del Consiglio comunale, per qualunque altra causa diversa dalle dimissioni dei consiglieri).

A parere del Consiglio di giustizia sia il canone della interpretazione letterale che quello della interpretazione sistematica, logica e costituzionalmente orientata inducono ad optare per tale conclusione. Sul piano letterale, l'art. 5, comma 2, l. reg. n. 17 del 2016 detta il regime transitorio per “le disposizioni di cui al comma 2 dell'art. 11, l. reg. n. 35 del 1997, come sostituito dal presente articolo”. Tale previsione va raccordata con l'art. 5, comma 1, lett. c), della stessa l. reg. n. 17 del 2016, secondo cui “il comma 2 è sostituito dai seguenti”, e seguono i nuovi commi 2 e 2 *bis*.

Sul piano testuale è pertanto chiaro che il vecchio comma 2 è stato “sostituito” sia dal comma 2 che dal comma 2 *bis*, e che la norma transitoria, quando richiama il comma 2 “come sostituito”, si riferisce sia al comma 2 che al comma 2 *bis*, in quanto anche quest'ultimo è sostitutivo del vecchio comma 2, e anche esso è perciò incluso nel regime transitorio.

Sul piano sistematico, di regola le nuove discipline dispongono per l'avvenire, e riforme ordinamentali, che incidono su organi di enti costituzionali, quali sono gli enti locali, operano con effetto dalle successive elezioni. La stessa l. reg. n. 35 del 1997, nella sua originaria formulazione, dettò una norma transitoria volta a renderla applicabile a partire dalle consiliature successive (art. 18). Vale a tal proposito richiamare gli artt. 11 e 14 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile, e in particolare l'art. 11 che prevede che una norma può disporre solo per l'avvenire e che, conseguentemente, esclude che possa essere applicata per situazioni relative a rapporti o situazioni sorti prima della sua vigenza. Una interpretazione di segno opposto, che consentisse di dichiarare decaduti sindaci e giunte dei Comuni - i cui consigli comunali venissero sciolti per cause diverse dalle dimissioni, già dalla consiliatura in corso, e ad elezioni già espletate - consentirebbe alla legge di incidere, sulla base di regole del gioco mutate in corso d'opera in ordine al permanere dei requisiti per la carica di Sindaco, da un lato sulle scelte effettuate dalla sovranità dei cittadini mediante le elezioni del Sindaco e, dall'altro, sul diritto di elettorato passivo dei cittadini, che sono stati eletti Sindaci. Siffatta interpretazione non si sottrarrebbe a seri dubbi di legittimità costituzionale. Per converso, l'esegesi qui accolta è conforme al principio secondo cui, in assenza di una chiara ed espressa previsione normativa di segno contrario, va sostenuta un'interpretazione della disciplina che privilegi la sopravvivenza dell'organo democraticamente eletto. Sul piano logico non si comprenderebbe perché la vecchia disciplina resterebbe in vigore, con il commissariamento del solo Consiglio ed il perdurare di Sindaco e Giunta, nel caso di venir meno del Consiglio per ragioni di ordine politico (le dimissioni in blocco) e non nel caso di venir meno del Consiglio per ragioni di ordine tecnico giuridico. Sempre sul piano logico, non si comprenderebbe la ragione, e soprattutto l'urgenza, di differenziare nel regime transitorio l'ipotesi del comma 2 e del comma 2 *bis*. E siffatta differenziazione potrebbe dare luogo a dubbi di costituzionalità oltre che sotto il già evidenziato profilo del cambio delle regole del gioco in corso di partita, incidendo sulle scelte dei cittadini elettori, anche sotto il profilo del principio di razionalità sotteso all'art. 3 Cost..

7. Aiuti di Stato.

7.1. Regolamento sulle modalità di funzionamento del Registro nazionale per gli aiuti di Stato.

Il Consiglio di Stato ha espresso parere (n. 2527 del 2 dicembre 2016), favorevole con osservazioni, sullo schema di regolamento del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, recante le modalità di funzionamento del Registro nazionale per gli aiuti di Stato, di cui all'art. 52, l. 24

dicembre 2012, n. 234 (“Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea”).

Ha ricordato il Consiglio di Stato che il Registro - che è affidato alla gestione del Ministero dello sviluppo economico, operabile con il Sistema informativo agricolo nazionale e con il Sistema italiano della pesca e dell'acquacoltura, che rimarranno di pertinenza del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestale - è concepito come dispositivo per la raccolta di informazioni e per i controlli in materia di aiuti di Stato, nonché come strumento funzionale all'assolvimento dei vigenti obblighi di trasparenza. L'implementazione del Registro entro il 2016 costituisce adempimento di un impegno, in materia di applicazione efficace delle norme dell'Unione europea sugli aiuti di Stato, assunto dal Governo italiano in sede di Accordo di partenariato con la Commissione europea nell'ambito dei negoziati per l'utilizzo dei fondi strutturali e di investimento europei per il periodo 2014-2020. Il Registro, totalmente informatizzato e accessibile senza restrizioni, consentirà in modo innovativo di raccogliere informazioni sugli aiuti di Stato e di effettuare i controlli propedeutici alla concessione e all'erogazione degli stessi.

Ha aggiunto la Sezione consultiva che lo schema di regolamento delinea un complesso sistema di meccanismi di controllo affidato alle Autorità responsabili e ai Soggetti concedenti gli aiuti, incentrato su una serie di obblighi di registrazione preventivi e di verifiche successive (mediante apposite “visure” rilasciate dal sistema) di tutte le categorie di aiuti (regimi di aiuto, aiuto di Stato, aiuti SIEG, aiuti *de minimis*, aiuti *de minimis* SIEG, aiuti c.d. “automatici”, ecc.), concessi o erogati alle imprese italiane; in particolare, il Registro permetterà, mediante un dispositivo di blocco automatico, di precludere la concessione di aiuti *de minimis* ove siano superati i massimali stabiliti dalla disciplina sovranazionale e consentirà altresì un controllo sul rischio di cumulo degli altri aiuti individuali e sul rispetto della clausola d'impegno *Deggendorf* (principio elaborato dalla giurisprudenza comunitaria; sentenza del Tribunale di primo grado, del 13 settembre 1995 in cause riunite T-244/93 e T-486/93 “*TWD Textilwerke Deggendorf GmbH*”), ora legificata dall'art. 46, comma 1, l. n. 234 del 2012. L'adempimento degli obblighi di interrogazione e di verifica sarà condizione legale di efficacia dei provvedimenti di concessione ed erogazione degli aiuti.

Il Consiglio di Stato ha dato atto della rilevanza del regolamento volto a garantire, in maniera completa ed efficace, il rispetto dei divieti di cumulo e degli obblighi di trasparenza e di pubblicità in materia di aiuti di Stato, e ha sollecitato l'urgenza della sua entrata in vigore, in ragione dell'esistenza di una imminente scadenza temporale rappresentata dal termine del 1° gennaio 2017, a decorrere dal quale l'adempimento degli obblighi di interrogazione del Registro costituirà condizione legale di efficacia dei provvedimenti, che dispongano concessioni ed erogazioni di aiuti.

Il Consiglio di Stato ha sottolineato anche l'importanza di un attento monitoraggio sull'attuazione del regolamento, una volta entrato in vigore e applicato, tenuto conto delle notevoli implicazioni di carattere informativo, formativo e organizzativo connesse alla costituzione del Registro. Difatti, l'innovatività, in uno con la complessità, del meccanismo sopra descritto e l'amplia e variegata categoria dei soggetti, pubblici e privati, coinvolti impegneranno sensibilmente il Ministero dello sviluppo economico nell'attività di formazione e addestramento (*training*) del personale, che sarà dedicato all'uso del sistema.

Il Consiglio di Stato ha anche rappresentato al Ministero dello sviluppo economico la necessità di trovare idonee soluzioni a tutela dei segreti industriali delle imprese beneficiarie di aiuti di Stato, onde scongiurare i pericoli connessi alla piena accessibilità al Registro.

8. Contratti e accordi.

8.1. La regolarità contributiva nel nuovo Codice dei contratti.

Le Sezioni riunite hanno reso parere (19 ottobre 2016, n. 1063), su ricorso straordinario proposto al Presidente della Regione siciliana, avverso il provvedimento dell'Assessorato regionale delle attività produttive di diniego a subentro di una società ad altra nella procedura di finanziamento pubblico.

Ha affermato la Sezione che nei pubblici appalti, alla luce del nuovo Codice di contratti, approvato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in fase di esecuzione del contratto, la regolarità contributiva è verificata d'ufficio dalla stazione appaltante prima del pagamento del prezzo dell'appalto, ma, in caso di DURC negativo, non segue la risoluzione del contratto di appalto, bensì il pagamento diretto dei contributi previdenziali da parte della stazione appaltante, con trattenuta dal prezzo dovuto per l'appalto (artt. 30, comma 5, e 105, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016); in fase di gara, il DURC non è più acquisito d'ufficio per verificare l'autodichiarazione in gara, ma va chiesto ai concorrenti (art. 86, comma 2, lett. b, n. 50 del 2016); ancora, in fase di gara, è causa di esclusione dalla partecipazione alla procedura la commissione di "violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento (...) dei contributi previdenziali" (art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016). Ma costituiscono "violazioni gravi" non più quelle ostative al rilascio del DURC ai sensi dell'art. 8, d.m. 24 ottobre 2007 (vale a dire gli omessi versamenti con scostamenti superiori al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento superiore ad euro 100,00), bensì "quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC) di cui all'art. 8 del decreto del Ministero del lavoro e della politiche sociali 30 gennaio 2015" (art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016), e cioè le violazioni anche di natura penale elencate nell'allegato A al d.m. 30 gennaio 2015; non vi è infatti coincidenza di contenuto tra il previgente art. 8, d.m. 24 ottobre 2007 e l'attuale art. 8, d.m. 30 gennaio 2015 ora richiamato dall'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 (l'art. 8, d.m. 24 ottobre 2007 corrisponde invece all'art. 3, d.m. 30 gennaio 2015, che non è richiamato dall'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016).

8.2. Concessione di aree e banchine comprese nell'ambito portuale.

La Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, con il parere n. 1505 del 27 giugno 2016, si è espressa sullo schema di regolamento del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti recante la nuova disciplina di affidamento in concessione di aree e banchine comprese nell'ambito portuale, ai sensi dell'art. 18, comma 1, l. 28 gennaio 1994, n. 84.

La Sezione ha preliminarmente ricordato che l'art. 18, cit. l. n. 84 del 1994, recante il riordino della legislazione in materia portuale, al quale con lo schema di decreto si intende dare attuazione, prevede, in tema di concessione di aree e banchine, che l'Autorità portuale e, dove non istituita, l'organizzazione portuale o l'Autorità marittima, danno in concessione le aree demaniali e le banchine comprese nell'ambito portuale alle imprese di cui all'art. 16, comma 3, l. n. 84, autorizzate all'espletamento delle operazioni portuali, fatta salva l'utilizzazione degli immobili da parte di Amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di funzioni attinenti ad attività marittime e portuali. È, altresì, sottoposta a concessione, da parte dell'Autorità portuale e, laddove non istituita, dall'Autorità marittima, la realizzazione e la gestione di opere attinenti alle attività marittime e portuali collocate a mare nell'ambito degli specchi acquei esterni alle difese foranee, anch'essi da considerarsi a tal fine ambito portuale, purché interessati dal traffico portuale e dalla prestazione dei servizi portuali anche per la realizzazione di impianti destinati ad operazioni di imbarco e sbarco rispondenti alle funzioni proprie dello scalo marittimo, come individuati ai sensi dell'art. 4, comma 3, della legge. Orbene, le concessioni sono affidate, previa determinazione dei relativi canoni, anche

commisurati all'entità dei traffici portuali ivi svolti, sulla base di idonee forme di pubblicità, stabilite dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e finanze, con proprio decreto.

Con il medesimo decreto sono altresì indicati: a) la durata della concessione, i poteri di vigilanza e controllo delle Autorità concedenti, le modalità di rinnovo della concessione ovvero di cessione degli impianti a nuovo concessionario; b) i limiti minimi dei canoni che i concessionari sono tenuti a versare. Sono fatti salvi, fino alla scadenza del titolo concessorio, i canoni stabiliti dalle autorità portuali relativi a concessioni già assentite alla data di entrata in vigore del decreto in discussione. Con esso devono altresì essere indicati i criteri cui devono attenersi le Autorità portuali o marittime nel rilascio delle concessioni al fine di riservare nell'ambito portuale spazi operativi allo svolgimento delle operazioni portuali da parte di altre imprese non concessionarie.

Si prevede, ancora, espressamente che, con il menzionato decreto, il Ministro competente adegui la disciplina (nazionale), relativa alle concessioni di aree e banchine, alle normative comunitarie.

Di conseguenza, fin dall'emanazione della fondamentale riforma organica dell'ordinamento dei porti, di cui alla l. n. 84 del 28 gennaio 1994, si è proceduto nel senso della liberalizzazione del mercato delle operazioni e dei servizi portuali, assegnando alle Autorità portuali, enti di nuova istituzione con funzioni di programmazione, indirizzo, coordinamento e controllo delle operazioni portuali e delle altre attività commerciali e industriali esercitate negli scali portuali ritenuti strategici a livello nazionale (nei restanti porti le medesime funzioni fanno capo all'Autorità marittima, che conserva, in ogni caso, le tradizionali competenze in materia di sicurezza), il compito di promuovere, al massimo livello possibile, la concorrenza in un settore caratterizzato da una naturale limitatezza delle infrastrutture di riferimento.

Allo scopo la cit. l. n. 84 del 1994 ha disciplinato, tra l'altro, la gestione del demanio portuale funzionalmente destinato alle attività commerciali marittime, rivisitando finalità e contenuti dei tradizionali atti amministrativi di autorizzazione e di concessione, sovrapponendosi essa al tradizionale impianto del codice della navigazione, risalente al 1942 e, quanto al regolamento di esecuzione, al 1952, di cui sono stati evidentemente superati impostazione e principi fondamentali. Con l'effetto che, una volta attuato, finalmente, l'art. 18, l. n. 84 del 1994, potrà formalizzarsi un ambito di applicazione non coincidente: la concessione di aree e banchine, di cui si tratta, riguarda infatti una porzione chiaramente delimitata del territorio all'interno della circoscrizione cui è preposta l'Autorità portuale, ovvero l'area demaniale o la banchina utilizzabile, per sua natura e destinazione, ai fini commerciali propri della navigazione marittima, mentre, al di fuori di dette aree, le Autorità portuali (o, *rectius*, le Autorità di sistema portuale) continueranno ad applicare, a regime, le disposizioni contenute nel codice della navigazione e nel correlato regolamento di attuazione.

Nel parere il Consiglio di Stato ha sottolineato che il testo regolamentare, che finalmente attua a distanza di oltre venti anni la previsione normativa, disciplina un peculiare e nevralgico settore, dal punto di vista economico-produttivo, oggetto di provvedimenti concessori, ai quali deve essere garantita la più ampia applicazione dei principi di trasparenza e di concorrenza.

Questi principi assumono una importanza ormai strategica, per recuperare il gap di produttività dei porti nazionali, anche e soprattutto nel generale contesto della più recente riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente la *governance* delle autorità portuali contenuta, in attuazione della delega di cui all'art. 8, l. 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. legge Madia), nello schema di decreto legislativo, attualmente al vaglio delle Commissioni parlamentari, sul quale lo stesso Consiglio di Stato si è recentemente espresso con il parere n. 1142 del 9 maggio 2016, disciplina che mira a contribuire a riportare l'Italia al centro dei traffici marittimi tra Oriente ed Europa.

Proprio per il perseguimento di questi obiettivi, che richiedono una regolamentazione organica, uniforme, snella, aperta ai principi di trasparenza e concorrenza, il parere ha sottolineato e condiviso l'apprezzabile sforzo di colmare, a distanza di oltre venti anni, le lacune evidenziatesi in un regime rimesso troppo spesso alle scelte discrezionali delle singole Autorità. Il Consiglio di Stato, pur apprezzando questo intento, non ha mancato tuttavia di rilevare le criticità della nuova disciplina, raccomandando al Ministero di dare piena e incondizionata attuazione al cit. art. 18, l. n. 84 del 1994 in modo da assicurare l'effettivo rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e concorrenza che, pur operanti di norma nel settore degli appalti pubblici, non possono ritenersi estranei nemmeno a quello delle concessioni di beni demaniali.

Il parere ha sottolineato, in particolare, tre essenziali criticità. Innanzitutto la necessità di evitare di replicare, seppur con l'aggiornamento dell'obbligo di pubblicità, la vigente disciplina, ormai obsoleta e inadeguata, delle concessioni di aree e banchine comprese nell'ambito portuale, risalente al regolamento per la navigazione marittima del 1952. Il Consiglio di Stato ha ritenuto inadeguata soprattutto la previsione secondo cui l'intera procedura prende le mosse dall'istanza del soggetto interessato al rilascio (o al rinnovo) della concessione, lasciando agli altri soggetti interessati solo la possibilità di opporsi in un breve termine, secondo uno schema risalente e inappropriato alle esigenze di concorrenza e di trasparenza, che pure costituiscono i dichiarati principi ispiratori della materia. Il parere ha quindi raccomandato, per i futuri affidamenti, l'adozione di una vera procedura competitiva per l'affidamento ed il rinnovo delle concessioni, modellata secondo i moderni e ormai ineludibili principi dell'evidenza pubblica, preceduta da adeguata programmazione e, quindi, in sintonia strategica con il decreto che riforma anche la *governance* portuale, aprendo così i porti alle opportunità di investimento in una logica non di mera perpetuazione dell'esistente, ma di incentivazione ad una maggiore efficienza da parte dei concessionari, con l'incremento delle risorse portuali in vista dell'auspicata ripresa del settore. Proprio questa logica, intesa a limitare l'eccessiva discrezionalità sinora mantenuta dalle Autorità nel settore delle concessioni secondo una mera conservazione dell'esistente, ha indotto il Consiglio di Stato a chiedere al Ministero di intervenire nel prosieguo dell'*iter* con soluzioni *ad hoc*, sottolineando anche gli ulteriori aspetti critici nella nuova disciplina proposta, connessi alla necessità di dare completa attuazione al dettato dell'art. 18, l. n. 84 del 1994 e, cioè, la mancata fissazione dei livelli minimi dei canoni che i concessionari sono tenuti a versare e dei criteri per individuare la durata della concessione, oltre alla omessa individuazione di spazi operativi per le imprese portuali non concessionarie di aree, tipica norma *antitrust*.

Altra criticità è nella mancata fissazione dei livelli minimi dei canoni dovuti dai concessionari e, infine, nell'omessa individuazione dei criteri per la durata delle concessioni.

9. Pubblico impiego.

9.1. Misurazione e valutazione della *performance* delle Pubbliche amministrazioni.

La Sezione consultiva per gli atti normativi ha reso parere (n. 232 del 3 febbraio 2016) sullo schema di decreto del Presidente della Repubblica recante il regolamento di disciplina delle funzioni del Dipartimento della funzione pubblica in materia di misurazione e valutazione della *performance* delle Pubbliche amministrazioni, adottato ai sensi dell'art. 19, comma 10, d.l. 20 giugno 2014, n. 90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114. Tale norma, nel sopprimere l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e nel rivedere le funzioni dell'Autorità nazionale anticorruzione (Anac), ha previsto, al comma 9, che le funzioni di quest'ultima Autorità in materia di misurazione e valutazione della *performance*, di cui agli artt. 7, 10, 12, 13 e 14, siano trasferite al Dipartimento della funzione pubblica a decorrere dalla data dell'entrata in vigore della legge di conversione. Lo stesso art. 19, al comma 10, ha demandato ad un "regolamento da emanare ai sensi

dell'art. 17, comma 2, l. 23 agosto 1988, n. 400, entro 180 giorni dall'entrata in vigore del decreto stesso”, di provvedere “a riordinare le funzioni di cui al comma 9 in materia di misurazione e valutazione della *performance*, sulla base delle seguenti norme generali regolatrici della materia: a) semplificazione degli adempimenti a carico delle Amministrazioni pubbliche; b) progressiva integrazione del ciclo della *performance* con la programmazione finanziaria; c) raccordo con il sistema dei controlli interni; d) validazione esterna dei sistemi e risultati; e) conseguente revisione della disciplina degli organismi indipendenti di valutazione”.

Ha chiarito la Sezione che l'istituto, specificamente oggetto dell'intervento di riordino, è la misurazione e valutazione della *performance* delle Pubbliche amministrazioni, che rappresenta una delle applicazioni tipiche della nuova concezione del buon andamento delle stesse. Il passaggio dai controlli esterni sull'attività amministrativa ai controlli interni sulla gestione si pone nel segno della ricerca degli strumenti più idonei a individuare e soddisfare i bisogni dei cittadini e, contemporaneamente, a incrementare la capacità di acquisire e utilizzare economicamente le risorse pubbliche. *Performance* non è però mero sinonimo di “rendimento” o “produttività”, ma è un concetto di sintesi, in grado di rappresentare unitariamente il passaggio fondamentale della logica di mezzi a quella di risultato. La produttività è collegata all'efficienza, la *performance* ad un insieme (efficienza, efficacia, economicità e competenze). Essa si valuta per migliorare la qualità dei servizi e la competenza dei dipendenti. Una distinzione che consente di concepire l'Amministrazione come sistema di interdipendenze e non più come assemblaggio di funzioni produttive e funzioni di supporto. Il sistema di valutazione della *performance* sfocia, tra l'altro, nell'attribuzione di premi e benefici di carriera nell'ottica di valorizzazione del merito e di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa, secondo le modalità stabilite dalla contrattazione collettiva. Lo schema di regolamento si muove, ad avviso del Consiglio di Stato, nell'ambito nel sistema delineato dalle fonti primarie.

9.2. Tetto massimo al trattamento economico e pensionistico dei dipendenti regionali.

La Sezione consultiva del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha reso parere (n. 801 del 5 luglio 2016) sull'interpretazione da dare alla normativa regionale (art. 13, l. reg. 11 giugno 2014, n. 13), che ha introdotto il tetto massimo al trattamento economico e pensionistico dei dipendenti regionali (e altre categorie di dipendenti pubblici in ambito regionale). La Regione ha chiesto al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana se la normativa regionale dia adito a dubbi di incostituzionalità.

La Sezione ha premesso che, nel corso dell'attività consultiva, è interdetto al Consiglio di Stato sollevare una questione incidentale di costituzionalità dinanzi alla Corte (ad eccezione della funzione consultiva nell'*iter* di decisione dei ricorsi straordinari).

Ha affermato la Sezione che, in difetto di elementi istruttori forniti dalla Regione, occorre comparare il tetto regionale di 160.000 euro al lordo fiscale non già con il tetto statale di 240.000 euro (che sono al lordo fiscale e previdenziale), bensì con la cifra risultante se si sottrae dall'importo di 240.000 euro l'ammontare dei contributi previdenziali a carico del lavoratore, cifra che è di circa 207.000 euro. Non può, sotto tale profilo, trascurarsi che il tetto statale di 240.000 euro è il tetto del trattamento economico “massimo” che, a livello statale, è previsto per le più alte cariche dello Stato, e in particolare per il primo presidente della Corte di cassazione, e per altri vertici amministrativi. Non senza considerare, poi, che il tetto di 240.000 euro è stato dal Governo in carica consapevolmente prescelto avendo come termine di paragone il trattamento economico del Presidente della Repubblica (così scendendosi dal previgente parametro dello stipendio del primo presidente della Cassazione, pari, nel 2014, a circa 311.000 euro, al parametro del trattamento del Presidente della Repubblica nel 2014, pari a circa 240.000 euro). Alla luce di tali considerazioni, il

principio statutario di eguaglianza potrebbe ritenersi violato ove vi fosse la prova che esistono posizioni dirigenziali regionali che per qualifica, incarico, mansioni, responsabilità, anzianità di servizio, sono comparabili con corrispondenti posizioni dirigenziali statali e che, in virtù del tetto regionale più basso di quello statale, subiscono un trattamento peggiore. Detto altrimenti, la sola circostanza di fatto che un ipotetico dipendente regionale percepisca un trattamento complessivo annuo superiore a 160.000 euro annui al lordo fiscale, e inferiore al tetto statale, e che pertanto subisca l'applicazione del tetto regionale (che non avrebbe subito se il tetto regionale fosse stato identico al tetto statale), non comporta di per sé sola la violazione dell'art. 14, lett. q), dello Statuto, dovendosi anche provare che tale dipendente regionale subisca un trattamento economico peggiore rispetto ad un dipendente statale *coeteris paribus* (vale a dire a parità di qualifica, incarico, mansioni, responsabilità, anzianità).

Ha ancora aggiunto la Sezione che, ove in un eventuale contenzioso giurisdizionale attivato da dipendente regionale nei confronti della Regione venisse ritenuta rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità della norma regionale nella parte in cui fissa il tetto stipendiale per i contratti in corso, l'esito in Corte costituzionale non sarebbe scontato nel senso della declaratoria di illegittimità, essendovi al contrario solidi argomenti per sostenere la ragionevolezza e la non eccessiva gravosità della misura, in un giudizio di bilanciamento tra aspettative del dipendente e esigenze di contenimento della spesa pubblica in una contingenza economica eccezionale.

Inoltre, sotto il profilo della rilevanza di una ipotetica questione di legittimità costituzionale, in difetto di elementi sui concreti trattamenti economici non si è in grado di stabilire se la riduzione degli stessi determini, in concreto, una lesione rilevante e costituzionalmente apprezzabile delle aspettative maturate.

La Sezione ha quindi concluso nel senso che: a) nell'impianto dell'art. 13, l. reg. n. 13 del 2014, mentre ha carattere temporalmente limitato il tetto posto ai trattamenti pensionistici, costituisce disposizione a regime quella che fissa il tetto ai trattamenti stipendiali; b) la fissazione, con legge della Regione Siciliana, di un tetto stipendiale inferiore a quello previsto dalla legge statale, non comporta di per sé sola la violazione dell'art. 14, lett. q), dello Statuto - che impone trattamenti economici dei dipendenti regionali non inferiori a quelli dei dipendenti statali - dovendosi verificare in concreto se vi sono posizioni dirigenziali regionali che, a parità di qualifica, funzioni, mansioni, anzianità e responsabilità con corrispondenti posizioni dirigenziali statali, subiscono, in virtù del tetto regionale pari a 160.000 euro al lordo fiscale (e al netto delle ritenute previdenziali), un trattamento peggiore rispetto ai dipendenti statali; per tali posizioni, *de iure condendo* si potrebbe prevedere la salvezza di trattamenti superiori a 160.000 euro e nei limiti del tetto stipendiale fissato da legge statale, se corrispondenti a superiori trattamenti statali per posizioni analoghe; c) per converso il cit. art. 14, lett. q), dello Statuto, se facoltizza il legislatore siciliano, nei limiti di ragionevolezza e del rispetto dei vincoli di finanza pubblica, a prevedere trattamenti economici superiori a quelli statali (nel limite del tetto massimo), non obbliga però né a prevederli, né a mantenerli, ove previsti in passato; d) l'incidenza del tetto del trattamento economico dei dipendenti, regionali e statali, anche sui rapporti di lavoro in corso, non sembra, alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, contraria al principio dell'affidamento declinato secondo il parametro di ragionevolezza, avuto anche riguardo alla entità della misura, alla prevedibilità, al bilanciamento degli interessi in gioco, al giudizio di proporzionalità tra sacrificio imposto ai dipendenti e vantaggi per la finanza pubblica; e) il meccanismo regionale di operatività del tetto stipendiale, demandato ad una rinegoziazione dei contratti in corso, diverso dal meccanismo statale, che è invece di immediata e diretta incidenza sui contratti in corso, può dare luogo a un dubbio di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sotto il profilo del

differimento temporale dell'operatività del tetto e del non tempestivo adeguamento alla legislazione statale (il rimedio, in difetto di un intervento legislativo regionale, potrebbe essere quello di sospendere, nelle more della rinegoziazione, i trattamenti eccedenti il tetto statale); detto meccanismo potrebbe in astratto apparire invasivo della competenza legislativa statale in materia di ordinamento civile; in concreto, essere ritenuto legittimo solo ove giustificato dalla necessità di un migliore allineamento dei trattamenti economici dei dipendenti regionali a quelli dei dipendenti statali; sarebbe comunque conforme all'obbligo di adeguamento alla legislazione statale una modifica normativa che ripristinasse l'originaria previsione regionale, che stabiliva l'operatività del tetto *ex lege* anche per i contratti in corso e senza necessità di rinegoziazione dei medesimi.

9.3. Tetto massimo al trattamento economico del Direttore generale dell'Agenzia regionale per l'ambiente.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha reso il parere (n. 1115 del 16 novembre 2016) sul quesito relativo all'applicabilità dell'art. 1, comma 489, l. n. 147 del 2013 (legge di stabilità per il 2014) al Direttore generale dell'Agenzia regionale per l'ambiente, titolare di contratto individuale di lavoro stipulato in data 20 settembre 2012. Tale norma, dopo aver stabilito che non possono essere erogati trattamenti economici onnicomprensivi che, sommati al trattamento pensionistico, eccedano il limite fissato ai sensi dell'art. 23 *ter*, comma 1, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (convertito dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214), prevede che “sono fatti salvi i contratti e gli incarichi in corso fino alla loro naturale scadenza prevista negli stessi”. La Regione pone, pertanto, la questione interpretativa se la previsione transitoria statale sia applicabile al caso in cui l'incarico, oggetto di rinegoziazione in ossequio alla legge regionale, sia stato conferito in data anteriore all'entrata in vigore della l. n. 147 del 2013.

Preliminarmente ha affermato la competenza ad esprimere il parere richiesto, richiamando principi espressi dal Consiglio di Stato in sede consultiva. La Commissione speciale del Consiglio di Stato (10 luglio 2012, n. 5107) ha chiarito i confini della funzione consultiva, in particolare quando l'Amministrazione sottopone quesiti partendo da casi concreti, relativi a contenziosi potenziali (*in fieri*), pervenendo alla conclusione che “se non è consentito che l'Amministrazione chieda al Consiglio di Stato un parere su un contenzioso in atto, deve tuttavia ritenersi che, allorché la controversia sia solo potenziale, il Consiglio di Stato possa fornire il proprio avviso nell'ipotesi in cui il caso concreto sia l'occasione utilizzata dall'Amministrazione per richiedere un parere su questioni aventi più ampio rilievo”. La Commissione speciale ha motivato tale principio osservando che il Consiglio di Stato può fornire il proprio avviso in stretta e rigorosa interpretazione della legge e sempre su questioni di larga massima, la cui soluzione potrà guidare l'Amministrazione nello svolgersi della successiva azione amministrativa nel suo concreto, futuro esplicitarsi. E ciò, naturalmente, deve riflettersi sul carattere di tendenziale astrattezza, generalità ed inerenza a questioni di pubblico interesse dei quesiti posti dall'Amministrazione. Dando concretezza a tali considerazioni di massima, occorre anzitutto chiarire che *a priori*, anche in presenza di tali condizioni, deve escludersi l'ammissibilità dell'esercizio delle funzioni a fronte di un contenzioso in essere. Difatti occorre in ogni caso evitare che l'attività consultiva possa interferire con l'attività giurisdizionale e ledere quindi i principi di terzietà del giudice e di parità delle parti, immanenti nell'ordinamento e sanciti dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Più delicata risulta la questione nel caso di esistenza delle condizioni di un contenzioso *in fieri* o controversia potenziale. Su un piano di principio, rileva in primo luogo, al fine di ritenere che vi sia o non vi sia un “contenzioso potenziale”, la presenza o meno di un caso concreto. Difatti, in mancanza sussiste per definizione il carattere generale del quesito, né è ipotizzabile

un'inammissibilità del parere solo perché, come di regola avviene per pressoché tutti gli atti normativi, sono coinvolti interessi suscettibili di tutela in sede giurisdizionale; ma conclusione diversa porterebbe alla cancellazione della funzione. Quando invece il quesito si lega ad un caso concreto, vuoi per l'esistenza di una domanda di parte in sede amministrativa (con o senza esplicita minaccia di azione giudiziaria), vuoi per il concorso di altri indizi concreti di contenzioso potenziale (intrecci vari con questioni giurisdizionali pendenti, esistenza di un contenzioso pregresso, ecc.), occorre distinguere a seconda che il caso concreto sia la mera occasione per richiedere un parere su una questione di carattere generale, ovvero sia la causa predominante dell'attivazione della fase consultiva. Nel primo caso induce a ritenere l'ammissibilità della richiesta di parere facoltativo la portata generale della questione che viene sottoposta al Consiglio di Stato, ossia l'attitudine del caso evidenziato a proiettarsi su una serie di attività amministrative che debbano essere correttamente impostate sul piano della legittimità e del buon andamento dell'azione amministrativa. Nel secondo caso, invece, non sussiste il dovere e, insieme, il potere di pronunciarsi, perché manca un pubblico interesse a ciò e sussiste invece il rischio concreto di confondere l'attività consultiva con quella di mero supporto all'attività gestionale, singolare dell'Amministrazione.

Tutto ciò chiarito, e passando all'esame della questione sottoposta, il Consiglio di giustizia ha affermato che il regime transitorio non riguarda il caso in cui, in costanza di incarico o contratto alla data di entrata in vigore della legge, ovvero di un rapporto di pubblico impiego non privatizzato, il soggetto consegua successivamente, ad altro titolo, un trattamento pensionistico. La *ratio legis* è di tutelare l'aspettativa, maturata in capo a chi è già titolare sia di pensione che di incarico o contratto a termine, di poter cumulare i due trattamenti economici, mentre la legge non ravvisa aspettative tutelabili nel caso in cui sia preesistente, alla data del 1° gennaio 2014, un solo trattamento economico, alternativamente a titolo di pensione o incarico lavorativo, ovvero siano preesistenti due o più trattamenti economici a tempo indeterminato (pensione e stipendio derivante da un rapporto di impiego a tempo indeterminato).

9.10. Paesaggio.

La Sezione consultiva atti normativi del Consiglio di Stato ha espresso parere (8 settembre 2016, n. 1824) sullo schema di decreto in tema di interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica ovvero soggetti a percorso semplificato. Si tratta quindi di un regolamento definito di delegificazione e contestuale semplificazione.

In ottemperanza all'art. 12, d.l. 31 maggio 2014, n. 83 il decreto è chiamato a "liberalizzare", seppur parzialmente, la materia delle autorizzazioni paesaggistiche, mediante la puntuale individuazione degli interventi "paesaggisticamente irrilevanti o di lieve entità non soggetti ad autorizzazione paesaggistica", ai sensi dell'art. 149, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), e di quelli "di lieve entità", sottoposti alla procedura autorizzatoria semplificata individuata dal medesimo decreto, già elencati - in ossequio a quanto previsto dall'art. 146, comma 9, del citato Codice - dal d.P.R. 9 luglio 2010, n. 139, che viene abrogato e sostituito dal nuovo regolamento. Il succitato decreto costituisce, dunque, un "regolamento di delegificazione e di semplificazione" che - sulla base del principio secondo cui deve ritenersi "libero tutto ciò che attiene alla fisiologia ordinaria della dinamica vitale dell'organismo (edilizio o naturale), che costituisce l'oggetto della tutela paesaggistica" - si pone l'obiettivo di "snellire il peso burocratico sulle iniziative dei privati, cittadini e imprese, e di restituire efficienza ed efficacia all'azione amministrativa" in un ambito, quello della tutela paesaggistica, particolarmente delicato in considerazione del rilievo costituzionale degli interessi pubblici, sottesi a tale materia.

Il decreto in esame, quindi, persegue l'obiettivo di snellire i procedimenti relativi alla materia paesaggistica, al fine sia di diminuire il "peso burocratico" gravante su privati, cittadini e imprese -

percepito dalla cittadinanza come particolarmente gravoso nella materia *de qua*, - sia di “dimezzare” il carico di lavoro degli uffici, consentendo loro di concentrare le proprie risorse “nell’esame approfondito e serio (e quindi anche tempestivo) degli interventi capaci di un effettivo impatto negativo sui beni tutelati”.

Al fine di realizzare il suddetto obiettivo – che peraltro dimostra che semplificazione e tutela paesaggistica non sono elementi fra loro in contraddizione e che la loro armonizzazione può, al contrario, costituire un fattore di sviluppo del sistema - il decreto si muove su tre linee direttrici, già enucleate dalla disposizione primaria precedentemente richiamata, concernenti: a) l’individuazione degli interventi di lieve entità che, essendo privi di rilevanza paesaggistica, non devono essere previamente assentiti tramite una autorizzazione paesaggistica ai sensi dell’art. 149 del Codice; b) l’individuazione degli interventi che, in ragione della loro lieve entità, sono sottoposti al regime dell’autorizzazione paesaggistica semplificata, il cui *iter* procedurale è individuato nel dettaglio dal decreto stesso; c) l’introduzione di un “innovativo strumento giuridico di regolazione pattizia interistituzionale”, costituito dagli accordi di collaborazione tra il Ministero, le Regioni e gli enti locali, ai sensi dell’art. 15, l. 7 agosto 1990, n. 241, a cui è attribuito il potere di allargare l’elenco degli interventi liberalizzati e di quelli semplificati.

Con riferimento agli interventi di cui all’allegato A – definiti come interventi “liberalizzati” – il parere ha sottolineato come gli stessi rispondano, in massima parte, al generale criterio dell’irrelevanza ai fini paesaggistici di cui al predetto art. 146 del Codice, come – a titolo esemplificativo – gli interventi concernenti le opere interne che non alterano l’aspetto esteriore degli edifici.

Il parere ha altresì evidenziato come siano inseriti in tale elenco di liberalizzazione anche interventi che non rispondono completamente al suddetto criterio. Ci si riferisce agli interventi che non possono ritenersi ontologicamente irrilevanti ai fini paesaggistici, fra i quali rientrano, sempre a titolo esemplificativo, quelli relativi ai prospetti ed alle coperture degli edifici.

Con riferimento agli interventi di cui all’allegato B, il parere ha evidenziato come gli stessi risultino in parte sovrapponibili con quelli già sottoposti al regime autorizzatorio semplificato ai sensi del d.P.R. n. 139 del 2010, adottato in attuazione dell’art. 146, comma 9, del Codice, con l’eccezione delle opere che – per le loro caratteristiche – sono state inserite nell’allegato A.

La Sezione consultiva ha poi approfondito il problema dell’applicazione del regolamento sottoposto al suo esame sul territorio nazionale: l’art. 13 del regolamento prevede, infatti, che - mentre esso “trova immediata applicazione nelle Regioni a statuto ordinario” - le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e di Bolzano dovranno adottare, entro 180 giorni dalla sua approvazione, “le norme necessarie a disciplinare il procedimento di autorizzazione paesaggistica semplificata in conformità ai criteri” previsti dal decreto in esame, fatta salva l’immediata applicazione, su tutto il territorio nazionale, delle “liberalizzazioni” previste dall’allegato A. La Sezione ha rilevato che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 207 del 2012, relativa ad un conflitto di attribuzioni concernente il procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica, così come in precedenza disciplinato dal d.P.R. n. 139 del 2010, ha già statuito che la disciplina relativa al procedimento autorizzatorio semplificato, come quella recata dal decreto in esame, è riconducibile alla “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni amministrative, di cui all’art. 117, comma 2, lett. m), Cost., attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato”, con la conseguenza che quest’ultimo può determinare “*standard* strutturali e qualitativi di prestazioni che, concernendo il soddisfacimento di diritti civili e sociali, devono essere garantiti, con carattere di generalità, a tutti gli aventi diritto”, fatta salva la necessità che tali disposizioni vengano recepite dalle Regioni a statuto speciale e dalle Province autonome di Trento e di Bolzano in conformità ai criteri dettati a livello nazionale.

In questo contesto la disposizione di cui al succitato art. 13 del decreto non appare conforme ai principi enucleati dalla Corte, nella parte in cui dispone l'immediata applicabilità su tutto il territorio nazionale delle "liberalizzazioni", anche in assenza di uno specifico atto di recepimento di tale disciplina da parte delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome. Pertanto, al fine di evitare che tale problematica possa comportare il sorgere di un contenzioso tra Organi, la Sezione ha ritenuto necessario invitare l'Amministrazione pubblica a prevedere che l'applicazione nelle Regioni a statuto speciale e nelle Province autonome delle liberalizzazioni di cui all'allegato A sia subordinata al recepimento, da parte dei predetti organi, di tale disciplina, "in conformità ai criteri" previsti dal regolamento *de quo*, analogamente a quanto già previsto dal medesimo art. 13 in relazione al procedimento di autorizzazione paesaggistica semplificata.

La Sezione ha poi osservato che l'art. 16, concernente il coordinamento della disciplina regolamentare con quella relativa ai beni culturali, dispone che, qualora il medesimo edificio sia sottoposto a vincolo sia paesaggistico che storico, artistico o archeologico, rimanga ferma la disciplina di cui alla Parte seconda del Codice di settore - come peraltro stabilito dall'art. 15 del regolamento. Ne consegue che nell'ipotesi in cui l'istante presenti un'unica richiesta relativa ad entrambi i titoli abilitativi, l'Amministrazione pubblica dovrà adottare un unico atto a contenuto ed efficacia plurimi, nel rispetto dei termini - più lunghi rispetto a quelli previsti dall'atto normativo in esame - e delle procedure di cui al predetto Codice. In base alla predetta disciplina, quindi, nell'ipotesi non infrequente di immobili sottoposti non solo a vincolo paesaggistico, ma anche a vincolo storico, artistico o archeologico, verrebbe meno l'effetto semplificatorio della disciplina in esame, sia sotto il profilo dei termini per la conclusione del procedimento sia sotto quello della documentazione, atteso che non troverebbe applicazione neanche la "semplificazione documentale" di cui all'art. 8 del decreto *de quo*. La Sezione ha rilevato anche che quanto precede risulta conforme alla norma primaria di riferimento, più volte richiamata: quest'ultima, infatti, non detta specifiche disposizioni relative ai vincoli storici, artistici ed archeologici, con la conseguenza che correttamente l'Amministrazione non ha previsto una specifica disciplina derogatoria rispetto a quella attualmente prevista dal Codice per quanto concerne i titoli abilitativi relativi ai predetti vincoli. In ogni caso, la concreta applicazione del procedimento unificato previsto dall'art. 16 potrebbe comportare - in applicazione del principio di "buona amministrazione" ed in considerazione della lieve entità degli interventi di cui si converte - la possibilità di "ottenere nel minor tempo proprio della procedura paesaggistica semplificata" anche il titolo abilitativo ad efficacia plurima di cui alla disposizione in esame.

11. Forme di risoluzione alternativa delle controversie.

11.1. Costituzione delle camere arbitrali, di conciliazione e degli organismi di risoluzione alternativa delle controversie.

La Sezione consultiva degli atti normativi del Consiglio di Stato ha espresso il parere (n. 1843 del 2 settembre 2016) anche sullo schema di decreto del Ministro della giustizia recante il regolamento sulle modalità di costituzione delle camere arbitrali, di conciliazione e degli organismi di risoluzione alternativa delle controversie, di cui agli artt. 1, comma 3, e 29, comma 1, lett. n), l. 31 dicembre 2012, n. 247. L'intervento normativo, sottoposto al vaglio consultivo della Sezione, trova base legislativa, rispettivamente, nel cit. art. 29, comma 1, lett. n), l. n. 247 del 2012, recante la nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense, secondo cui il Consiglio dell'ordine circondariale forense "può costituire camere arbitrali, di conciliazione ed organismi di risoluzione alternativa delle controversie, in conformità a regolamento adottato ai sensi dell'art. 1 e con le modalità nello stesso stabilite". Oggetto del regolamento è la definizione della natura giuridica, patrimonio e autonomia organizzativa ed economica delle predette camere, nella individuazione

della sede, nella previsione degli organi e delle funzioni delle camere, nella statuizione dei criteri di designazione degli arbitri e dei conciliatori e nella previsione delle incompatibilità e dei criteri di onorabilità di arbitri e conciliatori.

La Sezione ha espresso parere favorevole, pur sollevando qualche perplessità in relazione ad alcune norme. In particolare: sull'art. 4, che prevede che la camera arbitrale e di conciliazione sia dotata di autonomia organizzativa, economica e contabile. Ha chiarito il Consiglio di Stato che, alla stregua del dato positivo, primario e secondario, le camere di conciliazione e arbitrato sono organi dei rispettivi ordini circondariali che le istituiscano e questi ultimi sono enti pubblici non economici a carattere associativo. Ha quindi affermato che, seppure sia opportuno che le camere arbitrali e di conciliazione, in ragione dei compiti giustiziali ad esse assegnati, dispongano di una significativa autonomia funzionale, nondimeno quest'ultima non può essere di latitudine tale da oscurare l'inscindibile collegamento organico con l'ordine di riferimento. In questo senso l'autonomia economica e contabile, che pure può essere mantenuta, richiede un raccordo con l'analoga autonomia dell'ordine, alla cui contabilità essa va comunque ricondotta, ad esempio prevedendo, ove possibile, che il bilancio della camera arbitrale e di conciliazione sia configurato come una sezione di quello dei rispettivi ordini, in ossequio ai principi dell'unicità e dell'omnicomprensività dei bilanci pubblici.

Il Consiglio di Stato ha anche aggiunto che non appare in ogni caso opportuno, anche per contenimento della spesa, che le camere arbitrali dispongano di un proprio personale distinto da quello dell'ordine di riferimento, come invece sembra affiorare da alcune previsioni contenute nello schema di decreto. Va quindi scongiurata la possibilità di un reclutamento autonomo del personale da parte delle camere arbitrali e di conciliazione.

Quanto alla durata del consiglio direttivo, collegata al mandato del consiglio dell'ordine, la Sezione consultiva ha ritenuto tale soluzione in contrasto con l'autonomia della camere arbitrali e di conciliazione prevista dall'art. 4 dello schema di decreto. È invece preferibile una soluzione normativa che differenzi la durata della carica del consiglio direttivo da quella del consiglio dell'ordine; ciò soprattutto in considerazione del fatto che il consiglio direttivo presiede al funzionamento di un organo investito di funzioni giustiziali, funzioni cioè la cui caratteristica ontologica è l'indipendenza. In tutta evidenza un legame tra i due consigli del genere, analogo a quello proprio dei rapporti di carattere fiduciario, potrebbe mettere seriamente in pericolo l'indipendenza della camera arbitrale e di conciliazione.

12. Processo amministrativo.

12.1. Regole tecniche del processo amministrativo telematico.

Sullo schema di regolamento sulle regole tecniche del processo amministrativo telematico (Pat) la Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato ha espresso il suo parere (20 gennaio 2016, n. 66). In linea con lo spirito della disposizione primaria di cui all'art. 13 dell'allegato 2 al Codice del processo amministrativo il suddetto regolamento persegue l'obiettivo di utilizzare al massimo le potenzialità delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione per incrementare l'efficienza della giustizia amministrativa ed agevolare l'impegno degli operatori, nel pieno rispetto, d'altro verso, delle esigenze di sicurezza delle attività informatiche e di protezione dei dati sensibili trattati dal sistema.

La Sezione ha premesso che il principio della snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, contenuto nell'art. 44, l. 18 giugno 2009, n. 69, costituisce un punto cardine cui deve essere finalizzata l'attività dell'intero complesso degli organi facenti parte del sistema della giustizia amministrativa; le norme contenute nello schema di regolamento in esame rappresentano quindi un elemento di particolare rilevanza per il raggiungimento dei fini enunciati nel succitato criterio

direttivo, nella consapevolezza che la strumentazione informatica può contribuire ad assicurare la snellezza e l'effettività della tutela nonché la ragionevole durata del processo e la standardizzazione delle procedure, con conseguente incremento della trasparenza e riduzione dei costi delle medesime. Nell'esaminare il testo succitato la Sezione ha osservato che alcune norme di carattere processuale (ad es. quelle in tema rispettivamente, di procura alle liti, deposito degli atti processuali, comunicazioni di segreteria e notificazioni), recate dallo schema di regolamento, trovano il loro presupposto normativo anche in fonti normative di primo grado diverse da quelle che costituiscono il presupposto normativo, in senso stretto, del regolamento. Si tratta di circostanza che potrebbe creare problemi interpretativi e di coordinamento fra norme ed esporre il regolamento a rischio di disapplicazione o impugnazione, mettendo così a repentaglio la piena operatività del processo telematico: sarebbe, pertanto, opportuno, ad avviso del Consiglio di Stato, in concomitanza con la fase di applicazione sperimentale del regolamento, accompagnare il medesimo con l'introduzione di previsioni di rango primario più puntuali, che permettano di superare in anticipo le problematiche testé rilevate e di assicurare, nel contempo, piena legittimità alle norme regolamentari che, in relazione al loro grado di maggior flessibilità, si palesano più adatte a far fronte alle continue innovazioni tecnologiche del settore informatico da applicare al processo amministrativo telematico. E' quindi presumibile che emerga la necessità - in seguito sia al periodo di sperimentazione delle norme in esame che all'applicazione a regime di dette disposizioni - di adeguare in maniera sistematica il contenuto dispositivo del Codice del processo amministrativo all'elaborazione della giurisprudenza sul processo amministrativo telematico ed all'evoluzione tecnologica in materia. La Sezione ha quindi ritenuto che, ove tale problematica si manifesti concretamente, ad essa si potrà far fronte tramite l'adozione, da parte degli Organi a ciò preposti e nei tempi dai medesimi ritenuti opportuni, di una norma di carattere primario che deleghi il Governo all'adozione di uno o più decreti legislativi volti a revisionare le disposizioni del Codice del processo amministrativo e delle altre norme, che disciplinano il processo amministrativo telematico, nell'ottica del loro adeguamento alla concreta applicazione di quest'ultimo.

Il Consiglio di Stato ha poi rilevato che lo schema di regolamento in esame sembra escludere l'applicabilità del processo amministrativo telematico al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica di cui al d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199: in relazione alla progressiva giurisdizionalizzazione di tale ricorso ha quindi auspicato che, compatibilmente con le esigenze tecniche e di sperimentazione, le norme del processo amministrativo telematico siano applicate anche a tale istituto, al fine di incrementare il grado di efficienza di questo strumento di giustizia.

La Sezione ha tuttavia osservato che il condiviso obiettivo dell'informatizzazione del processo amministrativo appare recessivo rispetto alle esigenze di assoluta segretezza e protezione delle informazioni c.d. "classificate" e ha quindi segnalato l'opportunità di una norma primaria, volta ad escludere l'applicazione delle norme del processo amministrativo telematico alle controversie aventi ad oggetto atti classificati ai sensi dell'art. 42, l. 3 agosto 2007, n. 124. Per quanto riguarda, invece, i ricorsi in cui vengano in considerazione particolari esigenze di riservatezza delle informazioni trattate (ad esempio quelli riguardanti gli atti e i provvedimenti degli organismi di sicurezza - DIS, AISI e AISE - o quelli in cui vengono in rilievo informazioni, dati o documenti che le parti o l'Amministrazione resistente chiedono di oscurare) la Sezione ha ritenuto che tale esigenza potrebbe essere sufficientemente tutelata tramite l'inserimento nello schema di regolamento di una specifica norma che preveda idonee funzionalità tecniche.

12.2. Il reclutamento dei magistrati del Trga Bolzano.

Il Consiglio di Stato ha espresso parere (n. 2728 del 22 dicembre 2016) sulla modifica del d.P.R. 6 aprile 1984, n. 426, che disciplina la nomina, composizione e procedura di adozione delle decisioni della Sezione autonoma di Bolzano del Tribunale amministrativo regionale.

Il parere è stato favorevole atteso che sono state, in particolare, ridefinite le categorie interessate ed i requisiti necessari per ottenere la nomina dei magistrati. In linea di principio le innovazioni apportate sono infatti assolutamente condivisibili, specie con riguardo all'introduzione del nuovo requisito dell'esercizio decennale della professione o dell'attività di dirigente, atteso che l'innalzamento della qualità professionale dei magistrati della sezione di Bolzano corrisponde ad un interesse della collettività provinciale ad una migliore qualità del servizio "giustizia amministrativa" nella intera provincia. La nomina dei quattro magistrati, che devono appartenere rispettivamente due al gruppo linguistico italiano e due al gruppo linguistico tedesco, è preceduta dallo svolgimento di un'apposita procedura di selezione, separata per i due appartenenti al gruppo linguistico tedesco e per i due appartenenti al gruppo linguistico italiano. Ma, ad avviso del Consiglio di Stato, la norma - che introduce la valutazione comparativa degli stessi, dei titoli professionali posseduti, dei volumi dell'attività svolta, dell'aderenza al profilo richiesto e degli esiti di un colloquio sulle materie di diritto amministrativo e diritto processuale amministrativo - andrebbe integrata con l'aggiunta di un colloquio sulle materie di diritto civile e del diritto processuale civile, per le inevitabili connessioni che queste materia hanno con l'attività ordinaria del giudice amministrativo contemporaneo.

E' stata anche favorevolmente valutata la novella sull'abbassamento del limite massimo d'età per conseguire la nomina, che dovrà essere "non superiore a 60 anni", modifica probabilmente collegata all'abbassamento, per tutti i magistrati, del limite di età dai 75 ai 70 anni, e che deve essere favorevolmente valutata in quanto, nel consentire un maggior esercizio temporale nella funzione, comporta un maggiore consolidamento professionale del magistrato che viene nominato.

E' stato modificato anche il criterio di nomina del Presidente del Tribunale che, nella versione attuale, è rimessa ai magistrati del proprio gruppo linguistico mentre lo schema di decreto vede la partecipazione anche dell'altra componente linguistica, affinché il Presidente del Trga Bolzano sia comunque il Presidente di tutti i magistrati del Tribunale.

ATTIVITA' GIURISDIZIONALE

SOMMARIO: **1. Questioni di rilevante impatto sociale.** **1.1.** Trascrizione dei matrimoni contratti tra persone dello stesso sesso. **1.2.** Divieto di patti di trasferimento patrimoniale. **1.3.** Determinazione dell'Indicatore della situazione economica equivalente (ISEE). **2. Pubbliche amministrazioni e soggetti alle stesse equiparate.** **2.1.** Società miste. **3. Autorità amministrative indipendenti.** **3.1.** Sanzioni per pratiche commerciali scorrette. **3.2.** Sanzioni amministrative pecuniarie. **4. Enti locali.** **5. Elezioni.** **5.1.** *Referendum* popolare confermativo della legge costituzionale recante, tra le altre, disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario e la riduzione del numero dei parlamentari. **5.2.** Elezione dei membri italiani al Parlamento UE. **5.3.** Autentica delle sottoscrizioni nelle competizioni elettorali amministrative. **6. Accesso ai documenti.** **6.1.** Istanza di accesso proposta da dipendenti di Poste italiane s.p.a. in relazione a documenti attinenti il rapporto di lavoro. **6.2.** Accesso agli atti della Banca d'Italia relativi all'attività degli enti creditizi in bilanciamento con il diritto di difesa e di azione del risparmiatore. **6.3.** Accesso agli atti della Consob. **6.4.** Accesso agli atti da parte dei giornalisti ai fini dell'esercizio del diritto di cronaca e di quello all'informazione *ex art. 21 Cost.* **7. Pubblica sicurezza.** **7.1.** Interdittiva antimafia. **7.2.** Porto d'armi. **8. Sanità.** **8.1.** Procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. **9. Farmaci.** **9.1.** Intesa tra case farmaceutiche. **9.2.** Medicinali *off-label*. **10. Istruzione.** **10.1.** Ambito di applicazione dell'art. 18 della legge Gelmini sulla disciplina delle incompatibilità a partecipare a concorsi universitari. **10.2.** Ammissione alle scuole di specializzazione in Medicina e Chirurgia. **10.3.** Piano Educativo Individualizzato e insegnamento di sostegno. **11. Stranieri.** **11.1.** Concessione della cittadinanza italiana. **11.2.** Contributo per il rilascio ed il rinnovo del permesso di soggiorno. **12. Banche.** **12.1.** Vigilanza della Banca d'Italia sulle banche. **12.2.** Perdita dei requisiti di onorabilità in materia bancaria e finanziaria. **13. Borsa.** **14. Concessioni.** **15. Contratti e accordi.** **15.1.** Requisiti di partecipazione alle gare pubbliche. **15.2.** Soccorso istruttorio. **15.3.** Avvalimento. **15.4.** Sostituzione dell'impresa mandataria a seguito di una informativa antimafia interdittiva. **15.5.** Offerte economica e tecnica. **15.6.** Appalti di fornitura e prova dell'equivalenza del prodotto. **15.7.** Cauzioni. **15.8.** Revoca dell'aggiudicazione di una gara pubblica. **16. Ordinamento giudiziario.** **16.1.** Magistratura amministrativa. **16.2.** Magistratura ordinaria. **16.3.** Magistratura contabile. **17. Professioni e mestieri.** **17.1.** Avvocati e elezione dei componenti dei consigli degli ordini circondariali forensi. **17.2.** Dottori commercialisti. **17.3.** Infermiere professionale. **18. Militari.** **19. Ambiente.** **19.1.** Silenzio assenso in materia di tutela ambientale e paesaggistica. **19.2.** Piano ambientale: l'Ilva di Taranto. **19.3.** Autorizzazione all'attività di ricerca ed estrazione al largo del Golfo di Gela e sulla terraferma. **20. Edilizia.** **20.1.** Decadenza del permesso di costruire. **20.2.** Contributo di costruzione. **20.3.** Applicabilità delle sanzioni pecuniarie per tardivo pagamento dei contributi di costruzione anche in caso di tardiva escussione della garanzia fidejussoria. **20.4.** Individuazione delle aliquote del contributo di costruzione in mancanza delle determinazioni regionali di riferimento. **20.5.** Esenzione dal contributo di costruzione. **20.6.** Lottizzazione abusiva. **21. Espropriazione.** **21.1.** Potere sostitutivo del commissario *ad acta* nell'adottare il provvedimento *ex art. 42 bis*, d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327. **21.2.** Occupazione illegittima della P.A. nell'ambito di un procedimento espropriativo e giudicato in ordine all'acquisizione dell'area a titolo originario da parte della P.A.. **21.3.** Indennità per acquisizione sanante. **22. Responsabilità della Pubblica amministrazione.** **22.1.** Responsabilità precontrattuale. **22.2.** Risarcimento del danno da ritardo. **22.3.** Danno da perdita della proprietà e da mancato godimento del bene immobile. **22.4.** Danno all'immagine per decadenza da una carica pubblica. **23. Giurisdizione.** **23.1.** Accordi di programma *ex art. 34*, t.u. n. 267 del 2000. **23.2.**

Accertamento della regolarità del documento unico di regolarità contributiva (DURC). **23.3.** Utilizzo di un fondo patrimoniale per la vendita di beni. **23.4.** Formalizzazione del piano educativo individualizzato (PEI). **24. Processo amministrativo. 24.1.** Instaurazione del rapporto processuale dinanzi al giudice amministrativo. **24.2.** Notifica del ricorso a mezzo di posta elettronica certificata. **24.3.** Sinteticità degli scritti difensivi. **24.4.** Sospensione feriale dei termini. **24.5.** Applicazione del rito abbreviato *ex artt.* 119 e 120 c.p.a. alle procedure di affidamento di servizi in concessione. **24.6.** Perenzione del giudizio. **24.7.** Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. **24.8.** Appello. **24.9.** Revocazione. **24.10.** Sopravvenienze opponibili in sede di esecuzione di giudicato formatosi su interessi procedimentali e giudicato contrastante con norma sopravvenuta dell'Unione europea.

1. Questioni di rilevante impatto sociale.

1.1. Trascrizione dei matrimoni contratti tra persone dello stesso sesso.

La sez. III, con le sentenze nn. 5047 e 5048 del 1° dicembre 2016, ha affrontato la questione relativa alla trascrizione dei matrimoni contratti tra persone dello stesso sesso. La Sezione ha giudicato illegittimi, per incompetenza, i decreti dei Prefetti che nel 2014 avevano annullato gli atti con cui i sindaci di Milano e di Udine avevano trascritto nei registri dello stato civile tredici matrimoni contratti all'estero da persone dello stesso sesso.

Ha chiarito che il comma 1 dell'art. 21 *nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, per il quale "il provvedimento amministrativo illegittimo ... può essere annullato d'ufficio dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge", ha esplicitato l'arresto affermato dal Consiglio di Stato sulla portata generale del principio del diritto pubblico, per il quale la legge – nel prevedere che una determinata Autorità possa emanare un provvedimento di amministrazione attiva – attribuisce alla medesima Autorità anche il potere di rimuovere il proprio atto, in sede di autotutela. Quanto, invece, al potere di annullamento in sede di autotutela da parte di un "altro organo previsto dalla legge", l'art. 21 *nonies*, comma 1, cit. l. n. 241 del 1990, proprio con il richiamo all'altro organo "previsto dalla legge" - ha inteso sopire il precedente dibattito sulla sussistenza o meno di 'poteri impliciti' ed ha affermato più rigorosamente il principio di legalità sancito dall'art. 97 Cost., disponendo che - in tema di annullamento di un atto amministrativo - le articolazioni delle competenze devono essere previste "dalla legge" (ma potendosi comunque intendere tale espressione come richiamo anche a disposizioni di rango regolamentare, nel rispetto della legalità formale e sostanziale).

Ciò chiarito, la Sezione ha effettuato una ricognizione normativa per verificare se esiste una disposizione espressa che attribuisca al Prefetto il potere di annullare l'atto del Sindaco, sulla trascrizione di un matrimonio. Ha quindi chiarito che "successivamente alla chiusura gli atti non possono subire variazioni" (art. 12, comma 1, d.P.R. n. 396 del 2000), e cioè neppure il Sindaco può "modificare o annullare in sede di autotutela gli atti da lui emessi quale ufficiale di stato civile, salvo unicamente il potere di correggere gli errori materiali di scrittura" (art. 98, comma 1, del medesimo d.P.R.); in ogni caso, solo il Tribunale civile può "disporre le rettificazioni e le correzioni di cui ai precedenti articoli anche per gli atti dello stato civile ricevuti da autorità straniera, trascritti in Italia" e solo il Tribunale civile può "provvedere per la cancellazione di quelli indebitamente trascritti" (art. 109, d.P.R. n. 396 del 2000, coerente con il principio generale previsto dall'art. 453 cod. civ.).

Ciò premesso, ha aggiunto nel senso che l'ordinamento dello stato civile prevede specifiche regole, divergenti da quelle di carattere generale previste dall'art. 54, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267: l'ordinamento dello stato civile va considerato 'settoriale, speciale e completo', e non prevede alcuna disposizione attributiva del potere di disporre l'annullamento di un atto trascritto, né in sede

di autotutela da parte dell'organo che lo ha emesso, né da parte di un altro organo (che sia il Ministro dell'Interno o il Prefetto).

La Sezione ha quindi aggiunto che il potere di annullamento di un atto amministrativo deve essere previsto da una espressa norma di rango legislativo o regolamentare e che il codice civile e il d.P.R. n. 396 del 2000 non hanno attribuito al Prefetto, al Ministro dell'interno e alla stessa Autorità emanante il potere di annullare atti (in ipotesi illegittimi) degli ufficiali di stato civile né è posta in discussione la sussistenza di un generale potere di annullamento (desumibile dall'art. 7, t.u.l.p.s., oltre che dal d.lgs. n. 1199 del 1971 sulla disciplina dei ricorsi gerarchici), anche da parte della Autorità superiore, quando sussista un rapporto di sovraordinazione di natura gerarchica.

Tutto ciò chiarito, la Sezione ha però affermato che, nella specie, il potere del Prefetto di annullare l'atto dell'ufficiale di stato civile non si può ritenere sussistente, per un duplice ordine di considerazioni.

In primo luogo dal comma 1 dell'art. 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990 si desume un principio di simmetria per il quale, nei casi previsti dalla legge, un "altro organo" può emanare un atto di annullamento, solo se ciò sia consentito alla Autorità emanante: e, come si è osservato, il Sindaco non è titolare del potere di annullare in sede di autotutela il proprio atto, emesso quale ufficiale di stato civile. In secondo luogo, non si può ravvisare un rapporto di gerarchia 'in senso tecnico e tradizionale' tra il Prefetto ed il Sindaco, quale ufficiale di stato civile. Qualora vi fosse effettivamente un tale rapporto di gerarchia, si dovrebbe di conseguenza ammettere che, avverso gli atti emessi dal Sindaco quale ufficiale di stato civile, ogni interessato potrebbe proporre al Prefetto un ricorso gerarchico (da considerare quale istituto coesistente al rapporto di gerarchia) e, inoltre, che la relativa decisione gerarchica a sua volta sarebbe impugnabile con ricorso al Tribunale amministrativo regionale o al Presidente della Repubblica, sulla base delle disposizioni del d.lgs. n. 1199 del 1971 e dei principi enunciati dalla Adunanza Plenaria di questo Consiglio, con le sentenze nn. 16 e 17 del 1989. Tali conseguenze, in ordine all'ammissibilità del ricorso gerarchico al Prefetto e alla conseguente proponibilità del ricorso in sede di giustizia amministrativa avverso la decisione del Prefetto, si porrebbero però in palese contraddizione con le articolate disposizioni del codice civile e del d.P.R. n. 396 del 2000, le quali - salvi i casi di correzione degli "errori materiali di scrittura": (art. 98, comma 1, del medesimo d.P.R.) riservano alla Autorità giudiziaria ordinaria la cognizione delle controversie e comunque non consentono agli organi del Ministero dell'interno di incidere sugli effetti prodotti dagli atti degli ufficiali di stato civile.

La Sezione ha quindi concluso per l'illegittimità della circolare del Ministero dell'interno del 7 ottobre 2014, che ha ritenuto sussistente un potere di annullamento dei Prefetti, in realtà non previsto da alcuna disposizione di legge.

La materia è disciplinata dagli artt. 2, comma 3, l. 23 agosto 1988, n. 400 e 138, comma 1, t.u. n. 267 del 2000, che devono intendersi implicitamente richiamati dall'art. 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990, i quali hanno attribuito al Governo nella sua collegialità, e non al Ministro dell'interno o al Prefetto, il potere di disporre "l'annullamento straordinario, a tutela dell'unità dell'ordinamento, degli atti amministrativi illegittimi" (tranne gli atti delle Regioni e delle Province autonome, come statuito dalla sentenza della Corte cost. 21 aprile 1989, n. 229) e, dunque, ove ne sussistano i presupposti, anche degli atti formalmente amministrativi, emessi dal Sindaco quale ufficiale dello stato civile. L'attribuzione in linea di principio di un tale potere al Governo (in sede centrale e non nella sua articolazione territoriale) comporta, ad avviso della Sezione, che è viziato da incompetenza relativa (e non dal "difetto assoluto di attribuzione", che di per sé comporterebbe la nullità *ex art. 21 septies*, l. n. 241 del 1990) l'atto del Prefetto emesso il 27 ottobre 2014, che ha invece ritenuto di esercitare una propria ulteriore e concorrente competenza, in realtà non prevista

da disposizioni di legge o di regolamento e neppure desumibile dallo spessore dei pur cospicui poteri attribuitigli dal d.P.R. n. 396 del 2000.

1.2. Divieto di patti di trasferimento patrimoniale.

La sez. III, con sentenza n. 4478 del 6 ottobre 2016, si è pronunciata sulla possibilità, esclusa da una circolare del Ministero dell'interno, di prevedere patti di trasferimento patrimoniale nell'accordo semplificato per la separazione o il divorzio di cui all'art. 12, comma 3, d.l. settembre 2014, n. 132.

Il cit. art. 12 ha introdotto una nuova procedura di separazione personale tra i coniugi e di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio avanti al sindaco, quale ufficiale dello stato civile ai sensi dell'art. 1, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127). In particolare, secondo la disciplina della "separazione consensuale, richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o di divorzio innanzi all'ufficiale dello stato civile", contenuta nel comma 3 dell'art. 12, d.l. n. 132 del 2014, l'ufficiale dello stato civile riceve da ciascuna delle parti personalmente, con l'assistenza facoltativa di un avvocato, la dichiarazione che esse vogliono separarsi ovvero vogliono far cessare gli effetti civili del matrimonio od ottenerne lo scioglimento secondo condizioni tra di esse concordate.

L'innovativa disciplina del d.l. n. 132 del 2014 ha introdotto dunque, accanto allo strumento della convenzione di 'negoziazione assistita' in materia familiare (art. 6), una procedura semplificata, che consente ai coniugi di percorrere, in alternativa alla tradizionale strada della tutela giurisdizionale, una via interamente "autogestita", ove non abbiano figli minori, maggiorenni incapaci, portatori di *handicap* grave ai sensi dell'art. 3, comma 3, l. 5 febbraio 1992, n. 104, oppure economicamente non autosufficienti. L'*iter* procedimentale è molto snello, esaurendosi nella comparizione dei coniugi per due volte innanzi all'ufficiale dello stato civile, una prima volta per fare le richieste dichiarazioni e una seconda volta per confermarle.

La censurata circolare del Ministero dell'interno ha dato indicazioni applicative della specifica previsione dell'art. 12, comma 3, d.l. n. 132 del 2014, alla stregua della quale "l'accordo non può contenere patti di trasferimento patrimoniale", precludendo così ai coniugi di avvalersi della procedura semplificata avanti all'ufficiale dello stato civile quando il loro accordo contempa simili patti. Controverse sono, in particolare, la finalità e l'estensione di tale divieto legislativo, costituente un preciso limite all'operatività della nuova disciplina che pure, in un'ottica deflattiva del contenzioso anche in questa materia, fortemente valorizza l'autonomia dei coniugi, in assenza di figli, nella regolamentazione dei loro interessi scaturente dalla crisi matrimoniale.

Ha chiarito la Sezione che l'espressione "patti di trasferimento patrimoniale", contenuta nella disposizione di legge, presta il fianco ad incertezze interpretative circa l'estensione del divieto in una materia, come quella in esame, nel quale assume centrale rilievo ed è controverso lo stesso delicato rapporto tra l'autonomia privata delle parti e il controllo dell'ordinamento su eventuali condizioni sperequate in danno del coniuge economicamente più debole all'interno di una procedura che, per dichiarata finalità del legislatore, intende seguire un *iter* sottratto al sindacato giurisdizionale (o "degiurisdizionalizzato", per usare il neologismo legislativo).

L'espressione "patti di trasferimento patrimoniale" – per quanto perfettibile sul piano tecnico – si riferisce, letteralmente, ad avviso della Sezione, agli accordi traslativi della proprietà (o di altri diritti) con i quali i coniugi decidono, mediante il c.d. assegno *una tantum*, di regolare l'assetto dei propri rapporti economici una volta per tutte e di trasferire la proprietà o la titolarità di altri diritti sui beni da uno all'altro, anziché prevedere la corresponsione di un assegno periodico. Propriamente, quindi, la disposizione concerne "contratti con effetti reali" che, ai sensi dell'art.

1376 cod. civ., “hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto”, nei quali “la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato” (c.d. principio consensualistico). Il divieto legislativo, riferendosi al “trasferimento” e non a tutte le modifiche del patrimonio, proibisce tutti i patti ad effetti reali, che i coniugi non possono inserire tra le condizioni economiche connesse alla separazione personale o al divorzio. Il legislatore – quando ha inteso riferirsi anche alle altre pattuizioni di ordine economico e, in particolare, anche ad accordi aventi effetti obbligatori, con i quali invece un coniuge assume l’obbligo di corrispondere periodicamente un assegno a titolo di mantenimento in favore dell’altro – ha dato rilievo alle “condizioni” economiche, onnicomprensive, perché disciplinanti tutti gli accordi economici, anche quelli ad effetti obbligatori. La riprova di questa chiara distinzione si rinviene proprio nell’art. 12, comma 3, d.l. n. 132 del 2014, laddove è netta la differenza, nel linguaggio e nell’intendimento del legislatore, tra le “condizioni” e i “patti di trasferimento patrimoniale”, secondo un rapporto di *genus ad speciem* tra le due espressioni che, diversamente, non avrebbe alcun senso precettivo e condurrebbe alla sostanziale disapplicazione dell’istituto innovativo in presenza di qualsivoglia accordo che rechi condizioni economiche, le quali inevitabilmente incidono, anche mediante la costituzione di obbligazioni, sul patrimonio dei coniugi. È evidente infatti che, istituendo invece una corrispondenza biunivoca, come fa il primo giudice, tra i concetti di “accrescimento” e di “trasferimento” patrimoniale, le parti non potrebbero costituire diritti di credito e correlative obbligazioni, che sempre comportano un accrescimento patrimoniale, *lato sensu*, nei confronti del soggetto creditore, e non potrebbero nemmeno modificare le condizioni precedentemente raggiunte, come invece consente loro pacificamente l’art. 12, comma 3, d.l. n. 132 del 2014.

Ha aggiunto il Consiglio di Stato che, una volta escluso che le condizioni oggetto di eventuale modifica avanti all’ufficiale dello stato civile si riferiscano ai rapporti personali tra i coniugi o all’affidamento dei figli (o all’assegno per il mantenimento di questi), per l’espressa previsione ostativa dell’art. 12, comma 2, d.l. n. 132 del 2014 (che, come rilevato, vieta il ricorso alla procedura semplificata se vi sono figli minori, invalidi o economicamente non autosufficienti), il ritenere preclusa anche la possibilità di modificare gli accordi economici in precedenza raggiunti tra i coniugi avanti al Tribunale e, in particolare, quelli concernenti la corresponsione dell’assegno di mantenimento o di quello divorzile, porterebbe ad una sostanziale *interpretatio abrogans* della riforma, che ha invece consentito alle parti di modificare, con la procedura semplificata, anche le precedenti condizioni, valorizzando al massimo grado la loro autonomia “secondo condizioni da esse concordate”.

Ha aggiunto la Sezione che sul piano interpretativo non si può restringere la portata di una sì incisiva riforma a tali pattuizioni, tutto sommato marginali – per quanto non irrilevanti – nell’“economia” delle intese raggiunte dai coniugi, anche perché l’art. 12, comma 3, d.l. n. 132 del 2014 non distingue affatto il trasferimento dei beni immobili o beni mobili registrati dagli altri beni, seppur di ingente valore (come appunto monili e arredi). Non è questa la *ratio* della nuova normativa, che ha invece consentito ai coniugi, nell’ottica della “*degiurisdizionalizzazione*” fortemente perseguita dal legislatore, di addivenire alla separazione personale o allo scioglimento (o alla cessazione degli effetti civili) del matrimonio, anche regolando i rapporti economici tra di loro, o di modificare le condizioni di tali rapporti già raggiunte davanti al Tribunale con una procedura semplificata avanti all’ufficiale dello stato civile, senza la necessaria assistenza tecnico-legale dei difensori.

Ha quindi concluso il giudice di appello che sia è preferibile la tesi restrittiva del divieto qui in esame, come ha correttamente ritenuto la circolare del Ministero dell’interno, poiché, diversamente

e irragionevolmente *contra tenorem rationis*, l'operatività dell'istituto sarebbe limitata ai soli accordi che, in sostanza, modifichino lo *status* dei coniugi, con esclusione di ogni pattuizione economica. Il divieto dei "patti di trasferimento immobiliare", invece, mira esclusivamente ad evitare che, con gli accordi stipulati in seno a tale procedura, anche per i limitati poteri di verifica che l'ufficiale di stato civile può esercitare nell'ambito delle proprie competenze, possano realizzarsi una volta per tutte trasferimenti di beni (o di altri diritti) che, per la loro particolare rilevanza socio-economica, incidono irreversibilmente sul patrimonio dei coniugi e, in quanto tali, richiedono un controllo non solo formale – si pensi alle verifiche notarili o agli obblighi fiscali connessi alle compravendite di beni immobili – ma anche sostanziale sulla 'equità' di tali condizioni, inteso a scongiurare una definitiva compromissione economica del coniuge più debole. L'autonomia privata e il libero consenso dei coniugi rimangono pur sempre il fondamento e il presupposto di tale eventualità e, in assenza di accordo, il coniuge 'più debole' non solo può rivolgersi ad un legale, per esperire tale procedura a condizioni eque o tentare la negoziazione assistita, ma mantiene inalterato, pena la violazione degli artt. 2, 3, 24, 29 e 111 Cost., il diritto potestativo di ottenere in via giurisdizionale la separazione o il divorzio, tramite la 'tradizionale' tutela costitutiva, alle condizioni ritenute legittime ed equilibrate dal Tribunale. Proprio la natura convenzionale di tale accordo, che il coniuge può liberamente rifiutare, scongiura il rischio di una *deminutio tutelae* o, addirittura, di una *denegatio tutelae* del coniuge ritenuto 'più debole', il quale non solo potrà invocare l'assistenza di un legale per concludere a condizioni accettabili la procedura semplificata, non solo potrà scegliere l'ulteriore strumento della negoziazione assistita, pure prevista in questa delicata materia per una finalità deflattiva del contenzioso (art. 6 dello stesso d.l. n. 132 del 2014), senza percorrere la via giurisdizionale, ma potrà immancabilmente, infine, adire il Tribunale. È invece l'opposta interpretazione che priva i coniugi, intenzionati ad accordarsi secondo condizioni economiche liberamente pattuite, di una possibilità aggiuntiva espressamente offerta loro dal legislatore restringendo, se non vanificando del tutto, la portata innovativa dell'istituto. Limitare, infatti, la portata della disposizione ai soli coniugi 'alla pari', oltre che contrario alla *ratio* della riforma, è irrealistico poiché – tralasciando qui tutte le incertezze interpretative e le oscillazioni giurisprudenziali che affliggono l'individuazione, in concreto, del coniuge più debole – sono rare e certamente minoritarie le ipotesi nelle quali i coniugi si trovino in una condizione di sostanziale parità economica e desiderino solo separarsi o divorziare senza ulteriori condizioni. Le condizioni raggiunte dai coniugi e, in particolare, la previsione di un assegno periodico sovente mirano, anzi, a ricalibrare lo 'squilibrio economico' conseguente alla crisi apertasi nel rapporto matrimoniale, sicché precludere ai coniugi di raggiungere un simile accordo per una via semplificata *de plano*, in assenza di sostanziali contrasti e di figli minori o comunque bisognosi di tutela, è contrario a quella stessa *ratio legis* – la tutela del coniuge "più debole" – che pure si assume in premessa essere la finalità del divieto legislativo.

1.3. Determinazione dell'Indicatore della situazione economica equivalente (ISEE).

La sez. IV, con sentenza 29 febbraio 2016, n. 838, si è pronunciata sulla legittimità del regolamento, approvato con d.P.C.M. 5 dicembre 2013, n. 159, concernente la revisione delle modalità di determinazione e i campi di applicazione dell'Indicatore della situazione economica equivalente - ISEE.

Ha premesso la Sezione che l'ISEE serve per valutare la situazione economica (non solo reddituale) dei nuclei familiari al fine di regolarne l'accesso a varie prestazioni pubbliche, tra le quali, in particolare, spiccano quelle sociali e sociosanitarie erogate dai diversi livelli di governo. In base all'ISEE, questi ultimi applicano a chi chiede dette prestazioni tariffe differenziate a seconda della sua condizione economica, oppure indicano quale sia la soglia massima di tale condizione, al di là

della quale non è possibile accedere, per lo più in modo gratuito o quasi, alla prestazione. La situazione economica è valutata tenendo conto del reddito di tutti i componenti, del loro patrimonio (valorizzato al 20%) e, con una scala di equivalenza, della composizione del nucleo familiare (numero dei componenti e loro qualità personali e reddituali).

L'art. 5, d.l. n. 201 del 2011, da cui il d.P.C.M. n. 159 del 2013 è norma attuativa, fissa, quali criteri direttivi generali, a) l'adozione di una nozione di reddito disponibile, che include pure proventi o cespiti, nonché (per il nucleo familiare) soggetti esclusi (in senso atecnico) dal campo d'applicazione dell'IRPEF; b) il miglioramento della capacità selettiva dell'ISEE mercé la maggior considerazione della componente patrimoniale dell'assistito; c) una particolare attenzione ai nuclei familiari con carichi particolarmente gravosi e, in particolare, alle famiglie numerose (con tre o più figli) e a quelle con persone disabili; d) la differenziazione dell'ISEE, a seconda del tipo di prestazione richiesta; e) il rafforzamento del sistema dei controlli contro le situazioni abusive.

Il giudice di appello ha dichiarato la legittimità del d.P.C.M. n. 159 del 2013 nella parte in cui impone che l'ISEE sia conteggiato con riguardo all'intero nucleo familiare del soggetto con *handicap* permanente grave o dell'anziano con disabilità fisica o psichica accertata, pur se si tratti di prestazioni di assistenza sociosanitaria erogata a domicilio o in ambiente residenziale a ciclo diurno o continuativo. Ha chiarito che, per quanto concerne le prestazioni di natura socio-sanitaria erogate a disabili maggiorenni, il decreto calcola l'ISEE con riferimento esclusivo al beneficiario disabile ed al suo nucleo familiare c.d. "ristretto", ossia il coniuge, i figli minori ed i figli maggiorenni a carico, se del caso, con un'aggiunta per ogni figlio non appartenente al nucleo. Il che è, come dire, che il disabile maggiorenne fa sempre nucleo a sé, quand'anche conviva ancora con i propri genitori. In secondo luogo, il d.P.C.M. di per sé non pone differenze di trattamento, né impedimenti all'accesso dei disabili alle terapie sanitarie, donde l'assenza della temuta violazione degli artt. 32 e 38 Cost.. Infatti, per un verso, la valutazione di costituzionalità della normativa in materia di ISEE non si limita al solo parametro sanitario, ma necessariamente non può sottacere la componente sociale della prestazione da erogare al disabile, che non può essere né scissa, né minimizzata dal dato sanitario, e il mantenimento di un adeguato rapporto con le famiglie per i disabili gravi e gli anziani non autosufficienti è idoneo a realizzare non solo un maggior beneficio per l'assistito, ma anche risultati migliori a parità di costo dei programmi di assistenza, rispondendo, se adeguatamente applicato, ai criteri di economicità, buon andamento e proporzionalità nella ripartizione dei costi della assistenza. Rettamente, quindi, il decreto chiede che le famiglie siano chiamate ad un ruolo più mirato e attivo, ma anche a fornire il loro contributo alle spese di funzionamento del sistema assistenziale, quando questo s'invera in prestazioni in ambienti protetti. La previsione di una compartecipazione ai costi delle prestazioni di tipo residenziale, da parte dei familiari, può costituire un incentivo indiretto che contribuisce a favorire la permanenza del disabile presso il nucleo familiare, come espressione di un dovere di solidarietà che, prima ancora che sulla collettività, grava anzitutto sui prossimi congiunti. La Sezione ha quindi ritenuto corretto, in coerenza con i principi indicati dalla giurisprudenza costituzionale, l'approccio del decreto nella parte in cui, superando la previgente valorizzazione della situazione economica del solo assistito, differenzia la condizione economica di questi, se ha congiunti o figli che possono aiutarlo, da quella del disabile che non ha alcun sostegno per affrontare le spese per il ricovero in strutture, in tal modo attuando apprezzabili esigenze di equità.

Da qui la stretta interrelazione, anzi la complementarità, tra l'assistenza sanitaria, la solidarietà sociale e la solidarietà familiare. Si tratta di tre fenomeni, per lo più fattualmente intrecciati, ma comunque inscindibili, tutti convergenti verso il giusto equilibrio tra piena ed efficace assistenza ai disabili ed equa ripartizione dei relativi costi. Ciò non è che il concorso, avente pari dignità costituzionale, tra la famiglia, quale prima (e primaria) formazione sociale in cui l'individuo trova

garanzia di pieno svolgimento della sua personalità, e l'organizzazione dell'assistenza sanitaria e sociale.

La Sezione ha invece dichiarato l'illegittimità del regolamento nella parte in cui (art. 4, comma 2, lett. f) prevede una nozione di "reddito disponibile" eccessivamente allargata e in discrepanza interpretativa con la *ratio* dell'art. 5, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni nella l. 22 dicembre 2011, n. 214, ricomprendendo, tra i trattamenti fiscalmente esenti ma rilevanti, anche gli emolumenti riconosciuti a titolo meramente compensativo e/o risarcitorio a favore delle situazioni di "disabilità", quali le indennità di accompagnamento, le pensioni I.N.P.S. alle persone che versano in stato di disabilità e bisogno economico, gli indennizzi da danno biologico invalidante, di carattere risarcitorio, e gli assegni mensili da indennizzo.

Ha chiarito la Sezione che l'indennità di accompagnamento e tutte le forme risarcitorie servono non a remunerare alcunché, né certo all'accumulo del patrimonio personale, bensì a compensare un'oggettiva ed ontologica (cioè indipendentemente da ogni eventuale prestazione assistenziale attiva) situazione d'inabilità che provoca in sé e per sé disagi e diminuzione di capacità reddituale. Tali indennità o il risarcimento sono accordati a chi si trova già così com'è in uno svantaggio, al fine di pervenire in una posizione uguale rispetto a chi non soffre di quest'ultimo ed a ristabilire una parità morale e competitiva. Pertanto, la "capacità selettiva" dell'ISEE, se deve scriminare correttamente le posizioni diverse e trattare egualmente quelle uguali, allora non può compiere l'artificio di definire reddito un'indennità o un risarcimento, ma deve considerarsi per ciò che essi sono, perché posti a fronte di una condizione di disabilità grave e già in sé non altrimenti rimediabile.

Ha aggiunto il giudice di appello che il sistema delle franchigie non può compensare in modo soddisfacente l'inclusione nell'ISEE di siffatte indennità compensative, per l'evidente ragione che tale sistema si struttura sì in un articolato insieme di benefici ma con detrazioni a favore di beneficiari e di categorie di spese i più svariati onde, in pratica, i beneficiari ed i presupposti delle franchigie stesse sono diversi dai destinatari e dai presupposti delle indennità.

2. Pubbliche amministrazioni e soggetti alle stesse equiparate.

2.1. Società miste.

■ Alienazioni di quote detenute da amministrazioni pubbliche in società miste.

La sez. V, con sentenza 28 settembre 2016, n. 4014, si è soffermata sulla questione relativa alla alienazione di quote detenute da Amministrazioni pubbliche in società miste. Ha chiarito che l'ambito di applicazione dell'art. 1, comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (secondo cui "nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica"), trasfuso nell'art. 5, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, stante la sua evidente valenza di principio, non può ritenersi limitato – in senso, per così dire, 'statico' – al solo momento della costituzione della società mista, ma deve ritenersi altresì esteso alle ipotesi in cui venga in rilievo l'alienazione di partecipazioni sociali detenute da un'amministrazione pubblica nell'ambito di una società che già risulti a composizione mista. L'obbligo di rispettare la regola dell'evidenza pubblica per l'alienazione delle quote sociali detenute in una società mista risponde a un principio di ordine pubblico economico (anche di matrice eurounitaria), presiedendo al rispetto degli altrettanto generali principi di concorrenza, parità di trattamento e di non discriminazione fra i potenziali concorrenti; la violazione di tali regole di ordine pubblico non comporta soltanto l'annullabilità degli atti con cui si sia comunque proceduto all'alienazione in favore di privati in violazione della regola dell'evidenza pubblica, ma – più in generale – la radicale nullità dell'atto per violazione di norme imperative di legge.

La cessione, da parte di un'Amministrazione pubblica, di una partecipazione in una società partecipata da altri soggetti privati deve necessariamente avvenire tramite l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica, dovendosi ritenere nulla la clausola di prelazione eventualmente presente nell'atto costitutivo o nello statuto della società, per contrasto con i principi generali di ordine pubblico economico, che postulano la messa a gara delle partecipazioni nell'ambito di società miste deputate (*inter alia*) alla prestazione di servizi.

3. Autorità amministrative indipendenti.

3.1. Sanzioni per pratiche commerciali scorrette.

Con la sentenza n. 4048 del 30 settembre 2016 la sez. VI ha dichiarato legittime le sanzioni inflitte, a seguito di segnalazioni pervenute, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato ad una nota Compagnia aerea in relazione ad alcune pratiche commerciali ritenute scorrette, tra le quali la c.d. “*no show rule*”, che consiste nell'annullamento del biglietto di ritorno/sequenziale, in caso di mancata fruizione della tratta di andata/precedente, senza prevedere una specifica procedura per consentire al consumatore di effettuare comunque il volo di ritorno/successivo. In particolare la sanzione è stata irrogata per l'accertata violazione dell'obbligo di correttezza e buona fede, tutelata dal Codice del consumo, per non aver dato adeguato risalto, in modo chiaro e trasparente, a tale dovuta informazione.

L'Autorità ha inflitto la sanzione anche in relazione ad altre due pratiche commerciali, giudicate scorrette, e cioè: a) non avere adeguatamente informato i consumatori, nell'ambito della procedura di acquisto, circa una caratteristica essenziale dell'offerta, ovvero il fatto che alcune tratte non erano operate direttamente, bensì da un diverso vettore aereo di nazionalità estera; b) modalità ingannevoli di presentazione ai consumatori dell'offerta denominata “*Carnet Italia*”, per non aver consentito all'utente un'immediata e chiara comprensione delle limitazioni previste nell'apposita specifica classe tariffaria e delle reali condizioni di utilizzo del prodotto.

3.2. Sanzioni amministrative pecuniarie.

L'Adunanza plenaria si è occupata dell'individuazione dell'Autorità amministrativa indipendente competente ad irrogare la sanzione per pratiche commerciali aggressive, messe in opera mediante la violazione di obblighi informativi circa i servizi telefonici reimpostati, con le sentenze gemelle nn. 3 e 4 del 9 febbraio 2016.

Ha chiarito l'Alto Consesso che nel nostro sistema, mentre la pratica commerciale aggressiva è inequivocabilmente attratta nell'area di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la violazione degli obblighi informativi suddetta è invece, di per sé, suscettibile di sanzione da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Si assiste, quindi, ad una ipotesi di specialità per progressione di condotte lesive che, muovendo dalla violazione di meri obblighi informativi, comportano la realizzazione di una pratica anticoncorrenziale vietata ben più grave per entità e per disvalore sociale, ovvero di una pratica commerciale aggressiva. Si realizza quindi nell'ipotesi in esame, sempre ai fini dell'individuazione dell'Autorità competente, più che un conflitto astratto di norme in senso stretto, una progressione illecita, descrivibile come ipotesi di assorbimento-consunzione atteso che la condotta astrattamente illecita secondo il *corpus* normativo presidiato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è elemento costitutivo di un più grave e più ampio illecito anticoncorrenziale vietato secondo la normativa di settore presidiata dall'Autorità Antitrust. Infatti, la violazione dei predetti obblighi informativi di per sé non è sufficiente ad integrare la fattispecie di illecito concorrenziale, poiché da tali obblighi è necessario inferire l'esistenza di un condizionamento tale da limitare considerevolmente, e in alcuni casi addirittura escludere, la libertà di scelta degli utenti in ordine all'utilizzo e al pagamento dei servizi reimpostati

e, per conseguenza, ritenere integrata la condotta del “pagamento immediato o differito di prodotti che il consumatore non ha richiesto” che costituisce, ai sensi dell’art. 26 del Codice del consumo citato, “pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva”.

L’Adunanza plenaria è ritornata parzialmente, *re melius perpensa*, sui principi che aveva espresso con le sentenze da 11 a 16 dell’11 maggio 2012, nella misura in cui esse possano essere lette come mera applicazione del criterio di specialità per settori e non per fattispecie concrete. Tale *revirement*, nel senso ora precisato, si è imposto anche in considerazione del fatto che, con lettera di costituzione in mora in data 18 ottobre 2013, *ex art.* 258 TFUE, la Commissione Europea ha aperto una procedura di infrazione (n. 2013-2169), nei confronti della Repubblica Italiana, per scorretta attuazione ed esecuzione della direttiva 2005/29/UE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e della direttiva al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica. La Commissione ha contestato, in particolare, la tesi per cui l’esistenza di una disciplina specifica settoriale, in quanto considerata esaustiva, comporterebbe la prevalenza di tale disciplina su quella generale, ancorché di derivazione europea, in materia di tutela dei consumatori.

Ha quindi ricordato l’Alto Consesso che con l’art. 1, comma 6, lett. a), d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, recante l’attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, è stato inserito, nell’art. 27 del Codice del consumo, il comma 1 *bis*, che ha attribuito in via esclusiva all’Antitrust, acquisito il parere dell’Autorità di settore, la competenza a intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta. Tale norma ha natura di interpretazione autentica atteso che, anche alla luce di una corretta analisi ermeneutica delle sentenze dell’Adunanza Plenaria da nn. 11 a 16 del 2012 e dell’applicazione dei principi da essa scaturiti, è indubbia la competenza dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato ad applicare la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette nel caso sottoposto all’esame della Plenaria. Né, in senso contrario, può opporsi la previsione, contenuta in tale norma sopravvenuta, di un eventuale previo parere dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, poiché tale segmento procedimentale, ora previsto nell’art. 16 della Delibera Agcm 1° aprile 2015, n. 25411 (Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore) era già previsto in precedenti delibere; il legislatore, pertanto, non ha fatto altro che innalzare al rango di norma primaria una disposizione già esistente nell’ordinamento, che, per tale motivo, non può ritenersi avere portata sostanzialmente innovativa.

In conclusione, l’Adunanza plenaria ha 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 e che la circostanza che l’art. 27, comma 1 *bis*, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 abbia attribuito all’Autorità garante della concorrenza e del mercato la competenza all’esercizio del potere sanzionatorio in materia di pratiche commerciali scorrette, non fa venire meno l’interesse alla pronuncia di annullamento per incompetenza dell’Antitrust formulata nel ricorso proposto avverso una 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.

4. Enti locali.

Con ord. 23 agosto 2016, n. 3679 la sez. V ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3, 113, commi 1 e 2, e 133, comma 2, Cost., la questione di legittimità costituzionale della l. reg. Marche 23 giugno 2014, n. 15, che ha dichiarato il distacco della frazione di Marotta dal Comune di Fano al Comune di Mondolfo.

Il distacco è avvenuto ai sensi dell'art. 133, comma 2, Cost., per il quale “La Regione, sentite le popolazioni interessate, può con sue leggi istituire nel proprio territorio nuovi Comuni e modificare le loro circoscrizioni e denominazioni”.

La Sezione, con sentenza parziale contestuale all'ordinanza, ha accolto l'appello, rilevando anche d'ufficio le questioni di legittimità costituzionale, che si propongono in sede propria.

In particolare, nella decisione di accoglimento dell'appello del Comune di Fano, la Sezione ha ritenuto illegittima la citata delibera di indizione del *referendum* consultivo, perché la Regione Marche ha chiamato a partecipare al *referendum*, previsto dalla citata disposizione della Costituzione, non tutte le popolazioni residenti nei due Comuni interessati dalla proposta di modifica circoscrizionale, ma solo quella di Marotta di Fano e delle frazioni limitrofe nei due Comuni. Sono state, nello specifico, ritenute manifestamente infondate le censure di illegittimità costituzionale sollevate dall'Amministrazione comunale appellante con riguardo alla l. reg. Marche 5 aprile 1980, n. 18 (Norme sui *referendum* previsti dallo Statuto), nella parte in cui prevede che i *referendum* consultivi devono tenersi presso “le popolazioni interessate” (art. 20, comma 2), per violazione del citato art. 133, comma 2, Cost.; alla l. reg. n. 15 del 2014 dichiarativa del distacco della frazione di Marotta dal Comune di Fano al Comune di Mondolfo, in via derivata rispetto all'illegittimità della l. n. 18 del 1980; in via autonoma, alla medesima legge dichiarativa del distacco, perché asseritamente emanata con l'intento di interferire con la funzione giurisdizionale.

La Sezione ha quindi osservato che, in base alla giurisprudenza costituzionale formatasi sull'art. 133, comma 2, Cost., non possono essere escluse dalla consultazione referendaria le popolazioni direttamente interessate al mutamento circoscrizionale, né possono essere escluse *a priori* quelle che, essendo comunque residenti nei Comuni interessati dalla proposta di mutamento, sebbene non direttamente coinvolte, in linea di principio vantano comunque un interesse ad esprimersi su di essa, mentre le stesse possono essere escluse solo in casi “particolari ed eccezionali” (Corte cost. 15 settembre 1995, n. 433). Dalla stessa giurisprudenza si evince che spetta alla legge regionale la definizione dei criteri in base ai quali escludere di volta in volta le popolazioni non direttamente interessate dalla partecipazione al *referendum* consultivo ma che, tuttavia, in assenza di criteri, la definizione di tali popolazioni può legittimamente essere demandata alla sede amministrativa (al momento dell'indizione del *referendum* consultivo), cosicché la scelta in concreto compiuta può essere eventualmente censurata davanti al giudice amministrativo. Ha quindi osservato la Sezione che la l. reg. n. 18 del 1980, censurata dal Comune di Fano, reca all'art. 20 una formula (“sentite le popolazioni interessate”) riproduttiva del dettato costituzionale, e cioè dell'art. 133, comma 2, Cost., e dunque non in contrasto con quest'ultimo. Conseguentemente, la l. reg. n. 15 del 2014, dichiarativa del distacco della frazione di Marotta dal Comune di Fano, non è illegittima in via derivata dalla legge regolatrice del *referendum* per violazione del medesimo parametro. Inoltre, trattandosi del doveroso atto conclusivo del procedimento prefigurato dal più volte ricordato art. 133, comma 2, l. reg. n. 15 del 2014, non può nemmeno essere ritenuta adottata in violazione del divieto del legislatore di interferire nell'attività giurisdizionale. Nondimeno, malgrado la dichiarazione di manifesta infondatezza delle questioni di illegittimità costituzionale sollevate dal Comune di Fano, la Sezione ha ritenuto che nel caso di specie difettassero in concreto quelle condizioni “particolari ed eccezionali” che giustificano la deroga al principio generale, discendente dall'art. 133, comma 2, Cost. e ripetutamente affermato dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui in linea di principio tutte le popolazioni residenti nei Comuni interessati dalla proposta di mutamento circoscrizionale devono partecipare al *referendum* consultivo. Conseguentemente, la Sezione ha annullato la citata delibera del Consiglio regionale delle Marche di indizione del *referendum* consultivo sulla proposta di distacco della frazione di Marotta dal Comune di Fano.

La stessa Sezione, richiamando una decisione della Corte costituzionale resa in un caso affine (sentenze 11 giugno 1999, nn. 225 e 226), ha rilevato di non potere emettere analoga statuizione demolitoria nei confronti della più volte menzionata l. reg. n. 15 del 2014, dichiarativa del distacco, a causa del relativo valore e della relativa forza. Una simile pronuncia, nei confronti dell'atto legislativo conclusivo del procedimento *ex art.* 133, comma 2, Cost., può essere infatti emessa solo dal giudice delle leggi.

Ha aggiunto la Sezione che, per la sua caratterizzazione di legge-provvedimento, la norma regionale in questione sarebbe irragionevole per difetto della possibilità di una congrua valutazione della previa volontà di quelle che davvero risultano le popolazioni interessate, oltre ad essere priva dell'indispensabile presupposto procedimentale.

Infine, in relazione all'art. 113 Cost., la circostanza della non menzione, nel corpo della legge regionale stessa, del previo procedimento referendario e del suo esito, può risultare di ostacolo alla stessa pronuncia di annullamento giurisdizionale perché in contrasto con un atto che riveste comunque valore formale di legge (regionale) e perciò vincola il giudice al suo rispetto (e nel caso di specie finisce per l'assumere i connotati di un irragionevole ostacolo ad una pronuncia realmente e pienamente soddisfattiva del Comune ricorrente).

5. Elezioni.

5.1. *Referendum* popolare confermativo della legge costituzionale recante, tra le altre, disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario e la riduzione del numero dei parlamentari.

Con ord. caut. n. 5334 dell'1 dicembre 2016 la sez. IV del Consiglio di Stato ha respinto l'istanza di sospensione cautelare della sentenza del Tar Lazio, che aveva dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione sul ricorso proposto sul *referendum* popolare confermativo della legge costituzionale recante "disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del Cnel e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione".

Il giudice di appello ha condiviso le conclusioni cui era pervenuto il giudice di primo grado, in quanto ai sensi dell'art. 103 Cost. ("Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della Pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi.") rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo posizioni di interesse legittimo che siano "concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni" (art. 7 c.p.a.). Le posizioni di diritto soggettivo rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo solo nelle ipotesi di giurisdizione amministrativa esclusiva (che, in quanto "particolare" deve essere espressamente prevista dalla legge). Ha aggiunto la Sezione, a supporto della propria carenza di giurisdizione, che il diritto al voto è un diritto politico, vale a dire uno di quei diritti riconosciuti ai cittadini di partecipare alla vita politica e all'assunzione delle decisioni pubbliche, la cui denunciata violazione si atteggia come lesione di un diritto soggettivo e della capacità giuridica pubblica del cittadino, lesione sulla quale, in base ai principi fondamentali dell'ordinamento, è chiamata a giudicare l'Autorità giudiziaria ordinaria. Ha concluso ricordando che tale conclusione ha trovato di recente autorevole avallo nella sentenza n. 24102 del 28 novembre 2016 delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, che ha deciso una *res controversa* assimilabile a quella sottoposta a scrutinio nel presente giudizio affermando che l'ordinanza emessa dall'Ufficio centrale per il *referendum*, non avendo natura di atto di giurisdizione, è insuscettibile d'impugnazione giurisdizionale, specie dinanzi alla Corte di

cassazione, di cui quello stesso ufficio costituisce un'articolazione interna. La Corte di cassazione ha escluso che tale conclusione sia irragionevolmente limitativa della tutela di diritti o di altre posizioni soggettive cui la legge riconosce giuridica rilevanza: non certo in capo ai ricorrenti, perché nel procedimento referendario assumono rilievo (e possibilità di tutela) soltanto i soggetti ai quali la disciplina referendaria conferisce specifiche funzioni, mentre le posizioni di soggetti diversi non trovano alcuna protezione né diretta né indiretta; e neppure in capo ai soggetti cui la disciplina referendaria assegna invece un qualche ruolo, la cui tutela è garantita dalla possibilità di denunciare, ove ne sussistano gli estremi, il conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale.

5.2. Elezione dei membri italiani al Parlamento UE.

La sez. V, con ord. 26 agosto 2016, n. 3673, ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale relativa alle disposizioni inerenti l'elezione dei membri italiani al Parlamento UE (artt. 21, comma 1, n. 1 *bis* e n. 2, e 22, comma 1, l. 24 gennaio 1979, n. 18, nel testo introdotto dall'art. 1, l. 20 febbraio 2009, n. 10), per presunta violazione dell'art. 1, secondo comma, Cost., nella parte in cui comporta l'introduzione di disposizioni che limitano in modo irragionevole e ingiustificato il presidio di democraticità rappresentato dalla piena valorizzazione del voto; dell'art. 3 Cost., per la parte in cui comporta un regolamento irragionevole dei diversi interessi e valori che vengono in rilievo, con conseguente compressione dei principi di piena democraticità e pluralismo del sistema rappresentativo che non rinviene un'adeguata *ratio* giustificatrice nel perseguimento di concomitanti finalità di interesse generale; dell'art. 48, secondo comma, Cost. (e segnatamente con il principio di eguaglianza del voto), per la parte in cui detta scelta normativa finisce per determinare la sostanziale esclusione dalla rappresentanza politica di ampie fasce dell'elettorato senza che ciò risulti giustificato – e, in qualche misura, 'controbilanciato' – dalla predicata finalità di accrescere per tale via la stabilità degli organi elettivi legati da un vincolo fiduciario all'istituzione parlamentare. Tali norme comportano, nella sostanza, una compressione dei principi di piena democraticità e pluralismo del sistema rappresentativo, che non rinviengono un'adeguata *ratio* giustificatrice nel perseguimento di concomitanti finalità di interesse generale e che, quindi, sembrano travalicare i limiti propri del ragionevole esercizio dell'*interpositio legislatoris*.

L'ordinanza dà atto di un precedente dello stesso giudice di appello di segno contrario, che aveva ritenuto analoga questione manifestamente infondata. Nel 2011, a sostegno della infondatezza della questione, era stato affermato che: l'introduzione ad opera della l. n. 10 del 2009 della clausola di sbarramento non colliderebbe con le coordinate costituzionali "in quanto persegue la ragionevole finalità di evitare un'eccessiva frammentazione della rappresentanza parlamentare attraverso l'esclusione delle forze politiche che non dimostrino sul campo il possesso di un'adeguata rappresentatività"; il richiamato meccanismo rinviene un puntuale fondamento nella decisione del Consiglio 76/787 CECA/CEE/EURATOM, come modificata dalla decisione 25 giugno 2002 e 23 settembre 2002, 2002/772/CE la quale, appunto, riconosce la possibilità ai Paesi membri di introdurre una soglia minima di sbarramento per l'attribuzione dei seggi, entro il limite del cinque per cento dei suffragi validamente espressi, senza prevedere alcun tipo di correttivo a beneficio delle forze politiche che non la raggiungano; la normativa comunitaria, lungi dal considerare il principio di proporzionalità incompatibile con la fissazione di una clausola di sbarramento, considererebbe l'introduzione del *quorum* quale correttivo utile onde accrescere la stabilità degli organi elettivi; non condurrebbe ad un diverso esito la sottolineatura dei principi di libertà, pluralismo e rappresentatività democratica sanciti dal Trattati di Nizza e di Lisbona, "posto che detti cardini ordinamentali non toccano in modo specifico la materia elettorale e, comunque, non ostano ad una scelta normativa tesa a razionalizzare la rappresentanza parlamentare con l'introduzione di

un correttivo al principio di proporzionalità teso a scongiurare il rischio di dispersione del voto e di frammentazione delle forze politiche nazionali”; la democraticità e il pluralismo del sistema rappresentativo non sarebbero lesi dalla previsione di *quorum* elettorali o di limitazioni alla rappresentanza delle forze politiche concorrenti in una competizione elettorale. Ciò in quanto “il sistema della proporzionalità pura [è] uno dei possibili sistemi utilizzabili dal legislatore, suscettibile di deroga mediante temperamenti alla fedele traduzione in seggi dei consensi che favoriscano la governabilità e la razionalizzazione del consenso”; la scelta di prevedere detta soglia di sbarramento nella misura del 4 per cento non inficerebbe poi l'eguaglianza del diritto di voto di cui all'art. 48 Cost. e non innescherebbe una disparità di trattamento dei candidati in contrasto con l'art. 51 Cost.. Ciò in quanto “la differenziazione operata tra i candidati e le liste di appartenenza non è, infatti, frutto di una discriminazione legislativa aprioristica ma rappresenta la conseguenza fisiologica dell'espressione della volontà sovrana degli elettori”; in definitiva, “la scelta di fissare una soglia di rappresentatività mir[erebbe] al ragionevole scopo di assicurare la presenza in Parlamento europeo di forze politiche che abbiano un ruolo adeguato nel sistema politico nazionale e che, come tali, siano idonee a concorrere in modo adeguato al processo di formazione delle scelte politiche in ambito europeo”.

La sez. V, con l'ord. n. 3673 del 2016 ha invece affermato che la richiamata compressione non può dirsi realmente giustificata dall'obiettivo di limitare la frammentazione delle forze politiche e quindi di garantire una maggiore stabilità agli organi elettivi, perché l'obiettivo di garantire la stabilità degli organi elettivi non si attaglia al caso delle elezioni dei rappresentanti nazionali al Parlamento europeo, stante l'assenza di un vincolo propriamente fiduciario che caratterizza i rapporti fra il Parlamento e la Commissione europea.

Ad avviso della Sezione la scelta del legislatore nazionale, di introdurre una soglia di sbarramento in misura particolarmente elevata (pari al 4 per cento), per un verso risulta comprimere in modo immediato e diretto il più volte richiamato principio della piena rappresentatività democratica del voto; per altro verso non consente di raggiungere, nell'ambito nazionale, il predicato obiettivo della migliore governabilità (*id est*, il concomitante obiettivo che solitamente viene richiamato quale ragionevole contraltare dell'integrale affermazione del principio della piena rappresentatività). E ciò in quanto la scelta sul punto, operata dal legislatore italiano (per così dire, in senso 'monadologico'), non risulta comunque idonea a conseguire il richiamato obiettivo, ostandovi le concomitanti legislazioni degli altri Stati membri i quali – decidendo di non introdurre una siffatta clausola – finiscono per rendere inefficace la scelta in tal senso compiuta dal legislatore nazionale.

5.3. Autentica delle sottoscrizioni nelle competizioni elettorali amministrative.

Con sentenza 16 maggio 2016, n. 1987 la sez. III ha approfondito la tematica relativa all'autentica delle sottoscrizioni nelle competizioni elettorali in occasione dell'appello proposto avverso l'esclusione di una lista determinata per mancata indicazione, in alcuni atti, della data di autenticazione delle sottoscrizioni stesse.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittima l'esclusione perché nessuna disposizione di legge prevede, per la materia elettorale, la nullità di tali autentiche quando siano prive di data, purchè risulti certo che l'autenticazione sia stata effettuata nel termine previsto dalla legge. Con tale decisione il giudice di appello ha motivatamente superato un proprio precedente orientamento per il quale le invalidità che inficiano il procedimento di autenticazione delle sottoscrizioni degli elettori, che accettano la candidatura o che presentano come delegati le liste, non assumono un rilievo meramente formale: le specifiche regole legislative mirano a garantire la genuinità delle sottoscrizioni e ad impedire abusi e contraffazioni, con la conseguenza che l'autenticazione, seppur distinta sul piano materiale dalla sottoscrizione, rappresenta un elemento essenziale - non

integrabile *aliunde* - della presentazione della lista o delle candidature, e non un semplice elemento di prova volto ad evitare che le sottoscrizioni siano raccolte antecedentemente al 180° giorno fissato per la presentazione delle candidature.

Ha affermato che per le autenticazioni nelle competizioni elettorali, a seguito della abrogazione della l. 4 gennaio 1968, n. 15, trova applicazione il comma 1 – e non il comma 2 - dell'art. 21, d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. Il comma 1 dell'art. 21 si riferisce infatti alla presentazione dell'istanza o della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà da produrre agli organi della Pubblica amministrazione. Il comma 2, invece, si riferisce alla presentazione di tali atti a soggetti diversi dagli organi della Pubblica amministrazione, ovvero ad organi della Pubblica amministrazione, quando si tratti della riscossione da parte di terzi di benefici economici. Ha aggiunto la Sezione che sussiste anche una ragione di ordine teleologico, poiché le modalità di presentazione agli organi delle Pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 38, comma 3, d.P.R. n. 445 del 2000 (richiamato dal comma 1 dell'art. 14), sono connotate da una minore rigidità formale e da una maggiore speditezza, ciò che informa il contenzioso elettorale e che consente vi sia, senza ulteriori formalità, la sottoscrizione dell'interessato in presenza del soggetto addetto.

In conclusione, ad avviso del giudice di appello, a seguito dell'abrogazione della l. n. 15 del 1968 e in assenza di una diversa volontà del legislatore – le disposizioni della l. 21 marzo 1990, n. 53 sulle autenticazioni delle sottoscrizioni si devono intendere integrate dall'art. 21, comma 1, d.P.R. n. 445 del 2000 e dall'art. 83, comma 3, del medesimo d.P.R., richiamato dall'art. 21, comma 1.

Ha ancora rilevato la Sezione che l'autenticazione amministrativa fa parte di un sistema che risponde a regole e a finalità proprie del regime pubblicistico che la connotano, in deroga al sistema dell'autenticazione civilistica, retta dai principi generali dettati dagli artt. 2703 e 2704 cod. civ. e dall'art. 72 della legge notarile, per quanto si applichi anche ad essa il generale principio, espresso dalla Corte di cassazione, secondo cui “si tratta, in sostanza, di attività certificativa che, in quanto volta ad attribuire il valore della prova documentale, utilizzabile anche nei confronti dei terzi, alla scrittura, non può prescindere dal rispetto delle forme per essa richieste”. Ha aggiunto la sentenza che, sebbene la legge notarile richieda, nell'art. 72, l'apposizione della data e del luogo nell'autenticazione, la stessa disposizione generale dell'art. 2703, comma 2, cod. civ. non prevede espressamente la data dell'autenticazione tra i requisiti formali richiesti a pena di nullità dell'autenticazione stessa, limitandosi a definirla quale “attestazione da parte del pubblico ufficiale che la sottoscrizione è stata apposta in sua presenza” e a richiedere, previamente, l'identificazione della persona che sottoscrive.

Ha infine chiarito la Sezione che, pur se per l'autenticazione delle sottoscrizioni si dovesse ritenere applicabile l'art. 21, comma 2, d.P.R. n. 445 del 2000 (che richiede l'indicazione della data e del luogo di autenticazione), non per questo la mancanza della data, nell'autenticazione, comporta l'invalidità *ipso iure* della stessa autenticazione. Infatti, in materia elettorale le previsioni dell'art. 14, l. n. 53 del 1990 costituiscono *lex specialis* rispetto alla disciplina generale, comminando la nullità delle sottoscrizioni e delle relative autenticazioni solo se esse risultano anteriori al centottantesimo giorno precedente il termine fissato per la presentazione delle candidature. La nullità comminata dall'art. 14, comma 3, l. n. 53 del 2010 non è pertanto, con riferimento alla data delle autenticazioni e delle sottoscrizioni, aggiuntiva rispetto alle altre nullità di ordine generale per inosservanza delle forme. La data dell'autenticazione, ovvero il periodo nel quale essa avviene, rileva quindi se e solo se essa comporta la violazione dell'art. 14, comma 3, l. n. 53 del 1990. La sua mancanza non determina la nullità ove risulti, comunque *ictu oculi* e anche *aliunde*, che le autenticazioni – come le sottoscrizioni – non sono anteriori al centottantesimo giorno precedente il termine fissato per la presentazione delle candidature. Al di fuori della eccezionale ipotesi prevista

per le competizioni elettorali dall'art. 14, comma 3, l. n. 53 del 1990, la legge non sanziona con la nullità l'assenza della data nella autenticazione.

Sull'argomento è tornata la sez. III con sentenza n. 2244 del 28 maggio 2016, che, richiamando il proprio precedente (n. 1987 del 16 maggio 2016), ha ribadito che non si può escludere, ma anzi pare più corretto ammettere, che la modalità più esatta di autenticazione, allo stato della legislazione vigente, sia quella prevista dal combinato disposto degli artt. 21, comma 1, e 38, comma 3, d.P.R. n. 445 del 2000, non essendo comunque precluso al funzionario autenticatore seguire la modalità, più rigorosa, prevista dall'art. 21, comma 2, d.P.R. n. 445 del 2000.

Ciò premesso ha aggiunto la Sezione che tuttavia, anche riconoscendo che la modalità di autenticazione, in materia elettorale, possa essere quella semplificata dell'art. 38, comma 3, d.P.R. n. 445 del 2000, non per questo l'autenticazione può venire meno alla sua funzione essenziale e precipua, che è quella, appunto, di essere "l'attestazione, da parte di un pubblico ufficiale, che la sottoscrizione è stata apposta in sua presenza", come prevede l'art. 1, comma 1, lett. i), d.P.R. n. 445 del 2000, che ricalca la definizione dell'art. 2703, comma 2, cod. civ.. Perché sia tale e, cioè, consista indubitabilmente nell'attestazione che la sottoscrizione sia stata apposta in presenza del pubblico ufficiale, l'autenticazione deve essere sottoscritta dal pubblico ufficiale stesso che, appunto con la firma, si assume il compito, e la responsabilità, di attestare che la firma è stata apposta in sua presenza, conferendo assoluta certezza alla formalità dell'autenticazione. Ove la sottoscrizione del pubblico ufficiale manchi, pertanto, difetta il nucleo essenziale e indefettibile dell'autenticazione e, cioè, in primo luogo e soprattutto l'attestazione di cui si è detto e la sua inoppugnabile riconducibilità al funzionario addetto all'autenticazione. La sottoscrizione del pubblico ufficiale è, dunque, una forma sostanziale, indefettibile, insostituibile dell'autenticazione, che non ammette e non può ammettere equipollenti, pena lo snaturamento dell'essenza stessa dell'autenticazione.

6. Accesso ai documenti.

6.1. Istanza di accesso proposta da dipendenti di Poste italiane s.p.a. in relazione a documenti attinenti il rapporto di lavoro.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 13 del 28 giugno 2016, ha affrontato la questione relativa al diritto di accesso, a norma degli artt. 22 e ss., l. 7 agosto 1990, n. 241 dei dipendenti di Poste Italiane s.p.a., con riferimento al rapporto di impiego (di natura privata) in corso fra gli stessi e la citata società. Ha risolto il contrasto sulla configurabilità di un titolo all'ostensione documentale dei lavoratori dipendenti, quali soggetti privati in rapporto ai quali il datore di lavoro (a sua volta privato) ponga in essere atti non riconducibili al servizio pubblico ed estranei, pertanto, alla *ratio* di trasparenza, affermando il principio secondo cui il diritto di accesso è esercitabile limitatamente alle prove selettive di accesso, alla progressione in carriera ed ai provvedimenti di auto-organizzazione degli uffici, incidenti in modo diretto sulla disciplina, di rilevanza pubblicistica, del rapporto di lavoro.

La sez. III (10 settembre 2015, n. 4230) – che nel rimettere la questione aveva prospettato alla Plenaria "una nuova indagine interpretativa", che tenga conto della nuova formulazione dell'art. 22, comma 1, lett. e), l. 7 agosto 1990, n. 241, ai sensi del quale Pubbliche amministrazioni sono "tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato, limitatamente alla loro attività di pubblico interesse, disciplinata dal diritto nazionale o comunitario" – ha affermato che la qualificazione della società Poste Italiane s.p.a. come "organismo di diritto pubblico", secondo i giudici remittenti, se rende pacifica l'estensione a detta società delle norme in tema di accesso, lascia insoluto il problema dei limiti entro cui l'attività societaria deve ritenersi di pubblico interesse.

L'Adunanza plenaria, nell'individuazione del significato da attribuire al novellato art. 22, comma 1, lett. e), l. n. 241 del 1990, ha ritenuto che non si possa prescindere dal recente rafforzamento del principio di trasparenza operato con il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 e conclude nel senso della "considerazione del rapporto di lavoro come fattore strumentale alla normale gestione del servizio pubblico postale, ma anche la rilevanza *ex se* di tale rapporto, per l'osservanza di regole di imparzialità e trasparenza, che vincolano tutti i soggetti chiamati a svolgere funzioni pubbliche (anche nella veste di datori di lavoro), nell'ambito di servizi che le Amministrazioni intendono assicurare ai cittadini, direttamente o in regime di concessione". Fatta questa premessa, ha però chiarito che, per quanto concerne il rapporto di lavoro – strumentale a tutte le attività svolte dalla società – "gli obblighi di trasparenza appaiono coerentemente suscettibili di delimitazione, con riferimento al combinato disposto degli artt. 11, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013 (ambito soggettivo degli obblighi di trasparenza), 1, comma 1, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (ordinamento del lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni pubbliche, in tema di organizzazione degli uffici e di ottimale utilizzazione delle risorse umane) e 1, comma 16, l. 6 novembre 2012, n. 190; disposizioni, queste, che consentono di circoscrivere l'accesso ai settori di autonoma rilevanza pubblicistica (e non di quotidiana gestione del contratto di lavoro), ovvero alle prove selettive per l'assunzione del personale, alle progressioni di carriera e a provvedimenti attinenti l'autoorganizzazione degli uffici, quando gli stessi – benché doverosamente ispirati a tutti i principi, di cui all'art. 24 del già citato d.lgs. n. 150 del 2009 – incidano negativamente sugli interessi dei lavoratori, protetti anche in ambito comunitario (ad esempio, in tema di mobilità o di stabilizzazione dei rapporti di lavoro precari)".

6.2. Accesso agli atti della Banca d'Italia relativi all'attività degli enti creditizi in bilanciamento con il diritto di difesa e di azione del risparmiatore.

La sez. VI, con ord. 15 novembre 2016, n. 4712, ha rimesso alla Corte di giustizia la questione interpretativa relativa alla compatibilità con il principio di trasparenza, sancito dall'art. 15 del Trattato UE, dei limiti al diritto all'accesso posti dalla normativa nazionale (ed europea) in materia di vigilanza bancaria in attuazione della disciplina del c.d. *bail in*.

La Sezione era stata chiamata a decidere una controversia avente ad oggetto il diniego opposto dalla Banca d'Italia ad un risparmiatore, pregiudicato dal verificarsi di un caso di *burden sharing*, che chiedeva copia degli atti relativi al procedimento di liquidazione coatta amministrativa dell'istituto di credito depositario dei suoi risparmi, al fine di verificare la sussistenza dei presupposti per un'azione di responsabilità civile nei confronti sia del predetto istituto che della Banca d'Italia, nella veste di autorità di vigilanza. L'istanza di accesso era dunque finalizzata alla tutela di interessi patrimoniali pregiudicati dal *burden sharing*, ossia dal meccanismo di ripartizione, anche a carico del risparmiatore, delle conseguenze patrimoniali pregiudizievoli derivanti dalla condizione di insolvenza della Banca depositaria.

La Sezione ha chiarito che dal panorama normativo nazionale si evince che segreto d'ufficio, riservatezza di dati e documenti delle Pubbliche amministrazioni e diritto alla loro conoscenza, esercitato nel rispetto dei relativi limiti e procedure, operano su piani differenti che vanno equilibratamente coordinati fra loro, fermo in ogni caso che, a cospetto di determinati presupposti, il segreto d'ufficio non è di per sé automaticamente idoneo ad ostacolare sempre la conoscenza dei dati e dei documenti relativi alle attività delle Pubbliche amministrazioni e nella loro disponibilità, specie qualora il diritto alla conoscenza è preordinato, per colui che lo fa valere, all'esercizio di legittime tutele nelle diverse sedi giurisdizionali competenti. Il diritto alla conoscenza si radica, in colui che lo invoca prima dell'attivazione delle sedi giurisdizionali proprie, nella considerazione che solo mediante una preventiva conoscenza dei dati e documenti anzidetti il soggetto interessato ad acquisirli per esigenze di giustizia è in grado di godere pienamente del proprio diritto di difesa.

Ha aggiunto che considerato che le funzioni della Banca, e in particolare quelle di vigilanza, risultano omologhe a quelle della Banca centrale europea, onde anche per essa possono reputarsi assumibili, come parametro normativo di riferimento, le disposizioni del regolamento (UE) n. 1024/2013, vale chiedersi altresì in quali termini disposizioni rilevanti di quest'ultimo (segnatamente quelle degli artt. 22, par. 2, e 27, par. 1, del regolamento) devono interpretarsi alla luce delle diverse norme-principio, tenendo in considerazione l'affermazione del considerando 59 del regolamento - secondo la quale "I regolamenti di cui all'art. 15, par. 3, TFUE dovrebbero determinare le modalità di accesso ai documenti in possesso della BCE risultanti dall'assolvimento dei suoi compiti di vigilanza, conformemente al TFUE" - e, di conseguenza, conformemente innanzi tutto allo stesso art. 15 del Trattato; l'art. 22, par. 2, del regolamento in questione afferma in prima battuta, proprio in tema di "Garanzie procedurali per l'adozione di decisioni di vigilanza", che "Esse hanno diritto d'accesso al fascicolo della BCE"; che è necessario riflettere sulla concreta portata dell'ultimo periodo di tale articolo, secondo il quale "Il diritto di accesso al fascicolo non si estende alle informazioni riservate", trattandosi di proposizione che, se assunta *litteris* a fini interpretativi, può essere idonea a svuotare di contenuto la proposizione precedente, interna allo stesso paragrafo, secondo la quale (invece) le persone interessate hanno diritto d'accesso al fascicolo della BCE che le riguardano. Un plausibile coordinamento fra tali proposizioni, apparentemente antinomiche, che si giustifichi sul piano innanzi tutto logico, è quello per cui la riservatezza delle informazioni non può essere, di per se solo, motivo ostativo ad un accesso agli atti del fascicolo da parte della persona che vi sia interessata (accesso altrimenti mai possibile) e, dunque, che il bilanciamento fra accesso e conoscenza degli atti e, di contro, loro non ostensione per motivi di riservatezza è fattore da risolvere in concreto, di volta in volta, e giammai escluso in radice e da un punto di vista generale. Bilanciamento il cui concreto esercizio, in caso di contestazione, può essere sottoposto al vaglio di un giudice costituito per legge, terzo ed imparziale e che operi secondo equo processo. In quest'ottica, allora, è plausibile anche una lettura interpretativa non estremizzante della proposizione di cui all'art. 27, par. 1, del regolamento in questione (che, in tema di segreto professionale e scambio di informazioni, afferma che i membri del consiglio di vigilanza, il personale della BCE e il personale distaccato dagli Stati membri partecipanti con incarichi di vigilanza "sono vincolati, anche dopo la cessazione dalle funzioni, al segreto professionale"), secondo la quale il segreto professionale tollera attenuazioni ed eccezioni a fronte del legittimo esercizio, da parte di persona interessata, del diritto di accesso al proprio fascicolo e alle informazioni in esso racchiuse, specie quando le attenuazioni e eccezioni abbiano addirittura modo di essere bilanciate in concreto nel corso di un apposito equo processo.

Sulla base di queste affermazioni la Sezione ha rimesso alla Corte di giustizia le questioni: a) se il principio di trasparenza, enunciato dall'art. 15 della versione consolidata del Trattato sull'Unione Europea, nel suo obiettivo cogente generale, laddove inteso nel senso che (tale principio) possa essere regolato con le fonti regolamentari o equivalenti ivi previste al par. 3, i cui contenuti potrebbero essere manifestazione di una discrezionalità eccessivamente estesa e priva di base in una superiore fonte del diritto europeo circa la necessaria prefissazione di principi minimi non derogabili, non confligga con un simile intendimento limitativo nel settore della normativa europea in materia di funzioni di vigilanza sugli istituti creditizi, fino al punto da svuotare il medesimo principio di trasparenza anche in ipotesi ove l'interesse all'accesso risulti ancorato a interessi essenziali del richiedente manifestamente omogenei a quelli eccettuati, in senso favorevole, dalle ipotesi limitative del settore; b) se, in conseguenza di ciò, l'art. 22, par. 2, nonché l'art. 27, par. 1, del regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, non siano da interpretare come ipotesi non eccezionali di derogabilità della non

accessibilità dei documenti, quanto piuttosto come norme da interpretare nelle finalità più ampie dell'art. 15 della versione consolidata del Trattato sull'Unione Europea e, come tali, riconducibili ad un principio normativo generale del diritto dell'Unione, per cui l'accesso sia non restringibile, secondo un ragionevole e proporzionato bilanciamento delle esigenze del settore creditizio con gli interessi fondamentali del risparmiatore coinvolto in un caso di *burden sharing*, in dipendenza delle circostanze rilevanti acquisite da un'autorità di vigilanza che presenti caratteri organizzativi e competenze di settore analoghi a quelli della stessa Banca Centrale Europea; c) se pertanto, considerando l'art. 53 della direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE (Testo rilevante ai fini del SEE), e le norme dell'ordinamento nazionale in quanto conformi a tale disposizione, esso non sia da conciliare con il quadro delle restanti norme e principi del diritto europeo enunciate al punto a) nel senso che l'accesso possa essere consentito, in caso di istanza in tal senso proposta successivamente alla sottoposizione dell'istituto bancario alla procedura di liquidazione coatta amministrativa anche laddove l'istante non faccia richiesta d'accesso esclusivamente nell'ambito di procedimenti civili o commerciali effettivamente instaurati per la tutela di interessi patrimoniali rimasti pregiudicati a seguito della sottoposizione dell'istituto bancario alla procedura di liquidazione coatta amministrativa, bensì, anche nel caso che tale istante adisca, proprio al fine di verificare la concreta proponibilità di tali procedimenti civili o commerciali, in via preventiva rispetto ad essi, un'autorità giurisdizionale abilitata dallo Stato nazionale a tutelare il diritto di accesso e di trasparenza proprio in ragione della tutela piena del diritto di difesa e di azione, con specifico riguardo alla domanda di un risparmiatore che abbia già sopportato gli effetti del *burden sharing* in sede di una procedura di risoluzione dell'insolvenza dell'istituto creditizio presso cui aveva depositato i suoi risparmi.

6.3. Accesso agli atti della Consob.

Con sentenza 6 luglio 2016, n. 3003 la sez. VI ha riconosciuto il diritto del socio di una società finanziaria, interessata da un procedimento di fusione e/o incorporazione con altra società quotata in borsa, di accedere agli atti della Consob, e, in particolare, agli atti e documenti sulla base dei quali la Consob ha emesso due pareri, espressi in conseguenza della proposizione di un quesito relativo all'applicabilità dell'Opa obbligatoria alle fasi di integrazione, mediante fusione e/o incorporazione societaria.

Ha chiarito la Sezione che la disciplina, che regola l'accesso agli atti della Consob, analogamente a quanto avviene per le altre Autorità indipendenti di garanzia e di vigilanza, è dettata, in generale, dall'art. 23, l. 7 agosto 1990, n. 241, nonché dal regolamento adottato con delibera n. 9642 del 13 dicembre 1995, recante "disposizioni concernenti misure organizzative per l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi, in attuazione dell'art. 22, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241", il cui art. 2 prevede che il diritto di accesso ha ad oggetto tutti i documenti amministrativi relativi ad atti di competenza della Consob o comunque rientranti nella sua disponibilità, ad eccezione di quelli appartenenti alle categorie escluse dall'accesso ai sensi del relativo regolamento ex art. 24, comma 4, l. n. 241 del 1990, adottato con delibera n. 9641 del 13 dicembre 1995.

Infine, l'art. 4, comma 10, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (recante il Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), ha poi previsto che "tutte le notizie, le informazioni e i dati in possesso della Consob in ragione della sua attività di vigilanza sono coperti dal segreto d'ufficio anche nei confronti delle Pubbliche amministrazioni, ad eccezione del Ministro dell'economia e delle finanze. Sono fatti salvi i casi previsti dalla legge per le indagini relative a violazioni sanzionate penalmente". Per effetto di tale rigorosa disposizione gli atti riguardanti l'esercizio, da

parte della Consob, della sua funzione istituzionale di vigilanza sull'andamento del mercato azionario sono stati normativamente sottratti all'accesso, con la sola eccezione degli atti riguardanti violazioni sanzionate penalmente, che devono essere messi a disposizione della parte che deve esercitare il suo diritto di difesa in giudizio.

La Corte costituzionale, chiamata a verificare la legittimità dei limiti, ritenuti troppo rigorosi, dell'accesso e il loro eventuale contrasto con precetti costituzionali, ha dichiarato (con sentenza 3 novembre 2000, n. 460) non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 10, d.lgs. n. 58 del 1998, sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, 11, 21, 24, 97, comma 1, e 98, comma 1, Cost.. La stessa Corte, con sentenza 26 gennaio 2005, n. 32, ha poi dichiarato ancora non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 10, sollevata in riferimento agli artt. 3, 24, 76 e 97 Cost.. Il giudice delle leggi ha, in particolare, ritenuto che il bilanciamento effettuato dal legislatore tra il segreto d'ufficio e il diritto di accesso difensionale deve ritenersi legittimo dal punto di vista costituzionale. Nella sentenza n. 32 del 2005 la Corte costituzionale ha poi ritenuto, con riferimento al manifestato interesse a ottenere la disponibilità di documentazione raccolta dalla Consob nell'esercizio della sua attività di vigilanza, onde poterne far uso in un successivo giudizio civile concernente i medesimi fatti già valutati dalla autorità di vigilanza, che la caducazione del regime di segreto sui documenti acquisiti dalla Consob, in tal caso, andrebbe ad esclusivo vantaggio di una sola delle parti del giudizio civile, mentre i documenti acquisiti dal soggetto sottoposto a vigilanza resterebbero, per tutti, e in particolare per il suo contraddittore nel giudizio civile di danno, assoggettati a segreto, sicché una eventuale pronuncia di accoglimento finirebbe per introdurre, in un rapporto processuale conformato dal principio di parità, un trattamento irragionevolmente differenziato tra le parti.

In applicazione dei principi espressi dal giudice delle leggi la sez. VI, essendo l'istanza di accesso motivata con riferimento alla necessità di difendere le ragioni dell'accedente in un procedimento giurisdizionale concernente la spettanza o meno del diritto di recesso dalla suddetta società finanziaria, a seguito del prefato procedimento di fusione e/o incorporazione, ha giudicato illegittimo il diniego opposto dalla Consob non potendo i limiti all'accesso, stabiliti in tale materia, estendersi fino a legittimare l'esclusione dall'accesso anche degli atti che, inviati alla Consob da un soggetto privato, hanno poi determinato l'emanazione dei pareri espressi in conseguenza della proposizione di un quesito relativo all'applicabilità dell'Opa obbligatoria alle fasi di integrazione, attraverso fusione e/o incorporazione societaria.

6.4. Accesso agli atti da parte dei giornalisti ai fini dell'esercizio del diritto di cronaca e di quello all'informazione ex art. 21 Cost..

La sez. IV, con sentenza 12 agosto 2016, n. 3631, ha affrontato la questione relativa al diritto di accesso ai documenti detenuti da una Pubblica amministrazione da parte dei giornalisti ai fini dell'esercizio del diritto di cronaca e di quello all'informazione ex art. 21 Cost.; l'occasione è stata offerta dal ricorso proposto da un giornalista avverso il diniego opposto dal Ministero dell'economia sull'istanza volta ad ottenere gli atti relativi ai contratti finanziari in derivati tra lo Stato e taluni istituti di credito. Ha chiarito la Sezione che dottrina e giurisprudenza hanno svolto un'opera di ridefinizione della formula dell'art. 21 Cost., giungendo a configurare una libertà di cronaca ed una più ampia libertà d'informare. Ciò ha comportato, da tempo, il consolidamento dell'autonomia della libertà di informazione, in sé e rispetto alla libertà di opinione e di stampa, ma soprattutto la maturazione della differenza tra profilo attivo e profilo passivo della libertà stessa. In particolare, per quel che qui concerne, il primo profilo si sostanzia nella libertà d'informare (cioè di comunicare e diffondere idee e notizie); il secondo, che attiene ai destinatari dell'informazione, si

specifica nella libertà di essere informati, ma come mero risvolto passivo della libertà d'informare, oltre che nella libertà di accedere alle informazioni.

Ha aggiunto la Sezione che l'elaborazione più significativa, cui ha dato luogo l'interpretazione evolutiva dell'art. 21 Cost., si rinviene senz'altro sul profilo passivo della libertà d'informazione, con particolare riguardo sia all'interesse a ricevere le notizie in circolazione, e non coperte da segreto o da riservatezza, sia all'interesse a ricercare le notizie.

Sotto quest'ultimo profilo ha chiarito che, se è vera la relazione giuridica tra chi informa e chi viene informato, non solo non si può legittimamente predicare l'esistenza di un diritto soggettivo in capo ai destinatari, tale addirittura da condizionare la posizione di chi informa pure nei contenuti e nel risultato, ma non si ravvisa, nel corpo dello stesso art. 21 Cost., il fondamento di un generale diritto di accesso alle fonti notiziali, al di là del concreto regime normativo che, di volta in volta e nell'equilibrio dei molteplici e talvolta non conciliabili interessi in gioco, regolano tale accesso. In altre parole, occorre evitare ogni generalizzazione sul rapporto tra diritto d'accesso e libertà di informare. Il nesso di strumentalità tra le due figure, che pure esiste, si sostanzia non già reputando il diritto di accesso quale presupposto necessario della libertà d'informare, ma nel suo esatto opposto. È il riconoscimento giuridico di questa che, in base alla concreta regolazione del primo, diviene il presupposto di fatto affinché si realizzi la libertà d'informarsi. Ciò vuol dire che va condotta un'indagine circa la consistenza della situazione legittimante all'accesso e che la relativa valutazione va articolata a seconda della disciplina normativa di riferimento, che varia in significative parti, sia con riguardo ai caratteri della posizione legittimante (l'interesse "diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata" di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241), sia dei vari presidi che la legge pone verso l'accesso generalizzato (non collegato, cioè, ad un interesse qualificato e differenziato o comunque volto a un controllo diffuso sull'attività dei pubblici poteri).

In particolare, sul versante dei rapporti con i pubblici poteri, il legislatore non sconta limiti generali nel prevedere, in favore dei cittadini, una serie più o meno ampia di diritti ad essere informati, come avviene, per esempio, con le regole di pubblicità *ex art.* 29, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. L'attuale sistema, nel suo complesso, dà luogo a vari tipi d'accesso, con diverse finalità e metodi d'approccio alla conoscenza ed altrettanti livelli soggettivi di pretesa alla trasparenza dei pubblici poteri. Diversi sono i presupposti che connotano sia i casi di c.d. "accesso civico" *ex art.* 5, d.lgs. n. 33 del 2013 (anche nel testo previgente alla novella del 2016), che tuttavia presuppongono la sussistenza di un obbligo di pubblicazione, che l'accesso ai sensi del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, che svincola il diritto di accesso da una posizione legittimante differenziata (art. 5, d.lgs. n. 33 del 2013, nel testo novellato) e, al contempo, sottopone l'accesso ai limiti previsti dall'art. 5 *bis*. In tal caso, la Pubblica amministrazione intimata deve in concreto valutare, se i limiti, ivi enunciati, sono da ritenere in concreto sussistenti, nel rispetto dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza, a garanzia degli interessi ivi previsti e non potrà non tener conto, nella suddetta valutazione, anche le peculiarità della posizione legittimante del richiedente. Resta invece intatto il principio secondo cui l'accesso esercitato *ex l.* n. 241 del 1990 non è connotato da caratteri di absolutezza e continua a soggiacere, oltre che ai limiti di cui all'art. 24 della stessa legge, alla rigorosa disamina della posizione legittimante del richiedente, il quale deve dimostrare un proprio e personale interesse (non di terzi, non della collettività indifferenziata) a conoscere gli atti e i documenti richiesti. Come si è detto, il diritto di cronaca è presupposto fattuale del diritto ad esser informati, ma non è di per sé solo la posizione che legittima il giornalista all'accesso invocato ai sensi della l. n. 241.

La Sezione ha anche escluso che la conclusione, cui è pervenuta, si ponga in contrasto con la c.d. "società dell'informazione", cui a livello europeo tende la direttiva n. 2003/98/CE (considerando n. 2), poiché, al di là dell'enfasi così manifestata, tale fonte comunque non esclude, nei ben noti ed

ovvi limiti di ragionevolezza e proporzionalità, regimi nazionali che possano delimitare l'accesso anche con riferimento alla titolarità di una posizione legittimante.

7. Pubblica sicurezza.

7.1. Interdittiva antimafia.

■ Presupposti per l'interdittiva antimafia.

La sez. III, con la sentenza 3 maggio 2016, n. 1743, si è soffermata sui presupposti necessari per l'adozione dell'interdittiva antimafia.

Ha premesso che il fondamento logico della funzione provvedimentale in esame dev'essere rintracciato nell'esigenza di contrastare il fenomeno dell'inquinamento mafioso delle attività economiche per mezzo dell'estromissione dal perimetro della contrattazione pubblica delle imprese che, in esito alla formulazione di un giudizio probabilistico di permeabilità alla criminalità organizzata di stampo mafioso, abbiano irrimediabilmente perso quella "fiducia sulla serietà e sulla moralità dell'imprenditore" che costituisce l'indefettibile presupposto della capacità di accedere ai rapporti contrattuali con le Pubbliche amministrazioni.

In altri termini, la misura in questione serve a precludere ad imprese, che abbiano perso la fiducia delle Istituzioni sulla loro affidabilità e sulla loro trasparenza, di costituire o conservare rapporti negoziali con l'Amministrazione, al fine di contrastare, in una logica di prevenzione, ma anche di repressione, l'infiltrazione nell'ordine economico di organizzazione criminali di stampo mafioso. La ragione fondante del provvedimento in esame dev'essere, in definitiva, rinvenuta nella più efficace tutela dell'interesse pubblico alla limitazione del novero delle imprese ammesse alla contrattazione con le Pubbliche amministrazioni a quelle (sole) che meritano la (imprescindibile) fiducia sulla liceità dell'oggetto e dello scopo dell'attività imprenditoriale. Al fine di realizzare nella misura più soddisfacente il predetto interesse risulta, di conseguenza, sufficiente il mero pericolo della "perdita di fiducia" e, quindi, il solo sospetto che l'attività d'impresa sia permeabile a condizionamenti mafiosi, non risultando perciò necessaria, perché sia integrato il requisito relativo al (sopravvenuto) difetto della meritevolezza della fiducia, la dimostrazione dell'infiltrazione criminale nella gestione della società esposta al predetto rischio.

La Sezione ha individuato i principi ai quali si devono attenere le Prefetture in sede di emanazione delle informative antimafia, sia individuando gli elementi oggettivi rilevanti in materia sia evidenziando i criteri per la motivazione di tali misure.

L'informativa antimafia, secondo le previsioni degli artt. 84, comma 4, e 91, comma 6, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, è un istituto mediante il quale l'autorità prefettizia, fondandosi su tali elementi, esprime un motivato giudizio, in chiave preventiva, circa il pericolo di infiltrazione mafiosa all'interno dell'impresa, interdicensi l'inizio o la prosecuzione di qualsivoglia rapporto con l'Amministrazione o l'ottenimento di qualsiasi sussidio, beneficio economico o sovvenzione.

La valutazione circa il pericolo di infiltrazione mafiosa fa venir meno, infatti, quella imprescindibile fiducia che l'Amministrazione deve riporre nell'affidabilità dell'imprenditore, allorché entra in rapporto con essa, poiché questa affidabilità è data dalla capacità di questi, oggettivamente verificabile, di non cooperare né di prestarsi in alcun modo, con la sua attività economica, ai disegni della criminalità mafiosa.

La motivazione del provvedimento prefettizio, ispirato a finalità preventive, deve indicare gli elementi di fatto posti alla base di tale valutazione, desunti da provvedimenti giudiziari, atti di indagine, accertamenti svolti dalle Forze di Polizia in sede istruttoria, ed esplicitare le ragioni in base alle quali, secondo la logica del "più probabile che non", sia ragionevole dedurre da uno o più di tali elementi indiziari, gravi, precisi e, se plurimi, anche concordanti il rischio di infiltrazione mafiosa nell'impresa, pure solo eventualmente, *per relationem*, con richiamo ai provvedimenti

giudiziari o agli atti delle stesse Forze di Polizia, laddove già contengano con chiarezza il percorso logico di siffatta valutazione. Non si richiedono all'informativa antimafia formalismi linguistici né formule sacramentali, essendo idoneo a sorreggere la valutazione discrezionale del provvedimento prefettizio anche un apparato motivazionale asciutto, scarno, finanche poco elaborato, dal quale però si evincano le ragioni sostanziali che giustificano la valutazione di permeabilità mafiosa dell'impresa sulla base degli elementi raccolti.

La Sezione ha enucleato, a solo titolo esemplificativo, un'ampia casistica di tali elementi. Essi, non costituenti infatti un *numerus clausus*, non consistono solo nelle circostanze desumibili dalle sentenze di condanna per particolari delitti e dalle misure di prevenzione antimafia, ma anche da tutti gli altri provvedimenti giudiziari, qualunque sia il loro contenuto dispositivo, recanti motivazioni che lumeggino le situazioni di infiltrazione mafiosa; dai più molteplici e diversi rapporti di parentela, amicizia, colleganza, frequentazione, collaborazione, che per intensità e durata indichino un verosimile pericolo di condizionamento criminale; da vicende anomale nella formale struttura o nella concreta gestione dell'impresa, sintomatiche di cointeressenza o di condiscendenza dell'impresa e dei suoi soci, amministratori, gestori di fatto con il fenomeno mafioso nelle sue più varie forme.

■ **Interdittive antimafia a cascata.**

La sez. III ha approfondito (sentenza 22 giugno 2016, n. 2774) anche l'istituto dell'interdittiva antimafia a cascata.

Ha chiarito che a fronte della costituzione di una nuova società, tra un'impresa legittimamente colpita da un'interdittiva e un altro soggetto imprenditoriale, può ragionevolmente presumersi l'estensione del giudizio di pericolo di inquinamento mafioso sia alla nuova società, sia alla seconda impresa, divenuta socia di quest'ultima, insieme a quella inizialmente ritenuta esposta al rischio di permeabilità alle influenze criminali. Questa conclusione costituisce l'approdo dell'*iter* argomentativo utilizzato nella sentenza.

Uno degli indici del tentativo di infiltrazione mafiosa nell'attività d'impresa - di per sé sufficiente a giustificare l'emanazione di una interdittiva antimafia - è stato identificato nell'instaurazione di rapporti commerciali o associativi tra un'impresa e una società già ritenuta esposta al rischio di influenza criminale. La *ratio* di tale regola dev'essere, in particolare, rinvenuta nella valenza sintomatica (del rischio di collusioni illecite con organizzazioni mafiose) attribuibile a cointeressenze economiche particolarmente pregnanti tra un'impresa certamente gravata da controindicazioni antimafia e un'altra che fa affari con essa. Perché possa presumersi il 'contagio' alla seconda impresa della 'mafiosità' della prima è, ovviamente, necessario che la natura, la consistenza e i contenuti delle modalità di collaborazione tra le due imprese siano idonei a rivelare il carattere illecito dei legami stretti tra i due operatori economici. Là dove, in particolare, l'analisi dei rapporti tra le due imprese manifesti una plausibile condivisione di finalità illecite e una verosimile convergenza verso l'assoggettamento agli interessi criminali di organizzazioni mafiose - desumibili, ad esempio, dalla stabilità, dalla persistenza e dalla intensità dei vincoli associativi o delle relazioni commerciali - può presumersi l'esistenza di un sodalizio criminoso tra i due operatori.

Là dove, viceversa, l'esame dei contatti tra le società riveli il carattere del tutto episodico, inconsistente o remoto delle relazioni d'impresa, deve escludersi l'automatico trasferimento delle controindicazioni antimafia dalla prima alla seconda società. Mentre, infatti, nella prima ipotesi la continuità e la particolare qualificazione della collaborazione tra le imprese giustifica il convincimento, seppur in termini prognostici e probabilistici, che l'impresa 'mafiosa' trasmetta alla seconda il suo corredo di controindicazioni antimafia, potendosi presumere che la prima scelga

come partner un soggetto già colluso o, comunque, permeabile agli interessi criminali a cui essa resta assoggettata (o che, addirittura, interpreta e persegue), nel secondo caso, al contrario, il carattere del tutto sporadico e scarsamente significativo dei contatti tra i due operatori impedisce di formulare la predetta valutazione (in presenza di ulteriori e diversi indici sintomatici). Il più immediato corollario delle considerazioni che precedono è che la costituzione di un nuovo e stabile soggetto giuridico tra le due imprese permette di estendere le controindicazioni antimafia anche alle imprese partecipate o socie di quella già verificata come 'mafiosa', mentre non altrettanto può essere affermato - quando non vi siano elementi tali da evidenziare la consapevolezza della realtà 'mafiosa' - per la mera ed episodica associazione temporanea tra le due imprese o per la sussistenza tra di esse di 'inconsapevoli' relazioni commerciali (che risultano, da sole, inidonee, in difetto di ulteriori elementi di riscontro, a legittimare l'adozione di un'interdittiva nei confronti della società con cui quella controindicata ha concluso singole transazioni od episodiche operazioni economiche).

La regola appena affermata si rivela, peraltro, quella più coerente con la *ratio* dell'istituto in esame, per come sopra identificata, non potendo certo considerarsi meritevole di quella fiducia delle Istituzioni, che costituisce un presupposto ontologico indefettibile dell'accesso alla contrattazione pubblica, una società partecipata da un'impresa esposta al pericolo di infiltrazioni mafiose, socia di quest'ultima o, comunque, consapevole della sua realtà mafiosa.

In coerenza con il parametro valutativo appena tracciato deve, infatti, riconoscersi che la costituzione di una società tra un'impresa già destinataria di una interdittiva antimafia e un'altra sola impresa (che detiene una quota significativa della nuova società) integra senz'altro gli estremi di quella situazione che consente - anzi, impone - di reputare automaticamente estesa a quest'ultima la valutazione sulla permeabilità mafiosa già posta a fondamento dell'informativa ostativa nei riguardi della prima. La costituzione di un vincolo stabile e qualificato, come quello ravvisabile tra i due soci di una società, fonda, in particolare, la presunzione che la seconda impresa (quella, cioè, non già attinta da un'interdittiva), sia stata scelta per la condivisione degli interessi inquinati e illeciti già ravvisati nella gestione della prima.

Appare, segnatamente, del tutto plausibile inferire dalla scelta del *partner* per la costituzione di una nuova società la presupposta (e logica) comunanza di interessi illeciti tra le due imprese. Mentre risulta, invero, del tutto improbabile che un'impresa - già attinta da sospetti di permeabilità mafiosa - selezioni, come socio, un'impresa del tutto estranea al circuito criminoso nel quale essa orbita o che, in ogni caso, accetti la proposta di collaborazione di un operatore del tutto impermeabile ad interessi contigui alla criminalità organizzata - appare, al contrario, del tutto verosimile che l'intesa di sinergie imprenditoriali ascrivibile a un'impresa certamente 'mafiosa' obbedisca al medesimo disegno illecito di asservimento agli interessi delle organizzazioni criminali. Risulta, in altri termini, estremamente probabile che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, il legame societario trasmodi, nella fattispecie considerata, in sodalizio criminale o che, addirittura, quest'ultimo costituisca la causa della costituzione del vincolo associativo. L'elevata verosimiglianza che la nuova società sia costituita al fine di perseguire più efficacemente gli scopi illeciti delle organizzazioni criminali con cui una delle due imprese risulta collusa e l'estrema improbabilità che l'operazione societaria resti immune da condizionamenti mafiosi e impermeabile a qualsivoglia tentativo di condizionamento consentono, in definitiva, di utilizzare la relativa presunzione quale fondamento di un'interdittiva che colpisca sia la nuova società, in via autonoma, sia il nuovo socio. Queste ultime tipologie di interdittive restano, in definitiva, giustificate dal mero rilievo della partecipazione alla nuova società di un'impresa già gravata da un'informativa ostativa e non necessitano dell'allegazione di ulteriori e diversi indici sintomatici.

La pregnanza del predetto indice consente, infatti, l'adozione dell'interdittiva solo sulla base di esso, come deve intendersi consentito quando l'unico indizio ravvisato risulti univocamente significativo del pericolo di infiltrazione mafiosa.

Resta comunque ferma la possibilità per la seconda impresa di smentire tale presunzione e di superarne, quindi, la relativa valenza probatoria.

■ Termine di efficacia delle misure interdittive antimafia.

La sentenza della sez. III 5 ottobre 2016, n. 4121 si è occupata del termine di efficacia delle misure interdittive antimafia.

La questione ruota in ordine all'interpretazione dell'art. 86, comma 2, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, per il quale "l'informazione antimafia, acquisita dai soggetti di cui all'art. 83, commi 1 e 2, con le modalità di cui all'art. 92, ha una validità di dodici mesi dalla data dell'acquisizione, salvo che non ricorrano le modificazioni di cui al comma 3". Va premesso che l'art. 86, comma 2, benché si riferisca alla "validità" dell'informativa, regola propriamente l'efficacia dell'informazione antimafia. Sull'interpretazione della norma si sono formati due orientamenti giurisprudenziali. Per un primo orientamento, minoritario, il decorso del termine annuale determinerebbe l'"invalidità" (vale a dire l'inefficacia) *ipso iure* dell'informativa negativa e di quelle, successive, che su di essa esclusivamente si fondino; per un altro orientamento, largamente condiviso, il decorso del medesimo termine non priverebbe, comunque, di efficacia il provvedimento già emesso e di rilevanza sintomatica gli elementi posti a base dell'informativa negativa, consentendo l'emanazione di un atto di esso ricognitivo ovvero di un successivo provvedimento interdittivo che li recepisca.

La Sezione ha ritenuto decisiva la portata letterale dell'art. 86, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, che si inserisce in un quadro sistematico organico e coerente. Infatti, quale disposizione che regola una "fattispecie procedimentalmente complessa, l'art. 86, comma 2, non riguarda di per sé l'efficacia temporale della misura interdittiva che constata il pericolo della infiltrazione e, dunque, neppure riguarda l'ambito dei doveri della Prefettura dopo il decorso dell'anno dalla sua emanazione; del tutto diversamente l'art. 86, comma 2, disciplina, invece, l'ambito dei doveri delle Pubbliche amministrazioni e degli Enti di cui all'art. 83 che – in base al comma 2, quando sia comunque decorso un anno dalla acquisizione dell'informativa – devono nuovamente acquisire la documentazione antimafia, prima di emanare uno degli atti elencati dai commi 1 e 2 dell'art. 67 (come richiamati dal medesimo art. 83, comma 1) e, quindi, richiedere al Prefetto una nuova informativa che, come si dirà, è pienamente legittima, anche se richiami i soli elementi di quella precedentemente emessa, confermando il pericolo di infiltrazione mafiosa laddove non sopravvengano elementi nuovi. Va infatti rimarcato, sotto il profilo letterale, che l'art. 86, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011 ha riferito la rilevanza del termine di dodici mesi non alla data di "emanazione" della interdittiva, che rileva il pericolo della infiltrazione (e, cioè, ad un'unica data, di cui dovrebbero tenere conto i soggetti indicati nell'art. 83, commi 1 e 2) ma alla data di "acquisizione" della interdittiva, da parte dei medesimi soggetti, data che ben può variare e comunque non può essere unica in presenza di diverse Amministrazioni che la richiedano, e ricevano, non contestualmente (si pensi, ad esempio, a diverse gare, svolte e concluse in diversi periodi, o all'erogazione di contributi a sostegno di numerose aziende agricole).

Ha aggiunto la Sezione che, per altro verso, a seguito dell'emanazione della misura interdittiva i conseguenti atti applicativi possono essere emanati dalle singole Amministrazioni, specialmente in procedure particolarmente complesse, anche a distanza di molto tempo dall'acquisizione della informazione antimafia, sicché pure sotto tale profilo appare chiara e, invero, ragionevole la previsione secondo cui la stessa efficacia nel tempo dell'informativa ricevuta dalla singola

Amministrazione richiedente dipende, in riferimento ad essa e solo in riferimento ad essa, dalla data in cui essa l'ha acquisita.

In altri termini, come chiarito nella sentenza n. 4121 del 2016, sotto il profilo letterale l'art. 86, comma 2: a) non si riferisce ai doveri della Prefettura ed alla durata delle sue misure ad effetto interdittivo che, dunque, hanno efficacia tendenzialmente indeterminata nel tempo, salvo quanto si dirà appresso circa gli elementi sopravvenuti; b) impone, invece, ai medesimi soggetti di applicare l'art. 83, cioè di acquisire la documentazione antimafia, anche dopo il decorso dell'anno dalla sua emanazione; c) va inteso nel senso che il termine di dodici mesi, ivi previsto, per ciascuno dei soggetti destinatari comincia a decorrere dalla formale "acquisizione", *singulatim*, dell'informazione antimafia, con la conseguenza giuridica che – decorsi dodici mesi da essa – gli stessi soggetti devono nuovamente attivarsi ai sensi dell'art. 83; d) il Prefetto, laddove richiesto dai soggetti di cui all'art. 83 di rilasciare una nuova informazione antimafia trascorso l'anno, potrà (e dovrà) legittimamente limitarsi ad emetterla richiamando quella precedentemente, recependone i contenuti, laddove non sopraggiungano elementi nuovi capaci di modificare o superare, nell'attualità, i fatti posti a base della precedente. Proprio riconnettendosi a quest'ultima considerazione la Sezione ha richiamato la consolidata giurisprudenza dello stesso giudice di appello che – sia pure sulla base di una diversa *ratio decidendi* – ha già evidenziato che con il decorso dell'anno non perde efficacia la misura interdittiva, che rileva il pericolo di condizionamento mafioso. La limitazione temporale di efficacia dell'interdittiva antimafia, prevista dall'art. 86, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, deve intendersi riferita ai casi nei quali sia attestata "l'assenza di pericolo di infiltrazione mafiosa, e non già ai riscontri indicativi del pericolo, i quali ultimi conservano la loro valenza anche oltre il termine indicato nella norma". La sopravvenienza di fatti favorevoli all'imprenditore impone all'Amministrazione di verificare nuovamente se persistano ragioni di sicurezza e di ordine pubblico tali da prevalere sull'iniziativa e sulla libertà di impresa del soggetto inciso. L'attualità degli elementi indiziati, da cui trarre la sussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa, permane tuttavia inalterata fino al sopraggiungere di fatti nuovi ed ulteriori rispetto ad una precedente valutazione di presenza di tentativi siffatti, che evidenzino il venir meno della situazione di pericolo. Il superamento del rischio di inquinamento mafioso è da ricondursi non tanto al trascorrere del tempo dall'ultima verifica effettuata senza che sia emersa alcuna evenienza negativa, bensì al sopraggiungere di fatti positivi che, persuasivamente e fattivamente, introducano elementi di inattendibilità della situazione rilevata in precedenza.

7.2. Porto d'armi.

■ Rilascio di porto d'armi a seguito di riabilitazione.

La sez. III, con sentenza 18 maggio 2016, n. 2019, ha affrontato la tematica relativa al rilascio di porto d'armi a soggetto condannato penalmente e poi riabilitato.

Ha chiarito la Sezione che, dal combinato disposto degli artt. 11 e 43, t.u. 18 giugno 1931, n. 773 emerge che il legislatore ha individuato i casi in cui l'Autorità amministrativa è titolare di poteri strettamente vincolati (ai sensi dell'art. 11, commi 1 e 3, prima parte, e dell'art. 43, comma 1, che impongono il divieto di rilascio di autorizzazioni di polizia ovvero il loro ritiro) e quelli in cui, invece, è titolare di poteri discrezionali (ai sensi dell'art. 11, commi 1 e 3, seconda parte, e dell'art. 39 e 43, comma 2). In relazione all'esercizio dei relativi poteri discrezionali, l'art. 43 consente alla competente autorità - in sede di rilascio o di ritiro dei titoli abilitativi - di valutare non solo tale capacità di abuso, ma anche - in alternativa - l'assenza di una buona condotta, per la commissione di fatti, pure se estranei alla gestione delle armi, munizioni e materie esplodenti, ma che comunque non rendano meritevoli di ottenere o di mantenere la licenza di polizia.

Ha ricordato ancora la Sezione che non ci sono dubbi sul ‘carattere ostativo’ di una condanna per uno dei reati previsti dall’art. 43 comma 1, se il condannato non ha conseguito la riabilitazione: in tal caso, il Ministro dell’interno deve respingere le istanze di licenze per porto d’armi e disporre il ritiro di tali licenze, se già rilasciate.

Effettivamente, vi sono stati due orientamenti giurisprudenziali sulla questione di diritto se l’art. 43, comma 1, t.u. precluda il rilascio di licenze di porto d’armi (e imponga la revoca di quelle già rilasciate), nei confronti di chi sia stato condannato per uno dei reati indicati dal medesimo comma 1, anche nel caso in cui egli abbia ottenuto la riabilitazione, prevista dall’art. 178 cod. pen.. Non vi è dunque una giurisprudenza univoca sulla conseguente questione se il potere esercitabile ai sensi dell’art. 43, comma 1, avente senz’altro natura vincolata in assenza della riabilitazione, diventi discrezionale (con il conseguente potere-dovere di una motivata determinazione sulla complessiva situazione dell’interessato), se vi sia stata la riabilitazione.

Gli orientamenti contrapposti hanno seguito impostazioni differenti circa il rapporto intercorrente tra l’art. 11 comma 1, n. 1), e l’art. 43, comma 1.

Secondo il primo orientamento: a) l’art. 11 - anche per la parte che si riferisce alla rilevanza della riabilitazione - sarebbe applicabile a tutte le autorizzazioni di polizia (incluse le licenze sulle armi e sulle munizioni), sicché vi sarebbe un principio generale per cui l’Amministrazione dovrebbe considerare anche le vicende concernenti le condanne riportate in sede penale; b) anche se l’istituto della riabilitazione è stato richiamato dal solo art. 11, comma 1, lett. a), l’*incipit* dell’art. 43, comma 1, (“oltre a quanto è stabilito dall’art. 11”) andrebbe inteso non solo nel senso che il comma 1 intende aggiungere ulteriori casi di preclusioni al rilascio di licenze di polizia, oltre a quelli di carattere generale previsti dall’art. 11, ma anche nel senso che il comma 1 dell’art. 43 formerebbe con l’art. 11 un ‘omogeneo e compatto *corpus* normativo’ e richiamerebbe anche la rilevanza della conseguita riabilitazione, da parte del condannato; c) avrebbe comunque rilievo la data nella quale è stato commesso il reato per il quale è stata disposta la condanna, sicché si dovrebbe preferire una interpretazione che rilevi il potere discrezionale dell’Amministrazione di valutare il caso concreto, quando vi sia stata la riabilitazione (che per definizione riguarda fatti commessi in epoca più o meno risalente); d) si dovrebbe tener conto del fatto che la riabilitazione si basa su un giudizio sulla pericolosità sociale di chi ha commesso il reato.

Ad avviso del secondo orientamento: a) per quanto riguarda l’applicazione degli artt. 11 e 43 del testo unico, l’istituto della riabilitazione avrebbe rilevanza unicamente nei casi ivi espressamente previsti, e, dunque, soltanto nei casi individuati dall’art. 11, comma 1, lett. a); b) nei casi previsti dall’art. 43, comma 1, l’Amministrazione non sarebbe titolare di poteri discrezionali, “perché il legislatore ha preventivamente escluso ogni ulteriore valutazione, ritenendo che coloro che sono stati dichiarati colpevoli di quei reati di particolare allarme sociale non diano sufficienti garanzie sulla circostanza del non abuso di armi di cui venissero eventualmente in possesso”; c) la relativa condanna sarebbe stata dunque considerata dal legislatore come un “fatto storico immutabile”.

La Sezione ha aderito all’orientamento per il quale la licenza di porto d’armi non può essere rilasciata (e quella già rilasciata va ritirata) nel caso di condanna per un ‘reato ostativo’ previsto dall’art. 43, comma 1, pur quando l’interessato abbia ottenuto la riabilitazione, disciplinata dall’art. 178 cod. pen.. Ha poi rimarcato come sia nettamente diverso l’ambito di applicazione degli artt. 11 e 43 del testo unico del 1931: tale diversità giustifica pienamente la scelta del legislatore di attribuire rilevanza alla riabilitazione solo quando si applicano le regole generali sulle “autorizzazioni di polizia” (di cui all’art. 11) e per i casi ivi previsti dal comma 1, lett. a, e non anche quando si applicano le regole speciali sulla “licenza di portare armi”. L’art. 11 - nel riferirsi a tutte le “autorizzazioni di polizia” - ha posto regole di carattere generale per il rilascio (ed il mantenimento) dei relativi titoli abilitativi. Queste regole di carattere generale hanno riguardato, tra

l'altro, lo svolgimento delle attività lavorative di cui al titolo III, tra le quali i pubblici intrattenimenti, lo svolgimento di spettacoli e di mestieri, l'apertura di esercizi pubblici.

Il legislatore del 1931 - nel prevedere all'art. 11, comma 1, lett. a), il divieto di rilasciare tali autorizzazioni nel caso di "una condanna a pena restrittiva della libertà personale superiore a tre anni per delitto non colposo" - già aveva attribuito rilevanza alla riabilitazione: chi abbia riportato tale condanna, a seguito della riabilitazione, può riprendere a svolgere l'attività lavorativa, inibitagli fino ad allora. Diverso è l'ambito di applicazione dell'art. 43 del testo unico, il quale è riferito ad uno specifico settore (quello riguardante "la licenza di porto d'armi"), nel quale non è in discussione la possibilità di svolgere o meno una attività lavorativa, ma sono coinvolti particolari valori concernenti la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica.

Come ha rilevato la Corte costituzionale (sentenza 16 dicembre 1993, n. 440), il potere di rilasciare le licenze per porto d'armi "costituisce una deroga al divieto sancito dall'art. 699 cod. pen. e dall'art. 4, comma 1, l. n. 110 del 1975": "il porto d'armi non costituisce un diritto assoluto, rappresentando, invece, eccezione al normale divieto di portare le armi e può divenire operante soltanto nei confronti di persone riguardo alle quali esista la perfetta e completa sicurezza circa il 'buon uso' delle armi stesse".

Ha ancora chiarito la Sezione che, in un'ottica di bilanciamento dei valori in conflitto, l'art. 11, comma 1, ha consentito che la riabilitazione faccia venire meno gli effetti preclusivi derivanti dalle condanne ivi previste, attribuendo all'Autorità amministrativa il potere discrezionale di valutare la concreta personalità dell'interessato.

Al fine di attuare la parità di trattamento degli interessati (e poiché sarebbe stato palesemente irrazionale non estendere al peculiare settore delle armi le 'regole minime' sul rilascio di titoli abilitativi), il medesimo art. 11, comma 1, ha attribuito alla riabilitazione il medesimo rilievo non solo quando si tratti di titoli concernenti lo svolgimento di attività lavorative (purché essi siano ancora richiesti, in considerazione della evoluzione della disciplina sul piano sostanziale), ma in ogni caso, anche quando l'autorizzazione di polizia sia specificamente una "licenza di portare armi", purché però non si tratti di 'reati ostativi', specificamente considerati tali dall'art. 43 ai fini del rilascio (e del mantenimento) della medesima "licenza".

L'attuale sistema penale, nel consentire al giudice penale di non disporre la condanna anche per un reato di per sé 'ostativo' al rilascio del titolo di porto d'armi, ha notevolmente inciso sull'ambito effettivo di applicazione dell'art. 43, comma 1, t.u. 1931. Si può ravvisare un quadro normativo che - nel valorizzare nel sistema penale i principi di proporzionalità e di offensività - ha inciso anche sull'ambito dei poteri dell'Autorità amministrativa, con la conseguente attribuzione di poteri discrezionali, in presenza di reati considerati 'ostativi' dal medesimo art. 43, comma 1, ma che non conducano alla condanna, malgrado l'accertamento della relativa responsabilità.

Da ricordare anche le disposizioni (artt. 67 e 70) del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159), che hanno specificamente previsto quali siano gli "effetti delle misure di prevenzione" rispetto al rilascio ed al mantenimento delle licenze di porto d'armi, nonché quali siano gli effetti della riabilitazione. Da tali disposizioni - che prevalgono rispetto a quelle dal contenuto opposto di cui all'art. 11, comma 1, lett. b), t.u. n. 773 del 1931 - si evince che il legislatore: ha inteso introdurre una specifica normativa in materia di armi, per il caso in cui il sottoposto ad una misura di prevenzione ottenga la riabilitazione, in ragione della durata buona condotta, manifestata per il periodo determinato dalla legge; ha disposto che la riabilitazione di cui all'art. 70, comma 1, comporta "la cessazione dei divieti previsti dall'art. 67" e, dunque, la possibilità di ottenere nuovamente la licenza di portare armi (salve le conseguenti valutazioni discrezionali); ha disciplinato la riabilitazione con riferimento alle misure di prevenzione personali, ammettendo la cessazione dei medesimi divieti, sulla base di una visione complessiva, per la quale

la riabilitazione non rileva quando la buona condotta ha fatto seguito a ‘reati ostativi’ (che abbiano comportato la condanna prevista dall’art. 43, comma 1), mentre al contrario rileva quando la buona condotta ha fatto seguito all’applicazione di una misura di prevenzione personale.

Da tutta la ricostruzione normativa effettuata la Sezione ha fatto conseguire che l’art. 43, comma 1, t.u. n. 773 del 1931 preclude il rilascio di licenze di porto d’armi nei confronti di chi sia stato condannato per uno dei reati indicati dal medesimo comma 1 (in particolare alla reclusione per delitti non colposi contro le persone commessi con violenza, ovvero per furto, rapina, estorsione, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione, ovvero a una pena restrittiva della libertà personale per violenza o resistenza all’autorità o per delitti contro la personalità dello Stato o contro l’ordine pubblico), anche nel caso in cui egli abbia ottenuto la riabilitazione, prevista dall’art. 178 cod. pen.. L’autorità amministrativa non deve disporre senz’altro la revoca (prevista dal comma 1 dell’art. 43, t.u. del 1931) della già rilasciata licenza, ma può valutare le relative circostanze ai fini dell’esercizio del potere discrezionale (previsto dal comma 2 dell’art. 43), qualora il giudice penale abbia disposto la condanna al pagamento della pena pecuniaria – in luogo della reclusione - ai sensi degli artt. 53 e 57, l. n. 689 del 1981, ovvero abbia escluso la punibilità “per tenuità del fatto” ai sensi dell’art. 131 *bis* cod. pen., nel caso di commissione di un reato di per sé ‘ostativo’ al rilascio o al mantenimento di licenze di portare le armi.

■ Licenza di porto di pistola per le guardie giurate.

Sulla configurabilità di un diritto della guardia giurata di andare armata senza dover denunciare l’arma, ai sensi degli artt. 38, r.d. 18 giugno 1931, n. 773, si è pronunciata la sez. III, con sentenza n. 4368 del 19 ottobre 2016.

Ha chiarito la Sezione che il comma 2 del citato art. 38 elenca infatti le categorie esentate dal relativo obbligo introdotto dal precedente comma 1 [a) i corpi armati, le società di tiro a segno e le altre istituzioni autorizzate, per gli oggetti detenuti nei luoghi espressamente destinati allo scopo; b) i possessori di raccolte autorizzate di armi artistiche, rare o antiche; c) le persone che per la loro qualità permanente hanno diritto ad andare armate, limitatamente però al numero ed alla specie delle armi loro consentite] e tra questi non risultano annoverate le guardie giurate. E’ infatti da escludere che le guardie giurate possano farsi rientrare nella lett. c) del comma 2, e la conferma è nel regolamento al succitato t.u., approvato con r.d. 6 maggio 1940, n. 635, che all’art. 73 elenca i soggetti (Capo di Polizia, Prefetti e vice Prefetti, ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza, ecc.) cui è consentito di “portare senza licenza le armi”: solo una espressa disposizione normativa può integrare tale elenco tassativo (ciò che è avvenuto per i magistrati ordinari con l’art. 77, l. 21 febbraio 1990, n. 36, e per quelli amministrativi e contabili con l’art. 21, l. 11 luglio 2000, n. 205). Non sono quindi obbligati a presentare la denuncia unicamente le categorie cui la legge consente di andare armati, in considerazione delle funzioni svolte o per difesa personale. Le guardie giurate non solo non sono incluse tra i soggetti esentati dall’art. 73 del regolamento al t.u. di pubblica sicurezza, ma devono, ai sensi del comma 2 dell’art. 138 del t.u. di pubblica sicurezza, munirsi del porto d’armi.

■ Porto d’armi agli addetti al servizio di polizia municipale.

La sez. III, con la sentenza 19 febbraio 2016 n. 690, ha affermato il principio secondo cui gli agenti della polizia municipale, ai quali è stata riconosciuta la qualifica di agente di pubblica sicurezza, possono portare armi senza licenza.

Ha premesso che in merito ai provvedimenti relativi alla detenzione ed al porto di armi nel nostro ordinamento vige la regola generale rappresentata dal divieto, sancito dagli artt. 699 c.p. e 4, comma 1, l. 18 aprile 1975, n. 110, essendo vista con sfavore l’utilizzazione delle armi da parte di privati cittadini. Il titolo abilitativo al porto d’armi non costituisce infatti una mera autorizzazione di

polizia che rimuove il limite ad una situazione giuridica soggettiva che già fa parte della sfera del privato, ma assume contenuto permissivo, costituendo l'assenso alla disponibilità dell'arma regime derogatorio alla regola ordinaria di generale divieto. Tale divieto è suscettibile di rimozione, in presenza di specifiche ragioni ed in assenza di rischi anche solo potenziali, a seguito di autorizzazione di polizia, o, per meglio dire, di un provvedimento concessorio. È dunque evidente che il porto d'armi presuppone il previo rilascio di un provvedimento di polizia che accerti il possesso di requisiti in capo al destinatario, in quanto il titolare dell'autorizzazione a detenere armi deve essere persona assolutamente esente da mende o da indizi negativi e assicurare la sua personale affidabilità circa il buon uso, escludendo che vi possa essere pericolo di abusi.

Ha aggiunto la Sezione che l'art. 5, comma 5, l. 7 marzo 1986, n. 65 dispone espressamente che “gli addetti al servizio di polizia municipale, ai quali è conferita la qualità di agente di pubblica sicurezza, possono ... portare senza licenza armi”: è evidente, ad avviso della stessa Sezione, che detta norma – inserita all'interno di un sistema normativo fondato sul principio del divieto, che consente il porto di armi solo in seguito al rilascio di un provvedimento permissivo – deve essere intesa nel senso che gli agenti della polizia municipale, ai quali è stata riconosciuta la qualità di agente di pubblica sicurezza, possono portare armi senza licenza in quanto detta autorizzazione (o concessione, secondo altra tesi) consegue all'attribuzione della stessa qualifica di agente di pubblica sicurezza. Non occorre quindi un provvedimento formale che autorizzi il porto di armi, perché la valutazione sull'idoneità del soggetto è stata già svolta, al momento del rilascio della qualifica. La valutazione sull'attribuzione all'interessato della qualifica di agente di pubblica sicurezza ha un valore sicuramente assorbente rispetto a quella relativa alla possibilità per lui di detenere armi, tanto che in forza della più volte citata norma, le armi possono essere portate anche senza licenza, con una valutazione che resta di esclusiva spettanza del Consiglio comunale.

8. Sanità.

8.1. Procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

Con sentenza 20 luglio 2016, n. 3297 la sez. III ha dichiarato illegittime le delibere con le quali la Giunta della regione Lombardia aveva posto a totale carico degli assistiti il costo delle prestazioni relative alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo di cui alla l. 19 febbraio 2004, n. 40, diversamente da quanto previsto per quelle di tipo omologo, per le quali gli utenti sono tenuti al versamento del solo *ticket*, restando in capo alla Regione il costo dell'intervento. A seguito della sentenza della Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162 (che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 comma 3, l. n. 40 del 2004 nella parte in cui aveva vietato, “per la coppia di cui all'art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili”), infatti, la Regione aveva: a) autorizzato le attività di “procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo” presso i “Centri P.M.A.” presenti sul territorio regionale, che già erano stati autorizzati in precedenza ad effettuare le attività di procreazione medicalmente assistita di tipo omologo, in base alle originarie previsioni della l. n. 40 del 2004; b) sospeso le procedure per il rilascio di ulteriori autorizzazioni e accreditamenti a Centri, che intendano svolgere le attività di procreazione medicalmente assistita; c) mantenuto ferme le preesistenti determinazioni, che avevano posto a carico della Regione i costi per la fecondazione di tipo omologo, salvo il pagamento di un *ticket* da parte degli assistiti; d) disposto che i costi per la fecondazione di tipo eterologo gravino interamente sugli assistiti, finché le tecniche di P.M.A. di tipo eterologo non siano inserite nei ‘livelli essenziali di assistenza’ (L.E.A.). Ha chiarito la Sezione che, nel quadro successivo alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, contraddistinto da marcate differenze territoriali, tra Regione e Regione, nell'accesso

alle prestazioni sanitarie, la Regione Lombardia ha stabilito di non sovvenzionare le prestazioni di P.M.A. di tipo eterologo, a differenza delle prestazioni di P.M.A. di tipo omologo, salvo il pagamento di un *ticket* da parte dell'assistito.

Preliminarmente la Sezione ha ricordato che il potere esercitato con il provvedimento impugnato spetta all'Amministrazione sanitaria, poiché è evidente che, fuori dai vincoli relativi ai livelli essenziali di assistenza e da oggettivi criteri di economicità e di appropriatezza, le scelte organizzative, in questa materia, rientrano nella sfera di massima discrezionalità politico-amministrativa, demandata dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 all'Amministrazione regionale. Compete all'Amministrazione sanitaria, quindi, il compito di fissare le condizioni e i limiti e, più in generale, la cornice delle linee organizzative e delle modalità procedurali entro la quale si attua il concreto esercizio del diritto alla salute e l'effettiva erogazione delle prestazioni sanitarie. Il giudice amministrativo deve limitarsi a valutare se sussistano, in questo apprezzamento, profili di evidente illogicità, di contraddittorietà, di ingiustizia manifesta, di arbitrarietà o di irragionevolezza nella scelta amministrativa.

La Sezione ha aggiunto che l'Amministrazione, pur dovendo considerare la ben nota scarsità dei mezzi e la limitatezza delle risorse di cui dispone, non può ignorare una domanda di prestazione sanitaria che si faccia portatrice di interessi sostanziali parimenti bisognosi di risposta, poiché verrebbe meno, altrimenti, al fondamentale compito che le compete in uno Stato sociale di diritto, quello di garantire i livelli essenziali di assistenza o, comunque, l'effettività di un diritto complesso – e così essenzialmente interrelato all'organizzazione sanitaria – come quello alla salute nel suo nucleo irriducibile, pur in un quadro di risorse finanziarie limitate. La stessa Corte costituzionale (27 luglio 2011, n. 248) ha ribadito, ormai da tempo, la configurazione del diritto alle prestazioni sanitarie come “finanziariamente condizionato”, giacché “l'esigenza di assicurare l'universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario”. In quest'ottica la definizione dei livelli essenziali di assistenza in materia sanitaria (e delle prestazioni sanitarie che vanno erogate su tutto il territorio nazionale), con apposito d.P.C.M., è finalizzata, dunque, non solo ad offrire, in positivo, un catalogo delle prestazioni che lo Stato è tenuto a garantire per assicurare l'effettività del diritto alla salute, ma va considerata anche come il limite che le singole Regioni non possono superare senza creare uno squilibrio delle proprie risorse finanziarie. Cionondimeno, le Regioni non sottoposte al piano di rientro per il dissesto finanziario causato dalla spesa sanitaria ben possono consentire l'erogazione di prestazioni sanitarie aggiuntive rispetto al “catalogo” dei L.E.A., assumendosene l'onere economico, laddove ciò sia finalizzato a garantire il “nucleo irriducibile” del diritto alla salute.

Tutto ciò chiarito la Sezione afferma che non è dato individuare nella determinazione regionale, pur nella sua ampia discrezionalità, le ragioni di questa distinzione tra le prestazioni di P.M.A. di tipo omologo, finanziate dalla Regione, e quelle di tipo eterologo, poste invece ad integrale carico degli assistiti. Le scelte dell'Amministrazione, soprattutto se comprimono o riducono la sfera delle situazioni riconducibili al novero dei diritti fondamentali, devono fondarsi su un criterio discrezionale razionale, espresso nel provvedimento e sindacabile dal giudice amministrativo. Se è vero che l'esercizio della discrezionalità amministrativa, ad ogni livello decisorio, ha anche un indubbio margine di “politicità”, poiché seleziona taluni interessi rispetto ad altri, nell'esercizio del potere, a fronte di mezzi e risorse scarsi, è pur vero che questo esercizio, che implica necessariamente una scelta anzitutto per ragioni di ordine finanziario, non può penalizzare in modo indiscriminato altri interessi, parimenti meritevoli di tutela, senza giustificarne le ragioni, risiedendo proprio nell'esternazione di queste ragioni l'essenza dell'imparzialità dell'amministrazione (art. 97 Cost.).

Il *punctum discriminis* poi, in questa specifica materia, non può essere rinvenuto nelle sole esigenze finanziarie che, pur dovendo essere preservate in un ragionevole contemperamento di altri beni costituzionali (v., in particolare, artt. 81 e 117, comma 2, lett. e, Cost.), mai possono sacrificare interamente il nucleo irriducibile e “indefettibile” del diritto alla salute, nucleo indefettibile che la stessa Corte costituzionale (sentenza 10 giugno 2014, n. 162), ha riaffermato proprio in riferimento alla fecondazione eterologa e a tutela dei soggetti meno abbienti, privi delle risorse economiche sufficienti a sostenerne i costi e a praticarla all'estero.

In conclusione, ad avviso della Sezione, l'Amministrazione, proprio in base ai principi di eguaglianza e di buona amministrazione, non può dunque negare l'erogazione di una essenziale prestazione sanitaria senza dare conto delle ragioni che a ciò l'hanno indotta o, al più, con un riferimento a non specificate ragioni finanziarie, senza che possa comprendersi, dalla lettura del provvedimento impugnato, quale sia il bilanciamento operato dall'Amministrazione tra il diritto alla salute e i vincoli di bilancio, che la costringano a scegliere tra taluni soggetti beneficiari delle prestazioni. Il riferimento a tali ragioni deve esplicitare il perché, a fronte di risorse finanziarie scarse, taluni soggetti si troverebbero ad essere “preferiti” rispetto ad altri o talune prestazioni sanitarie siano considerate erogabili ed altre no, pena l'arbitrarietà di una diversa decisione, con conseguente incidenza su diritti costituzionali, parimenti meritevoli di tutela, e fondata unicamente sulla “ragion fiscale”.

9. Farmaci.

9.1. Intesa tra case farmaceutiche.

Con ord. 11 marzo 2016, n. 966 la sez. VI si è occupata della sanzione inflitta a due case farmaceutiche, Roche e Novartis, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato per aver posto in essere, anche attraverso le controllate Roche Italia e Novartis Italia, un'intesa orizzontale restrittiva della concorrenza, contraria all'art. 101 TFUE, volta ad ottenere una “differenziazione” artificiosa di due farmaci (Avastin e Lucentis, che hanno ottenuto l'autorizzazione all'immissione in commercio da parte delle competenti autorità, per il trattamento rispettivamente delle patologie tumorali e delle patologie oftalmiche), manipolando la percezione dei rischi dell'uso in ambito oftalmico del primo per condizionare la domanda a favore del secondo – attraverso la “produzione e diffusione di notizie in grado di ingenerare preoccupazioni pubbliche sulla sicurezza degli usi intravitreali di Avastin” – e “svalutando le contrarie acquisizioni scientifiche”. Ciò sarebbe avvenuto, secondo l'Antitrust, con l'obiettivo di una illecita massimizzazione dei rispettivi introiti e con un'incidenza diretta sull'equilibrio della spesa sanitaria, sia in ambito pubblico che privato.

La Sezione, in particolare, ha ritenuto necessario, al fine del decidere, rimettere alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267, comma 3, TFUE tre quesiti pregiudiziali richiesti dalle parti e sollevati d'ufficio. La stessa Corte di giustizia ha precisato che la formulazione dei quesiti rientra tra i poteri-doveri del giudice nazionale, nell'esercizio dei quali egli non può essere condizionato dalle richieste delle parti, rimanendo sempre ferma la libertà del giudice di riformulare nei termini che ritiene corretti le questioni da sottoporre alla Corte, con riferimento alla forma e al contenuto delle stesse, senza che le parti in causa siano abilitate a modificare il tenore.

I quesiti da sottoporre alla Corte di giustizia sono: 1) se la corretta interpretazione dell'art. 101 TFUE consenta di considerare concorrenti le parti di un accordo di licenza laddove l'impresa licenziataria operi nel mercato rilevante interessato solo in virtù dell'accordo stesso. Se, ed eventualmente entro quali limiti, ricorrendo tale situazione, le eventuali limitazioni della concorrenza del licenziante nei confronti del licenziatario, pur non espressamente previste dall'accordo di licenza, sfuggano all'applicazione dell'art. 101, par. 1 TFUE o rientrino, comunque, nell'ambito di applicazione dell'eccezione legale di cui all'art. 101, par. 3, TFUE; 2) se l'art. 101 TFUE consenta all'Autorità nazionale a tutela della concorrenza di definire il mercato rilevante in maniera autonoma rispetto al contenuto delle autorizzazioni all'immissione in commercio (AIC) dei

farmaci rilasciate dalle competenti Autorità di regolazione farmaceutica (AIFA ed EMA) o se, al contrario, per i medicinali autorizzati, il mercato giuridicamente rilevante ai sensi dell'art. 101 TFUE debba ritenersi conformato e configurato in via primaria dall'apposita Autorità di regolazione in modo vincolante anche per l'Autorità nazionale a tutela della concorrenza; 3) se, anche alla luce delle previsioni contenute nella direttiva 2001/83 CE ed in particolare nell'art. 5 relativo all'autorizzazione all'immissione in commercio dei farmaci, l'art. 101 TFUE consenta di considerare sostituibili e di includere, quindi, nell'ambito dello stesso mercato rilevante un farmaco utilizzato *off-label* ed un farmaco dotato di AIC in relazione alle medesime indicazioni terapeutiche; 4) se, ai sensi dell'art. 101 TFUE, ai fini della delimitazione del mercato rilevante, assuma rilevanza accertare, oltre alla sostanziale fungibilità dei prodotti farmaceutici dal lato della domanda, se l'offerta degli stessi sul mercato sia o meno avvenuta in conformità al quadro regolamentare avente ad oggetto la commercializzazione dei farmaci; 5) se possa comunque considerarsi restrittiva della concorrenza per oggetto la condotta concertata volta ad enfatizzare la minore sicurezza o la minore efficacia di un farmaco, quando tale minore efficacia o sicurezza, sebbene non suffragata da acquisizioni scientifiche certe, non può, comunque, alla luce dello stadio delle conoscenze scientifiche disponibili all'epoca dei fatti, neanche essere incontrovertibilmente esclusa.

9.2. Medicinali *off-label*

La sez. III, con ord. 19 dicembre 2016, n. 5373, ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea alcune questioni concernenti la compatibilità con le direttive disciplinanti l'autorizzazione alla immissione in commercio di farmaci per uso umano, dell'impiego di medicinali c.d. *off label* con oneri a carico del Servizio sanitario nazionale.

La controversia, insorta tra due case farmaceutiche concorrenti, concerne l'impiego dei farmaci c.d. *off label*, ovvero dei farmaci che il medico, in base al fondamentale principio di libertà di giudizio e di indipendenza della scelta terapeutica, può prescrivere, quando lo ritenga utile per la salute del paziente, secondo una diversa indicazione terapeutica, un differente dosaggio e con riferimento a un diverso gruppo di pazienti rispetto a quelli per i quali detto farmaco ha ottenuto l'autorizzazione all'immissione in commercio ("AIC") e che risultano riportati nel "Riassunto delle Caratteristiche del Prodotto" (RCP), che rappresenta il documento ufficiale approvato dalla Agenzia del Farmaco in sede di rilascio della autorizzazione e contiene le indicazioni terapeutiche e le modalità di somministrazione del farmaco, rappresentando l'atto d'indirizzo fondamentale per l'utilizzo *standard* del prodotto da parte dei medici e delle strutture sanitarie (c.d. utilizzo "*on label*" perché conforme alle indicazioni *standard*).

In particolare la vicenda controversa riguarda, infatti, la legittimità di due delibere dell'Agenzia italiana del farmaco (AIFA), con le quali è stato inserito il medicinale Bevacizumab-Avastin, commercializzato da una società farmaceutica nella c.d. "lista 648", consentendone il rimborso da parte del Servizio sanitario nazionale per l'utilizzazione *off label* per la cura della maculopatia correlata all'età, nonostante esistano in commercio altri farmaci – prodotti da altra società farmaceutica – registrati espressamente per la cura di tale patologia.

Nel passato l'impiego dei farmaci *off label* poteva avvenire con oneri a carico del S.S.N. mediante inserimento in un elenco speciale definito "lista 648" con provvedimento dell'AIFA solo in caso di "inesistenza di una valida alternativa terapeutica", secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 4, d.l. 21 ottobre 1996, n. 536, convertito, senza modificazioni, dalla l. 23 dicembre 1996, n. 648. Per effetto della modifica normativa introdotta dalla l. 16 maggio 2014, n. 79, di conversione del d.l. 20 marzo 2014, n. 36, che ha inserito il comma 4 *bis* all'art. 1, d.l. n. 536 del 1996, è oggi possibile per l'AIFA inserire nella "lista 648" – e dunque con oneri a carico del servizio sanitario nazionale – prodotti farmaceutici utilizzabili per un'indicazione terapeutica diversa da quella per la quale sono stati autorizzati, nonostante vi siano in commercio altri farmaci autorizzati per la cura di quella specifica patologia.

La materia del contendere concerne la legittimità delle delibere dell'AIFA con le quali un determinato medicinale, commercializzato da una casa farmaceutica, è stato inserito nella c.d. "lista

648”, consentendone il rimborso da parte del Servizio sanitario nazionale per l’utilizzo *off label* nella cura di una malattia, nonostante esista in commercio altro farmaco, commercializzato da altra società e registrato espressamente per la cura di tale patologia. Tale scelta è stata verosimilmente ispirata da ragioni di risparmio economico stante la rilevante differenza di prezzo tra i due farmaci, a parità di efficacia terapeutica.

La sez. III ha prospettato che il sistema di sostanziale fungibilità tra farmaco registrato per una specifica finalità terapeutica (c.d. *on label*) ed utilizzo *off label* di altro farmaco possa porsi in contrasto con le direttive comunitarie che disciplinano il procedimento di autorizzazione alla immissione in commercio di farmaci per uso umano, considerato che il farmaco *off label* è formalmente privo della autorizzazione in relazione all’impiego che si intende fare in via succedanea rispetto a quello specificamente autorizzato per il trattamento della malattia.

Ha quindi prospettato la possibile violazione del principio comunitario dell’essenzialità ed inderogabilità dell’AIC sancito dell’art. 6, comma 1, della Direttiva 2001/83/CE, anche in considerazione del fatto che la portata generalizzata del principio di fungibilità introdotto dalla normativa nazionale non consentirebbe di ritenere applicabili le eccezioni di cui all’art. 3 della direttiva (formule galeniche e magistrali, preparate in farmacia, farmaci utilizzati per prove e ricerche, medicinali per terapie avanzate preparate su base non ripetitiva) e di cui all’art. 5, comma 1, della stessa direttiva, che consente allo Stato membro, “conformemente alla legislazione in vigore e per rispondere ad esigenze speciali” di poter “escludere nell’ambito dell’applicazione della presente direttiva i medicinali forniti per rispondere ad un’ordinazione leale e non sollecitata, elaborati conformemente alle prescrizioni di un operatore sanitario autorizzato e destinati ad un determinato paziente sotto la sua personale e diretta responsabilità”. Ciò anche in considerazione del fatto che la Corte di Giustizia dell’Unione Europea nella sentenza del 16 luglio 2015, in relazione all’interpretazione dell’art. 3, n. 1, della direttiva 2001/83/CE - riferito alla cosiddetta “formula magistrale” - ha ritenuto che i medicinali devono essere preparati “in farmacia” “in base alle indicazioni di una farmacopea” e “destinati ad essere forniti direttamente ai pazienti che si servono in tale farmacia” precisando che tali condizioni devono sussistere cumulativamente (cfr. § 66 e § 67).

Sulla scorta di tali considerazioni la sezione ha investito la Corte di Giustizia dell’Unione europea delle questioni: a) se le disposizioni di cui alla Direttiva 2001/83/CE, come successivamente modificata, e segnatamente gli artt. 5 e 6, in relazione anche al secondo considerando della direttiva stessa, ostino all’applicazione di una legge nazionale (l’art. 1, comma 4 *bis*, d.l. 21 ottobre 1996, n. 536) che, al fine di perseguire finalità di contenimento di spesa, incentivi, attraverso l’inclusione nella lista dei medicinali rimborsabili dal Servizio sanitario nazionale, l’utilizzazione di un farmaco al di fuori della indicazione terapeutica autorizzata nei confronti della generalità dei pazienti, indipendentemente da qualsiasi considerazione delle esigenze terapeutiche del singolo paziente e nonostante l’esistenza e la disponibilità sul mercato di farmaci autorizzati per la specifica indicazione terapeutica; se l’art. 3, n. 1, della Direttiva 2001/83/CE (formula magistrale), possa applicarsi nel caso in cui la preparazione del prodotto farmaceutico, benché eseguita in farmacia sulla base di una prescrizione medica destinata ad un singolo paziente, sia comunque effettuata serialmente, in modo eguale e ripetuto, senza tener conto delle specifiche esigenze del singolo paziente, con dispensazione del prodotto alla struttura ospedaliera e non al paziente (tenuto conto che il farmaco è classificato in classe H-OSP) e con utilizzazione in una struttura anche diversa da quella in cui è stato operato il confezionamento; se le disposizioni di cui al Regolamento (CE) n. 726/2004, come successivamente modificato, e segnatamente gli artt. 3, 25 e 26, nonché l’allegato, che assegnano all’Agenzia europea per i medicinali (EMA) la competenza esclusiva a valutare i profili di qualità, sicurezza ed efficacia dei medicinali aventi come indicazione terapeutica il trattamento di patologie oncologiche, sia nell’ambito della procedura di rilascio dell’autorizzazione all’immissione in commercio (Procedura centralizzata obbligatoria), sia al fine del monitoraggio e del coordinamento delle azioni di farmacovigilanza successive all’immissione del farmaco sul mercato, ostino all’applicazione di una legge nazionale che riservi all’autorità regolatoria nazionale

(AIFA) la competenza ad assumere determinazioni in merito ai profili di sicurezza dei medicinali, connessi al loro uso *off label*, la cui autorizzazione rientra nella competenza esclusiva della Commissione Europea, in considerazione delle valutazioni tecnico scientifiche effettuate dall'Agenzia europea per i medicinali; se le disposizioni di cui alla Direttiva 89/105/CEE, come successivamente modificata, e segnatamente l'art. 1, par. 3, ostino all'applicazione di una legge nazionale che consenta allo Stato membro, nell'ambito delle proprie decisioni in materia di rimborsabilità delle spese sanitarie sostenute dall'assistito, di prevedere la rimborsabilità di un farmaco utilizzato al di fuori delle indicazioni terapeutiche precisate nell'autorizzazione all'immissione in commercio rilasciata dalla Commissione Europea, o da un'Agenzia specializzata europea, all'esito di una procedura di valutazione centralizzata, senza che ricorrano i requisiti previsti dagli artt. 3 e 5 della direttiva 2001/83/CE.

10. Istruzione.

10.1. Ambito di applicazione dell'art. 18 della legge Gelmini sulla disciplina delle incompatibilità a partecipare a concorsi universitari.

Il C.g.a., con sentenza 21 novembre 2016, n. 417, si è pronunciato sull'ambito applicativo dell'art. 18 della legge Gelmini 30 dicembre 2010, n. 240, secondo cui “ai procedimenti per la chiamata di professori di prima e di seconda fascia ... non possono partecipare coloro che abbiano un grado di parentela o di affinità, fino al quarto grado compreso, con un professore appartenente al dipartimento o alla struttura che effettua la chiamata ovvero con il rettore, il direttore generale o un componente del consiglio di amministrazione dell'ateneo”.

La sentenza si è soffermata, in particolare, sul profilo dell'incompatibilità a partecipare a concorsi universitari di candidati legati da rapporti di parentela con professori afferenti al medesimo dipartimento cui si riferisce il posto messo a concorso. Ha chiarito che l'art. 18, l. n. 240 del 2010, nella parte in cui disciplina le incompatibilità a partecipare a concorsi universitari, si riferisce alla fase conclusiva dell'*iter* necessario ai fini dell'immissione nelle carriere (di professore) o di assunzione in servizio (ricercatore). La *ratio* della disposizione è di evitare l'ingresso nelle strutture universitarie (al cui governo concorrono sia i professori che i ricercatori) di soggetti legati da vincoli parentali così stretti con coloro che già vi appartengono da far presumere che la loro “cooptazione” (chiamata/contratto) sia stata influenzata in maniera determinante dalle relazioni che legano il “parente” con gli altri componenti della struttura di appartenenza. La norma ha voluto insomma “rafforzare” in termini formali assoluti e preclusivi il sospetto di non imparzialità della decisione, a dissipare il quale era valso, fino a quel momento (all'introduzione, cioè, della norma in discussione), il mero dovere del “parente” di “astenersi” dalla decisione in questione, adempimento ritenuto ora invece dal legislatore – in reazione al ripetersi di fenomeni di c.d. “familismo universitario” – insufficiente a prevenire il rischio di non imparzialità della decisione. Il rischio temuto (la non imparzialità dell'organo che provvede a concludere la procedura e la cooptazione nelle strutture di soggetti già legati da relazioni di parentela con chi già vi appartiene) si manifesta, con certezza, in entrambi i casi, solo nel momento finale delle due procedure (rispettivamente, “chiamata” e “proposta di contratto”). Nelle fasi precedenti esso è assente (o comunque prevenuto attraverso ulteriori meccanismi) per i “professori”, mentre per i ricercatori è legato alle modalità di svolgimento delle procedure, che non sono uniformi e generali (come quelle relative ai professori), ma legate alle disposizioni statutarie dei singoli atenei e al conseguente concreto atteggiarsi degli stessi in sede di bando delle medesime.

Con riferimento ai ricercatori la sentenza ha chiarito che è ben comprensibile che il tenore letterale della disposizione prenda in considerazione anche per i ricercatori il solo momento finale della “proposta di contratto”; sarebbe privo invece di senso trarre da tale tenore letterale una rilevanza della incompatibilità riferita sempre ed in ogni caso a tale momento soltanto (che, oltretutto, sarebbe coincidente con un atto dovuto, quando la proposta di contrattualizzazione non possa che avere un

unico possibile destinatario: il “vincitore” della selezione). Una tale interpretazione vanificherebbe la funzione della norma.

Data la premessa la sentenza ha concluso nel senso che per i ricercatori varrà la situazione regolamentare che fattualmente riguarda la relativa procedura selettiva. Se di essa esiste una disciplina statutaria atipica, dovrà valutarsi se la sua configurazione sia tale da sottrarre i partecipanti alla incompatibilità fissata. In mancanza, tale incompatibilità non potrà che investire l'intera procedura.

Sull'art. 18 della legge Gelmini si è pronunciata anche la sez. VI del Consiglio di Stato con sentenza 15 novembre 2016, n. 4704.

Ha preliminarmente affermato che le preclusioni individuate dal comma 1 del citato art. 18, l. n. 240 del 2010 valgono, oltre che per le procedure concorsuali, anche per le chiamate dirette previste dall'art. 24, comma 6, della medesima legge che disciplina la chiamata, nel ruolo di professore di prima e seconda fascia, di professori di seconda fascia e ricercatori a tempo indeterminato in servizio nell'Università medesima, che abbiano conseguito l'abilitazione scientifica di cui all'art. 16. Legittimamente pertanto l'Università degli studi, con apposito regolamento, ha esteso anche al procedimento di cui all'art. 24, comma 6, cit. l'incompatibilità prevista per le procedure concorsuali, garantendo quella parità di trattamento propugnata dall'art. 3 Cost..

La Sezione ha quindi dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 18, comma 1, lett. b) e c), e 24, comma 6, l. n. 240 del 2010, per violazione degli artt. 1, 3, 4, 35, 51 Cost., del principio di proporzionalità e del legittimo affidamento, atteso che le norme su cui si controverte (riguardanti il divieto di chiamata di coloro che abbiano un grado di parentela o di affinità, fino al quarto grado compreso, con un professore appartenente al dipartimento o alla struttura che effettua la chiamata) trovano, al contrario, il loro fondamento nell'art. 97 Cost., che mira a tutelare l'imparzialità dell'Amministrazione. D'altro canto, l'aspettativa a svolgere la propria carriera nella medesima sede non appare degna di particolare tutela anche in considerazione della recente proliferazione di nuove sedi universitarie che comunque garantiscono adeguate collocazioni lavorative.

10.2. Ammissione alle scuole di specializzazione in Medicina e Chirurgia.

Con sentenza n. 4569 del 31 ottobre 2016 la sez. VI ha dichiarato legittimo l'operato del Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca che, per sopperire ad un errore commesso nella assegnazione ai candidati dei test del concorso unico nazionale per l'ammissione alle scuole di specializzazione in Medicina e Chirurgia per l'anno accademico 2013/2014 (nella specie per un errore del Cineca ai candidati dell'Area Medica erano state consegnate le trenta domande predisposte per l'Area dei Servizi Clinici e, viceversa, ai candidati dell'Area dei Servizi Clinici erano state consegnate le trenta domande predisposte per l'Area Medica), non ha ritenuto necessaria la rinnovazione integrale dei test ma ha neutralizzato le sole domande delle due prove che risultavano estranee alle materie di esame per le rispettive specializzazioni.

Ha chiarito che la scelta del Ministero di neutralizzazione delle domande ritenute non pertinenti risulta operata nel rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa ed è anche priva di evidenti vizi logici. Infatti, la soluzione individuata, resa possibile dalla pertinenza della gran parte delle domande dei due test alle rispettive aree concorsuali, ha consentito la conservazione degli atti della selezione già svolta nonostante il clamoroso errore compiuto dal Cineca nello scambio dei test. Sarebbe stata altrimenti necessaria la ripetizione della prova, con costi altissimi, considerato anche il numero dei partecipanti alla procedura, per l'Amministrazione, che avrebbe dovuto organizzare una nuova prova nei necessari tempi tecnici, con tutte le relative spese a carattere organizzativo e per la sorveglianza, e avrebbe determinato anche il sicuro slittamento dell'inizio dell'anno accademico, con conseguente grave

nocumento per l'interesse pubblico. Senza contare il danno che sarebbe stato arrecato anche ai laureati in medicina che avevano partecipato alla procedura e che avrebbero dovuto rinnovare la prova interrompendo le loro attività e recandosi nuovamente nelle diverse sedi previste, anche lontane dai luoghi di residenza. Ha aggiunto la Sezione che l'assegnazione a ciascun candidato di un "pari punteggio pieno" per le domande eliminate non si concretizza in una illogica equiparazione tra coloro che hanno risposto esattamente e coloro che o non hanno risposto o hanno dato risposte errate. Si è trattato invece di una scelta che non ha fatto emergere alterazioni della *par condicio*, pur tenendo conto delle singolarissime, auspicabilmente irripetibili, condizioni date. Tutti i candidati sono stati cioè posti in grado di cimentarsi, in condizione paritaria, sulle materie indicate in origine come oggetto di prova. Sotto questo aspetto non risulta intaccata la legittimità sostanziale della procedura, tenuto conto del fondamentale principio di conservazione degli atti giuridici, il quale trova la sua naturale giustificazione nella considerazione che, quando è possibile recuperare un qualunque risultato utile a disciplinare un rapporto giuridico, occorre propendere per la soluzione che consenta di salvare il risultato stesso, ovviamente tenendo sempre ben presente che a tanto può pervenirsi quando non risultino coinvolti nella vicenda altri principi di carattere generale in qualche modo violati o comunque compromessi dalla operazione di salvezza.

10.3. Piano Educativo Individualizzato e insegnamento di sostegno.

Con sentenza 26 settembre 2016, n. 330 il C.g.a. ha dichiarato illegittimo il provvedimento con il quale una Direzione didattica ha disposto nei confronti di un minore che è stato dichiarato portatore di handicap grave ai sensi dell'art. 3, comma 3, l. 5 febbraio 1992, n. 104, la diminuzione delle ore di insegnamento di sostegno, da 22 a 18 ore settimanali, in assenza di una preliminare modificazione del Piano educativo che dia atto di oggettive ragioni inerenti ad un mutamento delle condizioni tali da giustificare la decisione.

Il Consiglio ha preliminarmente chiarito che il Piano Educativo Individualizzato (P.E.I.) costituisce il documento nel quale vengono decritti gli interventi, tra loro integrati e coordinati, predisposti per un alunno affetto da handicap, in un determinato periodo di tempo, ai fini della realizzazione del diritto all'educazione ed all'istruzione. In particolare, il P.E.I., secondo quanto dispone il comma 5 del cit. art. 12, viene elaborato all'esito di un articolato procedimento che coordina la collaborazione degli operatori sanitari individuati dall'Azienda sanitaria locale di competenza, dal personale insegnante curricolare di sostegno della scuola, e, ove presente, con la partecipazione dell'insegnante operatore psico pedagogico, in collaborazione con i genitori o gli esercenti la potestà parentale dell'alunno, secondo le prescrizioni d'indirizzo dettate dal d.P.R. 24 febbraio 1994. In questo senso, il P.E.I. comprende i progetti didattico educativi, riabilitativi e di socializzazione individualizzati, nonché le forme di integrazione tra attività scolastiche ed extrascolastiche previste dall'art. 13, comma 2, l. n. 104 del 1992, considerato che i soggetti citati dalla medesima disposizione, propongono, ciascuno per la propria competenza, gli interventi finalizzati alla piena realizzazione del diritto all'educazione, all'istruzione ed integrazione scolastica dell'alunno in situazione di handicap, così destinati ad integrarsi tra di loro, per giungere alla redazione finale di un piano educativo che sia correlato alle disabilità dell'alunno stesso, alle sue conseguenti difficoltà, ovvero a realizzare le sue potenzialità comunque disponibili.

Tale essendo la portata del P.E.I. emerge evidente come lo stesso non possa essere disatteso e/o manipolato unilateralmente della sola Autorità scolastica, come invece ha fatto, nel caso sottoposto all'esame del Consiglio di giustizia siciliano, il Dirigente scolastico riducendo da 22 a 17 le ore di sostegno prescritte dallo stesso Piano.

11. Stranieri.

11.1. Concessione della cittadinanza italiana.

Con sentenza n. 4498 del 26 ottobre 2016 la sez. III ha pronunciato sulla legittimità del diniego di concessione della cittadinanza italiana per la vicinanza del richiedente al movimento separatista curdo.

Ha affermato la Sezione, a supporto motivazionale della declaratoria di legittimità del diniego, che prevedendo l'art. 9, l. 5 febbraio 1992, n. 91 la "possibilità" ("può essere concessa") che la cittadinanza italiana sia concessa, in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità il provvedimento di relativo diniego della concessione - pur sindacabile per i suoi eventuali profili di eccesso di potere (ad es. per travisamento dei fatti o inadeguata motivazione) - è insindacabile per i profili di merito della valutazione dell'Amministrazione. Nella specie, l'Autorità amministrativa, nel motivare nel senso che "è emersa la contiguità del richiedente a movimenti aventi scopi non compatibili con la sicurezza della Repubblica", ha tenuto conto di circostanze obiettivamente rilevanti. La Sezione ha escluso che rilevi accertare quale sia stata nel corso del tempo l'attività svolta dal movimento curdo, né se l'adesione a tale movimento, attuale o risalente nel tempo, si spinga anche alla realizzazione di comportamenti caratterizzati dalla violenza.

Una volta accertata la vicinanza del richiedente - da lui espressamente dichiarata sul piano "idealistico" - al movimento che si batte per la causa curda, è sufficiente che l'Amministrazione abbia fatto riferimento alla circostanza che soggetti appartenenti al movimento curdo hanno posto in essere anche atti terroristici. Una siffatta motivazione, posta a base dell'impugnato diniego, si sostanzia in una valutazione di merito non manifestamente irragionevole, e dunque insindacabile in sede di giurisdizione generale di legittimità, rientrando nella insindacabile discrezionalità del Ministero attribuire rilievo a circostanze che inducano a ritenere che il richiedente non possa essere accolto nella comunità italiana.

11.2. Contributo per il rilascio ed il rinnovo del permesso di soggiorno.

La sentenza della sez. III 26 ottobre 2016, n. 4487 si è occupata del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 6 ottobre 2011, adottato di concerto con il Ministero dell'interno, che ha fissato gli oneri contributivi per il rilascio e per il rinnovo dei permessi di soggiorno. Ha giudicato illegittimo tale decreto, che ha determinato gli oneri contributivi per il rilascio e per il rinnovo dei permessi di soggiorno nella misura di € 80,00 per i permessi di soggiorno di durata superiore a tre mesi ed inferiore o pari ad un anno; € 100,00 per i permessi di soggiorno di durata superiore ad un anno e inferiore o pari a due anni; € 200,00 per il rilascio del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo e per i richiedenti il permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 27, comma 1, lett. a), d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286. Ciò sul rilievo che l'importo di tali contributi, anche quello minimo di € 80,00, ha infatti una incidenza finanziaria considerevole per i cittadini di Paesi terzi che soddisfano le condizioni sostanziali previste dalla direttiva n. 2003/109/CE e compromette gli obiettivi perseguiti da tale direttiva, privandola del suo effetto utile, soprattutto ove si consideri che anche l'importo più basso - € 80,00 - tra tutti quelli previsti supera, comunque, ben oltre le sette volte il costo richiesto nel nostro Paese per il rilascio della carta di identità ad un cittadino italiano.

Ha ricordato la Sezione che il Tar Lazio, dinanzi al quale era stato impugnato il decreto 6 ottobre 2011, con ordinanza n. 5290 del 20 maggio 2014 aveva investito la Corte di Giustizia, in via interpretativa, della questione se i principi stabiliti dalla direttiva del Consiglio n. 2003/109/CE e successive modifiche ed integrazioni, anche alla luce dell'orientamento interpretativo già manifestato dalla Corte su analoga questione nella sentenza del 26 aprile 2012 in C-508/10, ostino ad una normativa, come quella delineata in Italia dall'art. 5, comma 2 *ter*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, nella parte in cui dispone che la richiesta di rilascio e di rinnovo del permesso di soggiorno è sottoposta al versamento di un contributo, il cui importo è fissato in un minimo di € 80,00 e in un massimo di € 200,00 con decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze, di concerto con il

Ministero dell'Interno, e fissa un importo minimo del contributo pari ad otto volte circa il costo per il rilascio di una carta di identità nazionale.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, con la sentenza del 2 settembre 2015, in C-309/14, pronunciandosi sulla questione pregiudiziale sollevata dal Tar Lazio, ha affermato che la direttiva n. 2003/109/CE del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, osta ad una normativa nazionale, come quella qui controversa, che impone ai cittadini di Paesi terzi – che chiedono il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno nello Stato membro considerato – di pagare un contributo di importo variabile tra € 80,00 ed € 200,00, in quanto tale contributo, nella misura prevista, è sproporzionato rispetto alla finalità perseguita dalla direttiva ed è idoneo a creare un ostacolo all'esercizio dei diritti conferiti da quest'ultima.

Ha chiarito il Consiglio di Stato che se è vero che la direttiva n. 2003/109/CE regola esclusivamente i permessi UE per soggiornanti di lungo periodo, non è altrettanto corretto dedurre che il diritto eurounitario sia estraneo, ed indifferente, al percorso normativo che nel suo complesso ogni singolo Stato delinea per il conseguimento di tali permessi.

Se fosse vero che solo il segmento finale di tale percorso e, cioè, quello esclusivamente concernente la procedura – e il contributo – per l'ottenimento del permesso UE per i soggiornanti di lungo periodo deve essere oggetto di normazione eurounitaria e di interpretazione da parte della Corte di Giustizia, ogni singolo Stato potrebbe introdurre una normativa sui permessi di più breve soggiorno tanto restrittiva da rendere sostanzialmente impossibile o eccessivamente oneroso per gli stranieri la legale permanenza nel loro territorio per i cinque anni necessari a stabilizzare la loro posizione all'interno dell'Unione europea e a consentirne l'inserimento nel tessuto socio-economico.

In questo modo la libertà di stabilimento, che pure la direttiva n. 2003/109/CE mira a proteggere, diverrebbe puramente teorica finendo di fatto per essere vanificata, perché – mediante l'introduzione di una legislazione nazionale relativa ai permessi di più breve durata, sostanzialmente penalizzante o addirittura proibitiva, già solo a livello economico, per la stabile permanenza degli stranieri nel territorio nazionale – l'obiettivo di conseguire i permessi di lunga durata sarebbe un traguardo irraggiungibile e illusorio per molti di essi, per quanto in possesso di tutti i requisiti previsti dalla normativa eurounitaria, con evidente elusione delle finalità perseguite dalla stessa direttiva n. 2003/109/CE.

Quanto ai contributi richiesti per il rilascio e il rinnovo dei permessi, la Corte di Giustizia ha evidenziato tale pericolo ed ha censurato nel suo complesso la normativa italiana sullo straniero intenzionato a stabilizzarsi, avente tutti i requisiti previsti dalla direttiva, perché tale normativa ha imposto una serie di ostacoli sproporzionati rispetto alla finalità perseguita dalla direttiva – l'inserimento dei lungosoggiornanti – e costituenti un impedimento all'esercizio dei diritti che essa loro conferisce.

12. Banche.

12.1. Vigilanza della Banca d'Italia sulle banche.

Con ord. n. 5277 del 15 dicembre 2016 la sez. VI ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, d.l. 24 gennaio 2015, n. 3 (Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti), convertito con modificazioni in l. 24 marzo 2015, n. 33, nella parte in cui: a) prevede che, disposta dall'assemblea della banca popolare la trasformazione in società per azioni secondo quanto previsto dal nuovo testo dell'art. 29, comma 2 *ter*, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, il diritto al rimborso delle azioni al socio che a fronte di tale trasformazione eserciti il recesso possa essere limitato (anche con la possibilità, quindi, di escluderlo *tout court*), e non, invece, soltanto differito entro limiti temporali predeterminati e con previsione di un interesse corrispettivo; b) attribuisce comunque alla Banca d'Italia il potere di disciplinare le modalità di tale esclusione,

nella misura in cui detto potere viene attribuito “anche in deroga a norme di legge”, con conseguente attribuzione all’Istituto di vigilanza di un potere di delegificazione in bianco, senza la previa e puntuale indicazione, da parte del legislatore, delle norme legislative che possano essere derogate e, altresì, in ambiti verosimilmente coperti da riserva di legge (violazione artt. 41, 42 e 117, comma 1, Cost., in relazione all’art. 1 del Protocollo Addizionale n. 1 alla CEDU). La norma contrasta altresì con l’art. 77, comma 2, Cost., in relazione alla evidente carenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza legittimanti il ricorso allo strumento decretale d’urgenza.

Con riferimento alla carenza dei presupposti dell’urgenza ha affermato la Sezione di dover aderire alla giurisprudenza, ormai consolidata del giudice delle leggi, secondo cui la conversione in legge del decreto non sana la carenza del presupposto dell’urgenza. Ha chiarito che in effetti potrebbe tuttora ritenersi meritevole di positiva considerazione (se non addirittura preferibile) la tesi secondo cui la conversione in legge da parte del Parlamento abbia l’effetto di sanare – sia pure solo *ex nunc*, e non già *ex tunc* – l’eventuale assenza dei presupposti per la decretazione d’urgenza. Ciò perchè, a partire dalla promulgazione della legge di conversione (ma non prima di essa), la normazione decretale potrebbe considerarsi recepita ad ogni effetto dalla (o nella) legge di conversione che, sebbene soggetta a un più veloce *iter* di approvazione da parte del Parlamento, sembra essere comunque fonte primaria completamente imputabile a tale Organo costituzionale, che costituisce il principale centro di esercizio della Sovranità popolare di cui all’art. 1 Cost.. Ciò sembrerebbe valere quantomeno in quei casi in cui la riserva di legge prevista dalla Costituzione richiede solo la legge in senso sostanziale e non esige anche (come invece, secondo parte della dottrina, accadrebbe in altre materie, ad esempio in quella penale) che la legge sia approvata attraverso un procedimento di formazione “ordinario-parlamentare”, in grado cioè di offrire le maggiori garanzie, legate essenzialmente alle più ampia possibilità di confronto dialettico tra maggioranza e minoranza, che risultano, al contrario, in qualche misura potenzialmente compromesse dalla procedura, “speciale” e contingentata nei tempi, prevista per l’approvazione della legge di conversione del decreto legge. Al contrario, sempre ad avviso della Sezione, nei casi in cui la Costituzione non dà rilevanza, nemmeno implicitamente, al modo in cui la legge si forma, la circostanza che essa sia approvata utilizzando impropriamente la speciale procedura prevista per la conversione del decreto legge, sembrerebbe perdere ogni rilievo nel momento stesso in cui il Parlamento, nell’esercizio della sua sovranità, fa proprio, sia pure in questo caso soltanto con efficacia *ex nunc*, l’atto avente forza di legge che era stato adottato dal Governo in assenza dei presupposti di necessità ed urgenza. Ciò chiarito, il Consiglio di Stato ha però escluso di poter sovrapporre la propria visione culturale e dogmatica a quella difforme fatta propria dalla Corte costituzionale ed ha quindi ritenuto, sulla base di detti principi, di dover sollevare la questione di legittimità costituzionale, mancando nella specie i presupposti di necessità e urgenza della riforma di cui trattasi, avuto riguardo alle modalità anche temporali con cui essa è stata introdotta e portata a regime. I presupposti di necessità e di urgenza appaiono in particolare contraddetti dalla circostanza che il decreto introduce norme in gran parte non auto-applicative, che richiedono ulteriori misure attuative, demandate nella specie alla Banca d’Italia, per la concreta determinazione del proprio contenuto precettivo. Aggiungasi che i rischi richiamati nella relazione illustrativa per giustificare l’urgenza non appaiono, allo stato, attuali e concreti, ma meramente potenziali. Non è provata l’attualità del pericolo che le banche popolari interessate dalla riforma si trovassero, nella contingenza, concretamente ed immediatamente esposte ai rischi di modesta partecipazione dei soci in assemblea (che mina la democrazia azionaria e determina una concentrazione di potere in favore di gruppi di soci organizzati), scarsi incentivi al controllo costante sugli amministratori (che si traducono in situazioni di autoreferenzialità della dirigenza) e difficoltà di reperire nuovo capitale sul mercato e, quindi, di assicurare la sussistenza dei fondi che potrebbero essere necessari per esigenze di rafforzamento patrimoniale. In altri termini, non risulta che vi siano gravi e straordinarie situazioni di concentrazione di potere in capo a gruppi organizzati di soci, né forme allarmanti di autoreferenzialità della dirigenza, né straordinarie difficoltà patrimoniali o di reperimento di capitale.

Ha ancora affermato la Sezione che non sono manifestamente infondati i dubbi di legittimità costituzionale riguardanti alcuni aspetti specifici della disciplina avente ad oggetto il diritto al rimborso del socio in caso di recesso conseguente alla delibera di trasformazione in società per azioni adottata dalla banca popolare. Ed invero, la prevista possibilità di escludere il diritto al rimborso in tutto o in parte, ovvero di differirlo senza limiti di tempo, sembra porsi in contrasto con gli artt. 41 e 42 Cost. (nella parte in cui, rispettivamente, tutelano la libertà di iniziativa economica e la proprietà privata, prevedendo che quest'ultima possa essere espropriata, nei casi previsti dalla legge e salvo indennizzo, per motivi di interesse generale), nonché con l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo. Ad avviso della Sezione non c'è dubbio che sia la partecipazione societaria, sia il diritto al rimborso della quota rappresentino "beni" ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della CEDU. La disciplina legislativa introdotta dall'art. 1, d.l. n. 3 del 2015, prevede, da un lato, l'obbligo per le banche popolari di trasformazione in società per azioni (in alternativa agli obblighi di liquidazione o di dismissione di parte delle attività) in caso di superamento della soglia degli otto miliardi di euro di attivo patrimoniale; e, dall'altro lato, la possibilità (demandata, come si vedrà *infra*, al potere regolamentare della Banca d'Italia, esercitabile peraltro anche in deroga alle norme di legge) di escludere in tutto o in parte, o di rinviare senza limiti di tempo e senza alcun corrispettivo compensatorio, il diritto al rimborso del socio che, in conseguenza di tale trasformazione, abbia esercitato il diritto al recesso. Il risultato finale derivante da tale duplice e congiunta previsione solleva dubbi di legittimità costituzionale proprio in relazione al rispetto del citato art. 1, del Protocollo n. 1, oltre che in relazione agli artt. 41 e 42 Cost.. Per un verso, infatti, la trasformazione in società per azioni (deliberata dall'assemblea dei soci: ma in una situazione di sostanziale semi-vincolatività normativa) modifica sensibilmente in senso riduttivo i diritti "amministrativi" del socio (basti pensare, ad esempio, già solo al fatto che viene meno la regola del voto capitario). Per altro verso, la limitazione totale o parziale del diritto al rimborso incide sui diritti patrimoniali del socio, ponendolo di fronte ad un'alternativa tra due opzioni entrambe penalizzanti: accettare il nuovo *status* di socio "ridimensionato" per effetto della deliberata trasformazione in società per azioni, ovvero recedere; con il concreto rischio però di perdere, in tutto o in parte, la quota versata e subendo così una definita perdita patrimoniale (senza alcun corrispettivo o indennità). Il duplice contestuale effetto derivante dall'obbligo di trasformazione (alternativo alla liquidazione o alla riduzione dell'attivo) previsto in capo alla banca popolare e dalla possibile esclusione, totale o parziale, del diritto al rimborso dà così vita ad un meccanismo che, complessivamente considerato, presenta profili di contrasto con la tutela garantita dall'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1; nonché, sul piano costituzionale interno, anche dagli artt. 41 e 42 Cost.. L'esclusione del diritto al rimborso in caso di recesso conseguente alla trasformazione finisce, invero, per tradursi in una sorta di esproprio senza indennizzo (o con indennizzo ingiustificatamente ridotto) della quota societaria. La trasformazione (imposta dal legislatore al di sopra della soglia degli otto miliardi di euro di attivo patrimoniale, sia pure con la previsione di obblighi alternativi in capo alla banca popolare) modifica in senso peggiorativo il contenuto della partecipazione sociale e, quindi, alla luce della nozione sostanziale di proprietà di cui si è detto, riduce il contenuto del diritto di proprietà spettante al socio. Il socio, tuttavia, non ha la garanzia di ottenere il rimborso della quota, nel caso cui ritenga di rinunciare, con il recesso, alla diversa e diminuita "forma di proprietà" derivante dalla trasformazione (imposta *ex lege*) della banca popolare da società cooperativa in società per azioni. In base alla norma censurata, pertanto, il socio può essere privato di un "bene" che gli appartiene (lo *status* di socio di società cooperativa, con i connessi diritti), senza avere la garanzia del diritto al rimborso (e, quindi, in sostanza all'indennizzo) nel caso in cui legittimamente ritenga di non accettare il diverso "bene" (lo *status* di socio in società per azioni) che deriva dalla trasformazione.

Ha ancora affermato la Sezione che l'esigenza di assicurare la sana e prudente gestione dell'attività bancaria non possa giustificare la perdita definitiva del diritto al rimborso; bensì solo il suo differimento nel tempo (con la previsione di un termine massimo prestabilito, rimessa alla

discrezionalità del legislatore) e salva la corresponsione di un interesse corrispettivo. La previsione di un interesse corrispettivo (parametrabile al tasso di riferimento della BCE che è attualmente pari allo 0,00% e, quindi, a sua volta potenzialmente anche prossimo allo 0, purché comunque positivo) è anch'essa imposta dalla necessità di evitare che il sacrificio derivante dal differimento del rimborso della quota – sebbene intrinsecamente minore di quello conseguente alla sua limitazione parziale o, *a fortiori*, totale – risulti del tutto privo di qualsivoglia compensazione, determinandosi, altrimenti, anche sotto tale profilo, una forma (sebbene più larvata) di espropriazione senza indennizzo. L'art. 1, d.l. n. 3 del 2015, anche nella parte in cui non prevede, per il caso di differimento del diritto al rimborso, alcuna forma di corresponsione di un interesse corrispettivo presenta, quindi, profili sufficientemente evidenti di incostituzionalità.

L'art. 1, d.l. n. 3 del 2015 presenta ulteriori dubbi di legittimità costituzionale anche nella parte in cui attribuisce alla Banca d'Italia il potere di disciplinare le modalità dell'esclusione del diritto al rimborso, giacché detto potere viene attribuito “anche in deroga a norme di legge”: con conseguente attribuzione all'Istituto di vigilanza di un potere di delegificazione “in bianco”, senza la previa e puntuale indicazione, da parte del legislatore, delle norme legislative che possano essere derogate e, altresì, in ambiti verosimilmente coperti da riserva di legge. Nel nostro ordinamento il regolamento di delegificazione è espressamente previsto dall'art. 17, comma 2, l. 23 agosto 1988, n. 400, con attribuzione del relativo potere al Governo. Il citato comma 2 dell'art. 17, peraltro, accompagna l'attribuzione al Governo del potere di adottare regolamenti di delegificazione con una serie di garanzie, di ordine sia procedimentale (il parere obbligatorio del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari), sia sostanziale (l'individuazione da parte della fonte primaria delle norme generali regolatrici della materia), oltre a ribadire il limite, già desumibile dalla Costituzione, che esclude tale tipologia regolamentare in materie coperte da riserva assoluta di legge.

Ha ancora affermato la Sezione che i dubbi di costituzionalità sono rafforzati dalla considerazione che tale potere regolamentare atipico con effetto delegificante è attribuito in materie che appaiono coperte da riserva di legge ai sensi degli artt. 23 e 42 Cost.. L'esclusione del diritto al rimborso che si demanda alla regolamentazione della Banca d'Italia si traduce, invero, in una prestazione patrimoniale imposta al socio recedente, rispetto alla quale la riserva di legge prevista dall'art. 23 Cost. preclude una delegificazione regolamentare di così ampia portata. Le considerazioni già svolte in merito all'interferenza tra l'esclusione del diritto al rimborso e la tutela della proprietà privata consentono, infine, di richiamare, ad ulteriore supporto dei dubbi di costituzionalità, la riserva di legge prevista dall'art. 42 Cost. e dall'art. 1, paragrafo 1, del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU. La Sezione ha invece dichiarato manifestamente infondato, tra l'altro, il dubbio di costituzionalità che attiene alla scelta del legislatore di prevedere l'incompatibilità, per le banche popolari, della forma della società cooperativa in caso di superamento del limite degli otto miliardi di euro di attivo (con conseguente obbligo, in caso di superamento, di optare per una tra le seguenti alternative: trasformazione in società per azioni; liquidazione della società; riduzione dell'attivo al di sotto degli otto miliardi di euro). Ciò in quanto l'individuazione delle forme giuridiche nelle quali un ordinamento ritiene che vada necessariamente esercitata l'impresa bancaria rientra nella discrezionalità del legislatore, insindacabile in sede di legittimità, se non a fronte di profili di macroscopica irragionevolezza, indizianti di un eccesso di potere legislativo, profili che nella specie, tuttavia, non si ravvisano. Parimenti manifestamente infondati sono anche i dubbi di legittimità costituzionali volti a lamentare, sotto diversi profili, la lesione delle competenze legislative regionali (segnatamente della potestà legislativa regionale concorrente in materia di “casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale” di cui all'art. 117, comma 3, Cost.), non solo perché nessuna delle banche popolari interessate dalle disposizioni legislative in questione risulta avere carattere regionale, trattandosi di banche che operano sul mercato nazionale e internazionale, ma soprattutto perché in questa materia l'intervento legislativo statale trova il suo titolo legittimante nell'art. 117, comma 2, Cost., che riserva allo Stato le materie sia dell'ordinamento civile (lett. 1), sia della “moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari” (lett. 3).

12.2. Perdita dei requisiti di onorabilità in materia bancaria e finanziaria.

Della perdita dei requisiti di onorabilità in materia bancaria e finanziaria si è occupata la sez. VI con la sentenza n. 882 del 31 marzo 2016, in occasione dell'impugnazione del provvedimento con il quale la Banca d'Italia ha ordinato l'alienazione delle azioni (detenute dalla Fininvest), con le quali Silvio Berlusconi esercitava il controllo su Mediolanum. Nella specie sia la perdita dei requisiti di onorabilità sia l'acquisto delle azioni era avvenuta anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 53, che ha esteso alle Società di Partecipazione Finanziaria Mista i requisiti di onorabilità già previsti per chi detiene partecipazioni qualificate al capitale delle banche.

Ha affermato la Sezione che il principio di irretroattività della legge, sebbene non costituzionalizzato fuori dalla materia penale, rappresenta un principio generale dell'ordinamento giuridico che trova un crescente riconoscimento anche nelle fonti sovranazionali e nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte Europea per la tutela dei diritti dell'uomo. Tale principio assume un rilievo ancora maggiore laddove la legge in ipotesi retroattiva consente (come nel caso sottoposto al vaglio del giudice di appello), l'adozione di provvedimenti sostanzialmente ablatori, in grado di produrre nella sfera giuridica del privato effetti fortemente negativi, che incidono tanto sulla reputazione individuale (perché presuppongono l'assenza dei requisiti di onorabilità) quanto sulla libertà di iniziativa economica (perché precludono la titolarità di partecipazioni al capitale di determinate società); provvedimenti, quindi, in senso lato espropriativi, perché sottraggono al soggetto che ne è destinatario una prerogativa (la possibilità di essere titolari di rapporti di partecipazione societaria oltre una certa soglia) che attiene alla sua stessa capacità giuridica, dando luogo a una forma di incapacità speciale. In questo contesto è evidente che la scelta nel senso della retroattività, sebbene non astrattamente preclusa al legislatore, deve, tuttavia, essere esplicita e univoca. La retroattività della legge (specie quando la legge fonda il potere di adottare provvedimenti fortemente restrittivi della sfera giuridica del privato) rappresenta, infatti, un'eccezione e, come tale, deve essere esplicita, dovendosi, in mancanza di una previsione univoca, optare per l'interpretazione che esclude la retroattività, in conformità ai richiamati principi generali dell'ordinamento giuridico.

Data la premessa la Sezione ha affermato che l'art. 2, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 53 del 2014, che ha esteso a coloro che detengono partecipazioni nel capitale delle Società di Partecipazione Finanziaria Mista (SPFM) i requisiti di onorabilità previsti per i partecipanti al capitale delle banche di cui all'art. 25 del T.U.B., non può essere applicato retroattivamente alle partecipazioni già possedute da chi ha perso i requisiti di onorabilità anteriormente all'introduzione dei requisiti medesimi. Non solo, infatti, manca una espressa deroga al principio di irretroattività, ma, anzi, la norma in questione, rinviando indirettamente al d.m. 18 marzo 1998, n. 144, richiama anche la disciplina transitoria contenuta nell'art. 2 di tale decreto, in forza della quale la perdita dei requisiti non rileva, limitatamente alle partecipazioni già detenute, se verificatasi anteriormente all'entrata in vigore della legge.

Tale norma transitoria, ad avviso della Sezione, non può ritenersi tacitamente abrogata dalla direttiva comunitaria 2007/44/CE, la quale, per sua espressa previsione, non si applica alle partecipazioni già detenute, ma solo agli acquisti di nuove partecipazioni.

13. Borsa.

Con ord. 6 aprile 2016, n. 1380 la sez. VI ha rimesso alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale "Se osti alla corretta applicazione dell'art. 5, par. 4, comma 2, della Direttiva 2004/25/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, concernente le offerte pubbliche di acquisto, in relazione ai principi generali stabiliti dall'art. 3, par.1, della stessa Direttiva, nonché alla corretta applicazione dei principi generali di diritto europeo della certezza del

diritto, di tutela del legittimo affidamento, di proporzionalità, di ragionevolezza, di trasparenza e di non discriminazione, una normativa nazionale, quale quella dell'art. 106, comma 3, lett. d), n. 2), d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52), e successive modificazioni, e dell'art. 47 *octies* della deliberazione della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa - Consob n. 11971 del 14 maggio 1999 (Regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli emittenti), nella parte in cui le citate disposizioni autorizzano la Consob ad aumentare l'offerta pubblica di acquisto di cui al citato art. 106, qualora ricorra la circostanza che 'vi sia stata collusione tra l'offerente o le persone che agiscono di concerto con il medesimo e uno o più venditori', senza individuare le specifiche condotte che integrano tale fattispecie, e dunque senza determinare chiaramente le circostanze e i criteri, in presenza dei quali la Consob è autorizzata a rettificare in aumento il prezzo dell'offerta pubblica di acquisto".

Occorre al riguardo premettere che sia la disciplina comunitaria (art. 5, par.1, Direttiva n. 2004/25/CE) sia la disciplina nazionale (artt. 105, 106 e 109, d.lgs. n. 58 del 1998) prevedono che, qualora una persona fisica o giuridica, per effetto di propri acquisti a titolo oneroso o dell'acquisto da parte di persone che agiscono di concerto con essa, detenga titoli di una società di diritto di uno Stato membro ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato degli Stati membri, i quali, sommati ad una partecipazione già in suo possesso e ad una partecipazione di persone che agiscono di concerto con essa, le conferiscono, direttamente o indirettamente, diritti di voto in detta società in una percentuale tale da esercitare il controllo della stessa (percentuale, fissata dall'art. 106, comma 1, d.lgs. n. 58 del 1998 nella misura superiore al 30 per cento), detta persona sia tenuta a promuovere un'offerta pubblica di acquisto a tutti i possessori di titoli per quelli ammessi alla negoziazione sul mercato regolamentata. L'offerta deve essere promossa al prezzo equo, che è stato definito dall'art. 5, par. 4, della Direttiva come il "prezzo massimo pagato per gli stessi titoli dall'offerente, o da persone che agiscono di concerto con lui, in un periodo, che spetta agli Stati membri determinare, di non meno di sei e non più di dodici mesi antecedenti all'offerta di cui al par. 1", e fissato, dall'art. 106, comma 2, d.lgs. n. 58 del 1998, "a un prezzo non inferiore a quello più elevato pagato dall'offerente e da persone che agiscono di concerto con il medesimo, nei dodici mesi anteriori alla comunicazione di cui all'art. 102, comma 1, per acquisti di titoli della medesima categoria", oppure, in mancanza di acquisti a titolo oneroso di titoli della medesima categoria nel periodo indicato, "ad un prezzo non inferiore a quello medio ponderato di mercato degli ultimi dodici mesi o del minor periodo disponibile".

Il legislatore nazionale ha individuato quale soglia di rilevanza della partecipazione quella del trenta per cento del capitale sociale, calcolata avendo come parametro le sole azioni che attribuiscono il diritto di voto nelle deliberazioni che riguardano la nomina e revoca dei soggetti preposti alla gestione (amministratori o componenti del consiglio di sorveglianza; art. 105, comma 2, d.lgs. n. 58 del 1998).

Ha chiarito la Sezione che la *ratio* della citata disciplina dell'OPA obbligatoria nelle società quotate, che si finanziano attraverso il mercato dei capitali, deve rinvenirsi nella circostanza che, con l'accrescersi della misura del possesso azionario, o anche di strumenti finanziari diversi dalle azioni ma che attribuiscono la disponibilità del diritto di voto, si attualizza sempre più la possibilità per il soggetto che ne è detentore di influenzare i meccanismi di formazione delle determinazioni sociali, sicché la partecipazione sociale può diventare il mezzo per esercitare un autentico potere di indirizzo gestorio anche quando la stessa non integra gli estremi di una partecipazione di controllo in senso tecnico.

Secondo la previsione dell'art. 5, par. 4, comma 2, della Direttiva 2004/25/CE, gli Stati membri possono attribuire alle autorità nazionali di vigilanza, a determinate condizioni, il potere di rettifica, in aumento o in ribasso, del prezzo dell'OPA, come sopra determinato in via autoritativa secondo criteri predeterminati in via generale ed astratta.

Il legislatore italiano, nell'avvalersi di tale possibilità, ha previsto, nell'art. 106, comma 3, lett. d), n. 2), d.lgs. n. 58 del 1998, che "3. La Consob disciplina con regolamento le ipotesi in cui :[...]d) l'offerta, previo provvedimento motivato della Consob, è promossa ad un prezzo superiore a quello più elevato pagato, purché ciò sia necessario per la tutela degli investitori e ricorra almeno una delle seguenti circostanze:[...]2) vi sia stata collusione tra l'offerente o le persone che agiscono di concerto con il medesimo e uno o più venditori;[...]".

In attuazione della citata previsione legislativa l'art. 47-*octies* del Regolamento Emittenti, per quanto qui rileva, statuisce "Art. 47-*octies* (Aumento del prezzo in caso di collusione). 1. Il prezzo dell'offerta è rettificato in aumento dalla Consob, ai sensi dell'articolo 106, comma 3, lettera d), numero 2), del Testo unico, qualora dalla collusione accertata tra l'offerente o le persone che agiscono di concerto con il medesimo e uno o più venditori emerga il riconoscimento di un corrispettivo più elevato di quello dichiarato dall'offerente. In tal caso, il prezzo dell'offerta è pari a quello accertato".

Ora, nel caso di specie, il prezzo dell'OPA è stato rettificato in aumento dalla Consob ritenendo integrata un'ipotesi di collusione tra l'Offerente e i soggetti operanti di concerto con esso e il Venditore.

Quanto alla nozione di accordo collusivo, ha rilevato l'ordinanza in esame che la specificità del settore e la natura del potere in esame della Consob (poteri regolatori e non sanzionatori) sembrano ostativi ad una interpretazione che richieda la prova dell'elemento volitivo e intenzionale in capo a tutti i partecipi dell'accordo. Infatti, nel diritto della concorrenza e di connessa regolazione dei mercati, il concetto di accordo (anche collusivo) vietato per ragioni di tutela del mercato non necessariamente assume il significato di accordo espresso avente ad oggetto immediato e diretto il contenuto vietato dalla legge, ma la sussistenza di un accordo vietato può essere desunto anche da condotte apparentemente autonome degli operatori, da cui su un piano oggettivo scaturisca l'effetto vietato dalla legge.

In sostanza, ai fini dell'accertamento della collusione, non sarebbe necessario che l'Autorità dimostri che il comportamento delle parti sia diretto ad eludere la normativa in materia di OPA, ma solo che questo sia obiettivamente idoneo a conseguire tale effetto, in virtù del riconoscimento al venditore di un corrispettivo maggiore di quello formalmente dichiarato ai fini dell'OPA, e ciò persino nel caso (quale quello in esame), in cui l'effetto sia il frutto del comportamento di soggetti terzi ignari di tale effetto.

Il Consiglio di Stato ha quindi ritenuto rilevante la questione di illegittimità comunitaria, sollevata dalle parti appellanti, sotto il profilo che il concetto di "collusione", quale adottato dalla normativa nazionale di recepimento della Direttiva 2004/25/CE, per la sua indeterminatezza, si porrebbe in contrasto con il principio di certezza dei presupposti del potere di rettifica del prezzo OPA da parte delle Autorità nazionali, statuito dalla citata Direttiva.

Un concetto indeterminato di "collusione" impedirebbe agli operatori del mercato delle società quotate una preventiva valutazione dei comportamenti da assumere prima (e ai fini della) promozione dell'OPA, con la conseguenza che condotte di per sé neutre e lecite sulla base di una valutazione *ex ante* potrebbero essere qualificate *ex post*, sulla base di una ricostruzione incentrata esclusivamente sui relativi effetti oggettivi nel quadro di una situazione più complessa ignota (in tutto o in parte) agli stessi operatori e soggetti coinvolti, come comportamenti collusivi giustificativi dell'esercizio del potere di rettifica in aumento del prezzo.

14. Concessioni.

Con sentenza 12 maggio 2016, n. 1926 la sez. V ha risolto la *vexata quaestio* della possibilità per i Comuni di assoggettare a canone concessorio non ricognitorio (ai sensi del Codice della Strada del 1992) la posa di cavi e tubi interrati per infrastrutturazioni anche di carattere informatico (ad es.: cavi telefonici). Ha stabilito che l'imposizione di un canone non ricognitorio previsto dall'art. 27, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (nuovo Codice della strada) nel caso di uso singolare della risorsa

stradale è legittima solo se consegue a una limitazione o modulazione della possibilità del suo tipico utilizzo pubblico; ma non anche a fronte di tipologie e modalità di utilizzo (quali quelle che conseguono alla posa di cavi e tubi interrati) che non ne precludono ordinariamente la generale fruizione. Naturalmente, in questi ultimi casi, l'imposizione di un canone non ricognitorio avrà un giusto titolo che la renderà legittima per il tratto di tempo durante il quale le lavorazioni di posa e realizzazione dell'infrastruttura a rete impediscono la piena fruizione della sede stradale; ma non si rinviene una giustificazione di legge per ammettere che una siffatta imposizione possa proseguire anche indipendentemente da questa occupazione esclusiva, cioè nel periodo successivo (che può essere anche pluridecennale) durante il quale la presenza in loco dell'infrastruttura di servizio a rete non impedisce né limita la pubblica fruizione della sede stradale. È quindi illegittimo il regolamento comunale di disciplina del canone concessorio patrimoniale non ricognitorio di cui all'art. 27, d.lgs. n. 285 del 1992, nella parte in cui prevede il pagamento di tale canone per una rete di acquedotto interrata, atteso che le condutture sotterranee e i manufatti accessori relativamente ai quali è richiesto il canone sono *ex se* destinati alla prestazione di servizi pubblici, ragione per cui difetta il presupposto – necessario ai sensi del richiamato art. 27 – rappresentato dalla sottrazione del sedime stradale all'uso pubblico.

15. Contratti e accordi.

15.1. Requisiti di partecipazione alle gare pubbliche.

■ Moralità professionale degli *ex* amministratori di imprese concorrenti.

La sez. VI, ribadita la rilevabilità *ex officio* dei quesiti da sottoporre in via pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, con ord. 21 marzo 2016, n. 1160 ha sottoposto alla Corte una questione concernente la disciplina dettata dall'art. 38, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 in relazione alla c.d. moralità professionale degli *ex* amministratori di imprese concorrenti.

Ha ricordato la Sezione che l'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie *sub iudice*), come modificato dall'art. 4, comma 2, lett. b), d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito nella l. 12 luglio 2011, n. 106, nella versione applicabile *ratione temporis* alla procedura di evidenza pubblica di cui è causa, prevede che la causa di esclusione, costituita dalla pronuncia di sentenza irrevocabile di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti ex artt. 444 ss. cod. proc. pen., per i reati ivi specificati, opera anche “nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata”.

La Sezione ha ritenuto necessario, al fine del decidere il merito della controversia e non ricorrendo le condizioni di esenzione del giudice di ultima istanza dall'obbligo di rinvio ai sensi dell'art. 267 del Trattato, investire la Corte di Giustizia dell'Unione Europea della questione pregiudiziale “se osta alla corretta applicazione dell'art. 45, par. 2, lett. c) e g), e par. 3, lett. a), della Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 e dei principi di diritto europeo di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, di parità di trattamento, di proporzionalità e di trasparenza, di divieto di aggravio del procedimento e di massima apertura alla concorrenza del mercato degli appalti pubblici, nonché di tassatività e determinatezza delle fattispecie sanzionatorie, una normativa nazionale, quale quella dell'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006, nella parte in cui estende il contenuto dell'ivi previsto obbligo dichiarativo sull'assenza di sentenze definitive di condanna (comprese le sentenze di applicazione della pena su richiesta delle pari), per i reati ivi indicati, ai soggetti titolari di cariche nell'ambito delle imprese concorrenti, cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, e configura una correlativa causa di esclusione dalla gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa

ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata di tali soggetti, rimettendo alla discrezionalità della stazione appaltante la valutazione sull'integrazione della condotta dissociativa che consente alla stazione appaltante di introdurre, su un piano effettuale, a pena di esclusione dalla gara: oneri informativi e dichiarativi relativi a vicende penali non ancora definite con sentenza irrevocabile (e, quindi, per definizione di esito incerto), non previsti dalla legge neppure in ordine ai soggetti in carica; oneri di dissociazione spontanea, indeterminati quanto alla tipologia delle condotte scriminanti, al relativo riferimento temporale (anche anticipato rispetto al momento di irrevocabilità della sentenza penale) e alla fase della procedura in cui devono essere assolti; oneri di leale collaborazione dal contorno indefinito, se non con richiamo alla clausola generale della buona fede”.

■ Documento unico di regolarità contributiva.

L'Adunanza plenaria n. 5 del 29 febbraio 2016 ha pronunciato in ordine alla portata della previsione del comma 8 dell'art. 31, d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (secondo cui ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva, in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'art. 1, l. 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità).

Ha chiarito l'Alto Consesso che, ai fini della partecipazione alle gare di appalto, anche dopo l'entrata in vigore del citato comma 8 dell'art. 31 non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa concorrente essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato di regolarità per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, in tal modo palesando l'irrelevanza di un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. Tale disposizione non può infatti interpretarsi nel senso di subordinare il carattere definitivo della violazione previdenziale (che, ai sensi dell'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006, rappresenta un elemento ostativo alla partecipazione alle gare d'appalto) alla condizione che l'impresa, che versi in stato di irregolarità contributiva al momento della presentazione dell'offerta, venga previamente invitata a regolarizzare la propria posizione previdenziale e che, nonostante tale invito, perseveri nell'inadempimento dei propri obblighi contributivi.

Ha aggiunto l'Adunanza plenaria che il comma 8 dell'art. 31, nel prevedere l'onere del previo invito alla regolarizzazione fa testualmente riferimento all'attività di “verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva” richiesto dal datore di lavoro. Ben diversa è l'attività che l'Ente previdenziale compie non per rilasciare il DURC su richiesta dell'impresa, ma per verificare, su richiesta della stazione appaltante, la veridicità della dichiarazione sostitutiva relativa al requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 163 del 2006. La netta distinzione tra le due fattispecie di DURC – quello rilasciato su richiesta di parte e quello acquisito d'ufficio dalla stazione appaltante nell'ambito delle procedure di gara (o della successiva fase di esecuzione del contratto) – trova ancora conferma nel testo dell'art. 33, d.l. n. 69 del 2013. Nell'ambito di tale articolo, il DURC relativo all'aggiudicazione e all'esecuzione dei contratti pubblici è fatto oggetto di specifica disciplina nei commi 3, 4 e 5, 6 e 7. In questi commi, il legislatore non prevede mai, neanche implicitamente o indirettamente, la possibilità di regolarizzazione postuma dell'eventuale inadempimento contributivo che dovesse essere riscontrata in capo all'impresa che ha partecipato alla gara o che sta eseguendo il contratto. Solo il comma 8, che si riferisce però al DURC rilasciato su

richiesta di parte, prevede il previo invito alla regolarizzazione. La conclusione che si trae, anche alla luce del fondamentale canone interpretativo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, è univoca: l'invito alla regolarizzazione è un istituto estraneo alla disciplina dell'aggiudicazione e dell'esecuzione dei contratti pubblici. Tale risultato interpretativo è ulteriormente confermato dalla considerazione che l'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006 rinvia alle norme dell'ordinamento previdenziale solo per stabilire quando l'irregolarità contributiva deve considerarsi "grave" (prevedendo letteralmente che, "ai fini del comma 1, lett. i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva"). Analogo rinvio non è presente, invece, per quanto riguarda l'altra caratteristica che la violazione contributiva deve avere affinché rilevi come causa ostativa alla partecipazione alle gare d'appalto (essere appunto "definitivamente accertata"). Da qui la conclusione che la nozione di "definitivo accertamento" che viene in rilievo nell'ambito del Codice dei contratti pubblici debba essere ricostruita in maniera autonoma rispetto alla disciplina dell'ordinamento previdenziale, e prescindendo, pertanto, dalla necessità della previa attivazione di meccanismi di regolarizzazione postuma. Nessun argomento in senso contrario può trarsi dal d.m. 30 gennaio 2015 e dalla successiva circolare interpretativa del Ministero del Lavoro – Direzione generale per l'attività ispettiva dell'8 giugno 2015, n. 19. Appurato, infatti, che a livello di normativa primaria, la disciplina dell'affidamento degli appalti pubblici non consente la regolarizzazione postuma della irregolarità contributiva, deve certamente escludersi che tale forma di regolarizzazione possa essere stata introdotta da una fonte di rango regolamentare, quale è il d.m. 30 gennaio 2015.

È fin troppo evidente che il generale principio di gerarchia delle fonti normative non permette che una norma regolamentare introduca una forma di regolarizzazione incompatibile con la disciplina di rango legislativo.

L'Adunanza plenaria ha infine chiarito che l'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. 'preavviso di DURC negativo'), già previsto dall'art. 7, comma 3, d.m. 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, d.l. n. 69, può operare soltanto nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 163 del 2006 ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

Sul requisito della definitività dell'accertamento delle violazioni in materia di contributi previdenziali ed assistenziali, previsto dall'art. 38, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, come causa di esclusione dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, è tornata la stessa Adunanza plenaria con la sentenza 25 maggio 2016, n. 10. L'introduzione, o meglio la "legificazione" del preavviso di DURC negativo, ha posto il problema di individuare esattamente il momento a partire dal quale la violazione della legislazione in materia di contributi previdenziali ed assistenziali possa ritenersi definitiva, ai fini dell'applicazione dell'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006.

Sul punto è sorto un contrasto giurisprudenziale. Secondo un primo filone giurisprudenziale l'art. 31, comma 8, d.l. n. 69 del 2013 farebbe emergere la volontà del legislatore di favorire la massima partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici: per tale ragione la stazione appaltante non dovrebbe limitarsi a prendere atto della irregolarità emersa dal DURC, ma dovrebbe procedere a valutarne autonomamente il carattere definitivo. A tali conclusioni si dovrebbe giungere in virtù di un'implicita modifica all'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006, determinata proprio dall'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, d.l. n. 69 del 2013: in altri termini, l'assenza del requisito di regolarità contributiva assumerebbe carattere definitivo soltanto al termine dei quindici giorni

previsti dalla procedura di regolarizzazione della posizione contributiva. Questo indirizzo interpretativo condurrebbe, quindi, a ritenere possibile la presentazione di una domanda di partecipazione ad una gara, in pendenza del termine assegnato dall'ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva, qualora sia stata al contempo estinta la situazione di irregolarità: in tal caso, infatti, la situazione di irregolarità non potrebbe ritenersi "definitivamente accertata". Un secondo e contrapposto indirizzo giurisprudenziale afferma, invece, che non potrebbe essere rimessa alla stazione appaltante la valutazione circa la gravità né la definitività dell'irregolarità contributiva ascrivibile all'impresa concorrente: l'art. 31, comma 8, d.l. n. 69 del 2013, pur prevedendo un meccanismo di "flessibilizzazione" delle situazioni di irregolarità contributiva, non avrebbe modificato le modalità di verifica, da parte delle stazioni appaltanti, dei requisiti partecipativi. Di conseguenza, la definitività della situazione di irregolarità contributiva dovrebbe coincidere sempre con il termine previsto per la presentazione delle offerte per partecipare alla procedura, concretizzandosi, in caso contrario, una lesione del principio della *par condicio* fra concorrenti e dell'interesse pubblico alla scelta di un contraente affidabile.

L'Alto Consesso ha ritenuto che il quesito possa essere risolto rinviando al principio di diritto espresso dalla stessa Adunanza Plenaria nelle sentenze nn. 5 e 6 del 29 febbraio 2016. L'art. 31, d.l. n. 69 del 2013 non ha modificato la disciplina dettata dall'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006: la regola del preavviso di DURC negativo, dunque, non trova applicazione nel caso di certificazione richiesta dalla stazione appaltante, ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dell'impresa partecipante. Il meccanismo, di cui al citato art. 31, comma 8, si applica solo nei rapporti fra ente previdenziale ed operatore economico richiedente, senza venire in rilievo nel caso in cui sia la stazione appaltante a richiedere il DURC ai fini della verifica circa la regolarità dell'autodichiarazione.

■ **Regolarità fiscale.**

Nella sentenza 24 novembre 2016, n. 4960 la sez. V si è occupata della dimostrazione del possesso del requisito della regolarità fiscale di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Ha affermato che la mera presentazione dell'istanza di dilazione non consente, nel quadro normativo delineato dall'art. 52, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, di vantare la regolarità fiscale ai sensi del citato art. 38.

Ha osservato la Sezione che ai fini dell'integrazione del requisito della regolarità fiscale di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 163 del 2006, non è sufficiente che, entro il termine di presentazione dell'offerta, sia stata presentata da parte del concorrente istanza di rateazione del debito tributario, ma occorre invece che il relativo procedimento si sia concluso con un provvedimento favorevole. Non è pertanto ammissibile la partecipazione alla procedura di gara del soggetto che, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, non abbia conseguito il provvedimento di accoglimento dell'istanza di rateizzazione. Le modifiche apportate dal d.l. n. 69 del 2013 all'art. 19, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 non hanno portato, ad avviso della Sezione, al superamento di tale principio. Al contrario, la novella ha inciso solo sul rilievo del carattere discrezionale dell'ammissione al beneficio della dilazione in base al quadro normativo vigente al momento in cui la decisione in questione è stata resa. Ma non risulta affatto superata la circostanza per cui il meccanismo novativo sotteso all'istituto della dilazione fa sì che, nell'arco di tempo che precede l'accoglimento della domanda, resti in vita il debito originario, la cui esistenza è ammessa dallo stesso contribuente con la presentazione della domanda di dilazione del pagamento delle somme iscritte a ruolo. Ne consegue che il debito gravante sul contribuente prima dell'accoglimento dell'istanza, in caso di richiesta di rateizzazione non ancora accolta all'atto della scadenza dei termini di presentazione delle domande di partecipazione, sia unicamente quello originario, in quanto tale certo (tanto nella sua esistenza

quanto nel suo ammontare), scaduto ed esigibile nei sensi richiesti dal comma 2 dell'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006. Da tanto consegue che, a prescindere dalle innovazioni introdotte sul punto dal richiamato d.l. n. 69 del 2013, non risulta allo stato superato il principio secondo cui la presentazione dell'istanza di dilazione non incide sulla definitività dell'accertamento relativo all'insoluto tributario e non preclude (anzi, in certa misura conferma) l'obbligo di dare applicazione all'art. 38, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 163.

■ **Attestazioni Soa.**

Con riferimento alle attestazioni Soa è da segnalare la sentenza della sez. V, 20 luglio 2016, n. 3670, che ha chiarito che la richiesta di rinnovo di un'attestazione Soa, che comprenda una categoria per la quale già si possedeva una precedente attestazione, produce gli stessi effetti della verifica triennale di quest'ultima e consente di partecipare alle pubbliche gare senza soluzione di continuità. Ciò in base alla considerazione logica per cui la procedura di rilascio di una nuova attestazione che copra sia le categorie precedentemente possedute, sia categorie nuove, comprende gli stessi contenuti della procedura di verifica delle sole categorie già possedute, e quindi non può avere su queste ultime effetti deteriori. Aggiungasi che il procedimento di rinnovo si sostanzia in un'istruttoria a più ampio raggio, che coinvolge oltre agli elementi rilevanti in sede di verifica triennale, anche elementi ulteriori rispetto a quelli da valutare ai fini di quest'ultima. Sarebbe, quindi, illogico attribuire al procedimento di rinnovo effetti minori o addirittura deteriori rispetto a quelli ricollegabili al procedimento di verifica. In definitiva, ad avviso della sezione, ove l'impresa richieda tempestivamente la verifica quinquennale, non vi sia soluzione di continuità nella propria qualificazione, per cui essa può, nelle more, partecipare alle pubbliche gare.

Invero, la valenza costitutiva della certificazione rilasciata da una Soa va correlata con lo scopo che la funzione di certificazione persegue, cioè l'attestazione che l'impresa possiede determinati requisiti soggettivi per eseguire opere pubbliche di un certo importo e che li mantiene nel corso di validità del periodo di vigenza della relativa certificazione. Pertanto, il rinnovo, così come la verifica, di una Soa hanno effetti solutori della validità della stessa solo nel caso in cui venga accertata la perdita dei requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa al momento del rilascio della prima attestazione; ciò vale anche per il periodo intertemporale tra due certificazioni Soa: il rilascio di un nuovo attestato Soa, in fatto, certifica non solo la sussistenza dei requisiti di capacità da un data ad un'altra, ma anche che l'impresa non ha mai perso quei requisiti in passato già valutati e certificati positivamente ma li ha mantenuti anche nel periodo di rilascio della nuova certificazione.

15.2. Soccorso istruttorio.

La sentenza n. 3667 del 22 agosto 2016 della sez. V si è occupata dell'istituto del c.d. soccorso istruttorio e della debenza della sanzione alla luce del vecchio Codice dei contratti (art. 38, comma 2-*bis*, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) e del nuovo Codice (art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

Ha chiarito la Sezione che l'introduzione (ad opera del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114) del comma 2 *bis* nell'art. 38 del vecchio Codice dei contratti pubblici, 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; e ha "in tal caso" (cioè: di fronte alla semplice mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale di cui sopra) 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, ad avviso della Sezione, 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, il cui scopo è dunque 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 il fatto 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 concludente della non risposta alla richiesta di regolarizzazione; ne consegue 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 Sezione ha quindi concluso rilevando che, trattandosi di sanzione pecuniaria infraprocedimentale che fa sistema con la disciplina del procedimento definita dal d.lgs. n. 163 del 2006, il principio di irretroattività della nuova legge impedisce di dare rilievo alla circostanza che il d.lgs. n. 50 del 2016 preveda, all'art. 83, comma 9, che "la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione": l'art. 38, comma 2 *bis*, d.lgs. n. 163 del 2006 resta cioè applicabile *ratione temporis*. Il sistema della nuova disciplina (che muove dal criterio direttivo indicato dall'art. 1, lett. z, della legge di delega 28 gennaio 2016, n. 11, che attribuisce ai partecipanti alla gara la piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda) è innovativamente incentrato sul concetto di sanatoria conseguente al soccorso istruttorio e non separa il momento procedimentale da quello sanzionatorio.

15.3. Avvalimento.

■ Contratto di avvalimento.

L'Adunanza plenaria 4 novembre 2016, n. 23 ha affermato importanti principi in tema di contratto di avvalimento (su questione rimessa dal C.g.a., con ord. 19 febbraio 2016, n. 52), alla luce della disciplina dettata dal Codice dei contratti (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) e con il regolamento approvato con d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

Ha premesso che l'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento UE e che esso risulta volto, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, a conseguire l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza, facilitando l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, cui tende altresì la direttiva 2004/18 (considerando 32). Trattandosi di obiettivi generali dell'ordinamento eurounitario (e sulla base di generali canoni ermeneutici di matrice UE), grava sull'operatore nazionale l'obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale in senso conforme ad essi (c.d. criterio dell'interpretazione conforme) e di non introdurre vincoli e limiti ulteriori e diversi rispetto a quelli che operano con riferimento ad analoghe figure del diritto interno (si tratta di un corollario applicativo dei generali principi di parità di trattamento e di non discriminazione che devono assistere le posizioni giuridiche e gli istituti di matrice eurounitaria).

Ciò premesso, l'Alto Consesso ha affermato che l'applicazione dei richiamati canoni di parità di trattamento e di non discriminazione osta alla proposta interpretazione secondo cui l'individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento dovrebbe sottostare a requisiti ulteriori e più stringenti rispetto a quelli ordinariamente previsti per la generalità dei contratti ai sensi degli artt. 1325 e 1346 cod. civ., con la conseguenza che al contenuto di tali disposizioni, ed all'interpretazione che ne è comunemente data, va riportato anche il disposto di cui all'art. 88, comma 1, d.P.R. n. 207 del 2010, che va pertanto letto in coerenza con le predette disposizioni codicistiche. In particolare, l'applicazione dei richiamati canoni osta alla tesi secondo cui mentre per la validità dei contratti in generale è richiesto un oggetto di carattere determinato ovvero determinabile, al contrario per il contratto di avvalimento sarebbe sempre e comunque richiesto un oggetto determinato (restando esclusa la determinabilità dello stesso sulla base degli ordinari criteri dell'ermeneutica contrattuale). Ha aggiunto l'Adunanza plenaria che l'art. 88, comma 1, lett. f), d.P.R. n. 207 del 2010 (secondo cui "per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'art. 49, comma 2, lett. f, del Codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente (...) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico") non può essere inteso nel senso di avere introdotto una sostanziale deroga (in senso restrittivo) ai generali canoni civilistici in tema di requisiti dell'oggetto del contratto. Ed invero, il regolamento approvato con d.P.R. n. 207 del 2010 appartiene al *genus* dei regolamenti di esecuzione e attuazione di cui all'art. 17, comma 1, lett. a) e b), l. 23 agosto 1988, n. 400, cioè uno strumento normativo attraverso il quale non è possibile introdurre disposizioni sostanzialmente derogatorie della normativa primaria di riferimento; né le disposizioni primarie che disciplinavano l'istituto dell'avvalimento nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006 (artt. 49 e 50) legittimavano in alcun modo l'introduzione in sede regolamentare di disposizioni volte a derogare all'ordinaria disciplina civilistica in tema di oggetto del contratto (art. 1346 c.c.). Al contrario, l'unica disposizione che rinviava alla valenza attuativa e integrativa del regolamento era il comma 1 dell'art. 50 il quale, oltre a riferirsi alla diversa materia dell'avvalimento nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di qualificazione, non legittimava in alcun modo l'introduzione della richiamata disciplina derogatoria. Più in generale, l'art. 5, comma 5, d.lgs. n. 163 del 2006 (*id est*, la disposizione che, in generale, individuava gli ambiti in relazione ai quali il regolamento avrebbe potuto introdurre disposizioni di attuazione ed esecuzione) non contemplava a propria volta l'introduzione di disposizioni derogatorie in tema di oggetto del contratto di avvalimento (né può ritenersi che un'indicazione in tal senso fosse desumibile dalla lett. g) del comma 5 cit., il quale demandava al regolamento il compito di emanare disposizioni attuative ed esecutive in tema di requisiti soggettivi e di qualificazione degli operatori economici).

Per completezza espositiva l'Adunanza plenaria ricorda che anche il nuovo Codice dei contratti, approvato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non introduce, in tema di avvalimento, disposizioni derogatorie e di maggior rigore in tema di determinabilità dell'oggetto del contratto. In particolare,

l'art. 89 non ha introdotto disposizioni puntuali volte a vincolare le forme di rappresentazione dell'oggetto del contratto, limitandosi a stabilire che esso debba esplicitare l'obbligo nei confronti del concorrente "a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto". Ne consegue che anche alla luce del nuovo Codice non risulta suffragata la più rigida lettura secondo cui la mera determinabilità (e non già la diretta determinatezza) dell'oggetto del contratto di avvalimento ne determinerebbe per ciò stesso la radicale invalidità.

In conclusione, l'indagine in ordine agli elementi essenziali del contratto di avvalimento deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale e, segnatamente, sulla base dell'art. 1363 c.c. (rubricato 'Interpretazione complessiva delle clausole'), secondo cui "le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto" e dell'art. 1367 del medesimo codice (rubricato 'Conservazione del contratto'), secondo cui "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".

Alla luce delle predette argomentazioni, l'Adunanza plenaria ha affermato che l'art. 49, d.lgs. n. 163 del 2006 e l'art. 88, d.P.R. n. 207 del 2010, in relazione all'art. 47, par. 2 della direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi in cui una parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 cod. civ.. In siffatte ipotesi, neppure sussistono i presupposti per fare applicazione della teoria c.d. del 'requisito della forma/contenuto', non venendo in rilievo l'esigenza (tipica dell'enucleazione di tale figura) di assicurare una particolare tutela al contraente debole attraverso l'individuazione di una specifica forma di 'nullità di protezione'. Le conclusioni di cui sopra trovano applicazione, non ravvisandosi ragioni in senso contrario, anche nel caso di categorie che richiedono particolari requisiti di qualificazione.

■ Avvalimento dei progettisti.

Con ord. n. 636 del 17 febbraio 2016 la sez. V, richiamando una precedente ordinanza di rimessione su identica problematica, ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea 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, secondo la giurisprudenza nazionale, non essendo concorrente, non potrebbe ricorrere all'istituto dell'avvalimento.

La questione sostanziale si risolve nello stabilire se il progettista indicato, nella accezione e terminologia usata dal citato art. 53, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006, possa o meno fare ricorso ad un progettista terzo, utilizzando a sua volta l'istituto dell'avvalimento. La possibilità che il progettista "indicato" ai sensi della predetta norma possa a sua volta qualificarsi mediante l'istituto dell'avvalimento, è stata esclusa sul rilievo che: a) il criterio letterale posto dall'art. 49, d.lgs. n. 163 del 2006 per il quale solo "il concorrente" singolo, consorziato o raggruppato può ricorrere all'avvalimento trattandosi di un istituto di soccorso al concorrente in sede di gara per cui va escluso chi si avvale di soggetto ausiliario a sua volta privo del requisito richiesto dal bando; b) il fatto che se il progettista indicato non è legato da un vincolo negoziale con la stazione appaltante, a maggior ragione non è legato il suo ausiliario che è soggetto terzo che non può offrire alcuna garanzia all'Amministrazione: solo il concorrente assume infatti obblighi contrattuali con la Pubblica amministrazione appaltante tanto che l'ausiliario, a mente dell'art. 49, comma 2, lett. d), si obbliga verso il concorrente e la stazione appaltante a mettere a disposizione le risorse necessarie di cui è carente il concorrente mediante apposita dichiarazione; inoltre l'ausiliario diventa *ex lege*

responsabile in solido con il concorrente in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (art. 49, comma 4) e la responsabilità solidale, che è garanzia di buona esecuzione dell'appalto, può sussistere solo in quanto l'impresa ausiliaria sia collegata contrattualmente al concorrente tant'è che l'art. 49 prescrive l'allegazione, già in occasione della domanda di partecipazione, del contratto di avvalimento. Ha quindi chiarito la Sezione che "il disposto di cui al citato art. 53, comma 3, d.lgs. n. 163 si limita a statuire che il progettista qualificato, del quale l'impresa concorrente intenda "avvalersi" in alternativa alla costituzione di un'Ati con il medesimo, debba essere semplicemente indicato, non prescrivendo la norma in questione che debbano anche prodursi in sede di gara le dichiarazioni contemplate dall'art. 49 dello stesso decreto per la disciplina dell'istituto dell'avvalimento negli appalti di lavori, servizi e forniture, ed 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, del Codice con altra impresa contestualmente partecipante alla gara, etc.) o alla impresa partecipante avvalsa (contratto di avvalimento intercorso con l'impresa ausiliaria avvalente)".

Ha ancora ricordato la Sezione che nel caso del sistema di selezione costituito dall'appalto integrato il progettista prescelto dall'impresa partecipante ed indicato alla stazione appaltante non assume la qualità di concorrente, la quale compete unicamente all'impresa, rimanendo il primo un mero collaboratore esterno, la cui posizione non rileva nei rapporti con l'Amministrazione appaltante. Inoltre nel caso in cui sia lo stesso progettista indicato a ricorrere ai requisiti posseduti da terzi, ciò comporterebbe potenzialmente una catena di avvalimenti di "ausiliari dell'ausiliario", non consentendo un controllo agevole da parte della stazione appaltante in sede di gara sul possesso dei requisiti dei partecipanti. Ha aggiunto la Sezione che secondo la giurisprudenza comunitaria (10 ottobre 2013, C-94/12) l'istituto dell'avvalimento si applica non ai soli concorrenti ma a tutti gli operatori economici, tenuti a qualsiasi titolo a dimostrare il possesso dei requisiti in sede di gara, con la conseguenza che si pone il dubbio che un soggetto che è qualificato dalla nostra giurisprudenza amministrativa come mero "collaboratore dell'offerente", pur essendo tenuto a dimostrare i necessari requisiti di qualificazione previsti dal bando di gara, in base al citato art. 53, comma 3, del Codice dei contratti, possa non essere qualificabile come operatore economico e, quindi, non possa fare ricorso all'istituto dell'avvalimento.

■ **Sostituzione dell'impresa ausiliaria, indicata nel contratto di avvalimento, che ha perso i requisiti.**

Ancora in tema di avvalimento da segnalare la rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione europea, disposta dalla sez. IV con ord. 15 aprile 2016, n. 1522, della questione relativa alla possibile sostituzione dell'impresa ausiliaria che abbia perso i requisiti. E' stato in particolare chiesto se gli artt. 47, secondo alinea, e 48, terzo alinea, della direttiva 2004/18/CE, come sostituiti dall'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, ostino ad una disciplina normativa nazionale che esclude, o possa essere interpretata nel senso che esclude, la possibilità per l'operatore economico, ossia per il soggetto che concorre alla gara, di indicare altra impresa in luogo di quella originariamente assunta quale "impresa ausiliaria", che abbia perduto o abbia visto ridurre i requisiti di partecipazione, e quindi comporti l'esclusione dell'operatore economico dalla gara per fatto non a lui riconducibile né oggettivamente né soggettivamente.

Ha chiarito la Sezione che la normativa nazionale italiana, attuativa della direttiva 2004/18/CE, e segnatamente l'art. 49, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, mentre ammette, in attuazione dell'art. 47, secondo alinea, e 48, terza alinea, della direttiva (ora sostituiti dalla disciplina dell'art. 63 della

direttiva 2014/24/UE), che il concorrente possa avvalersi dei requisiti e attestazioni di altra impresa c.d. ausiliaria, non consente espressamente, a differenza di quanto previsto, sia pure per la fase di esecuzione, dall'art. 38, commi 17 e 18, dello stesso d.lgs. n. 163 del 2006, che in caso di perdita o riduzione dei requisiti di partecipazione in capo all'impresa ausiliaria indicata essa possa essere sostituita con altra impresa. La disciplina normativa comunitaria parrebbe quindi assegnare rilievo, in chiave sostanziale, alla prova che l'impresa di cui il concorrente si avvale abbia i requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica e stabilisce altresì, nel caso in cui il soggetto indicato "non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione", che l'amministrazione aggiudicatrice imponga all'operatore economico, ossia al soggetto che concorre alla gara, di sostituire tale soggetto.

Conseguentemente, viene rimessa alla Corte di giustizia la questione circa la compatibilità con la disciplina europea di quella nazionale, nella misura in cui quest'ultima appunto non consente all'operatore economico che concorre alla gara di indicare altra impresa in luogo di quella originariamente assunta quale "impresa ausiliaria", che abbia perso o abbia visto ridurre i requisiti di partecipazione.

15.4. Sostituzione dell'impresa mandataria a seguito di una informativa antimafia interdittiva.

Con la sentenza 8 febbraio 2016, n. 34 il C.g.a. ha analizzato la problematica relativa alla sostituzione dell'impresa mandataria divenuta incapace a seguito di una informativa antimafia interdittiva.

Ha premesso che nelle gare pubbliche vige il principio di immodificabilità soggettiva del partecipante alla procedura, il quale comporta – per quanto riguarda i soggetti associati – che è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari dei concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.

Eccezioni a tale principio sono individuate dall'art. 37, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 nel caso di fallimento: il Codice prevede che se viene meno il mandatario originario (per le varie cause ivi indicate) il rapporto contrattuale può proseguire con l'Ati solo se un altro operatore economico in possesso dei requisiti si costituisce come nuovo mandatario o altrimenti si estingue. Invece, se viene meno il mandante il rapporto con l'Ati prosegue comunque, o con la sostituzione di quello o con l'esecuzione della prestazione, già affidata al mandante stesso, da parte del mandatario o degli altri mandanti (se ci sono).

Ha aggiunto il Consiglio di giustizia che, invece, nel caso in cui l'operatore economico contraente sia colpito da interdittiva antimafia ulteriori previsioni si rinvengono negli artt. 94 e 95 del Codice antimafia approvato con d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159. Come è evidente, il Codice antimafia detta (art. 95, comma 1) una disciplina sostanzialmente sovrapponibile a quella del Codice appalti nel caso di interdittiva a carico dell'impresa mandante; per il resto individua, invece (art. 94, comma 2) la regola generale del recesso dal contratto: così che, se si ritenesse di dover applicare questa regola anche al caso dell'impresa mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese sussisterebbe un contrasto con la previsione del Codice appalti che consente invece la prosecuzione del rapporto previa sostituzione del mandatario.

E' stato ancora ricordato nella sentenza che, in applicazione del generale canone ermeneutico secondo cui la norma generale posteriore non prevale sulla speciale anteriore, non si può ritenere che la norma antimafia (generale, perchè riguarda contratti, contributi, concessioni etc.) abbia inciso sulla previsione recata dalla normativa appalti in caso di interdittiva della mandataria, previsione che è a sua volta già speciale e già derogatoria. Non deve infatti dimenticarsi che l'art. 37, comma 18, d.lgs. n. 163 del 2006 – oltre ad essere intrinsecamente speciale per quel che concerne gli

specifici appalti ivi disciplinati e l'aggiudicazione degli stessi a concorrenti associati – comporta, nell'ipotesi della sopravvenuta incapacità della mandataria, una deroga al regime generale dell'immodificabilità del concorrente associato disegnato da quel Codice; ne consegue che non può ipotizzarsi che la normativa generale antimafia possa aver (silenziosamente, oltretutto) abrogato *in parte qua* una norma avente simili caratteristiche.

Ha aggiunto il Consiglio di giustizia che sul piano testuale un relativo supporto alla tesi qui sostenuta si ricava anche dalla rubrica del citato art. 95 del Codice antimafia (Disposizioni relative ai contratti pubblici), dalla quale risulta come quel Legislatore, certo non troppo coerentemente, ha ritenuto di intervenire sulla problematica dei concorrenti associati nei pubblici appalti solo con la previsione - essa sì speciale rispetto alla regola generale del recesso - sulle mandanti colpite da interdittiva. La tesi della prevalenza delle norme conservative dettate dal Codice appalti trova valido riscontro soprattutto sul piano sistematico. E', infatti, evidente che la responsabilità dell'impresa soggetta ad infiltrazione non può che essere personale e soggettiva, in difetto di prova contraria, e non può quindi automaticamente propagarsi a carico di altri autonomi soggetti imprenditoriali, con la conseguenza che ragionevolmente il Legislatore – nel bilanciamento dei contrapposti interessi - ha inteso contemperare il prosieguo dell'iniziativa economica delle imprese in forma associata con le esigenze afferenti alla sicurezza e all'ordine pubblico connesse alla repressione dei fenomeni di stampo mafioso consentendo appunto la prosecuzione dell'appalto purchè, a mezzo di pronte misure espulsive, si determini l'allontanamento e la sterilizzazione dell'impresa in pericolo di condizionamento mafioso.

15.5. Offerte economica e tecnica.

■ Costi interni per la sicurezza.

Sulla doverosità del c.d. soccorso istruttorio in caso di omessa indicazione, nel silenzio della *lex specialis* di gara, dei costi interni per la sicurezza nell'offerta economica presentata dal concorrente ad una gara pubblica per l'appalto di lavori, servizi o forniture, bandita nella vigenza del Codice dei contratti approvato con d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, è intervenuta l'Adunanza plenaria. Con sentenza 27 luglio 2016, n. 19 ha chiarito la portata dei principi precedentemente espressi dallo stesso Alto Consesso, con la sentenza 2 novembre 2015, n. 9. Con tale ultima pronuncia era stato escluso che fossero esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si fosse conclusa prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria 20 marzo 2015, n. 3 (che aveva affermato il principio secondo cui nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara).

Ha affermato l'Adunanza plenaria n. 19 del 2016 che l'automatismo dell'effetto escludente si pone in contrasto con i principi di certezza del diritto, tutela dell'affidamento, nonché con quelli, che assumono particolare rilievo nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, di trasparenza, proporzionalità e *par condicio*.

Ha ricordato che la Corte di giustizia (9 febbraio 2006, La Cascina e a., C 226/04 e C 228/04, EU:C:2006:94, punto 32) ha dichiarato che i principi di trasparenza e di parità di trattamento che disciplinano tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici richiedono 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 requisiti valgono per tutti i concorrenti. Ne consegue che la regola dell'esclusione automatica, senza il previo esercizio della soccorso istruttorio, del concorrente che non abbia specificato nell'offerta

gli oneri di sicurezza risulterebbe sproporzionata e sostanzialmente iniqua. Nel silenzio della *lex specialis* di gara si è ingenerato in capo ai concorrenti un significativo affidamento circa la non sussistenza dell'obbligo di indicare nell'offerta economica gli oneri di sicurezza.

Ha aggiunto l'Alto Consesso che gli oneri di sicurezza rappresentano un elemento essenziale dell'offerta (la cui mancanza è in grado di ingenerare una situazione di insanabile incertezza assoluta sul suo contenuto) solo nel caso in cui si contesta al concorrente di avere formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento dei obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori. In questa ipotesi, vi è certamente incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta e la sua successiva sanatoria richiederebbe una modifica sostanziale del "prezzo" (perché andrebbe aggiunto l'importo corrispondente agli oneri di sicurezza inizialmente non computati). Laddove, invece, non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, la carenza, allora, non è sostanziale, ma solo formale. In questo caso il soccorso istruttorio, almeno nelle ipotesi di affidamento ingenerato dalla stazione appaltante, è doveroso, perché non si traduce in una modifica sostanziale del contenuto dell'offerta, ma solo nella specificazione formale di una voce che, pur considerata nel prezzo finale, non è stata indicata dettagliatamente.

La doverosità del soccorso istruttorio sussiste anche per le gare in cui la fase delle offerte si sia perfezionata dopo la pubblicazione della sentenza dell'Adunanza plenaria n. 3 del 2015. Tale conclusione trova non solo conferma nei principi espressi dal giudice comunitario ma anche uno specifico fondamento normativo nell'ordinamento nazionale, in particolare nell'art. 46, comma 1 *ter*, d.lgs. n. 163 del 2006, il quale prevede, appunto, la regola del soccorso istruttorio per ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità delle dichiarazioni che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge.

Appurato che la mancata separata indicazione degli oneri di sicurezza rappresenta, in sé considerata, e salvo che all'impresa si contesti l'adempimento sostanziale di tali costi, un elemento formale (e non essenziale) dell'offerta, vengono meno le ragioni ostative all'applicazione della sanatoria prevista da tale norma.

15.6. Appalti di fornitura e prova dell'equivalenza del prodotto.

Con ord. 28 dicembre 2016, n. 5486 la sez. V, adita per verificare la legittimità dell'affidamento di un appalto di fornitura di medicinali, ha rimesso alla Corte di giustizia le questioni; a) in via principale: se l'art. 34, comma 8, della direttiva 2004/17/CE debba essere inteso nel senso di imporre la prova dell'equivalenza all'originale dei prodotti da fornire già in sede di offerta; b) in via subordinata rispetto al primo quesito, per il caso in cui la questione di interpretazione di cui alla precedente lett. a) sia risolta in senso negativo: con quali modalità debba essere assicurato il rispetto dei principi di parità di trattamento e imparzialità, di piena concorrenzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, nonché del diritto di difesa e contraddittorio degli altri concorrenti.

Ha premesso che l'art. 68, comma 13, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 - che è pressoché perfettamente sovrapponibile all'art. 34, comma 8, della direttiva n. 2004/17/CE - non prescrive che il concorrente provi in sede di gara l'equivalenza dei prodotti offerti a quelli originali e ciò diversamente dalle ipotesi in cui la stazione appaltante individui i prodotti oggetto della commessa ai sensi del precedente comma 3, nelle quali il concorrente è tenuto a comprovare già nella propria offerta "che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche" (commi 4, 6, 7 e 8).

Prima facie, quindi, ad avviso della Sezione, non emergono contrasti tra la norma interna e quella eurounitaria. Si potrebbe quindi concludere per la conformità della prima alla seconda. Tuttavia, un'interpretazione sistematica di quest'ultima potrebbe portare a ritenere che anche nell'ipotesi di prodotti individuati ai sensi del comma 8 della direttiva n. 2004/17/CE, la prova dell'equivalenza debba essere data sin dall'offerta.

Ai fini del decidere diviene, quindi, rilevante stabilire se la detta direttiva debba essere intesa nel senso di imporre la prova dell'equivalenza dei prodotti da fornire già nell'offerta, anche nell'ipotesi di cui al comma 8 e per conseguenza se sia conforme ad essa, l'art. 68, comma 13, d.lgs. n. 163 del 2006.

15.7. Cauzioni.

■ Cauzione per mancata stipula del contratto.

La sentenza della sez. III 31 agosto 2016, n. 3765 afferma la possibilità, anche nel silenzio del bando, di disporre il pagamento della cauzione *ex art.* 93 del nuovo Codice dei contratti del concorrente che ha vinto la gara ma non ha stipulato il contratto.

Ha ricordato la Sezione che l'ordinamento ha tradizionalmente disciplinato il caso in cui l'aggiudicatario di una gara d'appalto poi si rifiuti di stipulare il contratto con l'Amministrazione che abbia emanato il bando.

Già nel sistema della legge sulla contabilità di Stato (r.d. 18 novembre 1923, n. 2440) era previsto il sistema del versamento di una "cauzione provvisoria", per la partecipazione alla gara. Tale cauzione aveva, secondo pacifica giurisprudenza, "natura di garanzia" e non poteva essere considerata una "caparra penitenziale" (la quale presuppone che le parti si siano riservate il diritto di recesso dal contratto): nel caso di mancata stipula del contratto da parte dell'aggiudicatario, l'Amministrazione poteva incamerare la cauzione provvisoria, salva la sua possibilità di ottenere il risarcimento del maggior danno effettivo. Pertanto, già nel vigore della legge sulla contabilità di Stato si era consolidato nella giurisprudenza un principio generale, per il quale - quando l'aggiudicatario di una gara pubblica senza giustificazione non stipula il contratto - non rilevano le discussioni concernenti la natura della sua responsabilità: il danno risarcibile è quello conseguente alle spese di indizione di una nuova gara (se non vi sono stati altri partecipanti), ovvero ai maggiori esborsi di denaro, conseguenti alla aggiudicazione disposta in base allo 'scorrimento'.

In attuazione del Trattato di Roma del 1957 e delle direttive comunitarie (ed all'esigenza di evitare la perdita di liquidità delle imprese), dapprima la l. 10 giugno 1982, n. 348 (poi trasfusa nella l. 11 febbraio 1994, n. 109) aveva consentito ai partecipanti alle gare di non depositare somme a titolo di cauzione, ma di produrre "polizze fideiussorie". Successivamente, per la partecipazione alle gare l'art. 75 del vecchio Codice dei contratti pubblici 12 aprile 2006, n. 163 e l'art. 93 del nuovo Codice dei contratti pubblici 18 aprile 2016, n. 50 hanno disposto la presentazione di "garanzie a prima richiesta" (commisurate in percentuale fissa al prezzo di gara e aventi anch'esse una funzione di garanzia), che attribuiscono alla stazione appaltante una 'tutela rafforzata', cioè il potere di disporre l'escussione dell'importo previsto, per il caso in cui l'aggiudicatario non intenda stipulare il contratto.

Ab antiquo, le leggi hanno dunque previsto che l'impresa per partecipare alla gara debba previamente consentire alla stazione appaltante la più rapida soddisfazione nel caso di mancata stipula del contratto, mediante l'incameramento della cauzione, nel sistema della legge di contabilità di Stato e la richiesta di pagamento "a prima richiesta" al garante, nel sistema a base dei Codici del 2006 e del 2016.

Tuttavia, anche se il bando non prevede tali forme di tutela 'rafforzata' della stazione appaltante, essa ben può chiedere al giudice di disporre la condanna dell'autore del fatto illecito.

Ha ancora aggiunto la Sezione che le leggi sopra indicate - sull'onere per i partecipanti di versare la cauzione provvisoria, ovvero di presentare la "polizza fideiussoria" - si sono fondate sul principio indiscusso, basato anche sul buon senso, della risarcibilità del danno prodotto dal partecipante che rifiuti senza motivo di stipulare il contratto.

Mentre nel diritto privato il codice civile del 1942 ha previsto regole per i casi di responsabilità precontrattuale, nel diritto pubblico la normativa sulla contabilità di Stato ed i Codici sui contratti

pubblici hanno posto regole specifiche per il caso in cui l'aggiudicatario violi i principi di buona fede e di correttezza. Il principio sopra rilevato - sulla risarcibilità del danno cagionato - rende irrilevante la questione della natura della responsabilità dell'aggiudicatario (che si porrebbe, ad es., in tema di prescrizione dell'azione risarcitoria).

Anche in considerazione di tale normativa di settore, in giurisprudenza si è infatti consolidato il principio per il quale la stazione appaltante può ottenere il risarcimento del danno effettivo per il caso di mancata stipula dell'aggiudicatario, pur se esso ecceda l'importo della cauzione provvisoria. Tutto ciò chiarito, la Sezione ha concluso per l'irrelevanza della mancata previsione nel bando di gara del versamento di una cauzione provvisoria e della presentazione di una "garanzia a prima richiesta". La stazione appaltante ha infatti legittimamente chiesto il risarcimento dei danni conseguenti alla mancata stipula del contratto da parte dell'aggiudicatario, e ciò in quanto il principio generale sulla risarcibilità del danno si applica pur se il bando non abbia richiesto il versamento della cauzione provvisoria o la presentazione della polizza fidejussoria.

Se una tale previsione vi fosse stata, non ci sarebbe stato bisogno verosimilmente della domanda di liquidazione in sede giurisdizionale, se non per la quantificazione del danno effettivo, ma anche in sua assenza la stazione appaltante può agire per ottenere dal giudice l'accertamento della responsabilità e la liquidazione del danno risarcibile.

15.8. Revoca dell'aggiudicazione di una gara pubblica.

La sez. III si è occupata, nella sentenza 29 novembre 2016, n. 5026, dell'istituto della revoca dell'aggiudicazione di una gara pubblica, anche alla luce della disciplina dettata dal nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

La Sezione, nel premettere alcune sintetiche considerazioni sui presupposti del corretto esercizio del potere di autotutela nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, ha ricordato che la revoca dei provvedimenti amministrativi, disciplinata dall'art. 21 *quinquies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, si configura come lo strumento dell'autotutela decisoria preordinato alla rimozione, con efficacia *ex nunc* (e, quindi, non retroattiva), di un atto ad efficacia durevole, in esito a una nuova (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico alla conservazione della sua efficacia. I presupposti del valido esercizio dello *ius poenitendi* sono definiti dall'art. 21 *quinquies* (per come modificato dall'art. 25, comma 1, lett. b *ter*, d.l. 12 settembre 2014, n. 133) con formule lessicali (volutamente) generiche e consistono nella sopravvenienza di motivi di interesse pubblico, nel mutamento della situazione di fatto (imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento) e in una rinnovata (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico originario (tranne che per i provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici). Ora, ancorchè l'innovazione del 2014 abbia inteso accrescere la tutela del privato da un arbitrario e sproporzionato esercizio del potere di autotutela in questione (per mezzo dell'esclusione dei titoli abilitativi o attributivi di vantaggi economici dal catalogo di quelli revocabili in esito a una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico originario), il potere di revoca resta connotato da un'ampia (e, forse, eccessiva) discrezionalità. A differenza del potere di annullamento d'ufficio, che postula l'illegittimità dell'atto rimosso d'ufficio, quello di revoca esige, infatti, solo una valutazione di opportunità, seppure ancorata alle condizioni legittimanti dettagliate all'art. 21 *quinquies* l. n. 241 del 1990 (e che, nondimeno, sono descritte con clausole di ampia latitudine semantica), sicchè il valido esercizio dello stesso resta, comunque, rimesso a un apprezzamento ampiamente discrezionale dell'Amministrazione procedente. La configurazione normativa del potere di autotutela si presta, quindi, ad essere criticata, nella misura in cui omette un'adeguata considerazione e un'appropriata protezione delle esigenze, sempre più avvertite come ineludibili, connesse alla tutela del legittimo affidamento (qualificato come "principio fondamentale" dell'Unione Europea dalla stessa Corte di Giustizia UE) ingenerato nel privato danneggiato dalla revoca e all'interesse pubblico alla certezza dei rapporti giuridici costituiti dall'atto originario, nonché, più in generale, alla stabilità dei provvedimenti amministrativi.

La Sezione ha escluso che a compensare gli squilibri regolativi sopra segnalati possa valere, di per sé, la previsione della debenza di un indennizzo ai privati danneggiati dalla revoca. Un'esegesi e un'applicazione della disposizione in esame che siano coerenti con i principi generali dell'ordinamento della tutela della buona fede, della lealtà nei rapporti tra privati e pubblica amministrazione e del buon andamento dell'azione amministrativa (che ne implica, a sua volta, l'imparzialità e la proporzionalità) impongono, allora, la lettura e l'attuazione della norma secondo i canoni stringenti di seguito enunciati: a) la revisione dell'assetto di interessi recato dall'atto originario deve essere preceduta da un confronto procedimentale con il destinatario dell'atto che si intende revocare; b) non è sufficiente, per legittimare la revoca, un ripensamento tardivo e generico circa la convenienza dell'emanazione dell'atto originario; c) le ragioni addotte a sostegno della revoca devono rivelare la consistenza e l'intensità dell'interesse pubblico che si intende perseguire con il ritiro dell'atto originario; d) la motivazione della revoca deve essere profonda e convincente, nell'esplicitare non solo i contenuti della nuova valutazione dell'interesse pubblico, ma anche la sua prevalenza su quello del privato che aveva ricevuto vantaggi dal provvedimento originario a lui favorevole.

Tutto ciò chiarito in generale, con specifico riferimento alla revoca dell'aggiudicazione di una gara pubblica la Sezione ha affermato che mentre la revoca resta impraticabile dopo la stipula del contratto d'appalto, dovendo utilizzarsi, in quella fase, il diverso strumento del recesso, prima del perfezionamento del documento contrattuale, al contrario, l'aggiudicazione è pacificamente revocabile.

Ha aggiunto la Sezione che anche con l'entrata in vigore del nuovo Codice di contratti pubblici la revoca di un'aggiudicazione legittima postula la sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico (o una rinnovata valutazione di quelle originarie) particolarmente consistenti e preminenti sulle esigenze di tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha diligentemente partecipato alla gara, rispettandone le regole e organizzandosi in modo da vincerla, ed esige, quindi, una motivazione particolarmente convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione comparativa dei predetti interessi; il paradigma legale di riferimento resta l'art. 21 *quinquies*, l. n. 241 del 1990, e non anche la disciplina speciale dei contratti, che si occupa, infatti, di regolare il recesso e la risoluzione del contratto e non anche la revoca dell'aggiudicazione degli appalti (ma solo delle concessioni). Ha chiarito il Consiglio di Stato che a fronte della nota strutturazione procedimentale della scelta del contraente, la definizione regolare della procedura mediante la selezione di un'offerta (giudicata migliore) conforme alle esigenze della stazione appaltante (per come cristallizzate nella *lex specialis*) consolida in capo all'impresa aggiudicataria una posizione particolarmente qualificata ed impone, quindi, all'Amministrazione, nell'esercizio del potere di revoca, l'onere di una ponderazione particolarmente rigorosa di tutti gli interessi coinvolti.

La sentenza ha infine concluso che allorché la revoca dell'aggiudicazione sia disposta con riferimento alle caratteristiche dell'oggetto dell'appalto, il ripensamento dell'Amministrazione, per legittimare il provvedimento di ritiro dell'aggiudicazione, deve fondarsi sulla sicura verifica dell'inidoneità della prestazione descritta nella *lex specialis* a soddisfare le esigenze contrattuali che hanno determinato l'avvio della procedura. Ad avviso della Sezione le Amministrazioni pubbliche devono preliminarmente verificare le proprie esigenze, poi definire, coerentemente con gli esiti dell'anzidetta analisi, gli elementi essenziali del contratto e, solo successivamente, indire una procedura di affidamento avente ad oggetto la prestazione già individuata come necessaria; è evidente che l'aggiudicazione della gara a un'impresa che ha diligentemente confezionato la sua offerta in conformità alle prescrizioni della *lex specialis* può essere validamente rimossa, con lo strumento della revoca, solo nell'ipotesi eccezionale in cui una rinnovata (e, comunque, tardiva) istruttoria ha rivelato l'assoluta inidoneità della prestazione inizialmente richiesta dalla stessa Amministrazione (e, quindi, dovuta dall'aggiudicatario) a soddisfare i bisogni per i quali si era determinata a contrarre; al contrario, non può in alcun modo giudicarsi idoneo a giustificare la revoca un ripensamento circa il grado di satisfattività della prestazione messa a gara. Se si ammettesse, infatti, la revocabilità delle aggiudicazioni sulla sola base di un differente e

sopravvenuto apprezzamento della misura dell'efficacia dell'obbligazione dedotta a base della procedura, si finirebbe, inammissibilmente, per consentire l'indebita alterazione delle regole di imparzialità e di trasparenza che devono presidiare la corretta amministrazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, con inaccettabile sacrificio dell'affidamento ingenerato nelle imprese concorrenti circa la serietà e la stabilità della gara, ma anche con un rischio concreto di inquinamento e di sviamento dell'operato delle stazioni appaltanti.

16. Ordinamento giudiziario.

16.1 Magistratura amministrativa.

■ Rinnovazione dell'Organo di autogoverno per cessazione dall'incarico prima della scadenza naturale.

Con ord. n. 2515 del 13 giugno 2016 la sez. V ha rimesso alla Corte costituzionale, per violazione dell'art. 76 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 2, d.lgs. 7 febbraio 2006, n. 62 e dell'art. 9, comma 3, l. 27 aprile 1982, n. 186, come modificato dal citato d.lgs. n. 62 del 2006, che hanno apportato modifiche al sistema elettorale previsto per il Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa, prevedendo, alla stregua dell'introduzione della preferenza unica in attuazione della delega di cui alla l. 25 luglio 2005, n. 150, il ricorso ad elezioni suppletive per la sostituzione dei componenti cessati dall'incarico prima della scadenza naturale dell'organo di autogoverno, in luogo dello scorrimento tra gli "appartenenti al corrispondente gruppo elettorale che seguono gli eletti per il numero dei suffragi ottenuti" prima previsto.

Ha chiarito la Sezione che la censurata modifica è stata disposta in pretesa attuazione della delega contenuta nell'art. 2, comma 17, lett. c), della citata l. n. 150 del 2005, avente quale principio direttivo "prevedere che per l'elezione dei magistrati componenti elettivi del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa ciascun elettore abbia la facoltà di votare per un solo componente titolare e un solo componente supplente". Sennonché, nell'attuare la delega di cui alla citata l. n. 150 del 2005, e così introdurre il principio della preferenza unica ("Ciascun elettore può votare per un solo componente titolare e per un solo componente supplente"), l'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 62 del 2006 ha anche introdotto le elezioni suppletive "tra i magistrati appartenenti al corrispondente gruppo elettorale per designare, per il restante periodo, il sostituto del membro decaduto o dimessosi", così riformulando il comma 3 dell'art. 9, l. n. 186 del 1982 (relativo alla "Elezione del Consiglio di presidenza e proclamazione degli eletti") e disponendo "conseguentemente" l'abrogazione del citato art. 7, comma 4, della medesima legge di ordinamento. Oltre alla delega contenuta nel citato art. 2, comma 17, lett. c), per la delibazione della questione di costituzionalità rileva anche il successivo comma 18, il quale prevede che ai fini dell'esercizio della medesima delega "si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 2, 3, 4 e 6 dell'art. 1".

L'ordinanza ha aggiunto che il punto decisivo ai fini del giudizio di non manifesta infondatezza consiste nello stabilire se, da un lato, la regola delle elezioni suppletive per i consiglieri venuti a mancare prima della scadenza naturale e, dall'altro lato, lo scorrimento in favore dei non eletti della graduatoria risultante dalle elezioni per il rinnovo dell'Organo di autogoverno, si pongano rispetto al principio della preferenza unica introdotto per quest'ultimo dalla legge di delegazione, rispettivamente, quale regola necessaria al coordinamento con le altre leggi dello Stato e quale norma divenuta incompatibile e quindi da abrogare. Con riguardo al coordinamento "con le altre leggi dello Stato", deve innanzitutto rilevarsi che esso sottende all'esigenza di armonizzare queste ultime con il principio della preferenza unica introdotto *ex novo*, in modo da rendere coerente la complessiva disciplina ed evitare possibili contraddizioni, aporie, illogicità ed incongruenze che possano compromettere l'attuazione pratica della modifica legislativa. Si tratta di un'esigenza immanente allorché per interventi di riforma di ampiezza e complessità del tipo di quello attuato con l. n. 150 del 2005, il Legislativo faccia ricorso allo strumento della delega al Governo *ex art. 76 Cost.* Il coordinamento deve quindi intendersi riferito alle integrazioni e correzioni direttamente

imposte dalle modifiche alla materia che il decreto delegato è destinato ad introdurre, ma non può essere invece inteso nel senso di consentire al Governo di esprimere ulteriori opzioni di politica legislativa, pena altrimenti l'alterazione degli equilibri fissati dalla Costituzione tra i due poteri titolari della funzione di indirizzo politico generale, che nel citato art. 76 Cost. si traducono nell'obbligo che, in sede di legge di delegazione, siano delimitati l'oggetto ed il tempo della delega e individuati i principi ed i criteri direttivi cui attenersi nel relativo esercizio. L'abrogazione delle disposizioni incompatibili è quindi una diretta conseguenza del coordinamento, rappresentandone lo strumento necessario per eliminare tutte le contraddizioni normative cui poc'anzi si accennava, che un intervento riformatore potrebbe introdurre nel tessuto dell'ordinamento giuridico.

I dubbi di legittimità costituzionale di carattere sostanziale si pongono, ad avviso del giudice di appello, per effetto dell'introduzione di un nuovo meccanismo di sostituzione dei consiglieri venuti a mancare prima della scadenza naturale, e cioè per un profilo del tutto obliterato dalla legge di delegazione ed inoltre del tutto indifferente rispetto al sistema di espressione del voto in sede di rinnovo dell'organo. Anche la correlativa abrogazione dello scorrimento della graduatoria a favore dei non eletti non si pone in termini di consequenzialità (per usare le parole del legislatore delegato) rispetto al coordinamento previsto nella legge di delegazione, ma costituisce l'inevitabile riflesso dell'introduzione *a posteriori*, nel decreto delegato, di un nuovo istituto. La consequenzialità non è dunque verticale, nel rapporto tra legge delega e decreto delegato, ma orizzontale ed interna a quest'ultimo, ed in particolare alle scelte autonomamente compiute dal Governo.

Tanto premesso, ha ricordato la Sezione che la giurisprudenza costituzionale (24 settembre 2015, n. 194) è attestata nel senso che i limiti posti al Governo dall'oggetto e dai principi e criteri direttivi fissati nella legge delega devono essere interpretati in modo elastico, tenuto conto dell'ineliminabile margine di discrezionalità che viene esplicita nell'emanazione di atti aventi forza di legge, e nei limiti di una compatibilità imposta dall'esigenza di dettare in sede di attuazione della delega la necessaria e coerente disciplina di "sviluppo" delle scelte espresse dal legislatore delegante. Nell'ambito di questa linea interpretativa, la Corte costituzionale ha precisato che occorre muovere dalla finalità complessiva della delega e tenere conto dell'ineludibile esigenza che i principi ispiratori in essa espressi ai sensi del più volte citato art. 76 Cost. siano completati in proposizioni normative puntuali, cosicché non può essere censurato un esercizio da parte del Governo del potere delegato che si mantenga compatibile con le scelte di fondo operate nell'ambito della cornice tracciata dal Parlamento. Tuttavia, le pronunce ora richiamate sono relative ad interventi di riforma di interi settori di disciplina o, comunque, complessi normativi connotati da una certa organicità, nei quali le opzioni di politica legislativa "aperte" dalla delega rivestono inevitabilmente altrettanta ampiezza, così da confinare l'eccesso rispetto a quest'ultima rilevante ai sensi dell'art. 76 Cost. ai casi in cui i decreti emanati dal Governo concernano "un campo di interessi così connotato nell'ordinamento, da non poter essere assorbito in campi più ampi e generici, e da esigere, invece, di essere autonomamente individuato attraverso la delega". Ha però chiarito il giudice di appello che il caso in esame non è tuttavia ascrivibile a questa tipologia di riforma. I caratteri dell'organicità e della complessità si addicono alla riforma dell'ordinamento riguardante la magistratura ordinaria, di cui la l. n. 150 del 2005 ha costituito la cornice per un profondo intervento modificativo del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, ma non certo alla settoriale modifica che ha riguardato il sistema di elezione dell'organo di autogoverno della giurisdizione amministrativa. Pertanto, laddove l'oggetto della delega sia così circoscritto il sindacato di costituzionalità nei confronti del decreto delegato sotto il profilo dell'eccesso è evidentemente ammesso in modo più ampio e puntuale.

■ Sedute riservate dell'Organo di autogoverno della Giustizia amministrativa.

Con sentenza 29 agosto 2016, n. 3714 la sez. V, in occasione di un ricorso proposto avverso il diniego di accesso a verbali delle sedute del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa in forma integrale, senza l'omissione dei nominativi dei componenti dell'Organo, ha affrontato la problematica della pubblicità di tali sedute.

Ha preliminarmente ricordato che il componente dell'Organo di autogoverno che ha adottato l'atto impugnato non può al contempo rivestire la qualità di controinteressato, salvo il caso patologico in cui gli atti medesimi attribuiscono vantaggi giuridicamente rilevanti agli stessi componenti. Tale impossibilità deriva dall'immedesimazione organica delle persone fisiche componenti l'organo autore dell'atto amministrativo adottato nell'esercizio delle funzioni ad esso attribuite e dalla conseguente imputazione giuridica a quest'ultimo dell'atto medesimo. Il descritto fenomeno impedisce di ravvisare un'alterità soggettiva tra l'organo e i suoi componenti, laddove tale alterità è invece consustanziale alla nozione di controinteressato, ovvero di soggetto beneficiario dagli effetti dell'atto impugnato e come tale titolare di un interesse alla conservazione di quest'ultimo. Tanto meno questa qualità può essere riconosciuta sulla base del rilievo che i componenti dell'organo sono i potenziali destinatari delle iniziative e azioni a difesa della propria onorabilità e reputazione professionale del richiedente l'accesso. Infatti non può attribuirsi la qualità di controinteressato all'azione contro il diniego d'accesso ex art. 116 c.p.a. alle persone fisiche componenti l'organo autore degli atti nei confronti dei quali è formulata l'istanza ostensiva, perché in questo modo l'interesse alla conservazione dell'atto impugnato verrebbe traslato dall'oggetto dell'istanza ostensiva all'interesse che - pur necessariamente ai sensi della lett. b) del citato art. 22, comma 1, l. n. 241 del 1990 - sorregge quest'ultima. Il descritto interesse costituisce invece requisito di ammissibilità dell'istanza medesima e si pone nella relazione di strumentalità tra gli atti di cui si chiede la conoscenza e la difesa di propri interessi giuridicamente tutelati che, attraverso la relativa acquisizione, si intende perseguire. Pertanto, si tratta di un elemento esterno all'oggetto del giudizio sull'accesso e alla inerente individuazione dei soggetti controinteressati, che non si presta ad essere sindacato dall'amministrazione nei cui confronti è proposta l'istanza o eventualmente dal giudice amministrativo in sede azione ai sensi dell'art. 116 c.p.a., al di là di una delibazione circa l'esistenza di un plausibile collegamento tra l'atto oggetto dell'istanza e la situazione soggettiva che si intende tutelare attraverso la conoscenza del medesimo. Devono pertanto tenersi distinti i due piani dell'oggetto dell'accesso, in relazione al quale solo vanno individuati i controinteressati, e quello dell'interesse che sorregge l'accesso medesimo, requisito di ammissibilità dell'istanza ostensiva e di fondatezza dell'azione contro il diniego espresso o tacito su di essa formatosi. La sentenza ha altresì escluso che i componenti il Consiglio di Presidenza hanno assunto la qualità di controinteressati poiché l'unico interesse azionato dall'appellante sarebbe di venire a conoscenza dei nominativi dei componenti dell'Organo medesimo. Infatti, in primo luogo non è sostenibile dal punto di vista giuridico l'assunto per cui la qualità di controinteressato può essere eventualmente assunta in sede processuale, sulla base della prospettazione dei fatti costitutivi del ricorso, e dunque possa sopravvenire al procedimento amministrativo e al provvedimento conclusivo. Il carattere sostanziale della nozione di controinteressato, come tale preesistente all'azione giurisdizionale, impedisce la scissione propugnata dall'organo di autogoverno, ed impone quindi di attribuire tale qualità ai soggetti che già la possedevano nella fase procedimentale, quando il potere amministrativo destinato a concludersi con l'atto finale lesivo viene esercitato.

Passando al merito della questione, la Sezione ha premesso che l'assenza di "pubblicità" della seduta consiliare è posta a presidio dell'interesse vantato dai soggetti coinvolti negli argomenti trattati e alle determinazioni conseguentemente assunte. Ciò si evince in primo luogo dalle ipotesi in cui in base al regolamento del Consiglio di Presidenza che disciplina la materia si deroga al principio della pubblicità delle sedute del Consiglio di presidenza, e cioè nei casi in cui debbano essere adottate determinazioni relativi a procedimenti disciplinari, trasferimenti d'ufficio per incompatibilità ambientale e sospensioni cautelari dal servizio di magistrati amministrativi. E' infatti evidente che solo questi ultimi sono titolari di un interesse oppositivo alla conoscenza di fatti potenzialmente lesivi della reputazione professionale, il quale si esprime in primo luogo nel divieto regolamentare della "pubblica gogna", e in secondo luogo si pone in funzione oppositiva rispetto ad eventuali istanze di accesso agli atti ai sensi della l. 7 agosto 1990, n. 241 di terzi eventualmente interessati, da far valere sia in sede procedimentale che nel successivo giudizio promosso dall'istante ai sensi dell'art. 116 c.p.a.. Rispetto a queste ultime non è invece predicabile un analogo

interesse nei confronti dei componenti dell'organo di autogoverno che su tali affari abbiano deliberato. Nei confronti delle stesse unici controinteressati sono e rimangono i medesimi destinatari delle deliberazioni adottate dall'Organo di autogoverno.

La sentenza ha altresì escluso che sia sostenibile un parallelismo tra il carattere non pubblico della seduta e l'impossibilità di conoscere attraverso l'accesso previsto dalla l. n. 241 del 1990 l'andamento del dibattito consiliare e le opinioni e le dichiarazioni di voto espresse da ciascun componente. A smentire l'assunto sovviene la circostanza che il regolamento contempla il voto segreto anche in casi di sedute pubbliche (ad es. nei casi di conferimento di uffici direttivi e semidirettivi, avanzamenti di carriera e nomina a consigliere di Stato). Quindi, in tutte le ipotesi previste dal regolamento destinate ad essere trattate in seduta riservata e pubblica, ciò che viene circondato da segreto è il voto espresso dai singoli componenti dell'Organo ("scrutinio segreto"), in deroga al principio generale della sua pubblicità. Inoltre, per le sole sedute riservate un analogo regime di segretezza è previsto per i nominativi dei componenti intervenuti alla prodromica discussione e per le opinioni da ciascuno espresse. Ha poi precisato la sentenza che in tutti i casi di scrutinio segreto sussiste certamente un diritto alla riservatezza dei membri del Consiglio di presidenza rispetto ai voti espressi e al rispetto del quale sono tenuti gli stessi "componenti del Consiglio" rispetto ai "voti dati" e alle "opinioni espresse dagli altri componenti". Ciò a tutela dell'esercizio imparziale della funzione di autogoverno della magistratura rispetto a possibili condizionamenti su argomenti di particolare interesse e delicatezza. Tuttavia, fermo quanto ora osservato circa le concrete modalità di verbalizzazione seguite, un simile interesse, legittimamente tutelato a livello di normativa secondaria concernente il funzionamento dell'organo di autogoverno, non incide, e in ogni caso recede, rispetto al diritto d'accesso previsto e garantito dalla legge generale sul procedimento amministrativo, al ricorrere delle condizioni da essa previste.

La Sezione ha quindi ricordato che l'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990 stabilisce che deve "comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici". La norma ora richiamata esprime il fondamento costitutivo del diritto all'accesso previsto dalla legge generale sul procedimento amministrativo, il quale in base alle ulteriori disposizioni del citato art. 24 deve essere temperato, da un lato, con gli interessi pubblici che impongono la segretezza degli atti detenuti dall'amministrazione (commi 1, 5 e 6), e dall'altro lato, con il carattere "sensibile" dei dati e delle informazioni contenute negli atti medesimi, ai sensi del medesimo comma 7. Sennonché, quest'ultimo carattere non si addice in alcun modo ai nominativi dei componenti dell'Organo di autogoverno rispetto ad una proposta di delibera per la quale il relativo verbale di seduta rechi l'indicazione degli intervenuti e delle opinioni espresse, a fronte del contrapposto interesse a conoscere chi abbia sollevato rilievi critici al suo operato e in ipotesi lesivi della sua reputazione e onorabilità professionale. Del tutto insussistente è inoltre qualsiasi ipotesi di segreto impeditivo o limitativo dell'accesso, peraltro, in base al citato comma 5 dell'art. 24, nei limiti della stretta connessione con l'interesse pubblico tutelato attraverso il regime di segretezza.

Una contraria conclusione finirebbe per risolversi invece in una non ammessa garanzia di insindacabilità dei voti e delle opinioni espresse, che vanifica il contrapposto diritto di difesa che l'art. 24 Cost. riconosce, alla cui tutela effettiva il legislatore ordinario ha preordinato il diritto di accesso agli atti dell'Amministrazione.

La Sezione ha infine concluso ricordando che le norme regolamentari sul funzionamento del Consiglio di presidenza, che a vario titolo tutelano l'esercizio delle funzioni di autogoverno della magistratura amministrativa, anche quanto alla disciplina, diretta o indiretta, dell'accesso, non possono che avere natura secondaria e subordinata rispetto alle norme primarie, così che in nessun caso possono introdurre, eventualmente anche implicitamente, in relazione al diritto di accesso, ulteriori limiti rispetto a quelli contenuti nella l. n. 241 del 1990.

■ Criteri di nomina alla qualifica di Presidente di Sezione del Consiglio di Stato e dei Tribunali amministrativi regionali.

Con la sentenza n. 4628 del 4 novembre 2016 la sez. V ha pronunciato sulla legittimità della delibera del Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa che aveva modificato i criteri di nomina alla qualifica di Presidente di Sezione del Consiglio di Stato e dei Tribunali Amministrativi Regionali, in particolare nella parte in cui escludeva dallo scrutinio per il conferimento di detta qualifica i magistrati che alla data del 1° gennaio 2015 non assicurassero un periodo di servizio nella sede di almeno tre anni.

La sentenza si è preliminarmente soffermata sui presupposti e le condizioni che devono sussistere affinché sia riconosciuta la legittimazione processuale delle associazioni rappresentative di interessi collettivi. Ha ricordato che affinché tale legittimazione possa essere affermata, è innanzitutto necessario che la questione dibattuta attenga in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell'associazione e, cioè, che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale, e non della mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati. E' inoltre indispensabile che l'interesse tutelato con l'intervento sia comune a tutti gli associati, che non vengano tutelate le posizioni soggettive solo di una parte degli stessi e che non siano, in definitiva, configurabili conflitti interni all'associazione (anche con gli interessi di uno solo dei consociati), che implicherebbero automaticamente il difetto del carattere generale e rappresentativo della posizione azionata in giudizio. In altri termini, un'organizzazione rappresentativa risulta priva di legittimazione ad agire in relazione a controversie nelle quali l'interesse dedotto in giudizio concerna una parte soltanto delle categorie rappresentate o singoli associati, o comunque nelle quali le posizioni delle categorie rappresentate possano risultare fra loro contrapposte, con la conseguenza che l'associazione rappresentativa si trova in posizione di conflitto di interesse con alcuni dei soggetti rappresentati.

Data la premessa, la Sezione ha dichiarato inammissibile l'intervento *ad opponendum* dell'Associazione nazionale magistrati amministrativi (Anma) sul duplice rilievo che: con l'atto di intervento, l'Associazione in questione non ha lamentato una violazione delle proprie prerogative sindacali, ma ha inteso tutelare gli interessi di una parte soltanto dei propri associati; la circostanza stessa per cui l'intervento in giudizio sia stato spiegato in dichiarata e consapevole antitesi con la posizione di uno degli iscritti (nonché degli altri iscritti portatori di un interesse di segno analogo) configura di per sé un conflitto interno all'Associazione, sì da palesare il difetto del carattere generale e rappresentativo della posizione dedotta in giudizio.

La sentenza non è passata ad esaminare il merito della vicenda contenziosa, essendo sopravvenuta la carenza di interesse del ricorrente di primo grado (appellante incidentale in secondo grado) perché questi nelle more è stato collocato fuori ruolo per assumere un incarico extra istituzionale ed ha dichiarato di non avere più interesse ad assumere la Presidenza del Tar che, in applicazione della delibera del Consiglio di presidenza censurata, gli era stata negata. Ha invece esaminato l'istanza di risarcimento danni, biologico ed esistenziale, proposta dallo stesso appellante incidentale, avendo questi formulato espressa riserva di ottenere comunque la declaratoria di illegittimità degli atti impugnati in primo grado nella prospettiva della coltivazione della domanda risarcitoria, secondo lo schema dell'art. 34, comma 3, c.p.a..

Ha ricordato la Sezione che una volta acquisita (conformemente alla giurisprudenza della Corte di cassazione) l'unitarietà della categoria del danno non patrimoniale, comprensivo delle ipotesi di danno biologico ed esistenziale, resta nondimeno necessaria, ai fini del ristoro, l'allegazione e prova del danno sia in relazione alla sua consistenza obiettiva che al nesso eziologico.

Ha aggiunto che, mentre il risarcimento del danno biologico è subordinato all'esistenza di una lesione dell'integrità psico-fisica medicalmente accertabile, il danno esistenziale - da intendere come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare a-reddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno - deve essere dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento, assumendo peraltro precipuo rilievo la prova per presunzioni *ex art. 2727 cod. civ.*, presunzioni che devono essere plurime, precise e concordanti. Si deve dunque, respingere la

ricostruzione sistematica del danno non patrimoniale (nelle sue componenti biologica ed esistenziale) quale danno *in re ipsa*, e confermare la sua corretta configurazione quale danno-conseguenza, con la conseguenza che l'effettiva consistenza del danno patito deve essere puntualmente allegata e provata dalla parte interessata. Nel caso sottoposto al suo esame la Sezione ha escluso che l'appellante incidentale abbia allegato in atti puntuali elementi idonei a suffragare la ritrazione di un danno alla propria integrità psico-fisica in sé suscettibile di accertamento medico-legale.

A conclusioni non dissimili la sentenza è pervenuta con riferimento al danno esistenziale, inteso come il pregiudizio che l'illecito determina sulla sfera a-reddituale del soggetto leso, alterando le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, sconvolgendo la sua quotidianità e privandolo di occasioni per l'espressione e la realizzazione della sua personalità nel mondo esterno. Per quanto poi riguarda il danno professionale conseguente al mancato coronamento di una prestigiosa carriera con una altrettanto prestigiosa nomina, la Sezione ha rilevato che l'appellante incidentale ha proseguito la carriera anche a seguito della mancata nomina. In particolare, gli è stato attribuito un incarico con determinazione congiunta del Presidente del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati, su designazione del Presidente del Consiglio di Stato. Il che depone ulteriormente nel senso di negare che nella sfera dell'appellante incidentale la mancata nomina a Presidente di un Tar abbia determinato una definitiva ed irrimediabile frustrazione delle aspettative personali e professionali, sì da incidere in modo negativo sui suoi equilibri e scelte di vita.

Infine, la Sezione ha escluso anche la configurabilità del danno da *mobbing* dedotto dall'appellante incidentale con riferimento al contegno complessivamente serbato nei suoi confronti del Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa. Ed invero, quand'anche fosse confermata l'illegittimità della censurata delibera dell'Organo di autogoverno, ciò non risulterebbe sufficiente a dimostrare la sussistenza di una complessiva condotta mobbizzante consapevolmente perpetrata dal Consiglio di presidenza nel suo complesso in danno dell'appellante incidentale. Ciò in quanto l'adozione di un singolo atto illegittimo, o più atti illegittimi, non sono, di per sé, sintomatici della presenza di un comportamento mobbizzante, occorrendo la presenza di un complessivo disegno persecutorio, qualificato da comportamenti materiali, ovvero da provvedimenti, contraddistinti da finalità di volontaria e organica vessazione nonché di discriminazione, con connotazione emulativa e pretestuosa.

16.2. Magistratura ordinaria.

■ Nuova disciplina del giudizio di ottemperanza in materia di incarichi direttivi ai magistrati ordinari.

Con la sentenza n. 1551 del 20 aprile 2016 la sez. IV si è soffermata sull'ambito di applicazione e sugli effetti della novella introdotta dall'art. 2, comma 4, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, sulla nuova disciplina del giudizio di ottemperanza in materia di incarichi direttivi ai magistrati ordinari.

La Sezione ha premesso che la novella del 2014, che ha modificato l'art. 17, comma 2, l. 24 marzo 1958, n. 195, pur riducendo gli strumenti a disposizione del giudice dell'ottemperanza in tema di conferimento ai magistrati ordinari degli incarichi direttivi e semi-direttivi, non ha escluso l'applicabilità della lett. d) (*id est*, nomina del commissario *ad acta*), comma 4 dell'art. 114 c.p.a., con la conseguenza che resta dunque intatto, nel giudizio di ottemperanza, il potere del giudice amministrativo di nominare, ove occorra, un commissario *ad acta*.

Né potrebbe ritenersi che per effetto della riforma sia stata implicitamente abrogata la lett. d) del comma 4 dell'art. 114 c.p.a., contrastando tale assunto sia con la chiara lettera delle disposizioni in esame (l'art. 17, comma 2, l. n. 195 del 1958, come novellato dal d.l. n. 90 del 2014, nella parte di interesse, dispone espressamente che "...Nel caso di azione di ottemperanza, il giudice amministrativo, qualora sia accolto il ricorso, ordina l'ottemperanza ed assegna al Consiglio superiore un termine per provvedere. Non si applicano le lett. a) e c) del comma 4 dell'art. 114 del codice del processo amministrativo...") sia con i criteri ermeneutici comunemente accolti e, in particolare, con la necessità di elaborare una esegesi della nuova normativa conforme ai valori

espressi dalla Costituzione, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che raggiunge la massima portata espansiva proprio in relazione ai giudizi di esecuzione dei giudicati, dove è più avvertita l'esigenza di assicurare alla parte vittoriosa il bene della vita effettivamente riconosciuto dal giudicato. Ad avviso della Sezione l'obiettivo della riforma del 2014 è stato quello di istituire un diritto processuale singolare, confezionato specificamente per una ben determinata tipologia di controversie aventi ad oggetto i provvedimenti del Consiglio superiore di conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi. A supporto di tale tesi milita la lettura del testo originale dell'art. 2, d.l. n. 90 del 2014 che - con disposizione poi caduta in sede di conversione in legge - stabiliva che "contro i provvedimenti concernenti il conferimento o la conferma degli incarichi direttivi e semi direttivi, il controllo del giudice amministrativo ha per oggetto i vizi di violazione di legge e di eccesso di potere manifesto".

La sentenza ha quindi concluso che se, dunque, la riforma ha inteso creare un regime singolare per una determinata categoria di atti amministrativi, individuati in funzione dell'Autorità emanante e dell'oggetto, è indispensabile interpretare la nuova disciplina nel senso maggiormente coerente con i canoni dell'eguaglianza di trattamento e di non discriminazione (artt. 3 Cost. e 20 e 21 Carta UE), e dell'effettività della tutela giurisdizionale avverso gli atti della P.A. riconosciuti illegittimi (artt. 24, 97, 103 e 113 Cost., 47 Carta UE, 6 CEDU). Ne consegue che: a) non è possibile estendere l'ambito di fattispecie eccezionali mercè la configurazione di abrogazioni tacite in una materia così delicata, che non può non essere stata oggetto di puntuale attenzione da parte del Governo prima (al momento dell'emanazione del decreto-legge) e del Parlamento poi (in sede di conversione in legge del provvedimento d'urgenza); b) è necessaria una esegesi rigorosa della norma eccezionale sancita dal novellato art. 17, comma 2, l. n. 195 del 1958, a mente dell'art. 14, disp. prel. c.c.; c) non occorre sottoporre l'art. 17, comma 2, ad uno scrutinio preliminare di legittimità costituzionale, altrimenti inevitabile, ma nella specie irrilevante perché la novella non influisce per nulla sulla permanenza del potere di nomina di un commissario *ad acta* da parte del giudice amministrativo.

In conclusione, l'effetto pratico della riforma consiste semplicemente nell'impossibilità per il giudice dell'ottemperanza di procedere direttamente all'emanazione (o alla determinazione del contenuto) del provvedimento in luogo dell'Amministrazione (come previsto dalla lett. a dell'art. 114 c.p.a.), ovvero di dare esecuzione a sentenze non passate in giudicato (come previsto dalla lett. c dell'art. 114 c.p.a.).

16.3. Magistratura contabile.

■ Durata degli incarichi direttivi e semidirettivi conferiti ai magistrati della Corte dei conti.

Con la sentenza n. 3642 del 2016 la sez. IV ha approfondito la tematica relativa al potere del Consiglio di presidenza della Corte dei conti di adottare delibere in materia di durata degli incarichi direttivi e semidirettivi conferiti ai magistrati.

Il ricorso aveva ad oggetto la delibera del Consiglio di Presidenza che prevedeva l'assegnazione ai magistrati contabili degli incarichi direttivi e semidirettivi per la durata di quattro anni (rinnovabili a domanda per una volta per altri quattro anni) ed aveva ridotto la durata di detti incarichi a cinque anni non rinnovabili con l'obbligo di permanenza nella sede di assegnazione per un periodo non inferiore a 18 mesi.

La sezione ha preliminarmente sottolineato che la contestata regolamentazione della materia attiene più che alla "temporaneità" degli incarichi direttivi e semidirettivi, alla necessaria rotazione dei magistrati, decorso un certo periodo di tempo, su una specifica posizione direttiva o semidirettiva ricoperta da quel magistrato per quel periodo di tempo. Non vi è quindi una disciplina diretta della temporaneità dell'incarico direttivo. Non potrebbe negarsi, sotto tale profilo, che il Consiglio di presidenza abbia il potere di regolamentare la permanenza (minima o massima) del magistrato in una certa specifica posizione, purché tale regolamentazione non si risolva in una diretta e conseguenziale alterazione dello stato giuridico del magistrato disciplinata per legge, rispetto alla quale opera la garanzia costituzionale di cui all'art. 108.

La Sezione ha quindi proceduto a verificare se la regolamentazione “innovativa” contenuta della impugnata delibera abbia leso, in concreto, i principi di inamovibilità ed indipendenza (artt. 107 e 108 Cost.) dei magistrati contabili. Ha chiarito che la contestata delibera dell’Organo di autogoverno regola, in via generale e astratta, la durata degli incarichi in questione, al pari delle precedenti delibere più volte richiamate, e, in tale contesto, “cade” ogni prospettiva di lesione in concreto dei principi di inamovibilità ed indipendenza: il magistrato, chiamato a ricoprire un incarico direttivo o semidirettivo, ne conosce la durata e sa che esso è temporaneo; prima della scadenza può decidere di concorrere ad altri incarichi o meno; la “inamovibilità” (nei limiti, questi sì, contenuti nella legislazione ordinaria) è un predicato che attiene a sede e funzione, ma non all’incarico in quanto tale, o, quanto meno, non all’incarico in quella sede. Più precisamente, l’inamovibilità richiede una predeterminazione dei casi in cui il magistrato possa essere rimosso da una funzione o da una sede, in generale da una posizione, impone garanzie procedurali, richiede che i casi non siano rimessi alla discrezionalità dell’Amministrazione (anche dell’Organo di autogoverno), ma non impedisce in sé una regolamentazione in concreto della durata temporale della permanenza del magistrato in una data posizione. L’inamovibilità è una garanzia della funzione, non della persona del magistrato. In altri termini, la temporaneità degli incarichi non collide di per sé con i precetti costituzionali, come più volte chiarito dal giudice delle leggi (3 luglio 2007, n. 245).

La sentenza ha quindi concluso che la scelta discrezionale, riposante nell’aver in passato trasposto ai magistrati contabili regole che ricalcavano quelle previste con legge per la magistratura ordinaria, non implicava né che la disciplina trasposta assumesse consistenza di legge anche per i magistrati contabili, né che la stessa fosse imm modificabile. Non si appalesa manifestamente irragionevole neppure la considerazione secondo cui, facendo venire meno la possibilità del “rinnovo” nell’incarico (ed al contempo implementando sotto il profilo temporale la durata dell’incarico rispetto al periodo minimale previsto dalla ante-vigente normativa), si contempera l’esigenza di consentire al titolare della funzione di espletarla per un periodo di tempo consistente e, al contempo, si persegue una logica rafforzatrice della indipendenza del magistrato preposto all’Ufficio evitandone possibili condizionamenti legati al soddisfacimento dell’aspirazione alla “conferma”.

17. Professioni e mestieri.

17.1. Avvocati e elezione dei componenti dei consigli degli ordini circondariali forensi.

La sentenza n. 3414 del 28 luglio 2016 si è pronunciata sulla legittimità del decreto del Ministero della Giustizia 10 novembre 2014, n. 170, recante “*Regolamento sulle modalità di elezione dei componenti dei consigli degli ordini circondariali forensi*”, adottato in attuazione dell’art. 28, comma 2, l. 31 dicembre 2012, n. 247, impugnato in primo grado da un Sindacato di avvocati e da alcuni avvocati perché ritenuto contrasto con i principi di democraticità e rappresentanza plurale all’interno dei Consigli dell’Ordine degli Avvocati, di parità di genere e di rappresentatività sanciti dalla stessa l. n. 247 del 2012.

Ad avviso della Sezione con il comma 3 dell’art. 28 - secondo cui “ciascun elettore può esprimere un numero di voti non superiori ai due terzi dei consiglieri da eleggere, arrotondati per difetto” - il legislatore ha inteso introdurre il sistema del c.d. “voto limitato”, al fine di evitare il formarsi di liste “blindate” suscettibili di esprimere la totalità degli eletti: a fronte di tale *ratio* normativa, è vano richiamare l’assenza di connotazioni politiche o ideologiche nelle liste elettorali in competizione in questo tipo di elezioni, atteso che - una volta ammessa la possibilità di presentarsi in liste, oltre che individualmente (in tal senso, esplicitamente, l’art. 6 del medesimo d.m.) - quale che sia l’elemento unificante di ciascuna lista, finanche se fosse meramente amicale, la necessità di assicurare il pluralismo nella rappresentanza degli eletti corrisponde ad un’esigenza effettivamente sussistente e ragionevole.

Ha aggiunto che l'evidenziata mancanza di coordinamento fra le previsioni contenute nei commi 2 - secondo cui "il genere meno rappresentato deve ottenere almeno un terzo dei consiglieri eletti" - e 3 dell'art. 28 non implica necessariamente che la prima debba considerarsi *sic et simpliciter* derogatoria del limite espresso dalla seconda; ch , anzi, l'obbligatoriet  di una composizione del Consiglio tale da rispettare un certo equilibrio tra i generi, comportando il dovere degli interessati di adottare misure intese ad assicurare tale risultato (sia nella predisposizione delle liste che nell'espressione dei voti), condurrebbe - come detto - ad un sostanziale "dissolvimento" del limite dei 2/3, ove non lo si intendesse come "tetto" in ogni caso inderogabile.

In definitiva, ad avviso della Sezione, il comma 3 dell'art. 28 deve essere considerato quale vera e propria norma di chiusura intesa a stabilire il numero massimo di voti che ciascun elettore pu  esprimere nel corso delle elezioni e a cui il regolamento attuativo non pu  che adeguarsi; conseguentemente, l'esigenza di garantire l'equilibrio fra i generi deve essere assicurata dalla fonte regolamentare tenendo fermo il rispetto della regola del "voto limitato" cos  espressa, e quindi modulando le preferenze esprimibili nell'ambito del limite massimo stabilito dalla norma.

A fronte di tali piane conclusioni, del tutto coerenti con la *ratio* delle disposizioni esaminate e le uniche in grado di conciliarne in modo armonico le rispettive finalit , assumono carattere recessivo le argomentazioni degli appellanti principali, basate anche su copiosi richiami agli atti parlamentari relativi all'*iter* di formazione della l. n. 247 del 2012, essendo principio noto alla giurisprudenza quello del carattere complementare e non decisivo dei lavori preparatori nell'interpretazione della legge, rispetto a quella ricavabile dal dato letterale e logico.

La sentenza ha escluso anche che la pronuncia del giudice di primo grado fosse viziata per ultrapetizione. Infatti, nonostante sia vero che nel ricorso di primo grado l'illegittimit  della norma regolamentare era stata dedotta solo quale effetto derivato della denunciata illegittimit  costituzionale del comma 2 dell'art. 28, l. n. 247 del 2012, tuttavia in virt  degli insegnamenti della giurisprudenza costituzionale sull'obbligo di "interpretazione conforme" (e, cio , della necessit , prima di sollevare dinanzi alla Corte costituzionale la questione di legittimit  di una norma di legge, di verificarne la possibilit  di un'interpretazione conforme ai canoni costituzionali), non pu  certamente ritenersi preclusa al giudice, nello scrutinio della censura, la ricerca di un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma e la conseguente valutazione di legittimit  del provvedimento impugnato alla luce della norma cos  interpretata.

  quanto avvenuto nel caso di specie, avendo il primo giudice ritenuto di dare un'interpretazione del citato art. 28, comma 2, in linea con gli insegnamenti della Corte costituzionale, la quale, come   noto, ha giudicato legittime le norme a tutela dell'equilibrio di genere nelle competizioni elettorali, a condizione che le stesse si limitino a promuovere un certo esito elettorale piuttosto che a prefigurarlo come obbligatorio. Siffatta interpretazione conforme   tutt'altro che impraticabile nel caso di specie, tenuto conto dell'inserimento della disposizione nell'ambito di un contesto normativo manifestamente rivolto a orientare la fonte regolamentare attuativa: di modo che il verbo "deve" impiegato dal legislatore, malgrado la sua apparente perentoriet , non pu  che essere inteso come "conformativo" del potere regolamentare, nel senso che il regolamento deve essere congegnato in modo tale da assicurare meccanismi idonei, per quanto possibile, a garantire una rappresentanza del genere minoritario almeno nei termini percentuali indicati (e salva restando la facolt  del regolamento di individuare, nei limiti pure indicati in sentenza sulla scorta della giurisprudenza costituzionale, i concreti e specifici meccanismi con cui questo risultato dovr  essere assicurato). Tale essendo la portata della previsione di rango primario, correttamente il primo giudice ne ha inferito l'illegittimit  della disposizione regolamentare, la quale invece prevedeva un meccanismo di correzione *ex post* del risultato elettorale, in tal modo incidendo sui voti espressi dai partecipanti alla consultazione.

17.2. Dottori commercialisti.

Con sentenza 8 gennaio 2016, n. 32 la sez. IV ha affrontato il problema del riconoscimento del titolo professionale di “economista”, conseguito da un cittadino italiano in Spagna, quale titolo valido per l’iscrizione all’albo dei dottori commercialisti ed esperti contabili in Italia.

Ha chiarito la Sezione che la direttiva comunitaria 2005/36/CE (trasposta nell’ordinamento nazionale dal d.lgs. 6 novembre 2007, n. 206), sulla base della quale è stato chiesto il riconoscimento in Italia del titolo professionale conseguito in Spagna, è costantemente interpretata dalle stesse istituzioni europee (Corte giust. comm. ue 29 gennaio 2009, C-311) nel senso di non consentire l’automatico riconoscimento di titoli conseguiti in altro Stato dell’Unione, qualora questo sia richiesto al fine di ottenere l’attribuzione di un titolo per il quale l’ordinamento nazionale presuppone il superamento di un esame di abilitazione o una formazione professionale specifica, ulteriore rispetto al diploma di laurea.

Orbene, non risulta contestato che il titolo di “economista” risulta conseguibile in Spagna sulla base della semplice laurea, senza necessità né di esame di abilitazione né di alcuna ulteriore formazione professionale. Corollario obbligato di tale premessa è l’impossibilità che tale titolo possa consentire in Italia l’iscrizione all’albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, per la quale, come è noto, nel nostro ordinamento non è sufficiente il mero possesso del diploma di laurea.

17.3. Infermiere professionale.

La sentenza 28 giugno 2016, n. 2830 della sez. III ha dichiarato illegittima la decisione di una Azienda sanitaria di inibire agli infermieri professionali, in possesso del prescritto titolo di formazione e dell’iscrizione all’albo, di effettuare prelievi a domicilio.

Ha affermato la Sezione che - anche a prescindere dalle misure di massima liberalizzazione introdotte con l’art. 3, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148, e tenendo conto del solo principio di cui all’art. 41 Cost. in tema di libertà di esercizio dell’attività economica, nonché delle specifiche norme di settore - l’esercizio della libera professione infermieristica, svolta da soggetti in possesso di idoneo titolo di studio (diploma universitario abilitante) e di iscrizione all’albo professionale, non possa subire discriminazioni ingiustificate. Ai sensi dell’art. 1 del Regolamento approvato con d.m. 14 settembre 1994, n. 739, adottato ai sensi dell’art. 6, comma 3, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, l’attività dell’infermiere professionale ricomprende ogni prestazione che possa ricondursi alla generale categoria dell’“assistenza generale infermieristica”, attività con funzione di prevenzione delle malattie e di assistenza dei malati e disabili. A tal fine, l’infermiere professionale agisce sia individualmente, sia in collaborazione con gli altri operatori sanitari e sociali (art. 1, comma 3, lett. e). L’infermiere professionale, in possesso del prescritto titolo di formazione e dell’iscrizione all’albo è, secondo il Regolamento, “responsabile dell’assistenza generale infermieristica” (art. 1, comma 1) e “svolge la sua attività professionale in strutture sanitarie pubbliche o private, nel territorio e nell’assistenza domiciliare, in regime di dipendenza o libero-professionale” (art. 1, comma 3, lett. g). Stante il tenore di tale disposizione, applicabile su tutto il territorio nazionale, l’infermiere libero professionista può prestare la propria attività assistenziale, anche a domicilio, senza necessità di essere dipendente o collaboratore di un Laboratorio. Data la premessa, la Sezione ha concluso nel senso che la scelta dell’Azienda ospedaliera di concludere accordi per l’effettuazione di prelievi a domicilio solo con i soggetti autorizzati ad erogare servizi di Medicina e Laboratorio determina una immotivata discriminazione ai danni degli infermieri libero professionisti, causando una irragionevole restrizione della concorrenza nel settore e limitando ingiustificatamente l’accesso al mercato di operatori pienamente legittimati dalla normativa di settore, senza che ricorra alcuna causa eccezionale che giustifichi tale restrizione.

18. Militari.

Con sentenza 29 gennaio 2016, n. 1 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha affermato il principio secondo cui prima dell'entrata in vigore (al 1° gennaio 2013) dell'art. 1, comma 163, l. 24 dicembre 2012, n. 228 - che ha introdotto il comma 1 *bis* nell'art. 1, l. 29 marzo 2001, n. 86 (in forza della quale è vietato corrispondere l'indennità in questione ai militari trasferiti ad altra sede di servizio a seguito della soppressione del reparto di appartenenza) - spetta al personale militare l'indennità di trasferimento prevista dal comma 1 del medesimo articolo, a seguito del mutamento della sede di servizio dovuto a soppressione (o diversa dislocazione) del reparto di appartenenza (o relative articolazioni), anche in presenza di clausole di gradimento (o istanze di scelta) della nuova sede, purché ricorrano gli ulteriori presupposti individuati dalla norma, ovvero una distanza fra la nuova e l'originaria sede di servizio superiore ai 10 chilometri e l'ubicazione in comuni differenti. Ha precisato che tale principio riguarda situazioni ad esaurimento perché, dal 1° gennaio 2013, la soppressione (o la diversa dislocazione) dei reparti (e delle relative articolazioni), cui consegua il trasferimento d'autorità del personale interessato alla movimentazione, ai sensi del menzionato comma 1 *bis*, l. n. 86 del 2001, in nessun caso può consentire il pagamento di qualsivoglia emolumento (previsto a titolo di rimborso spese o indennità), collegato a tale mutamento di sede di servizio.

Le conclusioni cui è pervenuto l'Alto Consesso non recepiscono l'orientamento fatto proprio dalla Sezione remittente. Assume, ad avviso dell'Adunanza plenaria, un valore decisivo la circostanza che il mutamento di sede origina da una scelta esclusiva dell'Amministrazione militare che, per la miglior cura dell'interesse pubblico, decide di sopprimere un reparto (o una sua articolazione) obbligando inderogabilmente i militari di stanza a trasferirsi presso la nuova sede, ubicata in un altro luogo, onde prestare il proprio servizio. Viene integrato, dunque, il primo indefettibile presupposto divisato dalla legge quale elemento costitutivo del diritto di credito alla corresponsione della relativa indennità di trasferimento e, al contempo, si disvela la natura e la portata della clausola di gradimento che ad esso eventualmente accede (ovvero dell'istanza di trasferimento sollecitata in conseguenza della soppressione del reparto di appartenenza del richiedente). Tale clausola, infatti, incide solo sugli effetti ubicazionali ovvero *lato sensu* geografici dell'ordine di trasferimento; essa comporta acquiescenza in senso proprio a tali effetti perché implica rinuncia al proprio diritto di agire in giudizio. In sintesi: condotta (espressa o tacita) univoca sulla irrefutabile volontà di accettare gli effetti e l'operatività del provvedimento; volizione libera, successiva o contestuale all'emanazione del provvedimento astrattamente lesivo; irrilevanza della contingente tolleranza manifestata anche con il compimento di attività necessarie per fronteggiare gli effetti del provvedimento lesivo in una logica soggettiva di riduzione del pregiudizio.

L'acquiescenza rende dunque irretrattabile l'individuazione della sede prescelta, con conseguente inammissibilità, per carenza di interesse ad agire, delle eventuali iniziative contenziose intraprese dal militare che subisce il trasferimento, ma non incide sul diritto di credito (a percepire l'indennità), che scaturisce direttamente dalla legge in presenza di determinati presupposti; certamente anche il diritto di credito in questione può essere oggetto di rinuncia (*rectius* rimessione del debito nel linguaggio dell'art. 1236 c.c.), ma al verificarsi di tutte le condizioni previste dalla richiamata disposizione che sono diverse e non sovrapponibili rispetto agli elementi costitutivi della fattispecie dell'acquiescenza, non fosse altro che per la diversa indole della situazione soggettiva coinvolta (diritto soggettivo in relazione alla spettanza dell'indennità, interesse legittimo in relazione all'esercizio del potere organizzatorio e gerarchico da parte dell'Autorità militare).

Ha quindi affermato l'Adunanza plenaria che la norma introdotta dal più volte menzionato comma 1 *bis* non ha natura di interpretazione autentica. Una siffatta conclusione si impone perché non si rinvergono tutti gli indici rivelatori di tale peculiare categoria di norme, elaborati dalla consolidata

giurisprudenza costituzionale, europea ed amministrativa. In particolare, pur verificatosi il presupposto dell'incertezza applicativa della norma antecedente quella asseritamente di interpretazione autentica - ancorché si registri la presenza di un indirizzo largamente maggioritario in favore della tesi sostenuta dagli odierni appellati - difetta non solo il (pur non vincolante per l'interprete) requisito formale dato dalla auto qualificazione della norma come di interpretazione autentica, ma soprattutto non si riscontra l'effetto tipico insito in tutte le norme di interpretazione autentica, ovvero l'incidere su rapporti pendenti. Sul punto è dirimente quanto stabilito dai commi 163 e 561 dell'art. 1, l. n. 228 cit., secondo cui la nuova più restrittiva disciplina trova applicazione a partire dal 1° gennaio 2013 e, dunque, si applica ai soli movimenti di personale successivi a tale data, in base ad un'esegesi improntata al principio generalissimo, codificato dall'art. 11 disp. prel. c.c., secondo cui "la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo"; il che significa, in applicazione del corollario applicativo *tempus regit actum*, che deve escludersi in radice ogni possibilità di applicazione della innovativa disposizione ai provvedimenti che (come quelli oggetto del presente giudizio) dispongono il trasferimento del militare con decorrenza antecedente all'entrata in vigore del comma 1 *bis*, l. n. 86 del 2001.

19. Ambiente.

19.1. Silenzio assenso in materia di tutela ambientale e paesaggistica.

Con la sentenza n. 17 del 27 luglio 2016 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta a dirimere un contrasto giurisprudenziale insorto in ordine alla perdurante vigenza dell'ipotesi di silenzio-assenso prevista dall'art. 13, commi 1 e 4, l. 6 dicembre 1991, n. 394 (Legge quadro sulle aree protette) a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, come convertito dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, che, nell'innovare l'art. 20, l. 7 agosto 1990, n. 241, ha escluso che l'istituto generale del silenzio assenso possa trovare applicazione in materia di tutela ambientale e paesaggistica.

In particolare, secondo un primo orientamento sarebbe possibile fornire risposta positiva alla tesi che postula la perdurante operatività del meccanismo del silenzio assenso previsto dall'art. 13, l. n. 394 del 1991 in quanto: a) la formulazione letterale dell'art. 20, comma 4, l. n. 241 del 1990, in base al quale "le disposizioni del presente articolo non si applicano agli atti e ai procedimenti riguardanti il patrimonio culturale, e paesaggistico e l'ambiente" perimetrerebbe il proprio campo applicativo escludendo da quest'ultimo le ipotesi di silenzio-assenso previste, anche nell'ambito di procedimenti dello stesso tipo di quelli richiamati, da disposizioni precedenti; b) l'argomento teleologico rafforzerebbe quanto già emergente dal dato letterale, in quanto la *ratio* della riforma della l. n. 241 del 1990 (introdotta con la citata l. n. 80 del 2005) è stata quella di ampliare l'istituto del silenzio assenso; c) ciò si porrebbe altresì in linea con il principio di specialità, impedendo di ritenere abrogate previgenti norme specifiche con le quali è stato prevista l'operatività del sistema del silenzio assenso nelle materie indicate dall'art. 20, comma 4, l. n. 241 del 1990, ove già esistenti, stante la sostanziale diversità degli àmbiti di normazione in considerazione; d) tali conclusioni sarebbero avvalorate, nello specifico caso, dalla considerazione che non sarebbero ipotizzabili espressi od impliciti divieti, derivanti dall'ordinamento comunitario o dal rispetto dei principi costituzionali in quanto la fattispecie del silenzio assenso per il rilascio del nulla osta dell'Ente Parco Regionale dei Castelli Romani integra un procedimento caratterizzato da un tasso di discrezionalità non elevato, in cui ulteriori specifici interessi ambientali vengono valutati in modo espresso, tramite autorizzazioni paesaggistiche, idrogeologiche, archeologiche. Secondo un opposto orientamento, invece sussisterebbe un conflitto tra la norma contenuta nell'art. 20, comma 4, l. n. 241 del 1990 e la disposizione dell'art. 13, l. n. 394 del 1991 ed a fronte di tale contrasto dovrebbe prevalere la norma generale sopravvenuta in quanto: a) entrambe le norme avrebbero la medesima

natura procedimentale e disciplinerebbero lo stesso istituto operante in materia edilizia-ambientale; b) tra le due previsioni quindi non si configurerebbe un rapporto di specialità ed il conflitto tra le dette due disposizioni, disciplinanti il medesimo istituto procedimentale del silenzio-assenso, dovrebbe essere risolto alla luce della successione nel tempo tra due norme generali in forza del quale la legge posteriore abroga la legge anteriore con essa incompatibile (art. 15 cod. civ.).

Ad avviso dell'Alto consesso l'istituto del silenzio assenso previsto dall'art. 13, commi 1 e 4, l. n. 394 del 1991 non è stato implicitamente abrogato a seguito dell'entrata in vigore dall'art. 3, comma 6 *ter*, d.l. n. 35 del 2005, che, nell'innovare l'art. 20, comma 4, l. n. 241 del 1990, ha escluso che l'istituto generale del silenzio-assenso possa trovare applicazione in materia di tutela ambientale e paesaggistica; ciò in quanto il citato art. 13, l. n. 394 del 1991 ha disposto unicamente una particolare strutturazione del procedimento, comunque in grado di garantire la piena tutela dell'interesse protetto, con la conseguenza che non vi è stato il detto effetto abrogativo. Non è infatti logico ritenere che una disposizione volta a generalizzare il regime procedimentale del silenzio assenso faccia venir meno proprio quelle ipotesi di silenzio assenso già previste dall'ordinamento nel più restrittivo sistema dell'art. 20 vigente prima della riforma del 2005. Sicché, la sottrazione al regime semplificatorio generale delle materie caratterizzate da interessi sensibili non può che essere rivolto al futuro e non ricomprende quegli specifici procedimenti per i quali la compatibilità del regime del silenzio assenso con quegli interessi era già stato in precedenza valutato positivamente dal legislatore. Ne consegue che detta la previsione dell'art. 13 sul silenzio assenso circa l'istanza di nulla osta non è da ritenere abrogata.

Ha aggiunto l'Alto Consesso che l'avvenuta formazione, in materia di tutela ambientale e paesaggistica, del silenzio assenso comporta che l'Amministrazione, ai sensi del comma 3 dell'art. 20, l. n. 241 del 1990, ove intenda adottare un nuovo provvedimento, dovrà adottarlo in via di autotutela ai sensi dei successivi artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, dopo aver effettuato le valutazioni di legittimità omesse o non correttamente esercitate; è pertanto illegittimo un diniego di nulla osta sopravvenuto tardivamente dopo che si era già formato il titolo abilitativo tacito.

19.2. Piano ambientale: l'Ilva di Taranto.

Sulla questione Ilva s.p.a. è intervenuta la sez. IV che, con sentenza n. 4724 del 16 novembre 2016, ha affermato importanti principi in tema di impatto ambientale.

Con riferimento al motivo dedotto dall'appellante, secondo cui il piano ambientale avrebbe ecceduto dai limiti posti dall'art. 1, comma 7, sesto periodo, d.l. 4 giugno 2013, n. 61, non potendo esso, appunto, prescrivere misure ed interventi nuovi, eccedenti o diversi rispetto a quelli già previsti dall'autorizzazione integrata ambientale (AIA), la Sezione ha chiarito che tale norma prevede che l'approvazione del piano ambientale equivalga alla modifica dell'AIA, "... limitatamente alla modulazione dei tempi di attuazione delle relative prescrizioni, che consenta il completamento degli adempimenti previsti nell'AIA ...".

Il senso di tale norma non è il divieto per il piano di contenere misure e prescrizioni "ultronee" (cioè nuove, inusitate o superflue). Della stessa va data una visione sistematica, ricollegandola a quella di cui al precedente comma 5, primo periodo, in forza della quale il piano "... prevede le azioni e i tempi necessari per garantire il rispetto delle prescrizioni di legge e dell'AIA. ...". Le due norme concorrono dunque a fissare il contenuto di tal piano, vale a dire la rimodulazione dei tempi, ma anche dei modi d'attuazione dell'AIA, affinché gli uni scandiscano il tempo degli altri per realizzarne gli obiettivi in coerenza con tutte le altre prescrizioni ambientali nazionali e comunitarie. Le azioni di cui al comma 5, primo periodo, non sono solo le operazioni materiali; e ciò non soltanto perché, sotto un profilo logico, un'azione può constare d'una o più operazioni, ma anche perché, tra le azioni da assumere per rispettare norme ed AIA nei tempi massimi prescritti, ben

possono rientrarvi, ai sensi dell'art. 26 *sexies*, comma 4 *bis*, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, le innovazioni tecnologiche già a disposizione, quali il c.d. "sistema del preridotto", a minor impatto ambientale.

Ha ancora chiarito la Sezione che la scelta, censurata dalla proprietà di Ilva s.p.a., della predilezione del piano verso innovazioni a basso contenuto impattante, atte a ridurre l'uso di tecnologie basate sul carbone, riveste un carattere *latu sensu* industriale, e pur se non è obbligatoriamente imposta dalla legge ed in sé neppure prescritta dalle BAT (*Best Available Techniques*), non deve però eludere le esigenze, le finalità e, soprattutto, i tempi dettati dall'AIA per il risanamento della società Ilva. Il piano ambientale infatti conforma ed indirizza le metodiche che il piano industriale vorrà prescrivere nella conduzione dell'impresa, ma ben può scegliere ed indicare ai commissari, nei limiti della ragionevole proporzionalità, i vari criteri per la formazione del piano stesso. Spetta poi ad esso ed alla gestione commissariale il rinvenimento delle risorse per sostenerne l'attuazione e, in quella sede, trovare la sintesi per una corretta attività d'impresa, congruente con l'AIA. Tra i criteri in questione è compresa anche la facoltà d'indicare, tra le azioni di attuazione dell'AIA, le nuove tecnologie che, quantunque non imposte espressamente, si appalesano utili al raggiungimento degli obiettivi, piuttosto che a mitigare l'AIA, poiché pure in materia di riduzione degli inquinamenti *bis dat, qui cito dat*. Tale conclusione è avvalorata proprio dal dato testuale, laddove parla, tra gli scopi del piano ambientale, sulla rimodulazione dei tempi attuativi dell'AIA. Come si vede, la rimodulazione in sé non è neutra né limitata ad un mero cronoprogramma, ma è piuttosto la risultante di regole, tecnologie e migliori pratiche in atto disponibili per ottenere il risanamento in tempi certi per l'impresa, l'ambiente e la salute collettiva.

Ha ancora affermato la Sezione che se è vera la minore appetibilità del metodo del c.d. "preridotto" a causa della minor disponibilità in Italia di gas naturale, non per ciò solo si mostra irrazionale o manifestamente erronea, sol perché vi potrebbero esser altre tecnologie disponibili ed al contempo più economiche a basso impatto ambientale. Ha aggiunto che non è ravvisabile alcun difetto d'istruttoria o erroneità se tal scelta ricade sulle tecnologie che già da ora assicurano risultati efficaci e più rapidi. E' ben vero che l'anticipo delle BAT nella gestione dell'impianto siderurgico tarantino possa implicare svantaggi competitivi rispetto ad altre imprese concorrenti di grandezza simile. Ma anche in questo caso l'asserita irragionevolezza di una tale scelta, che se imposta in condizioni ordinarie o non critiche sarebbe patente, nel caso in esame non si ravvisa proprio perché si hanno forti, serie e numerose criticità. Certo, la gestione aziendale è pure minimizzazione di costi gestionali ed uso ottimale dei fattori della produzione, ma tale ottimalità, negli stati di crisi ecologica (come, d'altronde, in ogni altra situazione critica, ove la salvezza dell'impresa si inverte nel riallocare risorse finora accantonate o trasferite al patrimonio), non solo può, ma deve, tenere conto dei costi incompressibili di risanamento e bonifica.

19.3. Autorizzazione all'attività di ricerca ed estrazione al largo del Golfo di Gela e sulla terraferma.

Con sentenza 31 agosto 2016, n. 3767 la sez. VI si è soffermata sulla problematica relativa alla compatibilità ambientale relativa alla concessione di coltivazione "d.3G.C.-A.G." perforazione e completamento di pozzi per estrazione gas. Il giudice di appello ha giudicato legittima l'autorizzazione sul rilievo che: a) non è stata violata la direttiva Habitat 92/43/Cee perché le attività del progetto ubicate in ambito *offshore* non sono localizzate all'interno di aree caratterizzate da *habitat* naturali e specie floristiche e faunistiche di interesse europeo; b) per le attività *onshore*, lo Studio di Impatto Ambientale è stato integrato da uno Studio di Incidenza finalizzato a valutare le interferenze dirette ed indirette del progetto su tali siti. Tale Studio, sulla base di valutazioni tecnico-discrezionali rispetto alle quali non emergono profili di inattendibilità o erroneità, ha escluso, sia con riferimento alla fase di cantiere che durante quella di esercizio,

l'esistenza di perturbazioni, anche sotto il profilo del ragionevole dubbio, in grado di pregiudicare le finalità conservative dei suddetti siti; c) non è stato violato il "principio di precauzione", che consente, ma non impone incondizionatamente all'Amministrazione, di attivarsi in presenza di pericoli soltanto ipotizzati e non ancora suffragati da evidenze scientifiche. Peraltro, le esigenze sottese al principio di precauzione sono state nella specie soddisfatte attraverso la previsione di specifiche prescrizioni di tutela che dimostrano la centralità assunta in sede istruttoria dalle questioni di tutela ambientale; d) non è stata violata la direttiva 13/30/UE sulla sicurezza delle operazioni in mare, direttiva che non era ancora stata recepita all'epoca di adozione dei provvedimenti impugnati e che, per il suo contenuto, non può considerarsi *self executing*; e) il parere regionale per gli interventi soggetti a VIA statale è meramente consultivo/collaborativo, e non vincolante, come si evince dall'art. 25, comma 2, d.lgs. n. 152 del 2006 che riconosce l'esclusiva competenza del Ministero dell'ambiente. La disciplina legislativa della VIA trova, del resto, il suo fondamento a livello costituzionale nell'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., che riconosce allo Stato una potestà legislativa esclusiva in materia di "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema". Nell'esercizio di tale potestà legislativa esclusiva la legge statale può certamente attribuire allo Stato anche le funzioni amministrative, a prescindere dall'intesa con la Regione.

20. Edilizia.

20.1. Decadenza del permesso di costruire.

Con la sentenza n. 1520 del 15 aprile 2016 la sez. IV, in occasione della verifica della legittimità della decadenza di un permesso di costruire, ha chiarito che tale decadenza costituisce l'effetto automatico dell'inutile decorso del termine entro cui i lavori si sarebbero dovuti iniziare e concludere. Essa ha quindi natura non già costitutiva bensì dichiarativa, con efficacia *ex tunc* di un effetto verificatosi *ex se* e direttamente. Avvalora tale conclusione il tenore letterale all'art. 15, comma 2, secondo periodo, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, in virtù del quale, inutilmente decorsi detti termini, "...il permesso decade di diritto per la parte non eseguita, tranne che, anteriormente alla scadenza, venga richiesta una proroga...".

Ha aggiunto la Sezione che la crisi economica, che ha afflitto il settore dell'edilizia, non è un motivo che può consentire la proroga *sic et simpliciter* del titolo edilizio. Invero, in base all'art. 15, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, i termini *de quibus* possono essere prorogati con provvedimento motivato solo per fatti sopravvenuti estranei alla volontà del titolare del permesso di costruire o in considerazione della mole dell'opera da realizzare o di particolari sue caratteristiche tecnico-costruttive. La crisi congiunturale dell'edilizia non è pertanto una valida ragione opponibile all'inutile decorso dei termini predetti né può essere utilizzata per giustificare l'inerzia del titolare del permesso, perché fa riferimento a considerazioni generiche non rilevanti rispetto all'obbligo di osservare i tempi di inizio e completamento dei lavori.

20.2. Contributo di costruzione.

Si è soffermata sulla natura e sulla determinazione del contributo di costruzione la sentenza 21 dicembre 2016, n. 5402 della sez. IV, che ha ricordato che il contributo per il rilascio del permesso di costruire è una prestazione patrimoniale imposta, di indole non tributaria e a carattere generale, tant'è che è indipendente dall'accertamento in concreto sia dall'utilità che il concessionario ritrae dal titolo edificatorio, sia dalle spese effettivamente sostenute per realizzare le opere di urbanizzazione per cui, stante la natura non sinallagmatica ed il regime interamente pubblicistico che la connota, la sua debenza è legata solo al rilascio del titolo edilizio; ai sensi dell'art. 16, comma 3, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 la quota di tal contributo, relativa al costo di costruzione, è corrisposta in corso d'opera, con le modalità e le garanzie stabilite dal Comune, non oltre sessanta giorni dall'ultimazione della costruzione; inoltre, secondo il successivo comma 9, stante l'obbligo

di aggiornamento periodico, la quota del predetto contributo relativo al costo di costruzione, variabile dal 5% al 20%, viene determinata dalle regioni in funzione delle caratteristiche e delle tipologie delle costruzioni e della loro destinazione ed ubicazione. L'applicazione dell'aliquota minima di legge pari al 5% è legittima e doverosa per i Comuni. Le Regioni non hanno alcun potere di derogarvi, onde il citato art. 16, comma 9 "... deve essere interpretato nel senso che la percentuale minima... deve essere applicata a partire dall'entrata in vigore della legge statale, restando nella discrezionalità delle Regioni determinare in misura maggiore detta percentuale, in relazione ai parametri individuati nel medesimo comma 9..."; sicché l'immediata applicabilità dell'aliquota minima, ancorché recata dalla legge statale e solo per il contributo in sé considerato, deriva dalla distinzione, che la norma pone, tra il meccanismo di determinazione del costo di costruzione e le modalità di adeguamento automatico del costo stesso, solo in relazione a queste ultime essendo stabilita l'applicazione degli indici Istat "... nei periodi intercorrenti tra le determinazioni regionali, ovvero in eventuale assenza di tali determinazioni...". Per contro, e sebbene alle Regioni spetti la disciplina di dettaglio pure in soggetta materia, al più la diretta applicazione comunale della norma statale, che nel fissare direttamente l'aliquota minima di legge è comunque inderogabile e ineludibile in base al principio di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 119, comma 2, Cost., serve altresì ad evitare gli effetti nocivi di ogni inerzia del legislatore regionale, onde essa vige fintanto che la Regione non intervenga o a confermarla o a porne una superiore a quella minima, ossia a quella ritenuta congrua quale livello essenziale di prestazione imposta, ad evidenti fini perequativi del prelievo, per tutto il territorio della Repubblica. Ha aggiunto la Sezione che l'attrazione a contribuzione del cespite imponibile non esclude, di per sé solo, effetti in varia guisa "retroattivi" della potestà contributiva fintanto che sia ancora attuale l'attitudine soggettiva ed oggettiva alla contribuzione stessa (in particolare, se non c'è stata ancora decadenza o prescrizione di tale potestà), soprattutto quando si deve doverosamente applicare l'aliquota (minima) di legge ed impedire così forme surrettizie di beneficio o di elusione nel caso concreto, donde la superfluità dell'avviso *ex art. 10 bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241 in relazione al successivo art. 21 *octies*, comma 2, e l'insussistenza di affidamenti tutelabili.

20.3. Applicabilità delle sanzioni pecuniarie per tardivo pagamento dei contributi di costruzione anche in caso di tardiva escussione della garanzia fideiussoria.

Con la sentenza n. 24 del 7 dicembre 2016 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha pronunciato sull'applicabilità delle sanzioni pecuniarie per tardivo pagamento dei contributi di costruzione anche in caso di tardiva escussione della garanzia fideiussoria. Ha affermato che l'Amministrazione comunale ha il pieno potere di applicare, nei confronti dell'intestatario di un titolo edilizio, la sanzione pecuniaria prescritta dalla legge per il caso di ritardo ovvero di omesso pagamento degli oneri relativi al contributo di costruzione anche ove, in caso di pagamento dilazionato di detto contributo, abbia omesso di escutere la garanzia fideiussoria in esito all'infruttuosa scadenza dei singoli ratei di pagamento ovvero abbia comunque omesso di svolgere attività sollecitatoria del pagamento presso il debitore principale.

Con tale arresto l'Alto Consesso ha risolto un contrasto giurisprudenziale formatosi nella giurisprudenza del giudice amministrativo.

Secondo un primo, risalente orientamento allorché il credito vantato dal Comune per il contributo di costruzione nei confronti del titolare di una concessione edilizia sia assistito da garanzia fideiussoria, una siffatta obbligazione di garanzia, priva di *beneficium excussionis* ed al di là della solidarietà tra debitore principale e fideiussore, esclude che il Comune stesso possa far legittimamente ricorso alle sanzioni ai sensi dell'art. 42, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (e, prima, dell'art. 3, l. 28 febbraio 1985, n. 47), salvo che l'Amministrazione creditrice abbia previamente

escusso infruttuosamente il fideiussore. Solo in tal modo il comune conseguirebbe il pronto soddisfacimento del proprio credito salvaguardando, ad un tempo, l'interesse del debitore al contenimento delle somme da corrispondere a quel titolo (in sostanza, escludendo le maggiorazioni a titolo di sanzione).

Un secondo indirizzo, seguito dalla giurisprudenza maggioritaria, inquadra la fattispecie in esame in una prospettiva asseritamente pubblicistica, significativamente caratterizzata dalla presenza di strumenti - le sanzioni e la riscossione coattiva - tipici di un procedimento autoritativo e non paritetico. Secondo tale orientamento, la fideiussione - che il comune può richiedere in caso di rateizzazione del versamento - non avrebbe affatto la finalità di agevolare l'adempimento del soggetto obbligato al pagamento, bensì costituirebbe una garanzia personale prestata unicamente nell'interesse dell'Amministrazione, sulla quale non graverebbe pertanto alcun obbligo giuridico di preventiva escussione del fideiussore. In sostanza, la garanzia sussidiaria servirebbe a scongiurare che il Comune possa irrimediabilmente perdere un'entrata di diritto pubblico, ma non varrebbe ad alleggerire la posizione del soggetto tenuto al pagamento, né attenuerebbe le conseguenze previste nel caso di un eventuale suo inadempimento, conseguenze appunto riconducibili all'applicazione delle sanzioni e alla riscossione coattiva dell'intera somma dovuta.

Un terzo, più recente indirizzo giurisprudenziale, intermedio rispetto ai precedenti due, ha affermato che sussiste un preciso onere collaborativo a carico dell'ente locale, desumibile dal principio di leale collaborazione tra cittadino e Comune, avente valenza pubblicistica e rientrante nell'ambito dei principi di imparzialità di cui all'art. 97 Cost.; secondo tale indirizzo, il ritardo con cui il Comune agisce per riscuotere le somme a titolo di contributi dovuti, se non può impedire del tutto l'applicazione delle sanzioni, atteso il loro carattere automatico, scaturenti direttamente dalla legge, impedisce tuttavia l'applicazione delle sanzioni massime. E' dunque compatibile con l'interesse pubblico azionato, con il tenore delle disposizioni applicabili e con i principi costituzionali che ispirano i rapporti tra cittadino e Pubblica amministrazione che l'ente locale provveda alla riscossione della sanzione ma soltanto nella misura minima, conseguente all'accertamento del ritardo protrattosi per i primi 120 giorni (ai sensi dell'art. 42, comma 2, lett. a), d.P.R. n. 380 del 2001). Per converso, sarebbero inapplicabili le maggiori sanzioni previste per ritardi superiori nella misura in cui l'Amministrazione, con un comportamento improntato a diligenza e buona fede avrebbe potuto evitare, a mezzo della tempestiva escussione della garanzia fideiussoria, di aggravare la posizione debitoria dell'intestatario del titolo edilizio.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha ritenuto condivisibile il secondo, maggioritario orientamento giurisprudenziale. Ha affermato che non sussiste alcuna base normativa che correli il potere sanzionatorio del Comune al previo esercizio dell'onere di sollecitazione del pagamento presso il debitore principale ovvero presso il fideiussore. Ed invero, il sistema di pagamento del contributo di costruzione è caratterizzato dalla presenza solo eventuale di una garanzia prestata per l'adempimento del debito principale e di un parallelo strumento a sanzioni crescenti, con chiara funzione di deterrenza dell'inadempimento, che trova applicazione, in base alla legge, al verificarsi dell'inadempimento dell'obbligato principale. In tale sistema, l'Amministrazione comunale, allo scadere del termine originario di pagamento della rata ha solo la facoltà di escutere immediatamente il fideiussore onde ottenere il soddisfacimento del suo credito; ma ove ciò non accada, l'Amministrazione avrà comunque il dovere/potere di sanzionare il ritardo nel pagamento con la maggiorazione del contributo a percentuali crescenti all'aumentare del ritardo. Peraltro, solo alla scadenza di tutti i termini fissati al debitore per l'adempimento (e quindi dopo aver applicato le massime maggiorazioni di legge), l'Amministrazione avrà il potere di agire nelle forme della riscossione coattiva del credito nei confronti del debitore principale (art. 43, d.P.R. n. 380 del 2001). La portata di tale ultima disposizione è peraltro tale da ritenere che l'Amministrazione, se pure non

è impedita dallo svolgere attività sollecitatoria dei pagamenti (senza attingere al rimedio straordinario della riscossione coattiva) in occasione delle scadenze dei termini intermedi cui sono correlati gli aumenti percentuali del contributo secondo il già indicato modello, è certo facultata ad attendere il volontario pagamento da parte del debitore (e eventualmente del suo fideiussore), fermo restando, in ogni caso, il suo potere-dovere di applicare le sanzioni di legge per il ritardato pagamento.

La legge è dunque chiara nell'assegnare all'Amministrazione il potere/dovere di applicare le sanzioni al verificarsi di un unico presupposto fattuale, e cioè il ritardo nel pagamento da parte dell'intestatario del titolo edilizio (o di chi gli sia subentrato *secundum legem*).

La stretta osservanza del principio di legalità, imposta dalla rigorosa applicazione del canone interpretativo - letterale delle disposizioni richiamate, comporta pertanto che va ritenuta legittima l'applicazione delle sanzioni per il ritardo, a prescindere da richieste di pagamento fatte pervenire all'interessato o al suo fideiussore dalla amministrazione concedente il titolo edilizio.

20.4. Individuazione delle aliquote del contributo di costruzione in mancanza delle determinazioni regionali di riferimento.

Con la sentenza n. 5402 del 21 dicembre 2016 la sez. IV ha affrontato il tema dell'individuazione delle aliquote del contributo di costruzione in mancanza delle determinazioni regionali di riferimento, contribuendo ad aumentare il livello di certezza del quadro finanziario all'interno del quale sono chiamati ad operare i comuni.

La Sezione ha preliminarmente ricordato che il contributo per il rilascio del permesso di costruire è una prestazione patrimoniale imposta, di indole non tributaria ed a carattere generale, tant'è che è indipendente dall'accertamento in concreto sia dall'utilità che il concessionario ritrae dal titolo edificatorio, sia dalle spese effettivamente sostenute per realizzare le opere di urbanizzazione, per cui, stante la natura non sinallagmatica ed il regime interamente pubblicistico che la connota, la sua debenza è legata solo al rilascio del titolo edilizio.

Ha aggiunto che ai sensi dell'art. 16, comma 3, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, la quota di tale contributo "... è corrisposta in corso d'opera, con le modalità e le garanzie stabilite dal comune, non oltre sessanta giorni dalla ultimazione della costruzione..."; ai sensi del successivo comma 9, stante l'obbligo di aggiornamento periodico, la quota del predetto contributo relativo al costo di costruzione, "... variabile dal 5% al 20%...", viene determinata dalle regioni in funzione delle caratteristiche e delle tipologie delle costruzioni e della loro destinazione ed ubicazione...". L'applicazione dell'aliquota minima di legge pari al 5% è legittima e doverosa per i Comuni, perché le Regioni non hanno alcun potere di derogarvi, onde il citato art. 16, comma 9 "... deve essere interpretato, ad avviso del Consiglio di Stato (sez. I, 3 dicembre 2014, n. 3819) nel senso che la percentuale minima... deve essere applicata a partire dall'entrata in vigore della legge statale, restando nella discrezionalità delle Regioni determinare in misura maggiore detta percentuale, in relazione ai parametri individuati nel medesimo comma 9...". Ne consegue che l'immediata applicabilità dell'aliquota minima, ancorché recata dalla legge statale e solo per il contributo in sé considerato, deriva dalla distinzione, che la norma pone, tra il meccanismo di determinazione del costo di costruzione e le modalità d'adeguamento automatico del costo stesso, solo in relazione a queste ultime essendo stabilita l'applicazione degli indici ISTAT "... nei periodi intercorrenti tra le determinazioni regionali, ovvero in eventuale assenza di tali determinazioni...". Per contro, e sebbene alle Regioni spetti la disciplina di dettaglio pure in soggetta materia, al più la diretta applicazione comunale della norma statale, che nel fissare direttamente l'aliquota minima di legge è comunque inderogabile e ineludibile in base al principio di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 119, comma 2, Cost., serve altresì ad evitare gli effetti nocivi d'ogni inerzia del

legislatore regionale, onde essa vige fintanto che la Regione non intervenga o a confermarla o a porne una superiore a quella minima, ossia a quella ritenuta congrua quale livello essenziale di prestazione imposta, ad evidenti fini perequativi del prelievo, per tutto il territorio della Repubblica. La Sezione ha altresì chiarito che l'attrazione a contribuzione del cespite imponibile non esclude, di per sé solo, effetti in varia guisa "retroattivi" della potestà contributiva fintanto che sia ancora attuale l'attitudine soggettiva ed oggettiva alla contribuzione stessa (in particolare, se non v'è stata ancora decadenza o prescrizione di tal potestà), soprattutto quando si deve doverosamente applicare l'aliquota (minima) di legge ed impedire così forme surrettizie di beneficio o di elusione nel caso concreto, donde la superfluità dell'avviso *ex art. 10 bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241 in relazione al successivo art. 21 *octies*, comma 2, nonché l'insussistenza di affidamenti tutelabili a favore dell'appellante, nonché la inconfigurabilità della violazione delle garanzie partecipative.

20.5. Esenzione dal contributo di costruzione.

Ancora in tema di contributo di costruzione la sez. IV si è occupata, con la sentenza 11 febbraio 2016, n. 595, dell'ambito di applicazione dell'esenzione prevista dall'art. 17, comma 3, lett. c), d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, che esclude la debenza "per gli impianti, le attrezzature, le opere pubbliche o di interesse generale realizzate dagli enti istituzionalmente competenti nonché per le opere di urbanizzazione, eseguite anche da privati, in attuazione di strumenti urbanistici". Ha concluso escludendo che tale esenzione spetti nel caso in cui la costruzione sia stata edificata da una impresa privata sulla base di un preliminare di vendita di cosa futura stipulato con una Università degli studi.

Ha premesso la Sezione che tale esenzione riguarda in realtà due ben diverse e non confondibili ipotesi, relative da un lato ad opere di interesse generale realizzate dagli enti competenti e, dall'altro, ad opere di urbanizzazione eseguite anche da privati. Ha quindi escluso che sia possibile una commistione di tali due diverse ipotesi, non potendo l'esenzione ricollegarsi simultaneamente a due differenti qualificazioni formali dello stesso bene che in realtà non sembra possano coesistere.

Ha ancora chiarito che l'esenzione può essere riferita anche ad un'opera di interesse generale realizzata da un privato per conto di un ente pubblico. Ma in questa ipotesi essa spetta soltanto qualora (come avviene nella concessione di opera pubblica e in altre analoghe figure organizzatorie) lo strumento contrattuale utilizzato consenta formalmente di imputare la realizzazione del bene direttamente all'ente per conto del quale il privato abbia operato. In altri termini, spetta solo se il privato abbia agito quale organo indiretto dell'Amministrazione, come appunto nella concessione o nella delega.

La Sezione ha escluso che nel caso sottoposto al proprio esame sia configurabile tale ipotesi dal momento che la costruzione è stata edificata dall'impresa sulla base di un preliminare di vendita di cosa futura stipulato con un Ateneo, con la conseguenza che la costruzione è avvenuta alla stregua di una tipologia negoziale che non aveva determinato l'affidamento da parte dell'Università di un incarico formale per la realizzazione di un'opera. Il fatto che l'Università possa essersi ingerita dettando istruzioni per la concreta configurazione dell'edificio, da un lato risulta del tutto usuale in questa tipologia di compravendita; dall'altro e soprattutto non può valere a cancellare le differenze radicali che intercorrono - quanto a causa funzionale, passaggio del rischio, produzione dell'effetto traslativo, ecc. - tra la concessione o l'appalto da una parte e il contratto di vendita di cosa futura dall'altra. Del resto, anche a non voler considerare questi profili prettamente civilistici, deve pur ricordarsi che l'ordinamento interno - sulla scia della normativa comunitaria - tipicizza in modo tassativo attraverso il Codice degli appalti gli strumenti che la Pubblica amministrazione può utilizzare per la realizzazione delle opere pubbliche, con la conseguenza che, ove in luogo di questi strumenti l'Amministrazione utilizzi la compravendita per procurarsi il bene, deve presumersi che

la qualificazione di esso quale opera pubblica consegue al prodursi dell'effetto traslativo e non lo precede.

Ha ricordato la Sezione che in passato la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato in sede consultiva ha affermato che l'esperibilità della vendita di cosa futura da parte della Pubblica amministrazione (nella specie, di un immobile) è in astratto ammissibile, anche se in concreto condizionata dalla ricorrenza di situazioni eccezionalissime e dalla necessità - dettata dalla finalità di evitare intenti elusivi del principio tendenziale e generale del procedimento d'appalto - che l'Amministrazione valuti preventivamente la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie di realizzazione delle opere pubbliche. Ha però aggiunto di non ritenere ancora valido tale arresto a fronte dell'evoluzione della vincolante normativa comunitaria e a fronte delle previsioni contenute nel sopravvenuto Codice degli appalti, secondo cui l'esecuzione di opere e lavori da parte dell'Amministrazione non può che essere oggetto di contratti di concessione o appalto. In ogni caso, ha concluso la sentenza, ciò che conta, con riferimento al caso di specie, è che in definitiva e in termini piani l'Università non ha formalmente realizzato l'opera, in quanto ha ommesso di utilizzare gli unici strumenti contrattuali all'uopo apprestati dall'ordinamento. Specularmente, sempre in termini piani, la società costruttrice non ha mai conseguito dall'Ateneo un appalto o concessione ad evidenza pubblica ma ha semplicemente venduto ad esso un immobile (costruito in base a un preliminare di un contratto ad effetti obbligatori) e non può pertanto pretendere un beneficio spettante ai privati solo se essi hanno edificato per conto della mano pubblica. In conclusione deve, ad avviso della Sezione, escludersi - sia nell'ottica civilistica sia, soprattutto, in quella pubblicistica - che nel caso sottoposto al proprio esame si tratti di un'opera di interesse generale realizzata da un ente competente.

La sentenza ha ancora chiarito che l'art. 16, comma 8, d.P.R. n. 380 del 2001 qualifica come opere di urbanizzazione secondaria - per quanto di interessa - le scuole dell'obbligo nonché strutture e complessi per l'istruzione superiore dell'obbligo. Un edificio universitario non costituisce struttura per l'istruzione superiore dell'obbligo, innanzi tutto sul piano testuale perché nella tradizione amministrativa è chiara la differenziazione tra gli istituti di istruzione dei vari ordini e gradi e quelle che l'art. 33 Cost. designa come istituzioni di alta cultura università e accademie. Aggiungasi che da un lato la l. 29 settembre 1964, n. 847 in tanto ha per la prima volta elencato le opere di urbanizzazione secondaria in quanto ha contestualmente facoltizzato i Comuni ad accendere mutui per la loro realizzazione nell'ambito dei piani di zona; dall'altro che la l. 27 gennaio 1977, n. 10 (con previsione non ripresa dal Testo unico dell'edilizia) imponeva il versamento dei contributi concessori proprio ai Comuni con vincolo di destinazione appunto per la realizzazione delle opere di urbanizzazione. Ne consegue che le opere di urbanizzazione secondaria hanno tendenzialmente una dimensione comunale o infra-comunale, in quanto finalizzate a migliorare il grado di fruibilità di uno specifico e circoscritto insediamento urbano mediante la creazione, da parte dell'ente locale, di determinate strutture di supporto per servizi fruibili da quella comunità. Pertanto, come uno stadio internazionale non costituisce opera di urbanizzazione secondaria, essendo tale qualifica riservata solo agli impianti sportivi di quartiere; come un interporto o un mercato all'ingrosso non costituisce opera di urbanizzazione secondaria essendo tale qualifica riservata ai mercati di quartiere, così una Facoltà universitaria, in quanto volta ad erogare un servizio pubblico che esorbita dalla dimensione locale, non può essere assimilata ai fini in esame alle scuole di ogni ordine e grado. Ovviamente, stadio internazionale interporto e Facoltà universitaria possono guadagnare l'esenzione, ma al diverso titolo di cui sopra (*id est*, in quanto impianti di interesse generale) ove ricorra anche il requisito soggettivo.

Ultimo rilievo è che l'opera di urbanizzazione consegue l'esenzione solo se sia specificamente prevista e così espressamente qualificata dallo strumento urbanistico, circostanza questa non

presente nel caso di specie. In sostanza, ai fini dell'esenzione dal contributo per opere di urbanizzazione si deve utilizzare lo stesso criterio che vige nel caso simmetrico dello scomputo per realizzazione diretta dell'infrastruttura secondaria, nel quale la materiale realizzazione dell'opera da parte del privato non rileva se non è preceduta da un atto della Pubblica amministrazione che individui il tipo e l'entità delle opere ammesse a scomputo.

20.6. Lottizzazione abusiva.

Una accurata ricostruzione delle problematiche connesse alla lottizzazione abusiva è contenuta nella sentenza della sez. IV, 8 gennaio 2016, n. 26.

Ha premesso che in presenza di riscontrati abusi edilizi sul territorio, l'intento lottizzatorio - inteso, nella comune accezione come volontà di realizzare un non consentito frazionamento dei suoli, o comunque di alterarne surrettiziamente la destinazione urbanistica in contrasto con gli strumenti vigenti - può essere legittimamente desunto da una pluralità di elementi indiziari, anche di per sé non univocamente significativi, ma che nel loro complesso denuncino in modo ragionevolmente inequivoco la strumentalità degli abusi al perseguimento delle suindicate finalità.

Dato il presupposto, la Sezione ha ritenuto sussistenti plurimi e concordanti indizi di una lottizzazione abusiva nel fatto: che i lotti appartenenti ai ricorrenti fossero tutti risultanti dal frazionamento di un'unica area molto più vasta, originariamente a destinazione agricola E1 e poi destinata a zona F; della contestualità temporale di tutte le vendite attraverso le quali si realizzò tale originario frazionamento, nonché delle peculiari pattuizioni che accompagnarono dette cessioni; della realizzazione sui suoli risultanti dal frazionamento di molteplici interventi edilizi abusivi, per lo più incompatibili con l'originaria destinazione agricola delle aree; della carenza, in capo ai proprietari dei suoli, della qualifica di imprenditore agricolo; della realizzazione di opere di urbanizzazione non previste dal vigente strumento urbanistico (e, in particolare, di una strada interpodereale di collegamento ed accesso ai vari lotti).

Ha aggiunto la Sezione che agli effetti della configurazione della fattispecie in discorso - che costituisce illecito a carattere permanente - ciò che rileva non è tanto l'epoca di realizzazione degli abusi, quanto piuttosto il loro discendere dall'iniziale frazionamento dell'area, ciò che deve ritenersi sufficiente a dimostrarne la coerenza con il divisato intento lottizzatorio. Nessun rilievo assume poi che taluni singoli interventi edilizi possano essere stati sanati a seguito di istanza di condono, o addirittura che potessero in ipotesi essere stati *ab initio* assentiti dal Comune, dovendo considerarsi non già le singole porzioni di suolo in modo isolato e atomistico, ma lo stravolgimento della destinazione di zona nel suo complesso. Non rileva neanche l'eventuale buona fede dei ricorrenti acquirenti dei suoli solo a valle del frazionamento dell'area, con la conseguenza che non potrebbero essere considerati partecipi di alcun disegno lottizzatorio; ed infatti, la lottizzazione abusiva opera in modo oggettivo e indipendentemente dall'*animus* dei proprietari interessati, i quali se del caso potranno far valere la propria buona fede nei rapporti interni con i propri danti causa.

21. Espropriazione.

21.1. Potere sostitutivo del commissario *ad acta* nell'adottare il provvedimento *ex art. 42 bis*, d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (9 febbraio 2016, n. 2), intervenendo sulla questione concernente i poteri sostitutivi del commissario *ad acta* in sede di ottemperanza, in relazione all'adozione del provvedimento di acquisizione coattiva *ex art. 42 bis*, d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, ha aderito alla tesi secondo cui la condotta illecita dell'Amministrazione incidente sul diritto di proprietà, quale che sia la sua forma di manifestazione (vie di fatto, occupazione usurpativa, occupazione acquisitiva), non può comportare l'acquisizione del fondo e configura un illecito

permanente ex art. 2043 c.c., che viene a cessare solo in conseguenza: a) della restituzione del fondo; b) di un accordo transattivo; c) della rinuncia abdicativa da parte del proprietario implicita nella richiesta di risarcimento del danno per equivalente monetario a fronte della irreversibile trasformazione del fondo; d) di una compiuta usucapione, ma solo entro ristretti limiti, come individuati dalla giurisprudenza allo scopo di evitare che, sotto mentite spoglie, si reintroduca una forma surrettizia di espropriazione indiretta in violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU, dunque a condizione che: 1) sia effettivamente configurabile il carattere non violento della condotta; 2) si possa individuare il momento esatto della *interversio possessionis*; 3) si faccia decorrere la prescrizione acquisitiva dalla data di entrata in vigore del Testo unico sull'espropriazione (30 giugno 2003), perché solo l'art. 43 del medesimo t.u. aveva sancito il superamento dell'istituto dell'occupazione acquisitiva e, dunque, solo da questo momento potrebbe ritenersi individuato, ex art. 2935 c.c., il "...giorno in cui il diritto può essere fatto valere"; e) di un provvedimento emanato ex art. 42 *bis*, d.P.R. n. 327 del 2001.

L'Adunanza plenaria ha quindi affermato che la possibilità di emanare il provvedimento ex art. 42 *bis*, d.P.R. n. 327 del 2001 in sede di ottemperanza, da parte del giudice amministrativo o, per esso, dal commissario *ad acta*, non può essere predicata *a priori* e in astratto ma, al contrario, postula una risposta articolata che prenda necessariamente le mosse dal contesto processuale in cui è chiamato ad operare il giudice (ed il suo ausiliario). Più in particolare, il commissario *ad acta* può emanare il provvedimento di acquisizione coattiva ex art. 42 *bis*, d.P.R. n. 327 del 2001, se nominato dal giudice amministrativo ai sensi: a) degli artt. 34, comma 1, lett. e), e 114, comma 4, lett. d), c.p.a., qualora tale adempimento sia stato previsto dal giudicato *de quo agitur*; b) dell'art. 117, comma 3, c.p.a., qualora l'Amministrazione non abbia provveduto sull'istanza dell'interessato che abbia sollecitato l'esercizio del potere di cui al citato art. 42 *bis*.

21.2. Occupazione illegittima della P.A. nell'ambito di un procedimento espropriativo e giudicato in ordine all'acquisizione dell'area a titolo originario da parte della P.A..

Con sentenza 13 aprile 2016, n. 1466 la sez. IV si è occupata della questione relativa alla possibilità per il proprietario interessato di chiedere la restituzione dell'area od il risarcimento dei danni nel caso in cui si sia formato un giudicato in ordine all'acquisizione dell'area a titolo originario da parte della Pubblica amministrazione

La Sezione ha premesso principi pacifici in materia ricordando che l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica non fa venire meno l'obbligo dell'Amministrazione di restituire al privato il bene illegittimamente appreso; e ciò indipendentemente dalle modalità - occupazione acquisitiva o usurpativa - di acquisizione del terreno. Per tali ragioni, il proprietario del fondo illegittimamente occupato dall'Amministrazione, ottenuta la declaratoria di illegittimità dell'occupazione e l'annullamento dei relativi provvedimenti, può legittimamente domandare nel giudizio di ottemperanza sia il risarcimento, sia la restituzione del fondo che la sua riduzione in pristino. La realizzazione dell'opera pubblica sul fondo illegittimamente occupato è in sé, quindi, un mero fatto, non in grado di assurgere a titolo di acquisto, come tale inidoneo a determinare il trasferimento della proprietà, per cui solo il formale atto di acquisizione dell'Amministrazione può essere in grado di limitare il diritto alla restituzione, non potendo rinvenirsi atti estintivi (rinunziativi o abdicativi, che dir si voglia) della proprietà in altri comportamenti, fatti o congegni. In altri termini, la realizzazione di un'opera pubblica su fondo illegittimamente occupato, ovvero legittimamente occupato ma non espropriato nei termini di legge, non è di per sé in grado di determinare il trasferimento della proprietà del bene a favore dell'Amministrazione, trattandosi di un mero fatto che non può assurgere a titolo d'acquisto del fondo. L'Amministrazione, cioè, può legittimamente apprendere il bene facendo uso unicamente dei due strumenti tipici, ossia il contratto, tramite

l'acquisizione del consenso della controparte, o il provvedimento, e quindi anche in assenza di consenso ma tramite la riedizione del procedimento espropriativo con le sue garanzie. Così, l'illecita occupazione, e quindi il fatto lesivo, permangono quindi fino al momento della realizzazione di una delle due fattispecie legalmente idonee all'acquisto della proprietà, indifferentemente dal fatto che questo evento avvenga consensualmente o autoritativamente. A questi due strumenti, peraltro, va altresì aggiunto il possibile ricorso al procedimento espropriativo semplificato, già previsto dall'art. 43, d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, ed ora - successivamente alla sentenza della Corte costituzionale 8 ottobre 2010, n. 293, che ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale - nuovamente regolamentato all'art. 42 *bis* dello stesso testo, come introdotto dall'art. 34, comma 1, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito in l. 15 luglio 2011, n. 111.

Ciò chiarito, la Sezione ha ricordato che il diritto comunitario non impone al giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne da cui deriva l'autorità di cosa giudicata, nemmeno quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario. Nel caso di specie sulla questione concernente l'avvenuta acquisizione da parte della mano pubblica dell'area di pertinenza dell'appellante si è certamente formato il giudicato.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 71 del 30 aprile 2015 ha implicitamente ammesso che l'avvenuto giudicato formatosi preclude la rivisitazione della tematica ("Come evidenziato nell'ordinanza di rimessione, ne risulta che se la norma censurata fosse dichiarata incostituzionale, il ristoro economico sarebbe assoggettato al regime del risarcimento *ex art.* 2043 cod. civ., a prescindere dal riconoscimento del diritto alla restituzione del bene. In altri termini, la rilevanza della questione emerge dal fatto che se la questione di legittimità costituzionale fosse accolta, il giudizio rimarrebbe incardinato innanzi al giudice amministrativo, investito della domanda di rideterminazione del ristoro economico, che acquisterebbe natura risarcitoria; se essa fosse rigettata, ne deriverebbe invece la *traslatio iudicii* innanzi al giudice ordinario, per i profili di quantificazione dell'indennizzo previsto dall'art. 42 *bis* del T.U. sulle espropriazioni").

Ha quindi affermato la Sezione che se sulla sussistenza di un giudicato in senso tecnico non può dubitarsi, relativamente alla circostanza dell'avvenuto concretarsi del fenomeno acquisitivo a titolo originario dell'area in favore dell'Amministrazione, non è invece possibile l'applicazione "ora per allora" di un diverso orientamento giurisprudenziale - successivamente affermatosi sotto la spinta della Corte Edu - e di un antitetico quadro legislativo (introdotto dal Legislatore nazionale, appunto, per conformarsi ai precetti della Corte di Strasburgo). L'intervenuto giudicato sul punto impedisce infatti la riproposizione del *petitum*.

21.3. Indennità per acquisizione sanante.

La sez. IV si è soffermata, con la sentenza 25 ottobre 2016, n. 4457, sul criterio di computo dell'indennità per acquisizione sanante *ex art.* 42 *bis*, d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327.

Ha preliminarmente chiarito che sebbene il citato art. 42 *bis* non espliciti la regola per cui il computo dell'indennità va riportato al valore del bene al momento dell'acquisizione sanante, la giurisprudenza è pacificamente orientata in tal senso, come rilevato dalla Corte costituzionale nella sentenza del 30 aprile 2015, n. 71. In tale sede, si è precisato che "...la norma prevede bensì la corresponsione di un indennizzo determinato in misura corrispondente al valore venale del bene e con riferimento al momento del trasferimento della proprietà di esso, sicché non vengono in considerazione somme che necessitano di una rivalutazione".

La Sezione ha altresì escluso che dall'applicazione del parametro anzidetto possa configurarsi per il privato un ristoro economico svantaggioso, atteso che la disposizione in esame risponde ad una finalità di favore per l'espropriato, nella misura in cui sottintende che il valore venale del bene cui la norma si riferisce comprende non solo il valore del suolo occupato, ma anche quello delle opere

che su di esso siano state eventualmente realizzate (le quali, ove la Pubblica amministrazione non procedesse all'acquisizione, sarebbero soggette ad accessione a favore del privato in applicazione degli ordinari canoni civilistici). Corollario di tale premessa è che l'indennità spettante *ex art. 42 bis*, d.P.R. n. 327 del 2001 deve essere computata con riferimento alla data di emissione del provvedimento, fermo restando che il valore di mercato va determinato tenendo conto delle caratteristiche attuali del bene e, quindi, anche dell'irreversibile trasformazione del fondo nel frattempo intervenuta.

Quanto all'indennizzo pari al 10% del valore venale che va liquidato in sede di determinazione dell'indennità *ex art. 42 bis*, d.P.R. n. 327 del 2001, la Sezione ha nuovamente richiamato i principi espressi dal giudice delle leggi nella sentenza n. 71 del 2015, secondo cui la somma a titolo di danno non patrimoniale, quantificata in misura pari al 10% del valore venale del bene, costituisce un importo ulteriore, non previsto per l'espropriazione condotta nelle forme ordinarie, determinato direttamente dalla legge, in misura certa e prevedibile, per il quale il privato, in deroga alle regole ordinarie, è sollevato dall'onere della relativa prova.

In effetti, già prima di detta pronuncia, una parte della giurisprudenza di merito era orientata nel senso di ritenere che l'art. 42 *bis*, comma 1, laddove prevede la suddetta voce del 10% per il pregiudizio non patrimoniale, istituisce un meccanismo di liquidazione automatica del citato profilo di danno che prescinde da una specifica allegazione e dimostrazione dello stesso. Deve, pertanto, ritenersi superato l'orientamento – peraltro non unanime – secondo cui la previsione dell'indennizzo per il pregiudizio non patrimoniale subito dal proprietario spogliato del proprio diritto, anche nell'ipotesi di cui all'art. 42 *bis*, non dava luogo ad alcuna automatica attribuzione di una somma a tale titolo, dovendo in ogni caso accertarsi la sussistenza e natura del detto pregiudizio, nonché la sussistenza di un nesso di causalità che consentisse di attribuire il detto pregiudizio all'attività e/o ai comportamenti della Pubblica amministrazione.

22. Responsabilità della Pubblica amministrazione.

22.1. Responsabilità precontrattuale.

Sulla responsabilità precontrattuale per recesso ingiustificato dalle trattative si è pronunciata la sez. III, con sentenza 15 aprile 2016, n. 1532, nella quale ha preliminarmente chiarito che la tesi secondo cui tale responsabilità è configurabile soltanto laddove si era conclusa la fase di individuazione del contraente e di definizione del contratto - in quanto solo in tali ipotesi si determina una situazione tutelabile -, è basata sul presupposto secondo il quale la violazione delle regole di correttezza, che presiedono alla formazione del contratto, può assumere rilevanza solo dopo che la fase pubblicistica abbia attribuito al ricorrente effetti concretamente vantaggiosi, e solo dopo che tali effetti siano venuti meno nonostante l'affidamento ormai conseguito dalla parte interessata (come nel caso di annullamento per illegittimità degli atti della sequenza procedimentale, ovvero di revoca della gara o dell'aggiudicazione, o di rifiuto a stipulare il contratto con l'aggiudicatario).

Ha aggiunto che alla luce della giurisprudenza della Cassazione, perché possa ritenersi integrata la responsabilità precontrattuale, è necessario che tra le parti siano in corso trattative; che le trattative siano giunte ad uno stadio idoneo a far sorgere nella parte che invoca l'altrui responsabilità il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; che la controparte, cui si addebita la responsabilità, le interrompa senza un giustificato motivo; che, infine, pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto. In particolare, nei confronti della Pubblica amministrazione, se non è ipotizzabile una responsabilità precontrattuale, per violazione del dovere di correttezza di cui all'art. 1337 cod. civ. rispetto al procedimento amministrativo strumentale alla scelta del contraente, essa è ammissibile con riguardo alla fase successiva alla scelta, in cui il

recesso dalle trattative da parte della p.a. è sindacabile sotto il profilo della violazione del dovere del *neminem laedere*, ove lo stesso sia venuto meno ai doveri di buona fede, correttezza, lealtà e diligenza, in rapporto anche all'affidamento ingenerato nel privato circa il perfezionamento del contratto.

22.2. Risarcimento del danno da ritardo.

Con sentenza n. 1371 del 6 aprile 2016 la sez. IV ha preliminarmente ricordato che il risarcimento del danno da ritardo relativo ad un interesse legittimo pretensivo non può essere avulso da qualsivoglia valutazione concernente la spettanza del bene della vita e deve, quindi, essere subordinato, tra l'altro, anche alla dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento sia destinata ad esito favorevole e, quindi, alla dimostrazione della spettanza definitiva del bene sostanziale della vita collegato a un tale interesse; l'entrata in vigore dell'art. 2 *bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241 non ha, infatti, elevato a bene della vita suscettibile di autonoma protezione, mediante il risarcimento del danno, l'interesse procedimentale al rispetto dei termini dell'azione amministrativa avulso da ogni riferimento alla spettanza dell'interesse sostanziale al cui conseguimento il procedimento stesso è finalizzato; inoltre, il riconoscimento della responsabilità della Pubblica amministrazione per il tardivo esercizio della funzione amministrativa richiede, oltre alla constatazione della violazione dei termini del procedimento, l'accertamento che l'inosservanza delle scadenze procedurali sia imputabile a colpa o dolo dell'Amministrazione medesima, che il danno lamentato sia conseguenza diretta ed immediata del ritardo dell'Amministrazione, nonché la prova del danno lamentato. Ciò, anche laddove venga prospettata la richiesta di liquidazione della *chance*.

Tale conclusione, ad avviso della Sezione, allo stato attuale della legislazione costituisce l'unico punto di equilibrio per evitare il proliferare di richieste risarcitorie infondate, con le quali si stigmatizza un ritardo in relazione a pretese che non avrebbero avuto pratica possibilità di accoglimento. In relazione a tali pretese, infatti, allo stato l'unica forma di protezione prevista dall'ordinamento sarebbe semmai, ricorrendone i presupposti, quella dell'indennizzo ex art. 2 *bis*, comma 1 *bis*, l. n. 241 del 1990.

Ha poi aggiunto che nell'ipotesi in cui venga lamentato un danno procedimentale c.d. "da ritardo" mentre per il danno non patrimoniale è possibile procedere alla liquidazione secondo criteri equitativi, per le voci di danno patrimoniale occorre, rispettivamente, una concreta rendicontazione per il danno emergente; ed anche con riferimento al lucro cessante, non può comunque prescindere da una indicazione, né generica né esplorativa, dei mancati guadagni, delle mancate occasioni e degli aggravii patrimoniali indiretti, scaturiti dal ritardo a provvedere.

Ha quindi concluso che non è criticabile l'orientamento del Tar secondo il quale, in caso di non spettanza del bene della vita, può essere risarcito soltanto il danno emergente, relativo alle spese necessarie, che devono essere sostenute nel periodo successivo al termine prestabilito di conclusione del procedimento fino alla data di emanazione del provvedimento (di diniego) conclusivo del procedimento.

Ancora sul danno da ritardo la sez. V, con sentenza 25 marzo 2016, n. 1239, si è soffermata ad approfondire la tematica del risarcimento del danno da ritardo, con particolare riferimento all'onere della prova in materia di elemento soggettivo.

Ha premesso che il solo ritardo nell'emanazione di un atto è elemento sufficiente per configurare un danno "ingiusto", con conseguente obbligo di risarcimento, nel caso di procedimento amministrativo lesivo di un interesse pretensivo dell'amministrato, quando tale procedimento sia da concludere con un provvedimento favorevole per il destinatario o se sussistano fondate ragioni per ritenere che l'interessato avrebbe dovuto ottenerlo. Nel caso all'esame della Sezione una società, che esercita attività di cernita, trattamento di rifiuti di tipo carta, cartone e plastica, aveva proposto istanza di verifica di assoggettabilità a V.I.A., ex art. 20, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 per

l'ampliamento delle quantità trattate. Solo dopo del tempo è sopravvenuto il decreto di V.I.A. favorevole al richiesto ampliamento e non essendo tale circostanza contestata, è acquisita prova del danno ingiusto.

Ha ricordato ancora la Sezione che è pur vero che un consistente indirizzo giurisprudenziale riconnette l'accertamento del danno da ritardo ovvero del danno derivante dalla tardiva emanazione di un provvedimento favorevole, da un lato al danno da lesione di interessi legittimi pretensivi, per l'ontologica natura delle posizioni fatte valere, dall'altro, in ossequio al principio dell'atipicità dell'illecito civile, alla fattispecie dell'art. 2043 cod. civ. per l'identificazione degli elementi costitutivi della responsabilità. Di conseguenza, l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono, in linea di principio, presumersi *iuris tantum*, in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo nell'adozione del provvedimento amministrativo favorevole, ma il danneggiato deve, ex art. 2697 cod. civ., provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda. In particolare, occorre verificare la sussistenza sia dei presupposti di carattere oggettivo (prova del danno e del suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso causale), sia di quello di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante): in sostanza, il mero "superamento" del termine fissato *ex lege* o per via regolamentare alla conclusione del procedimento costituisce indice oggettivo, ma non integra "piena prova del danno". Ha però rilevato la Sezione che nel caso sottoposto al proprio esame deve considerarsi raggiunta la prova dell'elemento soggettivo della fattispecie risarcitoria, a fronte della dimostrazione di un esito favorevole del provvedimento finale, che ha consentito al privato l'ottenimento del bene della vita, ovvero l'ampliamento dell'attività economica da esso gestita, e a fronte di una palese ed oggettiva inosservanza dei termini procedurali non giustificata da rilievi da parte dell'Amministrazione, in sede procedimentale ovvero giudiziale, di difficoltà oggettive di tipo tecnico o organizzativo rispetto al concreto affare trattato.

22.3. Danno da perdita della proprietà e da mancato godimento del bene immobile.

La sentenza n. 4636 del 7 novembre 2016 della sez. IV ha individuato innovativi ed originali criteri di liquidazione del danno da perdita della proprietà e da mancato godimento del bene immobile.

La Sezione ha preliminarmente proceduto ad una puntuale ricostruzione degli effetti dell'occupazione *sine titulo* della proprietà privata che ha interessato in modo complesso la legislazione e la giurisprudenza (ordinaria ed amministrativa) degli ultimi trenta anni, con riferimento sia al "dato sostanziale" ed alle sue conseguenze, che al riparto di giurisdizione.

Nel tempo sono stati elaborati i distinti istituti della occupazione "appropriativa" e di quella "usurpativa", caratterizzati, nel primo caso, "da una anomalia del procedimento espropriativo, a causa della sua mancata conclusione con un formale atto ablativo"; nel secondo caso dalla "trasformazione del fondo di proprietà privata, in assenza di dichiarazione di pubblica utilità".

Nell'ipotesi di occupazione acquisitiva, la giurisprudenza aveva individuato il modo di acquisto della proprietà come conseguenza di una inversione del *modus* civilistico dell'accessione, di cui agli artt. 934 ss. cod. civ., in considerazione dell'intervenuta irreversibile trasformazione del fondo per effetto della realizzazione dell'opera pubblica. Tale fatto comportava "l'estinzione del diritto di proprietà del privato e la contestuale acquisizione a titolo originario della proprietà in capo all'ente costruttore", ed inoltre, costituendo "un fatto illecito (istantaneo, sia pure con effetti permanenti)", esso "abilita(va) il privato a chiedere nel termine prescrizione di cinque anni dal momento della trasformazione del fondo . . . la condanna dell'ente medesimo a risarcire il danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà, mediante il pagamento di una somma pari al valore che il fondo aveva in quel momento, con la rivalutazione per la eventuale diminuzione del potere di acquisto della moneta, fino al giorno della liquidazione". Tale conclusione era stata giudicata costituzionalmente legittima dal giudice delle leggi (Corte cost. 23 maggio 1995 n. 188).

Ha aggiunto la sez. IV che la c.d. “accessione invertita”, correlata alla cd. “occupazione acquisitiva”, tentava di comporre i contrapposti interessi, superando una precedente giurisprudenza secondo la quale, nelle ipotesi considerate, il privato restava proprietario del bene occupato, aveva diritto al solo risarcimento del danno determinato dalla perdita del godimento della *res occupata* ed era comunque soggetto alla tardiva (rispetto ai termini stabiliti per l’espropriazione) emanazione del decreto di esproprio, ritenuto comunque idoneo a ricondurre il “fatto” dell’occupazione nell’alveo della legittimità procedimentale (affermandosi anche che l’eventuale opposizione già proposta innanzi alla Corte di Appello avverso il decreto di determinazione dell’indennità di occupazione si “convertiva” *ipso facto* in domanda di risarcimento del danno, con necessità di riassunzione del giudizio innanzi al Tribunale competente).

Successivamente, la giurisprudenza ha ulteriormente approfondito il caso della occupazione *sine titulo* della proprietà altrui, distinguendo – pur con qualche “scostamento” in ordine all’attribuzione dei singoli casi all’una o all’altra figura, emergente all’analisi dettagliata delle decisioni - tra una occupazione cd. acquisitiva ed una occupazione c.d. usurpativa. Secondo la giurisprudenza: a) l’occupazione appropriativa si realizza allorchè vi sia trasformazione irreversibile del fondo, con destinazione ad opera pubblica o ad uso pubblico, e ciò avviene in assenza di decreto di esproprio, con carattere di illecito, che si consuma alla scadenza del periodo di occupazione legittima, se nel frattempo l’opera pubblica è stata realizzata, ovvero al momento della trasformazione, nel caso in cui l’ingerenza nella proprietà privata abbia già carattere abusivo o se essa acquisti tale carattere perché la trasformazione medesima avviene dopo la scadenza del periodo di occupazione legittima; e ciò sempre che vi sia una dichiarazione di pubblica utilità che attesti la destinazione pubblicistica dell’opera; essa comporta l’obbligo dell’Amministrazione espropriante di risarcire il danno nei confronti del privato; b) l’occupazione usurpativa, invece, si ha nell’ipotesi in cui la dichiarazione di pubblica utilità manchi ovvero debba ritenersi giuridicamente inesistente (come nei casi in cui essa sia stata annullata dal giudice amministrativo, o sia carente dei suoi caratteri essenziali tipici, fra i quali la prefissione dei termini richiesti dall’art. 13, l. 25 giugno 1865, n. 2359 per il compimento delle espropriazioni e dei lavori) o, ancora, sia divenuta inefficace . . . , configurandosi in tal caso solo una mera occupazione – detenzione illegittima dell’immobile privato, inquadrabile nella responsabilità *ex art.* 2043 cod. civ., con le necessarie implicazioni sia in punto di prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante dalla permanenza della illecita occupazione, sia in punto di esperibilità delle azioni reipersecutorie a tutela della non perduta proprietà del bene, potendo tale tutela trovare ostacolo solo nella eccessiva onerosità della reintegrazione in forma specifica (art. 2058, comma 2, cod. civ.), nonché dal pregiudizio arrecato dalla distruzione dell’opera alla economia nazionale (art. 2933, comma 2, cod. civ.), con la conseguente possibilità per l’interessato di scegliere di abbandonare l’immobile danneggiato all’amministrazione occupante ed ottenere in cambio l’integrale risarcimento del danno.

Diverse sono le conseguenze derivanti dalle due forme di occupazione in relazione al momento acquisitivo della proprietà da parte dell’Amministrazione: a) nel caso di occupazione appropriativa, tale momento deve essere individuato in quello in cui si realizza l’irreversibile trasformazione del bene occupato; b) nel caso di occupazione usurpativa, il momento di acquisto della proprietà deve essere invece individuato in un momento successivo che dipende da una scelta del proprietario usurpato che, rinunciando implicitamente al diritto dominicale, opta per una tutela (integralmente) risarcitoria in luogo della (pur possibile) tutela restitutoria.

Tali meccanismi, individuati per porre riparo alle conseguenze dell’illecito commesso dall’Amministrazione, sono stati, però, censurati dalla Corte europea dei diritti dell’uomo che, con sentenza 30 maggio 2002 (in causa Carbonara-Ventura contro Italia), ha affermato che l’evoluzione giurisprudenziale “potrebbe condurre ad un risultato imprevedibile e arbitrario e privare gli

interessati di una protezione efficace dei loro diritti e, di conseguenza, sarebbe incompatibile con il principio di legalità”; dubbi sulla compatibilità con il principio della legalità di un meccanismo che, in maniera generale, permette all’Amministrazione di poter beneficiare di una situazione illegale e per effetto della quale il privato si trova davanti al fatto compiuto. La Corte ha infine rilevato che il risarcimento per la privazione della proprietà non è automaticamente versato dall’Amministrazione, ma deve essere reclamato dall’interessato e questo entro un termine di cinque anni, cosa che potrebbe rilevarsi una protezione non adeguata.

La stessa Corte Europea dei diritti dell’uomo ha confermato il proprio orientamento, censurando le forme di c.d. “espropriazione indiretta” elaborate nell’ordinamento italiano, ed in particolare in sede giurisprudenziale (come nell’ipotesi di c.d. occupazione acquisitiva), affermando – in controversie instaurate contro lo Stato Italiano – che l’acquisizione del diritto di proprietà non può mai conseguire a un illecito (sentenze 15-29 luglio 2004, Scordino; 19 maggio 2005, Acciardi; 21 dicembre 2006, De Angelis; 4 dicembre 2007, Pasculli; 15 luglio 2008, Carletta); l’esistenza in quanto tale di una base legale non basta a soddisfare il principio di legalità, non potendo l’espropriazione indiretta comunque costituire un’alternativa ad una espropriazione in buona e dovuta forma (sentenze 12 gennaio 2006, Sciarrotta; 13 gennaio 2006, Serrao, 20 aprile 2006, Sciselo; 23 maggio 2006, Cerro s.a.s.; 14 gennaio 2014, Pascucci; 3 giugno 2014, Rossi e Variale).

Alla luce del quadro delineato dalla Cedu, la giurisprudenza ha ritenuto, in estrema sintesi, che: a) quale che sia la sua forma di manifestazione (vie di fatto, occupazione usurpativa, occupazione acquisitiva), la condotta illecita dell’amministrazione incidente sul diritto di proprietà non può comportare l’acquisizione del fondo e configura un illecito permanente *ex art. 2043 cod. civ.* – con la conseguente decorrenza del termine di prescrizione quinquennale dalla proposizione della domanda basata sulla occupazione *contra ius*, ovvero dalle singole annualità per quella basata sul mancato godimento del bene; b) l’illecito permanente viene a cessare solo in conseguenza: 1) della restituzione del fondo; 2) di un accordo transattivo; 3) della rinuncia abdicativa da parte del proprietario implicita nella richiesta di risarcimento del danno per equivalente monetario a fronte della irreversibile trasformazione del fondo; 4) di una compiuta usucapione; 5) di un provvedimento emanato *ex art. 42 bis t.u.* dell’espropriazione.

E’ stata così superata anche la posizione della persistenza del diritto di proprietà in capo all’originario proprietario, non scalfita nemmeno dalla proposizione della domanda di risarcimento del danno, quest’ultima da rigettarsi proprio perché presupponente una perdita del diritto di proprietà, invece non intervenuta. Con riferimento alla specifica ipotesi in cui il proprietario formuli non già domanda di restituzione ovvero di riduzione in pristino del proprio bene illecitamente occupato dall’amministrazione, bensì di risarcimento del danno patito (con effetti abdicativi del diritto di proprietà), muovendo da tali principi, occorre ancora affermare che: a) stante la natura abdicativa e non traslativa dell’atto di rinuncia, il provvedimento con il quale l’amministrazione procede alla effettiva liquidazione del danno - rappresentando il mancato invero della condizione risolutiva implicitamente apposta dal proprietario al proprio atto abdicativo che di esso rappresenta il presupposto - costituisce atto da trasciversi ai sensi degli artt. 2643, comma 1, n. 5 e 2645 cod. civ., anche al fine di conseguire gli effetti della acquisizione del diritto di proprietà in capo all’Amministrazione, a far data dal negozio unilaterale di rinuncia; b) in ordine alla determinazione del *quantum* del risarcimento, questo deve essere commisurato al valore venale del bene al momento in cui si perfeziona la rinuncia abdicativa del proprietario al proprio diritto reale, e, trattandosi di debito di valore, con rivalutazione ed interessi al tasso legale, da calcolarsi fino al momento dell’effettivo soddisfo, tenendo presente che in materia di occupazione acquisitiva di un terreno, il risarcimento del danno è calcolato esclusivamente sul suo valore al momento in cui si è verificata la perdita del diritto di proprietà e l’ammontare del danno deve poi essere rivalutato e

devono essere corrisposti gli interessi legali semplici applicati al capitale progressivamente rivalutato, non potendo essere riconosciute ulteriori ragioni di danno (cfr. Corte europea diritti dell'uomo, 22 dicembre 2009, Guiso – Gallisay c. Italia); c) quanto alla determinazione del risarcimento del danno per mancato godimento del bene a cagione dell'occupazione illegittima (per il periodo antecedente al momento abdicativo del diritto di proprietà), questo può essere calcolato – ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a., in assenza di opposizione delle parti e in difetto della prova rigorosa di diversi ulteriori profili di danno – facendo applicazione, in via equitativa, dei criteri risarcitori dettati dall'art. 42 *bis* t.u. dell'espropriazione, e dunque in una somma pari al 5% annuo del valore del terreno; d) non spetta, invece, in difetto di prova specifica alcuna liquidazione in misura forfettaria del danno non patrimoniale sia in quanto ciò è previsto, dall'art. 42 *bis*, commi 1 e 5, t.u. dell'espropriazione solo per il caso di correlativa acquisizione del bene con decreto della pubblica amministrazione (e non già in presenza di un negozio abdicativo del privato), sia in quanto – con riferimento non già alla perdita del diritto di proprietà ma solo con riferimento alla compressione delle facoltà di godimento – la misura del risarcimento disposta in via equitativa è da ritenersi omnicomprensiva di ogni ulteriore posta, ivi compresi gli accessori (interessi legali e rivalutazione monetaria); e) quanto alla prescrizione del diritto al risarcimento del danno da mancato godimento, occorre precisare che esso cessa, come è evidente, nel momento stesso in cui si verifichi la perdita del diritto di proprietà e dunque, nel caso di specie, nel momento in cui risulta perfezionata la rinuncia a tale diritto, implicita nella proposizione della domanda di risarcimento del danno in sede giudiziaria; pertanto, la prescrizione quinquennale *ex art. 2947*, comma 1, cod. civ. (trattandosi di illecito extracontrattuale), avuto riguardo alla domanda riferita al mancato godimento del bene (e cioè alla mancata percezione di un reddito annuo derivante dall'utilizzazione giuridicamente legittima del terreno occupato), decorre dalle singole annualità e fino al momento di perdita del diritto di proprietà.

Con riferimento alla determinazione del danno per mancato godimento del bene per effetto della illecita occupazione, la Sezione ha preliminarmente chiarito che, trattandosi di illecito permanente, “è inapplicabile la prescrizione quinquennale *ex art. 2947* cod. civ.”.

Proprio in quanto illecito permanente, può essere causativo di due distinti profili di danno: il danno da perdita di godimento del bene, stante la compressione delle facoltà dominicali; il danno da perdita della proprietà, che è danno insorgente in momento successivo al precedente e che di quest'ultimo determina la cessazione.

Tale precisazione comporta che una volta riconosciuto nella domanda di risarcimento per equivalente monetario l'atto unilaterale abdicativo del diritto di proprietà, a tale data non sarà più configurabile il diverso danno da mancato godimento del bene. Il fatto illecito rappresentato dall'occupazione *sine titulo* determina il momento di proponibilità della domanda di risarcimento del danno per mancato godimento, consistente nella impossibilità di realizzare un reddito annuo derivante dall'utilizzazione giuridicamente legittima del terreno occupato. Tale diritto si prescrive nell'ordinario termine quinquennale decorrente a ritroso, per le singole annualità antecedenti l'atto interruttivo della prescrizione.

Quanto alla determinazione del risarcimento del danno per occupazione illegittima (per il periodo antecedente al momento abdicativo del diritto di proprietà), questo può essere calcolato – ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a. e in difetto della prova rigorosa di diversi ulteriori profili di danno ma facendo applicazione del potere di equità integrativa sancito dall'art. 1226 c.c. – tenendo conto dei criteri risarcitori dettati dall'art. 42 *bis*, comma 3, nonché dell'andamento del tasso degli interessi legali e della svalutazione monetaria nel periodo di riferimento, e dunque in una somma pari al 5% annuo del valore del terreno (moltiplicata per cinque anni), omnicomprensiva di ogni ulteriore posta o voce di danno, anche accessorio (ad esempio interessi compensativi e rivalutazione monetaria). Ai

fini della determinazione del valore del bene, rilevano tutte le destinazioni urbanistiche ed i vincoli (segnatamente, di tipo paesaggistico – ambientale) imposti al bene medesimo prima del momento determinativo della rinuncia al diritto di proprietà, momento in cui cessa il danno da mancato godimento del bene (per compressione delle facoltà di godimento connesse al diritto reale) e si configura un danno da illecito extracontrattuale conseguente alla perdita dello stesso diritto di proprietà.

22.4. Danno all'immagine per decadenza da una carica pubblica.

Con sentenza 3 novembre 2016, n. 4615 la sez. III ha pronunciato in tema di danno all'immagine per decadenza dalla carica di Presidente del Consiglio di Amministrazione, del Consiglio di Amministrazione e del Comitato Scientifico dell'Istituto Superiore di Sanità.

La Sezione ha chiarito che a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento con il quale è stata illegittimamente disposta la decadenza da una carica pubblica conferita in precedenza ad un professionista privato, può essere accolta la domanda di risarcimento del danno all'immagine subito dal professionista stesso, ove alla suddetta decadenza e al successivo commissariamento dell'Ente pubblico sia stato dato particolare rilievo dai media. In tal caso, infatti, il danno all'immagine può ritenersi consistente nel giudizio di disvalore sull'operato degli amministratori dell'Istituto che inevitabilmente ad esso si è associato nell'opinione pubblica e può essere liquidato, in via equitativa, nella misura del 10% degli emolumenti illegittimamente non corrisposti.

Per la quantificazione del danno la Sezione ha ricordato che nel caso di lesione del diritto all'immagine è risarcibile oltre all'eventuale danno patrimoniale (se verificatosi e se dimostrato) il danno non patrimoniale costituito dalla diminuzione della considerazione della persona da parte dei consociati in genere o di settori o categorie di essi con le quali il danneggiato abbia a interagire. Ha precisato che il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, come nel caso di lesione al diritto alla reputazione, non è in re ipsa, ma costituisce un danno conseguenza, che deve essere allegato e provato da chi ne domandi il risarcimento. Nello stesso senso le pronunce del giudice amministrativo in materia di risarcimento del danno a seguito di illegittima revoca di incarichi istituzionali. A ben vedere, le pronunce invocate dall'appellante incidentale non affermano che si possa prescindere dalla prova del danno subito, ma soltanto, condivisibilmente, che la lesione di diritti della personalità protetti dalla Costituzione comporta un danno di autonoma rilevanza patrimoniale, suscettibile di riparazione per equivalente e che la prova del danno può essere data con ricorso al notorio e tramite presunzioni.

23. Giurisdizione.

23.1. Accordi di programma ex art. 34, t.u. n. 267 del 2000.

La sentenza della sez. VI n. 1053 del 16 marzo 2016 si è soffermata sull'individuazione del giudice munito di giurisdizione nella controversia avente ad oggetto un accordo di programma stipulato con le Amministrazioni ai sensi dell'art. 34, t.u. 18 agosto 2000, n. 267, vale a dire di quello strumento convenzionale con cui più enti pubblici definiscono opere di interesse comune, la cui realizzazione richieda da parte loro un'"azione integrata e coordinata", e la cui conclusione sia quindi necessaria per "assicurare il coordinamento delle azioni e per determinarne i tempi, le modalità, il finanziamento ed ogni altro connesso adempimento".

Ad avviso della Sezione si configura nel caso di specie la giurisdizione esclusiva sugli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e tra Amministrazioni pubbliche ex art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a., che comprende ogni questione inerente alla "formazione, conclusione ed esecuzione" di tali strumenti convenzionali. In questi termini si sono infatti espresse le Sezioni unite della Cassazione (ord. 14 giugno 2005, n. 12725; principi ribaditi con sentenze 21

maggio 2007, n. 11667 e 7 gennaio 2016, n. 64 e con ordinanza 29 luglio 2013, n. 18192) con riguardo ad un domanda proposta da un privato parte di un accordo di programma nei confronti degli enti pubblici. La Suprema Corte ha al riguardo evidenziato che questa tipologia di accordo (allora previsto dall'art. 27, l. 8 giugno 1990, n. 142) costituisce una specie del paradigma generale di accordo ex art. 15, l. 7 agosto 1990, n. 241, il quale si sostanzia "in un provvedimento amministrativo adottato dalle Amministrazioni pubbliche e dai soggetti pubblici che vi partecipano - con esclusione quindi dei privati eventualmente coinvolti nella sua attuazione - al fine di assicurare l'azione integrata e coordinata di più Amministrazioni per la realizzazione di un programma comune", rispetto al quale la posizione dei soggetti privati "comunque interessati all'attuazione dell'accordo" a fronte del "cattivo uso del potere pubblicistico nei loro confronti" ha consistenza di "interesse legittimo". Nella stessa ordinanza le Sezioni unite hanno ulteriormente specificato che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per tutte le controversie nascenti dagli accordi di programma trae il proprio fondamento dal fatto che con questo modello convenzionale l'Amministrazione "esercita una funzione pubblica", e che tutte le pretese nascenti da tali accordi e che in essi "trovano la propria regolamentazione" devono essere concentrate presso un unico ordine giurisdizionale, ai sensi dell'(allora vigente) art. 11, comma 5, l. n. 241 del 1990 (ed ora ai sensi del citato art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a.). Sempre nella stessa decisione la Suprema Corte ha escluso la possibilità di pervenire a diverse conclusioni in termini di giurisdizione per il caso in cui all'accordo partecipino privati, nella veste di attuatori dell'accordo di programma. Le Sezioni unite hanno infatti inquadrato queste pattuizioni nella "tipologia degli accordi tra amministrazione e privati previsti nel primo comma dell'art. 11, l. n. 241 del 1990", con il (medesimo) corollario della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'ultimo comma della medesima disposizione della legge generale sul procedimento amministrativo.

23.2. Accertamento della regolarità del documento unico di regolarità contributiva (DURC).

Con sentenza 25 maggio 2016, n. 10 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto l'accertamento circa la regolarità del DURC, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara; ed invero, in materia di contratti pubblici, il DURC viene in rilievo non in via principale, ma in qualità di presupposto di legittimità di un provvedimento amministrativo adottato dalla stazione appaltante.

L'Alto Consesso ha così risolto un contrasto giurisprudenziale formatosi sul punto.

A favore della tesi secondo cui l'accertamento della regolarità del DURC, in sede di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara, rientri nell'ambito della giurisdizione amministrativa, si è espressa parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato. sull'assunto che la verifica sulla regolarità del DURC non verrebbe in rilievo autonomamente, ma si inserirebbe nella fase procedimentale amministrativa di aggiudicazione di un appalto: stante la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, ai sensi dell'art. 133 c.p.a., dovrebbe, dunque, affermarsi la giurisdizione amministrativa rispetto alla verifica della regolarità del DURC. Tale verifica verrebbe effettuata ai sensi dell'art. 8 c.p.a.: in altri termini, l'accertamento del giudice amministrativo verrebbe svolto in via incidentale, senza assumere l'efficacia di giudicato nel rapporto previdenziale sotteso al rilascio del DURC. La Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 25818 dell'11 dicembre 2007, ha affermato che non vi sarebbe alcun travalicamento dei limiti della giurisdizione ordinaria, in quanto l'oggetto dell'indagine del giudice amministrativo si incentrerebbe sulla mera regolarità della certificazione prodotta, attestante la regolarità contributiva dell'impresa partecipante alla gara di appalto, che, in ultima analisi, si sostanzia in un requisito necessario ai fini della ammissione alla gara.

Di diverso avviso, invece, è altra parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui la sussistenza della giurisdizione ordinaria in virtù, anzitutto, della natura del DURC quale atto rientrante fra le dichiarazioni di scienza, assistite da pubblica fede ai sensi dell'art. 2700 cod. civ. e facenti prova fino a querela di falso. Inoltre, la giurisdizione ordinaria si ricaverebbe dal principio di diritto, espresso dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 4 maggio 2012, secondo cui "la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (DURC) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto". Da questo principio, dunque, dovrebbe discendere che gli eventuali errori contenuti nel DURC incidono su situazioni giuridiche di diritto soggettivo e, data l'attinenza al rapporto contributivo, possono essere corretti dal solo giudice ordinario con gli appositi strumenti messi a disposizione dall'ordinamento (querela di falso o giudizio in materia di previdenza ed assistenza obbligatoria). In più, l'accertamento *incidenter tantum* ipotizzato da chi propende per la giurisdizione amministrativa, non si concilierebbe con l'accertamento fidefacente dei fatti e dei diritti sottesi al DURC: in effetti, nell'accertamento circa la regolarità di detta certificazione, verrebbe in rilievo un rapporto obbligatorio, non un rapporto pubblicistico.

L'Alto Consesso è pervenuto alla conclusione della giurisdizione del giudice amministrativo muovendo dall'assunto che nelle controversie in materia di contratti pubblici, in effetti, il DURC viene in rilievo non in via principale, ma in qualità di presupposto di legittimità di un provvedimento amministrativo adottato dalla stazione appaltante. L'operatore privato può impugnare le determinazioni cui è giunta la stazione appaltante, all'esito dell'accertamento sulla regolarità contributiva, sollevando profili di eccesso di potere per erroneità dei presupposti, qualora contesti le determinazioni derivanti dall'esito dell'attività valutativa. Questa conclusione è giustificata dalla possibilità, per il giudice amministrativo, di compiere un accertamento puramente incidentale, ai sensi dell'art. 8 c.p.a., sulla regolarità del rapporto previdenziale: ciò implica che le statuizioni, adottate sul punto, hanno efficacia esclusivamente in relazione alla controversia concernente gli atti di gara e non esplicano i loro effetti nei rapporti fra l'ente previdenziale e l'operatore coinvolto. L'ambito della cognizione del giudice amministrativo, in effetti, concerne l'attività provvedimentale successiva e consequenziale alla produzione del DURC da parte dell'ente previdenziale: l'operatore privato, nel giudizio instaurato dinanzi all'autorità giudiziaria amministrativa, non censura direttamente l'erroneità del contenuto del DURC, ma le statuizioni successive della stazione appaltante, derivanti dalla supposta erroneità dello stesso documento di regolarità contributiva. Per tale ragione ed in un'ottica di effettività della tutela, ad avviso dell'Adunanza plenaria risulta doverosa la concentrazione della verifica circa la regolarità della documentazione contributiva, ancorché effettuata in via incidentale, in capo ad un'unica autorità giudiziaria: il diritto di difesa verrebbe, in effetti, leso se si costringesse il privato a contestare, dinanzi al giudice ordinario, la regolarità del DURC e, successivamente, dopo aver ottenuto l'accertamento dell'errore compiuto dall'ente previdenziale, la illegittimità delle determinazioni della stazione appaltante dinanzi al giudice amministrativo. Un *iter* processuale di tal genere risulterebbe eccessivamente gravoso per il privato ed incompatibile con la celerità che il legislatore ha imposto per il rito degli appalti nel c.p.a.: l'attesa di una decisione sulla regolarità della posizione previdenziale, non permetterebbe di impugnare entro i termini di cui agli artt. 120 e ss. c.p.a., i provvedimenti adottati dalla stazione appaltante in relazione alla procedura di evidenza pubblica di riferimento. Naturalmente ciò non impedisce all'operatore privato di impugnare autonomamente il DURC con gli ordinari strumenti predisposti dall'ordinamento: in tal caso, tuttavia, ci si troverebbe al di fuori della cognizione del giudice amministrativo, per il dirimente motivo che una tale

controversia concernerebbe il rapporto obbligatorio che lega l'operatore privato all'ente previdenziale e non le decisioni della stazione appaltante.

23.3. Utilizzo di un fondo patrimoniale per la vendita di beni.

La sentenza n.1486 del 14 aprile 2016 della sez. V ha dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario nella controversia avente ad oggetto la vendita di beni effettuata da un Comune utilizzando un fondo patrimoniale.

La Sezione ha premesso che l'art. 119, comma 1, lett. c), c.p.a. non fonda un caso di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma prevede l'applicazione del rito abbreviato per le ipotesi in cui il giudice amministrativo sia munito di giurisdizione. In omaggio ai principi costituzionali la giurisdizione del giudice amministrativo in tutte le sue manifestazioni, può predicarsi solo nel caso in cui l'atto o il comportamento contestato sia riconducibile ad una Pubblica amministrazione o ad un soggetto ad essa equiparato o comunque tenuto al rispetto dei principi del procedimento amministrativo, secondo quanto dispone l'art. 7, comma 2, c.p.a.. Nel caso all'esame del giudice di appello gli atti contestati sono stati posti in essere da un soggetto privato non tenuto *ex lege* al rispetto dei principi del procedimento amministrativo. Ed infatti, la previsione da parte dell'amministrazione comunale dell'utilizzo di una procedura di gara da parte del gestore del fondo patrimoniale per la dismissione dei beni allo stesso conferiti resta confinato al rapporto tra amministrazione e privato gestore del fondo, traducendosi in un obbligo negoziale, che non comporta il trasferimento di obblighi e/o poteri pubblicistici in capo al gestore del fondo. Pertanto, se è indubbia la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo in relazione al procedimento di individuazione del gestore del fondo patrimoniale ed anche per quelle di scelta dell'utilizzo dello strumento del fondo in questione, una volta che il fondo patrimoniale è stato creato e che è stato individuato con procedura di evidenza pubblica il suo gestore, gli atti da questo compiuti rientrano nell'ambito del diritto privato e sono posti in essere da un soggetto privato. Ad opposta conclusione dovrebbe giungersi laddove fosse stato lo stesso ente comunale a disporre autonomamente la dismissione dei beni appartenenti al proprio patrimonio immobiliare attraverso gara pubblica. La scelta da parte dell'Amministrazione comunale di utilizzare un fondo patrimoniale rientra nella possibilità che la stessa ha di fare ricorso ad istituti civilistici, che comportano l'individuazione di un contraente per la gestione del fondo secondo dinamiche pubblicistiche, che si arrestano a questo punto, non avendo il legislatore ritenuto di dettare una normativa *ad hoc* per l'alienazione degli immobili conferiti dall'amministrazione nel fondo patrimoniale. Difetta, quindi, una disciplina pubblicistica, che possa far apprezzare le posizioni giuridiche eventualmente lese dagli atti del gestore del fondo alla stregua di interessi legittimi tutelabili dinanzi al giudice amministrativo.

23.4. Formalizzazione del piano educativo individualizzato (PEI).

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 12 aprile 2016, n. 7, ha affrontato la questione relativa all'estensione o meno della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche alla fase che precede la formalizzazione del piano educativo individualizzato (PEI), predisposto dall'Amministrazione per gli alunni portatori di handicap.

L'Alto Consesso, con un articolato *iter* argomentativo, ha concluso per la giurisdizione del giudice amministrativo.

Ha affermato che l'ampiezza della latitudine della giurisdizione esclusiva amministrativa in materia di servizi pubblici, segnalata dal carattere generale delle espressioni lessicali utilizzate all'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. ("relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione...in un procedimento amministrativo"), preclude qualsiasi esegesi riduttiva del perimetro della cognizione

piena affidata al giudice amministrativa in materia di pubblici servizi (infatti non rinvenibile anche nella giurisprudenza più restrittiva delle Sezioni Unite), in difetto di qualsivoglia positiva ed esplicita eccezione che la autorizzi. Né, ovviamente, la pacifica natura di diritto soggettivo della posizione soggettiva azionata, quand'anche qualificato come "fondamentale", esclude la sussistenza della giurisdizione amministrativa. Ciò in quanto la profondità della capacità cognitiva del giudice amministrativa nelle materia dei servizi pubblici comprende senz'altro anche la tutela dei diritti soggettivi, in ragione della natura esclusiva della giurisdizione codificata all'art.133 c.p.a., e, per un altro, il carattere fondamentale del diritto nella specie azionato non può certo essere decifrato come un'eccezione innominata al perimetro della giurisdizione esclusiva. Ha ancora chiarito che la cognizione e la tutela dei diritti fondamentali, infatti, intendendosi per tali quelli costituzionalmente garantiti, non appare affatto estranea all'ambito della potestà giurisdizionale amministrativa, nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l'espletamento di poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali.

L'Alto Consesso ha altresì escluso che i confini della giurisdizione esclusiva possano intendersi ristretti o ridimensionati, in ragione della natura vincolata o tecnica dell'esercizio della potestà oggetto del giudizio. L'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva in determinate materia implica, evidentemente, una cognizione piena, e non limitata ai soli profili di esercizio discrezionale del potere, della controversie ad essa riferibili. Ne consegue che, là dove il diritto azionato postuli, per la sua completa realizzazione, l'espletamento di una potestà pubblica che si risolve nella verifica, sulla base di canoni medici o scientifici, dei presupposti per la sua attuazione, la potestà cognitoria del giudice amministrativo deve intendersi estesa anche allo scrutinio della correttezza del predetto apprezzamento, in quanto implicato dalla disamina della fondatezza della pretesa azionata in giudizio, seppur nei limiti del sindacato relativo alla discrezionalità tecnica.

Diversamente opinando, e, cioè, negare la giurisdizione anche per le controversie relative alla contestazione di provvedimenti che precedono la formazione del PEI, porterebbe ad accedere ad una interpretazione *abrogans* dell'ambito operativo dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., che, come tale, dev'essere rifiutata, in quanto impedirebbe alla disposizione attributiva della giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici di produrre qualsivoglia, apprezzabile effetto. Basti, al riguardo, osservare che, a fronte della gestione di alcuni pubblici servizi, quali, ad esempio, la sanità o la scuola, il cittadino resta titolare di diritti costituzionalmente garantiti (e, in particolare, alla salute e all'istruzione), per concludere che, preferendo l'opzione ermeneutica che esclude dai confini della giurisdizione esclusiva la cognizione dei diritti fondamentali, si produce l'effetto di ridurre entro ambiti inconsistenti il perimetro della potestà cognitiva affidata al giudice amministrativo nelle materie considerate.

Alla luce di queste premesse l'Adunanza plenaria ha quindi affermato che rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia, proposta da un genitore esercente la potestà su di un minore, volta all'annullamento del provvedimento con cui un dirigente scolastico ha riconosciuto al minore, affetto da autismo infantile, solo undici ore di sostegno per l'anno scolastico in corso e l'accertamento del suo diritto ad ottenere, anche per gli anni scolastici futuri, un insegnante di sostegno per un numero di ore adeguate alla sua patologia.

24. Processo amministrativo.

24.1. Instaurazione del rapporto processuale dinanzi al giudice amministrativo.

Ha ricordato la sez. IV (sentenza 19 dicembre 2016, n. 5363) che la sola notificazione del ricorso introduttivo non basta a radicare la pendenza del giudizio amministrativo. È vero il contrario, come

già da tempo precisato dall'Adunanza plenaria (28 luglio 1980, n. 35), giacché nel processo amministrativo i due momenti della notificazione e del deposito del ricorso hanno caratteristiche e fini diversi: il primo rivela soltanto la volontà di agire in giudizio e costituisce il preliminare atto dell'introduzione del processo; il secondo invece concretamente realizza la presa di contatto tra il ricorrente e l'organo di giurisdizione che deve pronunciare sul processo e postula la partecipazione pure delle controparti al giudizio. Pertanto i suoi effetti, correlati alla consegna dell'originale del ricorso notificato alla segreteria del giudice adito, non possono retroagire alla fase precedente, che è stata meramente introduttiva e prodromica all'instaurazione del processo. Quindi, nel processo amministrativo, l'instaurazione del rapporto processuale si verifica all'atto della costituzione in giudizio del ricorrente, mediante il deposito del ricorso giurisdizionale (con la prova delle avvenute notifiche) presso la segreteria del Tribunale amministrativo regionale.

In altri termini, l'individuazione della pendenza del rapporto processuale, mentre nei giudizi che iniziano con citazione va fissata nel momento della notificazione di essa (*vocatio in jus*), in quelli, come nel caso del giudizio amministrativo, introdotti con ricorso si ha nel momento del relativo deposito (*vocatio iudicis*).

24.2. Notifica del ricorso a mezzo di posta elettronica certificata.

Sulla possibilità di notificare il ricorso a mezzo di posta elettronica certificata (Pec) anche senza l'autorizzazione del Presidente di cui all'art. 52, comma 2, c.p.a. si sono registrati tra i giudici di appello due orientamenti.

Il primo, maggioritario (sez. III, 10 agosto 2016, n. 3565; id. 6 luglio 2016, n. 3007; id. 14 gennaio 2016, n. 91) ha ritenuto che la mancata autorizzazione presidenziale *ex art. 52, comma 2, c.p.a.* non può considerarsi ostativa alla validità ed efficacia della notificazione del ricorso a mezzo di posta elettronica certificata. Ed invero, l'art. 46, d. l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni nella l. 11 agosto 2014, n. 114, nell'aggiungere all'art. 16 *quater*, d. l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni nella l. 17 dicembre 2012, n. 221, inserito dall'art. 1, comma 19, l. 24 dicembre 2012, n. 228, un nuovo comma 3 *bis*, in base al quale "le disposizioni dei commi 2 e 3 non si applicano alla giustizia amministrativa", avrebbe sancito l'inapplicabilità, al processo amministrativo, del meccanismo della notificazione in via telematica - a mezzo Pec - dell'atto introduttivo del giudizio da parte degli avvocati (in mancanza dell'espressa autorizzazione presidenziale di cui all'art. 52, comma 2, c.p.a.). In realtà, il sopra citato art. 46 esclude l'applicazione, al processo amministrativo, dei commi 2 e 3 non della l. 21 gennaio 1994, n. 53, ma dell'art. 16 *quater*, d. l. n. 179 del 2012, il quale, al comma 2, demanda a un decreto del Ministro della giustizia l'adeguamento alle nuove disposizioni delle regole tecniche già dettate con il d.m. 21 febbraio 2011, n. 44, mentre al comma 3 stabilisce che le disposizioni del comma 1 "acquistano efficacia a decorrere dal quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del decreto di cui al comma 2". La mancata autorizzazione presidenziale *ex art. 52, comma 2, c.p.a.* non può considerarsi ostativa alla validità ed efficacia della notificazione del ricorso a mezzo Pec atteso che nel processo amministrativo trova applicazione immediata la l. 21 gennaio 1994, n. 53 (e, in particolare, gli artt. 1 e 3 *bis*), nel testo modificato dall'art. 25, comma 3, lett. a), l. 12 novembre 2011, n. 183, secondo cui l'avvocato "può eseguire la notificazione di atti in materia civile, amministrativa e stragiudiziale [...] a mezzo della posta elettronica certificata". Infine, nel processo amministrativo telematico (Pat) – contemplato dall'art. 13 delle norme di attuazione di cui all'Allegato 2 al Codice del processo amministrativo - è ammessa la notifica del ricorso a mezzo Pec anche in mancanza dell'autorizzazione presidenziale *ex art. 52, comma 2, c.p.a.*, disposizione che si riferisce a "forme speciali" di notifica, laddove invece la tendenza del

processo amministrativo, nella sua interezza, a trasformarsi in processo telematico, appare ormai irreversibile.

Il secondo orientamento (sez. IV, 16 novembre 2016, n. 4727; sez. III, 20 gennaio 2016, n. 189) ha invece escluso la possibilità di notificare il ricorso a mezzo Pec in assenza dell'autorizzazione presidenziale

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 (essendo impensabile che prescrizioni tecniche siano all'uopo necessarie per il processo civile e penale e non per quello amministrativo) 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'Allegato 2 al Codice del processo amministrativo, allo stato non ancora intervenuto ed al quale il legislatore ha implicitamente ma chiaramente riguardo laddove, nell'escludere l'applicazione al processo amministrativo del comma 3 dell'art. 16-*quater*, d.l. n. 179 del 2012, da un lato afferma l'applicabilità al processo amministrativo dello strumento della notifica telematica (del resto prevista dagli artt. 1 e 3 *bis*, l. n. 53 del 1994), dall'altro non disconosce certo la necessità di regole tecniche anche per il processo amministrativo, che, sulla scorta dell'assenza di potere regolamentare del Ministro della Giustizia con riferimento al processo amministrativo (dove la previsione del comma 3 *bis* cit. di inapplicabilità alla giustizia amministrativa del comma 2, che tale potere conferisce), non possono essere che quelle di cui all'emanando d.P.C.M. (di cui il ricordato art. 38 del successivo d.l. n. 90 del 2014 ribadisce appunto l'esigenza, fissandone per la prima volta i termini per l'emanazione). Solo all'ésito di quanto sopra 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. Tale carattere, ad avviso della Sezione, non può certo oggi negarsi in virtù di una affermata tendenza del processo amministrativo a trasformarsi in processo telematico, atteso che siffatta "tendenza" rappresenta allo stato un mero orientamento, che deve comunque tradursi in regole tecnico-operative concrete, demandate appunto al sopra indicato strumento regolamentare, in assenza delle quali il giudice amministrativo non può certo sostituirsi al legislatore statuendo l'ordinaria applicabilità di una forma di notifica allo stato ancora non tipizzata. Né a sanare l'invalidità di tale notifica può valere la successiva costituzione in giudizio del soggetto destinatario della stessa, atteso che si verte in ipotesi di inesistenza della notifica (in quanto trattasi di modalità di notificazione priva di qualsivoglia espressa previsione normativa circa l'idoneità della forma prescelta a configurare un tipico atto di notificazione come delineato dalla legge; tipicità, questa, che non consente nemmeno di poter ravvisare nella fattispecie un'ipotesi di errore scusabile), in alcun modo sanabile; quand'anche, tuttavia, si volesse ritenere che una notifica eseguita mediante ricorso ad una forma non utilizzabile in quanto non espressamente prevista come tale nel paradigma legislativo degli atti di notifica valga a concretizzare non una ipotesi di inesistenza ma piuttosto di nullità della stessa, comunque in tal caso, sulla scorta dell'art. 44, comma 3, c.p.a., la costituzione dell'intimato è sì idonea a sanare la nullità medesima, ma, a differenza che nel processo civile, con efficacia *ex nunc*, ossia con salvezza delle eventuali decadenze già maturate in danno del notificante prima della costituzione in giudizio del destinatario della notifica, ivi compresa la scadenza del termine di impugnazione.

24.3. Sinteticità degli scritti difensivi.

Sulla violazione del principio di sinteticità sancito dall'art. 3 c.p.a. e sulle conseguenze della sua violazione si è soffermato il C.g.a. che, con ordinanza n. 444 del 30 novembre 2016 ha affermato che per stabilire la consistenza del dovere di sinteticità (e dunque la misura massima dello scritto di parte), assume un valore esemplare - pur essendo inapplicabile *ratione temporis atque materiae* - la disciplina sancita dall'art. 120, comma 6, c.p.a. e dal pedissequo decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 40 del 25 maggio 2015: le dimensioni massime degli scritti difensivi ivi indicate, rappresentano, infatti, un elemento di raffronto e comparazione significativo perché concernente controversie (quelle in materia di appalti), considerate direttamente dalla legge come rilevanti e complesse, sicché tali limiti *a fortiori* dovranno essere rispettati, salvo casi eccezionali, per le controversie afferenti ad altre materie diverse da quelle divise dal citato art. 120.

Tale dovere di sinteticità – che risponde a esigenze puntualmente avvertite anche in sede sovranazionale - trova una propria giustificazione logica di fondo nel principio secondo cui la giurisdizione deve essere considerata come risorsa a disposizione della collettività, che proprio per tale ragione deve essere impiegata in maniera razionale, sì da preservare la possibilità di consentirne l'utilizzo anche alle parti nelle altre cause pendenti e agli utenti che in futuro indirizzeranno le loro controversie alla cognizione del giudice statale.

Ha aggiunto che il dovere di sinteticità, imposto dall'art. 3 comma 2, c.p.a., strumentalmente connesso al canone della ragionevole durata del processo di cui all'art. 2, comma 2, dello stesso Codice, a sua volta corollario del giusto processo di cui all'art. 111, comma 2, Cost., assume una valenza peculiare nel giudizio amministrativo, che è caratterizzato dal rilievo dell'interesse pubblico in occasione del controllo sull'esercizio della funzione pubblica. Il dovere di chiarezza e sinteticità degli atti, che si richiama anche al dovere delle parti di astenersi da comportamenti defatiganti od ostruzionistici in ossequio al principio di lealtà e probità, oltre a essere affermato dagli artt. 3, comma 2, e 26, comma 1, c.p.a., trova altresì riscontro nella disciplina dell'udienza pubblica, dove si prevede che "le parti possono discutere sinteticamente" (art. 73), nel processo cautelare, nella cui camera di consiglio "la trattazione si svolge oralmente e in modo sintetico" (art. 55, comma 7), e ulteriormente negli artt. 40, comma 1, lett. c) e d), e 101, comma 1, c.p.a., in relazione al contenuto del ricorso introduttivo in primo grado e in appello.

Tutto ciò chiarito, e rilevato che nel caso sottoposto al suo esame tale dovere di sinteticità e di chiarezza era stato manifestamente violato dall'appellante, il C.g.a. ha ordinato la produzione di una memoria riepilogativa, di non oltre cinquanta pagine di lunghezza, logicamente autosufficiente, contenente un'esposizione chiara, sintetica e omnicomprensiva del fatto e dei lineamenti essenziali delle censure già proposte nel giudizio di appello, alla quale potersi fare essenziale riferimento per la decisione della controversia.

Del principio di sinteticità si è occupata anche la sez. IV (sentenza 7 novembre 2016, n. 4636) che ha ricordato che gli artt. 3, 40 e 101 c.p.a. intendono definire gli elementi essenziali del ricorso, con riferimento alla *causa petendi* (i motivi di gravame) ed al *petitum*, cioè la concreta e specifica decisione richiesta al giudice; con particolare riguardo alla stesura dei motivi, lo scopo delle disposizioni è di incentivare la redazione di ricorsi dal contenuto chiaro e di porre argine ad una prassi in cui i ricorsi, oltre ad essere poco sintetici non contengono una esatta suddivisione tra fatto e motivi, con il conseguente rischio che trovino ingresso i c.d. "motivi intrusi", ossia i motivi inseriti nelle parti del ricorso dedicate al fatto, che, a loro volta, ingenerano il rischio della pronuncia di sentenze che non esaminano tutti i motivi per la difficoltà di individuarli in modo chiaro e univoco e, di conseguenza, incorrano nel rischio di revocazione. La chiarezza e specificità degli scritti difensivi (ed in particolare dei motivi) si riferiscono all'ordine delle questioni, al linguaggio da usare, alla correlazione logica con l'atto impugnato (sentenza o provvedimento che

sia), alle difese delle controparti; ne consegue che è onere della parte ricorrente operare una sintesi del fatto sostanziale e processuale, funzionale alla piena comprensione e valutazione delle censure, così evitando la prolissità e la contraddittoria commistione fra argomenti, domande, eccezioni e richieste istruttorie.

Ha aggiunto la Sezione che l'inammissibilità dei motivi di appello non consegue solo al difetto di specificità di cui all'art. 101, comma 1, c.p.a., ma anche alla loro mancata "distinta" indicazione in apposita parte del ricorso a loro dedicata, come imposto dall'art. 40 c.p.a. applicabile a giudizi di impugnazione in forza del rinvio interno operato dall'art. 38 c.p.a.; conducano alla inammissibilità per violazione dei doveri di sinteticità e specificità dei motivi, come sancito dagli artt. 3 e 40 c.p.a.. Il dovere di sinteticità sancito dall'art. 3, comma 2, c.p.a., strumentalmente connesso al principio della ragionevole durata del processo (art. 2, comma 2, c.p.a.), è a sua volta corollario del giusto processo, ed assume una valenza peculiare nel giudizio amministrativo caratterizzato dal rilievo dell'interesse pubblico in occasione del controllo sull'esercizio della funzione pubblica; tale impostazione è conforme alla considerazione della "...giurisdizione come risorsa a disposizione della collettività, che proprio per tale ragione deve essere impiegata in maniera razionale, sì da preservare la possibilità di consentirne l'utilizzo anche alle parti nelle altre cause pendenti e agli utenti che in futuro indirizzeranno le loro controversie alla cognizione del giudice statale" (l'idea della funzione giurisdizionale quale 'risorsa scarsa' è stata sviluppato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nelle sentenze 25 febbraio 2014, n. 9 e 27 aprile 2015, n. 5).

Ha ancora ricordato la Sezione che gli oneri di specificità, sinteticità e chiarezza incombenti sulla parte ricorrente (e sul suo difensore, che tecnicamente la assiste in giudizio) trovano il loro fondamento: 1) nell'art. 24 Cost., posto che solo una esposizione chiara dei motivi di ricorso o, comunque, delle ragioni che sorreggono la domanda consente l'esplicazione del diritto di difesa delle altre parti evocate in giudizio; 2) nella loro strumentalità alla attuazione del principio di ragionevole durata del processo, ex art. 111, comma 2, Cost., poiché un giudizio impostato in modo chiaro e sintetico, quanto alla *causa petendi* ed al *petitum*, rende più immediata ed agevole la decisione del giudice, evita l'attardarsi delle parti su argomentazioni ed eccezioni proposte a mero scopo tuzioristico, rende meno probabile il ricorso ai mezzi di impugnazione e, tra questi, in particolare al ricorso per revocazione, a maggior ragione se proposto con finalità meramente dilatorie del passaggio in giudicato della decisione; 3) nella necessità della difesa "tecnica", il che contribuisce a rendere evidente la natura della professione legale quale "professione protetta", ai sensi dell'art. 33, comma 5, Cost. e degli artt. 2229 s.s. cod. civ.. L'esigenza "forte" della brevità degli scritti difensivi non è solamente una caratteristica dell'ordinamento processuale italiano; si pensi alle istruzioni pratiche relative ai ricorsi ed alle impugnazioni adottate - il 15 ottobre 2004 (Gazz. Uff. L 29 dell'8 dicembre 2004) e modificate il 27 gennaio 2009 (Gazz. Uff L 29 del 31 gennaio 2009) - dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

In conclusione, ha chiarito la sentenza n. 4636 del 2016, lungi dal porsi come un "ostacolo" alla esplicazione del diritto alla tutela giurisdizionale, i principi di specificità, chiarezza e sinteticità sono funzionali alla più piena e complessiva realizzazione del diritto di difesa in giudizio di tutte le parti del processo, in attuazione degli artt. 24 e 111 Cost., e sostengono, una volta di più, le ragioni della necessità di difesa tecnica e, dunque, della natura "protetta" della professione intellettuale legale.

A rafforzare tali principi è sopraggiunta la disciplina normativa recata dall'art. 7 bis, d.l. 31 agosto 2016, n. 168, convertito con modificazioni dalla l. 25 ottobre 2016, n. 197, che, allo scopo di rendere effettivo il dovere di sinteticità e chiarezza degli scritti difensivi, ha esteso a tutti i riti del processo amministrativo il peculiare meccanismo previsto in origine dall'art. 120, comma 6, c.p.a. per il solo rito concernente le procedure di affidamento di appalti pubblici.

24.4. Sospensione feriale dei termini.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 27 luglio 2016, n. 18 ha affermato il principio secondo cui in base al differimento del decorso del termine processuale a giorni che abbia inizio durante il periodo di sospensione feriale, previsto dall'art. 1, comma 1, secondo periodo, l. 7 ottobre 1969, n. 742, il primo giorno successivo alla scadenza del periodo feriale va computato nel termine in questione; mediante il differimento del decorso di detto termine previsto dall'art. 1, comma 1, l. n. 742 del 1969, il primo giorno successivo alla fine del periodo di sospensione feriale è utilizzabile nella sua interezza, risultando così insussistenti le ragioni per applicare la regola *dies a quo non computatur in termino*. Ha chiarito la sentenza che dalla lettura complessiva della disposizione sulla sospensione feriale dei termini processuali si evince che essa non regola il profilo sostanziale inerente agli effetti giuridici connessi alla conoscenza di un atto, ma si limita a scindere da essa la conseguenza processuale dalla stessa discendente, ovvero il decorso del termine per agire in giudizio. La norma introduce quindi una "cesura" nel naturale fluire dei termini, al fine di assicurare all'interessato l'esercizio del suo diritto costituzionalmente garantito di difesa in giudizio.

In particolare, a questo scopo viene sottratto dal computo del termine assegnato per agire in giudizio un periodo destinato alle ferie e al conseguente recupero psico-fisico della parte e del suo difensore. Ebbene, rispetto alla sottrazione così disposta risulta estraneo il profilo sostanziale della decorrenza del termine, posto che la tutela del diritto di agire in giudizio è comunque assicurata con l'esclusione dal computo del termine processuale dei giorni compresi nel periodo di sospensione (o, altrimenti detto, con il mancato decorso del termine medesimo in tale periodo).

Pertanto, in piena coerenza con la regola generale, enunciata nel primo periodo dell'art. 1, comma 1, primo periodo l. n. 742 del 1969, secondo cui il termine il cui decorso sia iniziato prima della sospensione feriale "riprende a decorrere dalla fine del periodo di sospensione", nell'ipotesi particolare, prevista dal secondo periodo, in cui l'inizio del decorso del termine cada durante il periodo di sospensione feriale lo stesso "è differito alla fine di detto periodo". Come dunque poc'anzi precisato, il differimento così disposto dalla norma in esame non riguarda la decorrenza del termine, ma solo l'inizio del decorso del termine medesimo. Corollario obbligato è che il primo giorno successivo alla fine del periodo di sospensione (1° settembre; in precedenza 16 settembre) non è soggetto alla regola *dies a quo non computatur in termino* sancita dal citato art. 155, comma 1, cod. proc. civ.. La tesi contraria comporterebbe, infatti, che anche il giorno in questione sarebbe incluso nel differimento disposto dalla l. n. 742 del 1969, finendo così per rientrare in modo surrettizio nel periodo di sospensione da essa previsto.

24.5. Applicazione del rito abbreviato ex artt. 119 e 120 c.p.a. alle procedure di affidamento di servizi in concessione.

Con sentenza 27 luglio 2016, n. 22 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che il rito abbreviato previsto dagli artt. 119 e 120 c.p.a. si applica anche alle procedure di affidamento di servizi in concessione. L'Alto Consesso ha così risolto un contrasto di giurisprudenza, insorto tra chi propugna una lettura restrittiva dell'ambito applicativo dell'art.119, comma 1, lett. a), che esclude, cioè, la sua applicazione anche alle concessioni di servizi e un'esegesi più ampia, che vi comprende anche le controversie aventi ad oggetto le concessioni.

Ha affermato l'Alto Consesso che l'espressione "procedure di affidamento", usata dall'art. 119, comma 1, lett. a), c.p.a., ha ricevuto una definizione puntuale all'art. 3, comma 36, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (poi, ripetuta, con le medesime parole, dall'art. 3, lett. rrr, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) nei termini che seguono: "Le «procedure di affidamento» e l'«affidamento» comprendono sia l'affidamento di lavori, servizi, o forniture, o incarichi di progettazione, mediante appalto, sia

l'affidamento di lavori o servizi mediante concessione, sia l'affidamento di concorsi di progettazione e di concorsi di idee.”. Dunque, la stessa locuzione è già stata oggetto, in un altro provvedimento normativo, di una definizione esplicativa del suo significato, che ne ha chiarito i contenuti, precisando, per quanto qui rileva, che in essa resta compreso anche “l'affidamento di lavori o servizi mediante concessione”. A fronte di una definizione così chiara del significato dell'espressione contenuta nell'art. 119, comma 1, lett. a), c.p.a., non residua spazio per esegesi difformi da essa, alla quale l'interprete deve intendersi, infatti, vincolato. Ha ricordato la sentenza che le definizioni contenute negli atti normativi più complessi (da valersi quale regola di buona tecnica legislativa) assolvono, in particolare, la precipua funzione di chiarire il significato dei termini e delle espressioni ivi utilizzate e, quindi, di evitare ogni incertezza circa il senso da attribuire ad essi. In coerenza con lo scopo delle definizioni e con la relativa valenza cogente attribuibile ad esse, deve, quindi, concludersi nel senso che a un'espressione lessicale non può assegnarsi un significato diverso da quello reso palese dalla formula definitoria usata nel medesimo provvedimento che la contiene. Ha quindi affermato l'Adunanza che deve riconoscersi, per un verso, l'insussistenza di qualsivoglia elemento che indichi la volontà del legislatore del processo amministrativo di assegnare all'espressione “procedure di affidamento” un significato diverso da quello fatto palese dall'art. 3, comma 36, d.lgs. n. 163 del 2006 e, per un altro, in coerenza con la suddetta definizione, l'ascrivibilità delle procedure di affidamento di servizi mediante concessione alla categoria delle “procedure di affidamento di servizi” (di cui all'art. 119, comma 1, lett. a, c.p.a.) e, quindi, nel novero delle controversie disciplinate dagli artt. 119 e 120 c.p.a.

A tale argomentazione di carattere letterale l'Alto Consesso ne aggiunge altre.

Ha innanzitutto osservato che una corretta esegesi testuale della più volte menzionata disposizione di riferimento conduce, infatti, al riconoscimento della riferibilità anche dei procedimenti aventi ad oggetto concessioni di servizi alla nozione di “procedure di affidamento”. La parola “affidamento”, infatti, se usata senza ulteriori precisazioni o limitazioni del suo oggetto, dev'essere decifrata come significativa dell'atto con cui, contestualmente, la Pubblica amministrazione sceglie il suo contraente e gli attribuisce la titolarità del relativo rapporto. La valenza generale del termine, quindi, deve intendersi come comprensiva di tutte le tipologie contrattuali in relazione alle quali resta logicamente concepibile un affidamento e, quindi, sia degli appalti che delle concessioni. La definizione del contenuto semantico del lemma “affidamento” non può essere, in altri termini, ridotta o circoscritta in relazione ad alcuni solo dei diversi schemi formali nei quali si articola l'attività contrattuale pubblica e che, al contrario, esigono, tutti, appunto, un “affidamento”.

Concorre ad avvalorare tale conclusione anche l'utilizzo del criterio ermeneutico finalistico, ancorchè non utilizzabile in via principale o esclusiva. E' sufficiente, al riguardo, osservare che la *ratio* del rito speciale in questione, agevolmente identificabile nell'esigenza della sollecita definizione dei giudizi aventi a oggetto provvedimenti amministrativi riferibili all'esercizio di funzioni pubbliche che implicano la cura di interessi generali particolarmente rilevanti (e che, come tali, non tollerano una prolungata situazione giudiziaria di incertezza), risulta riferibile nella stessa misura alle controversie relative agli appalti e a quelle concernenti le concessioni. Anche gli atti che incidono su quest'ultima formula contrattuale, infatti, necessitano di una cognizione giurisdizionale rapida, al pari di (o, comunque, non inferiore a) quelli che riguardano gli appalti, con il duplice corollario che un'esegesi che li escludesse dall'ambito applicativo del rito speciale finirebbe per vanificare la predetta (palese) finalità e che, viceversa, una compiuta soddisfazione dell'anzidetto interesse pubblico impone una lettura degli artt. 119 e 120 c.p.a. che vi comprenda anche le controversie relative alle concessioni.

Infine, le ineludibili esigenze sistematiche di sicurezza giuridica e di coerenza ordinamentale impongono di assoggettare al rito speciale anche le procedure concernenti le concessioni, al fine di

evitare ogni incertezza circa le regole processuali applicabili ai contratti misti. Le controversie relative a tale tipologia contrattuale, ampiamente conosciuta nella prassi e adesso codificata dall'art. 169, d.lgs. n. 50 del 2016, soffrirebbero, infatti, di un'inammissibile instabilità regolativa, se si accedesse alla tesi che il rito speciale si applica solo agli appalti, costringendo il giudice a indagare l'oggetto principale del contratto, al solo fine di identificare le norme processuali di riferimento. Si tratta, come si intuisce agevolmente, di un effetto paradossale e pericoloso, che espone i giudizi sui contratti pubblici ad inaccettabili ambiguità processuali, che contraddicono proprio le esigenze di speditezza delle controversie in questione e che vanno, appunto, scongiurate, accedendo all'opzione ermeneutica sopra preferita.

24.6. Perenzione del giudizio.

Sulla necessità che sia presentata istanza di fissazione di udienza per evitare che il giudizio vada perento si è pronunciata, in sede di esame di un atto di opposizione al decreto di perenzione, la sez. VI del Consiglio di Stato con ord. coll. 10 ottobre 2016, n. 4176.

L'atto di opposizione al decreto di perenzione muoveva dalla circostanza che, nonostante non fosse stata presentata formale istanza di fissazione d'udienza, vi sarebbe stata un'attività "processuale" posta in essere dalla parte dopo il deposito del ricorso che avrebbe comprovato l'interesse delle ricorrenti alla sua trattazione. Entro il termine annuale erano stati compiuti taluni "atti di procedura", sia pure non identificabili con la domanda di fissazione di udienza, quali il deposito delle cartoline di notifica del ricorso e di atti in forma digitale; ne doveva conseguire che il termine iniziale per il deposito dell'istanza di fissazione d'udienza avrebbe dovuto decorrere da tali date, e ciò per effetto di un orientamento giurisprudenziale (anteriore all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo), secondo cui il deposito di atti e documenti relativi alla causa interrompe il termine di perenzione, indipendentemente dalla loro concreta utilità.

Ha preliminarmente ricordato la Sezione che l'orientamento anteriore al codice del processo amministrativo del 2010, non risulta del tutto univoco. Secondo Cons. St., sez. V, 17 marzo 1998, n. 294 "...la necessità della presentazione della prima istanza di fissazione dell'udienza di merito entro il biennio dal deposito del ricorso – positivamente prevista nel giudizio davanti al Tar dall'art. 23, comma 1, l. 6 dicembre 1971, n. 1034 – non può ritenersi alternativa al compimento di un qualsiasi e diverso atto di procedura, ai sensi dell'art. 40, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054. Il compimento di un tale atto (che, per Cons. St., A.P., 22 aprile 1983, n. 6, rileva come atto interruttivo del termine di perenzione anche quando consista nel deposito di documenti attinenti alla causa indipendentemente dalla loro concreta utilità) nel giudizio di primo grado è alternativo alla presentazione dell'istanza di fissazione d'udienza solo ove nel termine biennale questa sia stata ritualmente presentata, ma abbia poi terminato il proprio effetto (come avviene con la celebrazione di ogni udienza, anche se conclusasi con la cancellazione della causa dal ruolo). L'alternatività sussiste cioè solo rispetto alla seconda, o ad un'ulteriore, istanza di fissazione d'udienza; giammai rispetto alla prima, la cui necessità davanti al Tar – ex art. 23, comma 1, l. n. 1034 del 1971 - è in ogni caso fuori discussione.... Nel caso di specie, non sussistendo alcuna prova che entro un biennio dal deposito del ricorso di primo grado sia stata richiesta, con autonoma istanza, la fissazione dell'udienza di merito, deve escludersi il fondamento dell'assunto di parte ricorrente... A nulla rilevano dunque le produzioni documentali effettuate prima o dopo la scadenza del biennio dal deposito del ricorso".

Ha ricordato l'ordinanza della sez. VI che però l'art. 71, comma 1, c.p.a. ha stabilito che "la fissazione dell'udienza di discussione deve essere chiesta da una delle parti con apposita istanza, non revocabile, da presentare entro il termine massimo di un anno dal deposito del ricorso o dalla cancellazione della causa dal ruolo", e che il successivo art. 81 ha previsto che "il ricorso si

considera perento se nel corso di un anno non sia compiuto alcun atto di procedura. Il termine non decorre dalla presentazione dell'istanza di cui all'art. 71, comma 1, e finché non si sia provveduto su di essa, salvo quanto previsto dall'art. 82”.

La Sezione ha quindi aderito al più recente orientamento secondo cui il combinato disposto degli artt. 71 e 81 fa intendere che la presentazione dell'istanza di fissazione, entro il primo anno di pendenza del ricorso, è indispensabile per evitare la perenzione. Conseguentemente, con l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, non sussiste più alcun dubbio sull'inidoneità degli “atti di procedura” diversi dall'istanza di fissazione di udienza, al fine di evitare l'estinzione del giudizio per perenzione.

24.7. Appello.

■ Soggetti legittimati a proporre appello.

Con sentenza n. 2451 del 8 giugno 2016 la sez. III ha affrontato la questione relativa al soggetto legittimato a proporre appello alla luce della disciplina dettata dal Codice del processo amministrativo.

Ha preliminarmente precisato che tale problema, nel processo amministrativo, si pone in termini assai diversi per le sentenze di accoglimento e per quelle di rigetto. Le prime determinano un mutamento nell'assetto di interessi stabilito dal provvedimento impugnato e possono incidere (in diversi modi) sugli interessi di vari soggetti, compreso eventualmente anche taluno che non sia stato parte del processo di primo grado; le seconde non producono, almeno di norma, effetti diversi di quelli già prodotti dal provvedimento amministrativo, del quale si limitano a confermare la legittimità.

Ha ancora ricordato che nella disciplina vigente prima del Codice del processo amministrativo era pacifico che la sentenza di rigetto potesse essere appellata solo dallo stesso soggetto, che aveva proposto il ricorso o, a certe condizioni, dai suoi aventi causa. In particolare era opinione comune che non potessero proporre appello – sostituendosi all'originario ricorrente inattivo – coloro che avessero spiegato intervento *ad adiuvandum* in quanto portatori di interessi convergenti con quelli del ricorrente. Si ammetteva soltanto che l'interventore *ad adiuvandum* proponesse appello contro la sentenza che avesse dichiarato inammissibile il suo intervento o avesse statuito sulle spese del giudizio in senso a lui sfavorevole - vale a dire per un interesse esclusivamente proprio, derivante dalla stessa sentenza. Il difetto di legittimazione a proporre appello era una implicazione naturale della posizione subordinata dell'interventore *ad adiuvandum*. Infatti era comunemente riconosciuto che quest'ultimo potesse unicamente sostenere le domande proposte dal ricorrente principale e non già formulare altre domande o altri motivi o eccezioni; né attivarsi in sostituzione del ricorrente principale per compiere atti di impulso processuale (istanza di fissazione, riassunzione, integrazione del contraddittorio, eccetera). A questi fini, peraltro, all'interventore *ad adiuvandum* si assimilava il cointeressato, che si fosse costituito in giudizio avendo ricevuto la notifica del ricorso introduttivo.

Infatti, nello schema tradizionale del processo amministrativo, il soggetto qualificabile (a vario titolo) come “cointeressato” del ricorrente non è parte necessaria, salva la sua facoltà di intervenire *ad adiuvandum*. Nell'eventualità che il ricorrente avesse notificato (superfluamente) il ricorso ad un cointeressato, la prassi corrente ammetteva che questi potesse costituirsi direttamente senza necessità di seguire le formalità dell'intervento; ma, a parte questa semplificazione formale, la sua posizione rimaneva quella dell'interventore *ad adiuvandum*, con le inerenti limitazioni.

Tale regime processuale vigente prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo non ha, ad avviso della sez. III, subito mutamenti rilevanti per effetto dell'art. 102 c.p.a.. Questo, al comma 1, dispone che la sentenza di primo grado può essere appellata (solo) da chi sia stato parte

nel giudizio di primo grado; al comma 2 aggiunge che l'interventore può proporre appello solo se titolare di una posizione giuridica autonoma.

L'art. 102, tuttavia, va interpretato, sempre ad avviso della sez. III, in senso conforme alla tradizione giurisprudenziale anteriore. In particolare, nel comma 2, il concetto di "posizione giuridica autonoma" va inteso – come per l'innanzi - come riferito alla posizione dell'interventore in rapporto alla sentenza di primo grado ed alle statuizioni che specificamente lo concernono. Resta, dunque, fermo il principio che il cointeressato, intervenuto *ad adiuvandum* o costituitosi direttamente, non può proporre appello surrogandosi al ricorrente inattivo.

■ **Obbligo di rinvio alla Corte di giustizia del giudice di appello.**

Sulla configurabilità di un obbligo incondizionato del giudice di ultima istanza di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto europeo si è occupata la sez. IV che, con ord. n. 2334 del 1° giugno 2016, ha rimesso alla Corte di giustizia le questioni: a) in via principale se l'art. 267, par. 3, del Trattato FUE possa essere interpretato nel senso che non sussiste l'obbligo incondizionato del giudice di ultima istanza di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto europeo qualora, nel corso del medesimo giudizio, la Corte costituzionale abbia valutato la legittimità costituzionale della disciplina nazionale, nella sostanza, utilizzando gli stessi parametri normativi di cui si chiede l'interpretazione alla Corte di giustizia, ancorché formalmente diversi perché rivenienti in norme della Costituzione e non dei Trattati europei; b) in via subordinata rispetto al primo quesito, per il caso in cui la Corte risolva la questione di interpretazione dell'art. 267, par. 3, nel senso che sia obbligatorio il rinvio pregiudiziale: se le disposizioni ed i principi di cui agli artt. 26 (Mercato interno – 49 – Diritto di stabilimento - 56 – Libertà di prestazione dei servizi - 63 – Libertà di circolazione dei capitali - del Trattato FUE e 16 – Libertà d'impresa – della Carta dei diritti fondamentali UE, nonché il generale principio del legittimo affidamento (che "rientra tra i principi fondamentali dell'Unione", come affermato dalla Corte di Giustizia con sentenza 14 marzo 2013, causa C-545/11), ostino alla adozione ed applicazione di una normativa nazionale (art. 1, comma 78, lett. b), nn. 4, 8, 9, 17, 23, 25, della legge n. 220 del 2010, che sancisce, anche a carico di soggetti già concessionari nel settore della gestione telematica del gioco lecito, nuovi requisiti ed obblighi per il tramite di un atto integrativo della convenzione già in essere (e senza alcun termine per il progressivo adeguamento).

Quanto alla questione sollevata in via principale, ha ricordato che in relazione alla portata dell'"obbligo" del giudice nazionale di ultima istanza di sollevare "pregiudiziale comunitaria", la Corte di giustizia ha chiarito che tale obbligo non sussiste se: la questione di interpretazione di norme comunitarie non è pertinente al giudizio (vale a dire nel caso in cui la soluzione non possa in alcun modo influire sull'esito della lite); la questione è materialmente identica ad altra già decisa dalla corte o comunque il precedente risolve il punto di diritto controverso; la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione.

Ciò chiarito, la Sezione ha però rilevato, a motivazione della rimessione, che non possono essere trascurati i seguenti ulteriori risvolti: a) il mancato rinvio pregiudiziale in termini di responsabilità del giudice nazionale e dello Stato di appartenenza, atteso che, nell'ordinamento italiano, a fondamento di azioni di responsabilità civile nei confronti dei magistrati e dello Stato ai sensi della l. 13 aprile 1988, n. 117 (come novellata dalla l. 27 febbraio 2015, n. 18) viene posta, fra l'altro, proprio l'asserita inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale (art. 2, comma 3 *bis*); del resto laddove si configuri un obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, la sua violazione è ritenuta dalla medesima Corte sanzionabile mediante la responsabilità degli Stati membri, che sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto dell'Unione riconducibili ad

organi giudiziari, e in particolare quando questi ultimi omettano di ottemperare all'obbligo di rinvio pregiudiziale; b) la necessità di evitare che si configuri il possibile abuso degli strumenti processuali ad opera delle parti con richieste di rinvio pregiudiziale che, pur formalmente assentibili, nella sostanza tendono a superare una decisione del giudice costituzionale nazionale nonostante sia stata resa all'esito della valutazione di parametri di giudizio sostanzialmente omogenei rispetto a quelli invocati nella richiesta di rinvio pregiudiziale; dunque in violazione del divieto del *ne bis in idem* processuale e con la conseguente ulteriore lesione del principio di ragionevole durata del processo; c) la necessità di vagliare, in sede di interpretazione dell'art. 267 Trattato FUE, le più mature acquisizioni elaborate dalla Corte EDU, in applicazione dell'art. 6 CEDU, circa la possibilità di configurare la responsabilità del giudice nazionale di ultima istanza, solo quando ometta di motivare sulle ragioni del diniego di rinvio.

24.8. Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

■ Vincolatività del principio di diritto affermato dall'Adunanza plenaria in caso di contrasto con il diritto dell'Unione europea.

Con la sentenza 27 luglio 2016, n. 19 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha affermato il principio secondo cui l'art. 99, comma 3, c.p.a. deve essere interpretato nel senso che la Sezione cui è assegnato il ricorso, qualora non condivida un principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria su una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione Europea, può adire la Corte di giustizia *ex art. 267 TFUE* ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale, anche senza rimettere previamente la questione all'Adunanza plenaria affinché questa riveda il proprio orientamento; la Sezione cui è assegnato il ricorso, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di giustizia ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione Europea da essa sottoposta, o allorché la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione Europea. Ciò non toglie, tuttavia, che l'Adunanza plenaria, nei casi in cui sia stata investita dalla Sezione cui è assegnato il ricorso di una questione diretta a provocare in senso lato un "ripensamento" (una revisione o anche solo una specificazione, una mitigazione oppure semplicemente un chiarimento) su un principio di diritto precedentemente enunciato, possa pronunciarsi sulla relativa questione, eventualmente anche dando seguito ai dubbi di corretta interpretazione del diritto dell'Unione Europea prospettati dalla Sezione, rimettendo alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

A tale conclusione l'Alto Consesso perviene richiamando il recente arresto della Corte di giustizia dell'Unione Europea che, con la sentenza della Grande Sezione, 5 aprile 2016, C-689/13 (Puligienica Facility Esco), pronunciando su una questione pregiudiziale di corretta interpretazione del diritto dell'Unione Europea sollevata dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana con ordinanza 13 ottobre 2013, n. 848, ha sancito i seguenti principi: a) l'art. 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'Adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale; b) l'art. 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di giustizia dell'Unione europea ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione da essa sottoposta, o allorché la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha già fornito una risposta

chiara alla suddetta questione, una Sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione.

24.9. Revocazione.

■ Omessa pronuncia su tutte le argomentazioni poste dalla parte a sostegno del medesimo motivo di ricorso.

L'Adunanza plenaria, chiamata a decidere della revocazione di una propria sentenza, con sentenza 27 luglio 2016, n. 21 enuncia il principio secondo cui non costituisce vizio di revocazione per errore di fatto l'omessa pronuncia, da parte del giudice, su tutte le argomentazioni poste dalla parte a sostegno del medesimo motivo di ricorso. Occorre, infatti, distinguere tra motivo di ricorso e argomentazione a ciascuno dei motivi sostegno del medesimo; il motivo di ricorso, infatti, delimita e identifica la domanda spiegata nei confronti del giudice, e in relazione al motivo si pone l'obbligo di corrispondere, in positivo o in negativo, tra chiesto e pronunciato, nel senso che il giudice deve pronunciarsi su ciascuno dei motivi e non soltanto su alcuni di essi; a sostegno del motivo - che identifica la domanda prospettata di fronte al giudice - la parte può poi addurre un complesso di argomentazioni, volte a illustrare le diverse censure, ma che non sono idonee, di per se stesse, ad ampliare o restringere la censura, e con essa la domanda; rispetto a tali argomentazioni non sussiste un obbligo di specifica pronuncia da parte del giudice, il quale è tenuto a motivare la decisione assunta esclusivamente con riferimento ai motivi di ricorso come sopra identificati.

■ Nuovo caso di revocazione consistente nel contrasto fra un giudicato nazionale ed una successiva sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Sempre in tema di revocazione, da segnalare l'ord. 17 novembre 2016, n. 4765, con la quale la sez. IV - riprendendo gli argomenti, spesi dall'Adunanza plenaria (4 marzo 2015, n. 2) - ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 117, comma 1, 111 e 24 Cost., degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 cod. proc. civ., 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 Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. Ciò sul rilievo che l'obbligo di conformarsi alle sentenze di Strasburgo non viene meno nel caso in cui la violazione commessa dallo Stato sorga proprio a causa della sentenza passata in giudicato. Sul punto, la Corte europea e gli organi del Consiglio d'Europa hanno peraltro progressivamente individuato la "riapertura" del processo quale soluzione maggiormente idonea a garantire la *restitutio in integrum* a favore delle vittime delle violazioni non altrimenti rimediabili (Raccomandazione R(2000)2 del 19 gennaio 2000 del Comitato dei Ministri). In questi casi, la rimozione del giudicato formatosi risulta indispensabile per porre rimedio alla violazione dei diritti commessa nel corso del processo. Muovendo da tale premessa l'Alto Consesso ha ritenuto che l'assenza nell'ordinamento italiano di un apposito rimedio volto a "riaprire" il processo giudicato "iniquo" dalla Corte europea sembra porsi in contrasto oltre che con l'art. 46 CEDU, anche con i principi sanciti dall'art. 111 Cost. e con l'art. 24 Cost.

La Sezione non opera la c.d. sospensione impropria ma rimette nuovamente la questione al giudice delle leggi su richiesta della ricorrente in revocazione, la quale afferma che diversamente resterebbe mutilato il suo diritto a prendere parte al giudizio di costituzionalità investente le norme suddette.

24.10. Sopravvenienze opponibili in sede di esecuzione di giudicato formatosi su interessi procedurali e giudicato contrastante con norma sopravvenuta dell'Unione europea.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 9 giugno 2016, n. 11 ha preliminarmente ricordato che nell'ipotesi di annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento amministrativo discrezionale e di azione avente ad oggetto attività discrezionale non ancora esercitata dall'amministrazione, si assiste alla formazione di un giudicato che contiene una regola incompleta ed il sindacato non può estendersi all'intero rapporto controverso, dato che ciò costituirebbe uno sconfinamento nel merito amministrativo da parte del giudice e, di conseguenza, un possibile eccesso di potere giurisdizionale. Ha quindi aggiunto che l'esecuzione del giudicato amministrativo (sebbene quest'ultimo abbia un contenuto poliforme), non può essere il luogo per tornare a mettere ripetutamente in discussione la situazione oggetto del ricorso introduttivo di primo grado, su cui il giudicato ha, per definizione, conclusivamente deciso; se così fosse, il processo, considerato nella sua sostanziale globalità, rischierebbe di non avere mai termine, e questa conclusione sarebbe in radicale contrasto con il diritto alla ragionevole durata del giudizio, all'effettività della tutela giurisdizionale, alla stabilità e certezza dei rapporti giuridici (valori tutelati a livello costituzionale e dalle fonti sovranazionali alle quali il nostro Paese è vincolato); da qui l'obbligo di esecuzione secondo buona fede e senza che sia frustrata la legittima aspettativa del privato alla stabile definizione del contesto procedimentale. In particolare, l'Amministrazione soccombente a seguito di sentenza irrevocabile di annullamento di propri provvedimenti ha l'obbligo di ripristinare la situazione controversa, a favore del privato e con effetto retroattivo, per evitare che la durata del processo vada a scapito della parte vittoriosa; questa retroattività dell'esecuzione del giudicato non può essere intesa in senso assoluto, ma va ragionevolmente parametrata alle circostanze del caso concreto ed alla natura dell'interesse legittimo coinvolto (pretensivo, oppositivo, procedimentale); tale obbligo, pertanto, non incide sui tratti liberi dell'azione amministrativa lasciati impregiudicati dallo stesso giudicato e, in primo luogo, sui poteri non esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi rispetto a quest'ultimo. Ha ancora ricordato l'Adunanza plenaria che nella contrapposizione fra naturale dinamicità dell'azione amministrativa nel tempo ed effettività della tutela, un punto di equilibrio è stato tradizionalmente rinvenuto nel principio generale per cui l'esecuzione del giudicato può trovare limiti solo nelle sopravvenienze di fatto e diritto antecedenti alla notificazione della sentenza divenuta irrevocabile; sicché la sopravvenienza è strutturalmente irrilevante sulle situazioni giuridiche istantanee, mentre incide su quelle durevoli nel solo tratto dell'interesse che si svolge successivamente al giudicato, determinando non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica medesima; anche per le situazioni istantanee, però, la retroattività dell'esecuzione del giudicato trova, peraltro, un limite intrinseco e ineliminabile (che è logico e pratico, ancor prima che giuridico), nel sopravvenuto mutamento della realtà – fattuale o giuridica – tale da non consentire l'integrale ripristino dello *status quo ante* (come esplicitato dai risalenti brocardi *factum infectum fierinequit* e *ad impossibilia nemo tenetur*) che semmai, ove ne ricorrano le condizioni, può integrare il presupposto esplicito della previsione del risarcimento del danno, per impossibile esecuzione del giudicato, sancita dall'art. 112, comma 3, c.p.a.

L'Adunanza plenaria ha poi preso posizione con riferimento all'ipotesi in cui il giudicato nazionale confligga con una norma sopravvenuta dell'Unione europea, per tale intendendosi anche quella desumibile da una pronuncia della Corte di Giustizia interpretativa del diritto europeo, intervenuta successivamente.

L'Alto consesso ha argomentato muovendo dal principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che hanno precisato come l'interpretazione da parte del giudice amministrativo di una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione Europea, secondo quanto risultante da una pronuncia della Corte di Giustizia successivamente intervenuta, dà luogo

alla violazione di un “limite esterno” della giurisdizione, con conseguente cassazione della sentenza amministrativa. L’Adunanza plenaria ha quindi riconosciuto l’esigenza che tutti gli organi dello Stato, a cominciare da quelli giurisdizionali, si adoperino, nei limiti delle rispettive competenze, per evitare il consolidamento di una violazione del diritto europeo. Ad avviso della Plenaria, “l’interpretazione, da parte del giudice amministrativo, di una norma di diritto interno in termini contrastanti con quanto risulta da una pronuncia della Corte di giustizia dell’Unione europea, successivamente intervenuta, dà luogo alla violazione di un limite esterno della giurisdizione, rientrando in uno di quei casi estremi in cui il giudice adotta una decisione anomala, omettendo l’esercizio del potere giurisdizionale per *errores in iudicando* o *in procedendo*, che danno luogo al superamento del limite esterno; in questi casi estremi si impone la cassazione della sentenza amministrativa per impedire che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo ed efficace, esplichi i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, con nocimento per l’ordinamento europeo e nazionale e violazione del principio secondo cui l’attività di tutti gli organi dello Stato deve conformarsi alla normativa comunitaria”.