ATTIVITÀ DEL CONSIGLIO DI STATO E DEL CGARS
2018

(a cura di Giulia Ferrari, Consigliere di Stato)

ATTIVITÀ CONSULTIVA

SOMMARIO: 1. Questioni di rilevante impatto sociale. 1.1. Disposizioni anticipate di trattamento (cd. Dat)**. 1.2.** Vittime dei reati intenzionali violenti**. 1.3.** Prevenzione e contrasto del riciclaggio e del terrorismo. **1.4.** Regime dei vitalizi spettanti agli *ex* Senatori. **1.5.** Utilizzo della carta elettronica. **1.6.** Sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla mancata accettazione dei pagamenti mediante carte di debito e carte di credito. **1.7.** Utilizzo dei sacchetti di plastica monouso in caso di acquisto di frutta e verdura. **2. Pubblica amministrazione. 2.1.** Trasferimento al Ministero delle politiche agricole, alimentari, forestali e del turismo delle competenze in materia di turismo. **2.2.** Forze di polizia. **2.3.** Corpo nazionale dei vigili del fuoco. **2.4.** Conferenza di servizi. **3. Autorità nazionale anticorruzione. 4. Sanità. 5. Farmacie. 6. Contratti della Pubblica amministrazione. 6.1.** Linee guida Anac disciplinanti le procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria. **6.2.** Decreto sulla banca dati degli operatori economici. **6.3.** Linee guida Anac sull'offerta economicamente più vantaggiosa. **6.4.** Linee guida Anac sulla disciplina delle clausole sociali. **6.5.** Linee guida Anac sulla verifica del rispetto del limite di cui all'art. 177, comma 1, del Codice. **6.6.** Linee guida Anac per la gestione degli utili derivanti dalla esecuzione dei contratti d'appalto o di concessione sottoposti alla misura di straordinaria gestione ai sensi dell'art. 32, d.l. n. 90 del 2014. **6.7.** Linee guida del Ministero delle infrastrutture sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione. **6.8**. Linee guida Anac per l'affidamento dei servizi legali. **6.9.** Affidamenti di servizi sociali. **6.10.** Dibattito pubblico. **6.11.** Opere di urbanizzazione a scomputo. **6.12.** Pareri Anac di precontenzioso. **6.13.** Regolamento Anac sulla legittimazione ad agire dinanzi al giudice amministrativo. **6.14.** Linee guida Anac per l'affidamento del servizio di vigilanza privata. **6.15.** Contratti di acquisto o locazione di immobili. **6.16.** Affidamento diretto a società *in house providing*. **7. Concessioni pubbliche. 8. Attività di impresa.** 8.1. Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. **8.2.** Istituzione di Zone Economiche Speciali (Zes). **9. Beni storici e culturali. 9.1.** Dichiarazione dell'interesse culturale. **9.2.** Commercio di cose antiche. **9.3.** Biglietto di ingresso ai monumenti e ai musei. **10. Circolazione stradale. 10.1.** Schema di regolamento che modifica la disciplina dei certificati medici attestanti l'idoneità psicofisica dei conducenti di veicoli a motore. **10.2.** Schema di regolamento recante la definizione del contratto base di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore. **11. Impiego pubblico e privato. 11.1.** Concorso per dirigenti di seconda fascia. **11.2.** Incentivi da corrispondere al personale della Regione Sicilia *ex* art. 113 del Codice dei contratti pubblici. **12. Professioni e mestieri. 12.1.** Avvocati. **12.2.** Medico-chirurgo. **12.3.** Acconciatori ed estetisti. **12.4.** Guardie giurate a bordo delle navi mercantili battenti bandiera italiana che transitano in acque internazionali a rischio pirateria. **13. Militari**. **14. Fondazioni. 15. Giochi. 15.1.** Scommesse a quota fissa su eventi diversi dalle corse di cavalli e su eventi non sportivi. **15.2.** Affidamento in concessione della gestione del Superenalotto. **16. Ricorso straordinario al Capo dello Stato.**

1. Questioni di rilevante impatto sociale.

Molti i pareri resi dal Consiglio di Stato in funzione consultiva che hanno avuto un notevole impatto sociale.

1.1. Disposizioni anticipate di trattamento (cd. Dat).

Il Consiglio di Stato, in Commissione speciale, ha espresso il parere (31 luglio 2018, n. 1991) sui quesiti sottoposti dal Ministero della salute in materia di Disposizioni anticipate di trattamento (cd. Dat), con particolare riferimento all'istituzione della banca dati nazionale prevista dal comma 418 dell'art. 1 della legge di bilancio n. 205 del 2017.

Con le Disposizioni anticipate di trattamento ciascun individuo, nel pieno possesso delle proprie facoltà mentali, può decidere "ora per allora" su eventuali trattamenti sanitari che potrebbero riguardarlo e sui quali in futuro non sarà in condizione di prestare il consenso; ciò avviene manifestando la propria volontà mediante la redazione di un atto specificamente previsto.

La disposizione anticipata di trattamento è un negozio giuridico a contenuto non patrimoniale, unilaterale, non recettizio, sottoposto a condizione sospensiva che produrrà i suoi effetti in un momento successivo.

Tre i requisiti perché si abbiano valide disposizioni anticipate di trattamento: il primo è relativo alla capacità del disponente, che deve essere maggiorenne e capace di intendere e di volere; il secondo riguarda il presupposto, a ricorrere del quale il soggetto può esprimere le proprie disposizioni: "in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi"; il terzo riguarda il momento che precede le Dat: "dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte".

Il disponente può indicare una persona di sua fiducia, denominata "fiduciario", maggiorenne e capace di intendere e di volere, che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie. La clausola di designazione è inefficace finché non è accettata da quest'ultimo, con sottoscrizione coeva o atto successivo, ma tale accettazione non è elemento di validità o efficacia delle Dat, in quanto queste ben possono non designare alcun fiduciario

Il mandato al fiduciario è revocabile *ad nutum* osservando le medesime forme stabilite per il suo conferimento. La sopravvenuta rinuncia, morte o incapacità del fiduciario non si ripercuote sull'efficacia delle Dat.

Il medico è tenuto al rispetto delle Dat, che tuttavia possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie, non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita.

Le Dat devono essere redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie. Anche le Regioni che adottano modalità telematiche di gestione della cartella clinica o il fascicolo sanitario elettronico o altre modalità informatiche di gestione dei dati del singolo iscritto al Servizio sanitario nazionale possono, con proprio atto, regolamentare la raccolta di copia delle Dat, compresa l'indicazione del fiduciario, e il loro inserimento in banca dati.
Nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, le Dat possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. Con le medesime forme esse sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento.
Il Consiglio di Stato, al fine di dare effettiva attuazione alla l. n. 219 del 2017 che ha introdotto tali Disposizioni, ha ritenuto che: a) la banca dati nazionale - proprio perché le relative informazioni possono essere conosciute sull'intero territorio del Paese - su richiesta dell'interessato deve contenere copia delle Dat, compresa l'indicazione del fiduciario, salvo che il dichiarante non intenda indicare soltanto dove esse sono reperibili; b) il registro nazionale è aperto anche a tutti coloro che non sono iscritti al Servizio sanitario nazionale; c) le Dat non hanno alcun vincolo di contenuto: l'interessato deve poter scegliere di limitarle solo ad una particolare malattia, di estenderle a tutte le future malattie, di nominare il fiduciario o di non nominarlo, ecc. Spetterà al Ministero della salute mettere a disposizione un modulo-tipo per facilitare il cittadino a rendere le Dat; d) poiché le Dat servono ad orientare l'attività del medico, è necessario che ci sia certezza sulla corretta formazione della volontà del dichiarante. Conseguentemente occorre che tale circostanza venga attestata, magari suggerendola nel modulo-tipo facoltativo che verrà predisposto dal Ministero della salute; e) alle Dat può accedere il medico e il fiduciario sino a quando è in carica.
La Commissione speciale - data l'importanza e la delicatezza dell'intervento normativo in questione, che ha ad oggetto l'esercizio di diritti fondamentali della persona umana - ha sottolineato la necessità di prevedere efficaci e costanti strumenti di monitoraggio del funzionamento della norma, volti a verificarne l'idoneità a perseguire, in concreto, gli obiettivi fissati dal Legislatore e a garantirne la più estesa attuazione.

1.2. Vittime dei reati intenzionali violenti.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere (1 agosto 2018, n. 1994) sullo schema di regolamento concernente le vittime dei reati intenzionali violenti. Tale schema detta disposizioni di adeguamento del regolamento contenuto nel d.P.R. 19

febbraio 2014, n. 60, che disciplina il Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive e dell'usura, per "renderlo funzionale all'esigenza di tutela delle vittime dei reati intenzionali violenti", per le quali la l. 7 luglio 2016, n. 122 ha previsto un meccanismo di indennizzo posto a carico di tale Fondo.
Con riferimento alla domanda di accesso al Fondo, ha chiarito il parere che la norma (art. 27 *bis*) ha previsto che essa è presentata, "a pena di decadenza dal diritto all'indennizzo, nel termine di sessanta giorni dalla decisione che ha definito il giudizio per essere ignoto l'autore del reato ovvero dall'ultimo atto dell'azione esecutiva infruttuosamente esperita sulla base della sentenza di condanna al risarcimento pronunciata nei confronti dell'autore del reato, ovvero dalla data del passaggio in giudicato della sentenza penale nei casi in cui l'azione esecutiva non debba essere esperita". In ordine all'inciso "a pena di decadenza", che non trova riscontro nell'art. 12, comma 2, l. n. 122 del 2016, è stato osservato che la domanda alla quale lo schema in esame intende apporre un termine decadenziale costituisce strumento di esercizio di un diritto soggettivo, avente ad oggetto un beneficio la cui concessione è condizionata solo alla sussistenza di tutti i requisiti stabiliti dagli artt. 11 e 12, l. n. 122 del 2016. Concorre a configurare in termini di diritto soggettivo la posizione dei soggetti titolati a presentare la domanda di indennizzo - e a tutelarla da effetti suscettibili di inciderla derivanti da incapienza del Fondo - l'art. 14, comma 4, della medesima legge, che dispone che "in caso di disponibilità finanziarie insufficienti nell'anno di riferimento a soddisfare gli aventi diritto, è possibile per gli stessi un accesso al Fondo in quota proporzionale e l'integrazione delle somme non percepite dal Fondo medesimo negli anni successivi". Data la premessa, il parere a suggerito di espungere l'inciso "a pena di decadenza". Infatti, il regime delle decadenze per l'esercizio di un diritto soggettivo può essere introdotto solo da norma primaria e non da norma secondaria (regolamentare). Pertanto, poiché la norma primaria che sostiene la legittimità del presente regolamento non contiene alcuna indicazione in merito alla decadenza dal diritto, questa non può essere introdotta dal regolamento, e quindi a tale diritto si applica esclusivamente l'ordinario regime della prescrizione.
Il parere si è poi soffermato sull'art. 27 *sexies*, che contiene disposizioni in merito alla revoca di indennizzi già concessi. Le lett. a) e b) del comma 1 di tale articolo riproducono sostanzialmente la formulazione delle analoghe disposizioni stabilite nell'art. 14, comma 1, lett. a) e b) del vigente regolamento, per la revoca dei benefici concessi per le vittime di reati di tipo mafioso. La lett. a) prevede la revoca del beneficio "qualora, a seguito di specifico giudizio di revisione, la sentenza di condanna per uno dei reati di cui all'art. 11, l. 7 luglio 2016, n. 122, sia stata revocata con decisione passata in giudicato". La revoca è configurata dalla disposizione in esame

come un automatismo consequenziale alla revisione, che prescinde dalla considerazione delle relative motivazioni. Tuttavia, va notato che tali motivazioni potrebbero invece, a seconda delle fattispecie, lasciare integri i presupposti di legge per il godimento del beneficio. Anche la lett. b) configura la revoca come effetto senz'altro consequenziale, che prescinde da qualsiasi valutazione da parte dell'organo competente alla revoca, "qualora, in sede di definizione dell'impugnativa della sentenza civile di liquidazione del danno, ovvero della sentenza di condanna al pagamento della provvisionale di cui all'art. 12, comma 1, lett. b), della citata l. n. 122 del 2016, sia venuto meno il titolo al risarcimento concesso e con esso quello all'indennizzo". Appare opportuno notare che il vigente d.P.R. n. 60 del 2014 non si limita a prevedere solo fattispecie di revoca. Infatti l'art. 14, comma 2, di tale regolamento prevede la riforma della deliberazione di accoglimento della domanda con deliberazione del competente Comitato, "qualora, in sede di definizione delle impugnative" della sentenza civile di liquidazione del danno o della sentenza di condanna al pagamento di provvisionale "sia stato modificato l'ammontare del risarcimento dovuto". Se il margine di valutazione che residua in capo al Comitato in tale ipotesi è contenuto nei limiti della descrizione della fattispecie contenuta nel citato art. 14, d.P.R. n. 60 del 2014, tuttavia la previsione dell'istituto della riforma è indicativa della constatazione dell'eventualità di fattispecie che non possono essere regolate solo in termini del tutto automatici. Appare quindi opportuno, alla luce di quanto sopra, invitare l'Amministrazione a considerare l'opportunità di introdurre nell'art. 27 *sexies*, comma 1, lett. a), in fine, l'inciso "valutate le ragioni della revisione" e di inserire un'analoga clausola valutativa nella lett. b) del comma 1 dello stesso articolo.

1.3. Prevenzione e contrasto del riciclaggio e del terrorismo.

L'Adunanza generale del Consiglio di Stato ha reso il parere (3 agosto 2018, n. 2018) sulla potestà sanzionatoria in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del terrorismo.

Il quesito era stato chiesto dalla Banca d'Italia al fine di verificare la sussistenza, nel quadro normativo vigente, della propria competenza ad irrogare sanzioni pecuniarie nei confronti dei titolari di funzioni di amministrazione, direzione o controllo degli intermediari da essa stessa vigilati, che con il loro comportamento abbiano concorso a violare la normativa in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del terrorismo. In particolare, Banca d'Italia, nel ricostruire il portato del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90 - che ha completamente riscritto il d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231– ha osservato come il decreto, pur contemplando l'assoggettabilità a sanzione dei titolari di funzioni di amministrazione, direzione o controllo degli intermediari che "non assolvendo in tutto o in parte ai compiti direttamente o indirettamente correlati alla funzione o all'incarico, hanno agevolato, facilitato o comunque reso possibili le

violazioni…..ovvero hanno inciso in modo rilevante sull'esposizione dell'intermediario al rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo" (art. 62, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2007), non ha espressamente individuato – a differenza di quanto invece fatto per altre fattispecie sanzionatorie – l'Autorità di vigilanza competente. Ritiene, tuttavia, Banca d'Italia, che sarebbero rinvenibili nella medesima fonte una serie di indizi deponenti per la propria competenza in proposito.
Al quesito l'Adunanza generale ha dato risposta affermativa, con la precisazione che da tale competenza esorbita l'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie per l'inosservanza dell'obbligo di segnalazione di operazione sospetta, imputabile al personale e ai titolari di funzioni di amministrazione, direzione e controllo di intermediari bancari e finanziari, espressamente attribuita dagli artt. 65, comma 1, lett. a), e 62, comma 9, d.lgs. n. 231 del 2007 al Ministero dell'economia e delle finanze. A tale conclusione l'Adunanza è pervenuta sul rilievo che l'art. 65, d.lgs. n. 231 del 2007, letto unitamente all'art. 62 dal medesimo richiamato, costituisce vero e proprio fulcro del sistema sanzionatorio, dal quale si ricava il principio che le Autorità di vigilanza, e quindi nello specifico Banca d'Italia, ha anche, in via generale, il potere di sanzionare i soggetti vigilati. Il criterio generale soffre invero di specifica e circoscritta deroga in favore del Ministero dell'economia e delle finanze - e a detrimento della potestà sanzionatoria della Banca d'Italia - prevista dalla lett. a) del comma 1 dell'art. 65, per il solo caso di "..irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie per l'inosservanza dell'obbligo di segnalazione di operazione sospetta, imputabile al personale e ai titolari di funzioni di amministrazione, direzione e controllo di intermediari bancari e finanziari, salva la competenza della Banca d'Italia e dell'Ivass, in ragione delle rispettive attribuzioni, all'irrogazione delle sanzioni per violazioni gravi, ripetute o sistematiche ovvero plurime imputabili all'ente". Trattasi di una peculiare e specifica ipotesi, incentrata in particolare sull'omessa segnalazione, e ritagliata all'interno della ben più ampia fattispecie sanzionatoria riguardante i funzionari che hanno agevolato, facilitato o comunque reso possibili le violazioni delle disposizioni di cui al Titolo II, Capi I, II e III, di quelle in materia di procedure e controlli interni di cui agli articoli 15 e 16 del decreto, delle relative disposizioni attuative adottate dalle autorità di vigilanza di settore nonché dell'inosservanza dell'ordine di cui al comma 4, lettera a), ossia di tutte le fattispecie per i quali il d.lgs. n. 231 del 2007 prevede obblighi in capo agli intermediari bancari e finanziari.
Solo per questa circoscritta ipotesi, gli artt. 65, comma 1, lett. a) e 62, comma 9, (disposizioni di identico contenuto) prevedono la competenza del Ministero dell'economia e delle finanze. La ragione di tale eccezione non è del tutto perspicua, e di essa non v'è traccia nelle relazioni governative e nei lavori parlamentari. Essa potrebbe risiedere nel fatto che la segnalazione, della cui omissione trattasi, è diretta all'Unità di informazione finanziaria per l'Italia (UIF), organismo abilitato a emanare

istruzioni sui dati e le informazioni che devono essere contenuti nelle segnalazioni di operazioni sospette e nelle comunicazioni oggettive, nonché ad elaborare indicatori di anomalia, e ad effettuare, anche attraverso ispezioni, verifiche con riguardo alle segnalazioni di operazioni sospette, anche a mezzo dell'ausilio del Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di finanza. Trattasi di un organismo avente compiti e finalità specifica, dotato di tutti i poteri di un'autorità di vigilanza, salvo quello sanzionatorio.
Pur affermandone la natura di organismo autonomo e operativamente indipendente da Banca d'Italia la legge prevede un forte di rapporto di compenetrazione della UIF con Banca d'Italia (l'UIF è istituita presso la Banca d'Italia, che ne disciplina l'organizzazione e il funzionamento attribuendole i mezzi finanziari e le risorse idonei ad assicurare l'efficace perseguimento dei suoi fini istituzionali. Il Direttore della UIF, al quale compete in autonomia la responsabilità della gestione, è nominato con provvedimento del Direttorio della Banca d'Italia). E' allora possibile che il legislatore abbia ritenuto che l'eventuale attribuzione alla Banca d'Italia del potere di sanzionare le condotte del personale (anche di quello proprio) inosservanti l'obbligo di segnalazione di operazione sospetta alla UIF potesse in qualche modo risentire dei cennati rapporti tra la UIF e Banca d'Italia, pur in presenza del sottolineato carattere di indipendenza operativa della prima dalla seconda.
Ad ogni modo l'eccezione è chiaramente espressa e puntualmente circoscritta, non presenta equivocità, né consente margini interpretativi.
Per le rimanenti fattispecie, pure riguardanti il "personale e i titolari di funzioni di amministrazione, direzione e controllo di intermediari bancari e finanziari", non v'è invece dubbio che la competenza rimanga, secondo il criterio generale, in capo a Banca d'Italia. Concorrono in questa direzione numerosi elementi, correttamente delineati da Banca d'Italia nel quesito.
Il primo, significativo, è il dettato dell'art. 65, comma 11, che, nel disciplinare i procedimenti sanzionatori rientranti nelle attribuzioni delle Autorità di vigilanza di settore, fa espresso riferimento "alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalle autorità di vigilanza di settore ai sensi dell'art. 62, commi 2 e 5", così presupponendo che le sanzioni di cui all'art. 62, comma 2, siano irrogate dalle predette Autorità.
Il secondo tranciante elemento è di carattere logico sistematico e si ricava dalla piana lettura del comma 3 dell'art. 62, il quale, nel richiamare le ipotesi di cui al comma 2 (ossia proprio quelle sulle quali verte il quesito), vi ricollega il potere delle Autorità di vigilanza, "tenuto conto della gravità della violazione accertata e nel rispetto dei criteri di cui all'art. 67" di applicare "la sanzione amministrativa accessoria dell'interdizione dallo svolgimento della funzione o dell'incarico di amministrazione, direzione o controllo dell'ente, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a tre anni".

La circostanza che il legislatore non abbia ravvisato ostacoli nell'attribuire all'Autorità di vigilanza, e in ispecie alla Banca d'Italia, poteri di comminare sanzioni ad efficacia interdittiva nei confronti del personale responsabile, accessorie a quelle pecuniarie, induce a ritenere, a fortiori, che per queste ultime sussista la competenza della medesima Autorità, o comunque lascia supporre che nessun ragione di carattere giuridico o di opportunità vi osti, nella valutazione fattane dal legislatore.
Il legittimo dubbio interpretativo nasce dunque esclusivamente dalla imprecisa o non esaustiva formulazione del comma 7 dell'art. 62 che avrebbe dovuto, nell'attribuire la competenza nei confronti degli intermediari bancari e finanziari alla Banca d'Italia e l'Ivass, in ragione delle rispettive attribuzioni, riferirsi anche ai "soggetti titolari di funzioni di amministrazione, direzione e controllo dell'intermediario".

1.4. Regime dei vitalizi spettanti agli *ex* Senatori.

La Commissione speciale del Consiglio di Stato, con parere 3 agosto 2018, n. 2016, ha affermato la possibilità di disciplinare la materia del regime dei vitalizi spettanti agli *ex* Senatori con il regolamento del Senato; ha escluso profili di possibile responsabilità derivante dall'approvazione della nuova normativa ed ha esposto il quadro giuridico-costituzionale di riferimento da tenere in considerazione.
Ha ricordato la Commissione speciale che la materia dei c.d. vitalizi (o – più comprensivamente – del trattamento economico riservato ai parlamentari alla cessazione del relativo mandato) va inquadrata alla luce dell'art. 69 Cost., che – concorrendo a disciplinare lo *status* di parlamentare – elimina definitivamente il previgente principio di gratuità del mandato, al fine di garantire il più ampio accesso alle cariche rappresentative (art. 51 Cost.), nel rispetto del principio di uguaglianza, riconoscendo, a tal fine, tra le altre prerogative, ai membri delle Camere un'indennità nelle forme e nell'ammontare che è la legge a stabilire.
Dopo la prima attuazione della disposizione costituzionale (intervenuta con la l. 9 agosto 1948, n. 1102 che riconosceva un'indennità fissa mensile lorda e, accanto ad essa, una diaria per il rimborso spese relativo ai giorni di seduta parlamentare, il cui ammontare era determinato dagli Uffici di Presidenza delle rispettive Camere) il trattamento economico dei parlamentari è stato regolato con la l. 31 ottobre 1965, n. 1261, che a tutt'oggi (con le modifiche introdotte, relativamente all'ammontare massimo, dall'art. 1, comma 52, l. 23 dicembre 2005, n. 266) disciplina la materia.
In proposito, va dato atto che non sussiste uniformità di vedute in ordine alla riconducibilità dei vitalizi (o del trattamento pensionistico) alla riserva di legge, formalmente circoscritta, per l'appunto, al regime della "indennità". Ciò anche in considerazione del non omogeneo inquadramento della natura e della funzione dell'indennità parlamentare. Il che assume rilievo a fronte della notoria circostanza che, in assenza di previsione legislativa, è solo (ed esclusivamente) con apposite disposizioni

interne degli Uffici di Presidenza delle Camere (e, dunque, di fatto, con regolamenti minori) che – a partire dalla metà degli anni ’50 (e, segnatamente, nel 1954 per il Senato e nel 1956 per la Camera: in un contesto socio-economico, dunque – come non si è opportunamente mancato di evidenziare – di forte stabilità, per un verso, del sistema dei partiti e, insieme e per altro verso, di non problematico equilibrio della complessiva spesa previdenziale) – la materia ha trovato disciplina e regolazione, da ultimo, ancora, con deliberazioni del 30 gennaio 2012 dell’Ufficio di Presidenza della Camera dei Deputati e con il “Regolamento delle pensioni dei Senatori”, approvato dal Consiglio di Presidenza il 31gennaio 2012, in entrambi i casi al fine di introdurre il sistema cd. contributivo.

Ha ancora ricordato la Commissione speciale che la migliore dottrina costituzionalistica assume atteggiamenti non omogenei e, talora, perfino radicalmente divergenti, in ordine al rapporto tra legge e regolamenti minori *in subiecta materia*. Risultano sostenute, segnatamente, pressoché tutte le posizioni astrattamente configurabili: a) quella della riserva relativa di legge, che muove dalla integrale riconducibilità del trattamento di quiescenza alla “indennità” di cui all’art. 69 Cost. e che, di fatto, riconosce allo strumento regolamentare attitudine meramente esecutiva o, al più, integrativa, nella complessiva logica di una concorrenza necessariamente cumulativa delle fonti; b) quella della (mera) preferenza di legge, che, di fatto, argomenta la maggiore idoneità dello strumento legislativo, in quanto atto non monocamerale e, come tale, utile a garantire una auspicata parità di trattamento, sotto il profilo economico, per i membri delle due Camere; c) quella della riserva di regolamento, che – in prospettiva esattamente reciproca – ritiene che la necessità di coinvolgere, in materia, entrambi i rami del Parlamento, costituirebbe, di fatto, un *vulnus* all’autonomia decisionale di ciascuna; d) quella della (mera) preferenza di regolamento; e) quella – infine – della concorrenza alternativa delle fonti che, in difetto di indicazioni della Carta costituzionale, riconosce alle Camere autonomia formale, in ordine alla scelta della fonte, prendendo atto, per un verso – sul piano storico e retrospettivo – che, allo stato, lo strumento regolamentare è risultato quello concretamente elettivo, ma non escludendo né precludendo – sul piano politico e prospettico – l’utilizzazione della legge, in funzione di omogeneizzazione dei trattamenti.

Sta di fatto che il sistema fino ad oggi seguito conferma in via di prassi il ricorso all’utilizzazione in via esclusiva dei regolamenti minori e risulta, in certo modo, avallato, sia pure implicitamente, dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 289 del 1994 – dichiarativa dell’illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 53 Cost., della disposizione di cui all’art. 2, comma 6-*bis*, l. 27 aprile 1989, n. 154, che aveva inteso equiparare il regime fiscale degli assegni vitalizi ai parlamentari a quello, più favorevole, delle rendite vitalizie costituite a titolo oneroso – ha

inteso evidenziare la peculiarità e specificità dell'assegno riconosciuto ai parlamentari (avente, come tale, natura e regime non assimilabili a quello dei pubblici dipendenti, pur trattandosi comunque di "forma di previdenza obbligatoria di carattere pubblicistico"), assoggettato ad un "regime speciale che trova il suo assetto non nella legge, ma in regolamenti interni delle Camere".
Si giustifica, perciò, che, in definitiva, tutti gli interventi regolatori in materia siano stati introdotti con delibera regolamentare, ivi compresi i già menzionati regolamenti del 2012, nonché le successive delibere del 7 maggio 2015 - con le quali i due Uffici di Presidenza delle Camere hanno sancito la perdita del diritto alla corresponsione del vitalizio per gli ex parlamentari condannati in via definitiva per una serie di reati, ritenuti di particolare gravità - e, da ultimo, la delibera dell'Ufficio di Presidenza della Camera dei Deputati del 22 marzo 2017, che ha introdotto un contributo di solidarietà, una tantum e di importo crescente, per i trattamenti superiori ad € 70.000.
L'avallo della Consulta va, peraltro, plausibilmente inteso, per come argomentato, non già nei sensi della necessità formale dello strumento regolamentare interno, ma della mera sufficienza (o idoneità) dello stesso a strutturare lo speciale regime ed il particolare assetto normativo della materia.
Se ne può trarre, per tale via, un'indicazione di fondo nei sensi dell'operatività di una concorrenza alternativa tra legge ordinaria e regolamento interno, ovvero che spetti, in sostanza, alla discrezionalità delle Camere l'opzione per l'una o per l'altra fonte, senza preclusione per una concorrenza cumulativa facoltativa, che riservi in tesi alla legge i termini generali ed i criteri di calcolo del trattamento, rimettendone al regolamento – alla stessa stregua di quello che la legge n. 1261 del 1965 prevede per le "indennità" – la concreta quantificazione.
Dal complesso delle considerazioni che precedono, è lecito, pertanto, desumere: a) che i regolamenti minori delle Camere – anche in difetto di specifica predefinizione normativa, in base ad apposita legge, del relativo assetto – costituiscono strumento astrattamente idoneo per la definizione e la disciplina del trattamento economico di quiescenza dei parlamentari; b) che – in assenza di una preclusiva riserva, sia pur relativa, di legge, di fatto scolpita con esclusivo riferimento alla sola "indennità" parlamentare (art. 69 Cost.) – la materia risulta, in sostanza, assoggettata ad un regime di ordinaria e potenziale concorrenza tra lo strumento legislativo e quello regolamentare il quale, di per sé, non impone ma neppure preclude – alla luce di valutazioni di ordine essenzialmente politico-istituzionale – l'integrale opzione (funzionalmente autonomistica e storicamente avallata) per il regolamento interno.
Tutto ciò premesso, la Commissione speciale ha tratto la conseguenza che la scelta della fonte normativa deve ritenersi – nel quadro delle esposte coordinate – rimessa all'apprezzamento della Camera richiedente.
Quanto poi alla questione di fondo della possibilità di rivedere il *quantum* dei vitalizi,

la Commissione speciale ha affermato che è possibile incidere sulle situazioni sostanziali poste dalla normativa precedente – cioè sull'affidamento al mantenimento della condizione giuridica già maturata - quando la nuova disciplina sia razionale e non arbitraria, non pregiudichi in modo irragionevole la situazione oggetto dell'intervento e sussista una causa normativa adeguata e giustificata da una inderogabile esigenza di intervenire o da un interesse pubblico generale, entrambi riguardati alla luce della consistenza giuridica che ha assunto in concreto l'affidamento.

1.5. Utilizzo della carta elettronica.

La Sezione consultiva atti normativi, con parere 15 ottobre 2018, n. 2335, ha pronunciato sulle modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri sui criteri e le modalità di attribuzione e di utilizzo della carta elettronica, nel senso di estendere la validità e gli effetti della carta elettronica avente ad oggetto il cd. *bonus* cultura diciottenni pari a € 500 anche ai giovani che compiano diciotto anni nel 2018. Il decreto non è invece intervenuto sulle modalità di attuazione dell'iniziativa, che prosegue (come già avvenuto dal 2016 al 2017) anche per l'anno 2018, con le medesime modalità e con gli stessi strumenti, posto che si continueranno ad utilizzare sia la piattaforma digitale attiva per la registrazione di beneficiari ed esercenti e per la creazione e validazione dei voucher di spesa, sia i sistemi di fatturazione elettronica. Non sono state modificate neanche le disposizioni del d.P.C.M. 15 settembre 2016, n. 187, relative al valore della Carta, alle modalità liquidazione, al monitoraggio degli oneri derivanti dall'uso della Carta, allo svolgimento, da parte delle amministrazioni coinvolte, delle attività previste con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Il provvedimento ha inoltre tenuto conto dell'entrata in vigore del d.l. 12 luglio 2018, n. 86, che ha trasferito la competenza in materia di turismo dal Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo al Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali e modifica conseguentemente la denominazione del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo in Ministero per i beni e le attività culturali. La Sezione non ha formulato rilievi formali o di legittimità ed ha segnalato solo l'opportunità di valutare, in caso di ulteriori proroghe o di messa a regime del beneficio, l'introduzione di disposizioni che non richiedano modifiche annuali al d.P.C.M. n. 187 del 2016.

1.6. Sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla mancata accettazione dei pagamenti mediante carte di debito e carte di credito.

La Sezione consultiva atti normative ha reso il parere (1 giugno 2018, n. 1446) negativo sullo schema di regolamento sulla definizione delle modalità, dei termini e

degli importi delle sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla mancata accettazione dei pagamenti mediante carte di debito e carte di credito, adottato in attuazione dei principi dettati dell'art. 15, comma 45, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221 come modificato dall'art.1, comma 900 - 901, l. 28 dicembre 2015, in. 208. In particolare, il citato art. 15, comma 4, ha disposto che "a decorrere dal 30 giugno 2014, i soggetti che effettuano l'attività di vendita di prodotti e di prestazione di servizi, anche professionale, sono tenute ad accettare anche i pagamenti effettuati attraverso carte di debito e carte di credito; tale obbligo non trova applicazione nei casi di oggettiva impossibilità tecnica. Sono in ogni caso fatte salve le disposizioni del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231".

Lo schema di regolamento è collegato, a livello comunitario, con la direttiva (UE) 2015/2366/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica la direttiva 2002/65/CE nonché, in via prioritaria, con il regolamento (UE) 2015/751 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2015, relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta di debito e carta di credito, in parte già attuato ed in parte da integrare con l'adozione di disposizioni attuative.

Lo schema di regolamento, di carattere innovativo, ha previsto l'estensione dell'obbligo di accettazione dei pagamenti, oltre che con carte di debito, anche mediante carte di credito.

La tracciabilità dei flussi finanziari si pone come momento centrale sia per la lotta al riciclaggio sia per la repressione dell'evasione fiscale. Ne consegue che, grazie anche alla innovazione tecnologica, uno degli effetti derivanti dalla trasformazione digitale, che si pone come pilastro di rinnovamento delle infrastrutture tecnologiche, riguarda i pagamenti e comporta la riduzione delle transazioni in contanti a favore di quelle elettroniche. È di tutta evidenza che l'incremento dei pagamenti con moneta elettronica all'interno di ciascun Paese, nel consentire la tracciabilità dei flussi finanziari, agevoli, almeno in parte, l'emersione dell'economia sommersa con evidenti benefici sia per la riduzione della pressione fiscale sia per garantire una reale correttezza della concorrenza.

Al riguardo, sono state adottate numerose iniziative per incentivare l'utilizzo di strumenti di pagamento alternativi al contante, sia a livello europeo che nazionale, tanto da fissare, da ultimo, in euro 1.000 il limite massimo di accettazione dei pagamenti in contanti; il provvedimento, pertanto, nel favorire l'utilizzo di strumenti di pagamento elettronici, si pone l'obiettivo di promuovere lo sviluppo di un mercato concorrenziale dei servizi di pagamento nonché di pervenire ad una regolamentazione che, minimizzando al massimo ipotetici effetti distorsioni della concorrenza, abbia riguardo anche ai costi connessi all'attuazione dell'obbligo della istallazione del

POS, per assicurare una riduzione delle commissioni a carico degli esercenti in relazione alle transazioni effettuate mediante carte di debito e carte di credito.
In precedenza la materia è stata regolata con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 24 gennaio 2014 che, pur prevedendo l'obbligo del possesso da parte dei soggetti beneficiari degli strumenti in grado di consentire il pagamento tramite carta di debito e il conseguente obbligo di consentirne l'utilizzo agli utenti, non prevedeva alcuna sanzione in caso di mancata installazione del POS ovvero di mancata accettazione della carta di debito. Tale carenza ha determinato, finora, la mancata applicazione dello specifico obbligo vanificando, di fatto, la previsione legislativa.
La Sezione ha premesso di essere perfettamente consapevole che la lotta al riciclaggio ed il contrasto alla evasione ed elusione fiscale non possa prescindere dalla tracciabilità dei flussi finanziari. In tale ottica, l'attuazione della direttiva (UE) 2015/849, del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo internazionale, segna certamente un significativo passo avanti. Inoltre, nonostante le significative modifiche alla vigente disciplina del settore, allineando la normativa nazionale alle più recenti disposizioni introdotte dall'Unione Europea e dalle raccomandazioni GAFI, restano ancora taluni profili meritevoli di essere disciplinati con norme primarie in quanto i danni prodotti dal riciclaggio e dall'evasione, nonostante siano fenomeni ampiamente noti da sempre, richiedono una revisione degli strumenti giuridici disponibili per un più rigoroso contrasto alla crescente diversificazione del mercato criminale. D'altra parte, sebbene si registri una convergenza pressoché totalitaria di tutti i Paesi ad economia avanzata, il fenomeno è ancora lontano se non dall'essere completamente debellato, quanto meno ricondotto entro limiti non pregiudizievoli per lo sviluppo dell'economia legale. Di qui la necessità di procedere all'adeguamento della disciplina interna agli orientamenti degli Organismi sovranazionali per introdurre misure che consentano di migliorare il sistema di prevenzione e contrasto. In tale ottica, "l'approccio basato sul rischio" – di indicazione comunitaria – non rappresenta soltanto una scelta metodologica rimessa esclusivamente alla volontà dei soggetti preposti al ripristino della legalità, bensì lo strumento fondamentale per consentire, attraverso il processo di valutazione, l'adozione di procedure e strumenti in grado di riconoscere e mitigare il rischio stesso.
E' parimenti evidente, però, quantunque le indicazioni comunitarie costituiscano una rilevante e qualificata base comune, che le specificità dei singoli Stati membri nonché di quelli aderenti agli Organismi internazionali (ad esempio, GAFI, OCSE) impongono, a livello di ciascun Paese, la individuazione di misure specifiche che tengano conto dei rischi – variamente diversificati da Paese a Paese - cui sono esposti al fine di adeguarle alle proprie caratteristiche.
Ha peraltro avvertito la Sezione che l'obiettivo di una efficace lotta al riciclaggio,

all’evasione e all’elusione fiscale – da incentivare attraverso la completa perimetrazione del quadro giuridico di riferimento, anche mediante la sua omogeneizzazione – deve, però, necessariamente essere conseguito con l’adozione di provvedimenti rispettosi, sotto l’aspetto formale e sostanziale, dei principi fondamentali dell’ordinamento giuridico.
Ha aggiunto che l’assenza di un’esplicita previsione legislativa di taluni parametri necessari per la individuazione degli elementi essenziali ai fini della individuazione della sanzione da irrogare (natura giuridica, entità, competenza alla sua irrogazione, ecc.) ha indotto il Ministero dello sviluppo economico a prospettare come unico riferimento normativo “assimilabile” al rifiuto di accettazione di pagamenti con carte di debito e carte di credito la condotta considerata dall’art. 693 c.p. e conseguente applicazione, in via estensiva, della sanzione ivi prevista sulle base delle motivazioni innanzi richiamate. Trattasi di uno sforzo certamente apprezzabile nell’ottica di dare attuazione ad una delega finalizzata ad introdurre le auspicate misure di contrasto a comportamenti evasivi ampiamente diffusi ma certamente non condivisibile sul versante strettamente giuridico.
Ai fini della sostenibilità della menzionata scelta, invero, non può prescindersi dalla verifica della sua compatibilità con riferimento, innanzitutto, all’art. 23 Cost., il quale prevede che “nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”.
In merito, nell'intento di precisare gli essenziali elementi per individuare le prestazioni patrimoniali imposte che giustificano la garanzia della riserva di legge prevista dall'art. 23 della Costituzione ed i conseguenziali limiti alla discrezionalità della pubblica amministrazione, la giurisprudenza costituzionale aveva originariamente fatto riferimento solo alla natura autoritativa dell'atto che costituisce la prestazione, in quanto tale emesso indipendentemente dalla volontà del soggetto passivo. Tale orientamento è stato successivamente ampliato per cui la natura di prestazione imposta è stata individuata anche nelle ipotesi in cui la prestazione stessa, pur nascendo da un contratto privatistico volontariamente stipulato dall'utente col titolare del bene o del servizio, e quindi dando luogo ad un rapporto negoziale di diritto privato, si riferisca ad un "servizio che, in considerazione della sua particolare rilevanza, venga riservato alla mano pubblica e l'uso di esso sia da considerare essenziale ai bisogni della vita", sicché "il cittadino è libero di stipulare o non stipulare il contratto, ma questa libertà si riduce alla possibilità di scegliere fra la rinunzia al soddisfacimento di un bisogno essenziale e l'accettazione di condizioni e di obblighi unilateralmente e autoritativamente prefissati" (Corte cost. 10 giugno 1994, n. 236).
In merito alla portata della richiamata noma costituzionale, la Sezione si è detta consapevole che la giurisprudenza della Corte costituzionale ha fornito una interpreta-

zione della nozione di “prestazione patrimoniale imposta” in senso estensivo prevedendo che il carattere della riserva di legge è rispettato anche in assenza di una espressa indicazione legislativa dei criteri, dei limiti e controlli sufficienti a delimitare l’ambito di discrezionalità dell’amministrazione, purché gli stessi siano desumibili in qualche modo quali, ad esempio, destinazione della prestazione, carattere del sistema procedimentale, funzionamento dell’autorità competente, ecc. Ed invero, ai fini dell'individuazione delle “prestazioni patrimoniali imposte” non costituiscono elementi determinanti, ma secondari e supplementari, le formali qualificazioni delle prestazioni, la fonte negoziale o meno dell'atto costitutivo, il dato empirico dell'inserimento di obbligazioni *ex lege* in contratti privatistici, nonché la maggiore o minore valenza sinallagmatica delle rispettive prestazioni.
Ai predetti fini va, invece, riconosciuto un peso decisivo agli aspetti pubblicistici dell'intervento delle autorità, ed in particolare alla disciplina della destinazione e dell'uso di beni o servizi, per i quali si verifica che, in considerazione della loro natura giuridica, della situazione di monopolio pubblico o della essenzialità di alcuni bisogni di vita soddisfatti da quei beni o servizi, la determinazione della prestazione sia unilateralmente imposta con atti formali autoritativi che, incidendo sostanzialmente sulla sfera dell'autonomia privata, giustificano la previsione di una riserva di legge.
Tuttavia, se è incontestabile che la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. abbia carattere relativo, nel senso che lascia all'autorità amministrativa consistenti margini di regolazione delle fattispecie, va rilevato tale circostanza "non relega la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad un prescrizione normativa in bianco, genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini" (Corte cost. 7 aprile 2011, n. 115).
Inoltre, per orientamento consolidato della Corte costituzionale (26 gennaio 1957, n. 4), l'espressione "in base alla legge", contenuta nell'art. 23 Cost., si deve interpretare "in relazione col fine della protezione della libertà e della proprietà individuale, a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale"; questo principio "implica che la legge che attribuisce ad un ente il potere di imporre una prestazione non lasci all'arbitrio dell'ente impositore la determinazione della prestazione".
Lo stesso orientamento è stato ribadito in tempi recenti allorquando la Corte (26 ottobre 2007, n. 350)ha affermato che, per rispettare la riserva relativa di cui all'art. 23 Cost., è quanto meno necessaria la preventiva determinazione di "sufficienti criteri direttivi di base e linee generali di disciplina della discrezionalità amministrativa" richiedendo, in particolare, che "la concreta entità della prestazione imposta sia

desumibile chiaramente dagli interventi legislativi che riguardano l'attività dell'amministrazione". È necessario ancora precisare che la formula utilizzata dall'art. 23 Cost. unifica nella previsione i due tipi di prestazioni "imposte"» e «conserva a ciascuna di esse la sua autonomia», estendendosi naturalmente agli «obblighi coattivi di fare». Si deve aggiungere che l'imposizione coattiva di obblighi di non fare rientra ugualmente nel concetto di "prestazione", in quanto, imponendo l'omissione di un comportamento altrimenti riconducibile alla sfera del legalmente lecito, è anch'essa restrittiva della libertà dei cittadini, suscettibile di essere incisa solo dalle determinazioni di un atto legislativo, direttamente o indirettamente riconducibile al Parlamento, espressivo della sovranità popolare (Corte cost. 7 aprile 2011, n. 115).
Il principio di legalità è ribadito anche dall'art. 1, l. 24 novembre 1981, n. 689 secondo cui "nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione. Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati". Ha ricordato il parere che la giurisprudenza, anche amministrativa, ha avuto modo più volte di precisare che allorché, con la l. n. 689 del 1981, il legislatore ha dettato una disciplina unitaria per tutte le sanzioni amministrative, mutuando la maggior parte delle norme generali dai principi generali del diritto penale, ha sancito il principio di legalità, secondo il quale nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione, ancorché abbia considerato un solo aspetto della irretroattività e cioè quello della norma incriminatrice che sia entrata in vigore successivamente alla commissione dell'illecito.
Fatta questa premessa, ad avviso della Sezione l'art. 15, comma 5, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 non è rispettoso del principio costituzionale della riserva di legge in quanto carente di qualsiasi criterio direttivo, sostanziale e procedurale. L'art. 15, comma 4, d.l. n. 179 del 2012 indubbiamente enuncia, in modo chiaro, la condotta antigiuridica dei soggetti che effettuano l'attività di vendita di prodotti e di prestazioni, anche professionali, consistente nell'obbligo di accettare, a saldo del rapporto giuridico, la moneta elettronica. Parimenti, il successivo comma 5, enuncia chiaramente i contenuti della delega (determinazione delle modalità, dei termini e dell'importo delle sanzioni). La Sezione, tuttavia, ritiene che la specificazione di tali elementi non sia sufficiente a soddisfare il vincolo costituzionale in materia di riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., ancorché di carattere pacificamente relativo. Tale caratteristica, invero, esige che la legge debba prevedere (soltanto) gli elementi essenziali della fattispecie che concorrono ad identificare la prestazione demandando, per contro, alle norme regolamentari la individuazione degli elementi non essenziali o secondari, fermo restando la specificazione di criteri e principi direttivi atti a orien-

tare, delimitare e controllare in modo adeguato le determinazioni discrezionali adottabili in sede di completamento della disciplina.
La Sezione ha quindi ritenuto che nel caso specifico, da un lato, la determinazione dell'entità della sanzione costituisca un elemento essenziale della fattispecie non integrabile su base regolamentare (non essendo sufficiente indicare il solo carattere amministrativo della sanzione); dall'altro, difettano anche i menzionati criteri e principi direttivi cui deve attenersi il potere esecutivo in sede di completamento della disciplina.
Il lodevole tentativo di dare attuazione alla delega facendo riferimento alla sanzione di cui all'art. 693 c.p. (prescindendo dall'asserita equiparazione della moneta elettronica a quella legale, in assenza di una previsione legislativa in tal senso) non può essere condiviso in quanto tale disposizione, ancorché depenalizzata, tutela un differente interesse. Invero, l'obbligo di accettare il pagamento con carte di debito e carte di credito non è finalizzato alla tutela della moneta legale bensì alla tracciabilità dei flussi finanziari connessi all'effettuazione di cessioni di beni e prestazioni di servizio quale misura di contrasto all'evasione e al riciclaggio, e tale obbiettivo il Legislatore ha inteso perseguire introducendo una legittima regolazione dei meccanismi del libero mercato che è del tutto avulsa dalla surrettizia introduzione di un nuovo tipo di moneta. Tali finalità impongono comunque la individuazione di una sanzione quale conseguenza di inadempimento di un obbligo legittimamente imposto ai soggetti che effettuano l'attività di vendita di prodotti e di prestazioni di servizi, obbligo, che, si ripete per chiarezza, ha attinenza alla regolazione del mercato e non della moneta.
La Sezione ha quindi ritenuto che la sanzione eventualmente applicabile in caso di violazione dell'obbligo di cui all'art. 15, comma 4, d.l. n. 189 del 2012 debba essere ricercata all'interno dell'ordinamento giuridico che disciplina le attività commerciali e professionali. In altri termini, nel caso in esame potrebbe trovare applicazione una già esistente norma di chiusura, prevista dal vigente quadro giuridico di riferimento, che sanzioni un inadempimento di carattere residuale. Che contempli, cioè, qualsiasi altra violazione di adempimenti legittimamente imposti nell'esercizio della arte, commercio o professione.

1.7. Utilizzo dei sacchetti di plastica monouso in caso di acquisto di frutta e verdura.

Sulla possibilità di utilizzare, per l'acquisto di frutta e verdura, i sacchetti di plastica monouso, acquisitati fuori l'esercizio commerciale che ha venduto tali prodotti, la Commissione speciale, con parere n. 859 del 29 marzo 2018, ha affermato che, fermo restando il primario interesse alla tutela della sicurezza ed igiene degli alimenti, è possibile per i consumatori utilizzare nei soli reparti di vendita a libero servizio

(frutta e verdura) sacchetti monouso nuovi dagli stessi acquistati al di fuori degli esercizi commerciali, conformi alla normativa sui materiali a contatto con gli alimenti, senza che gli operatori del settore alimentare possano impedire tale facoltà né l'utilizzo di contenitori alternativi alle buste in plastica, comunque idonei a contenere alimenti quale frutta e verdura, autonomamente reperiti dal consumatore; non può inoltre escludersi, alla luce della normativa vigente, che per talune tipologie di prodotto uno specifico contenitore non sia neppure necessario.
La Commissione ha preliminarmente chiarito che la disciplina contenuta nell'art. 226 ter, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, introdotto dall'art. 9 *bis*, d.l. 20 giugno 2017, n. 91, convertito nella l. 3 agosto 2017, n. 123, è finalizzata alla riduzione dell'utilizzo di borse di plastica in materiale leggero, allo scopo di attuare la direttiva (UE) 2015/720.
Detta norma ha, tra l'altro, disposto che "le borse di plastica in materiale ultraleggero non possono essere distribuite a titolo gratuito e a tal fine il prezzo di vendita per singola unità deve risultare dallo scontrino o fattura d'acquisto delle merci o dei prodotti imballati per il loro tramite.
Il parere è stato resto su richiesta del ministero della salute, che aveva posto i quesiti: a) se sia possibile per i consumatori utilizzare nei soli reparti di vendita a libero servizio (frutta e verdura) sacchetti monouso nuovi dagli stessi acquistati al di fuori degli esercizi commerciali, conformi alla normativa sui materiali a contatto con gli alimenti; b) in caso di risposta positiva, se gli operatori del settore alimentare siano obbligati e a quali condizioni a consentirne l'uso nei propri esercizi commerciali.
Ha ricordato la Commissione che la risposta a detti quesiti deve essere rispettosa dello scopo che il legislatore si è prefisso, attraverso l'introduzione della misura che prevede la necessaria onerosità delle borse di plastica in materiale ultraleggero; deve inoltre essere coerente con lo strumento che il legislatore ha voluto utilizzare per il raggiungimento di tale scopo, tenendo altresì conto delle implicazioni in tema di sicurezza dei prodotti e della connessa imprescindibile responsabilità dell'esercizio commerciale.
Ha quindi affermato, in risposta ai quesiti, che il legislatore ha elevato le borse in plastica ultraleggere utilizzate per la frutta e verdura all'interno degli esercizi commerciali a prodotto che "deve" essere compravenduto. In questa ottica, la borsa, per legge, è un bene avente un valore autonomo ed indipendente da quello della merce che è destinata a contenere.
Partendo da tale assunto, ha concluso nel senso che l'utilizzo e la circolazione delle borse in questione – in quanto beni autonomamente commerciabili – non possono essere sottratte alla logica del mercato. Per tale ragione, non sembra consentito escludere la facoltà del loro acquisto all'esterno dell'esercizio commerciale nel quale sa-

ranno poi utilizzate, in quanto, per l'appunto, considerate di per sé un prodotto autonomamente acquistabile, avente un valore indipendente da quello delle merci che sono destinate a contenere. In questa prospettiva, è dunque coerente con lo strumento scelto dal legislatore la possibilità per i consumatori di utilizzare sacchetti dagli stessi reperiti al di fuori degli esercizi commerciali nei quali sono destinati ad essere utilizzati.
A tale conclusione si giunge anche ponendo l'attenzione sul fatto che la necessaria onerosità della busta in plastica, quanto meno indirettamente, vuole anche incentivare l'utilizzo di materiali alternativi alla plastica, meno inquinanti, quale in primo luogo la carta. Ne deriva, che deve certamente ammettersi la possibilità di utilizzare – in luogo delle borse ultraleggere messe a disposizioni, a pagamento, nell'esercizio commerciale – contenitori alternativi alle buste in plastica, comunque idonei a contenere alimenti quale frutta e verdura, autonomamente reperiti dal consumatore; non potendosi inoltre escludere, alla luce della normativa vigente, che per talune tipologie di prodotto uno specifico contenitore non sia neppure necessario.
Peraltro, in considerazione dell'imprescindibile rispetto della normativa in tema di igiene e sicurezza alimentare, ciascun esercizio commerciale sarà tenuto, secondo le modalità dallo stesso ritenute più appropriate, alla verifica dell'idoneità e della conformità a legge dei sacchetti utilizzati dal consumatore, siano essi messi a disposizione dell'esercizio commerciale stesso, siano essi introdotti nei locali autonomamente dal consumatore. In quanto soggetto che deve garantire l'integrità dei prodotti ceduti dallo stesso, può vietare l'utilizzo di contenitori autonomamente reperiti dal consumatore solo se non conformi alla normativa di volta in volta applicabile per ciascuna tipologia di merce, o comunque in concreto non idonei a venire in contatto con gli alimenti.

2. Pubblica amministrazione.

2.1. Trasferimento al Ministero delle politiche agricole, alimentari, forestali e del turismo delle competenze in materia di turismo.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere 28 dicembre 2018, n. 2957 sullo schema di decreto di riorganizzazione del Ministero delle politiche agricole, alimentari, forestali e del turismo. Il decreto è intervenuto sulla struttura organizzativa ministeriale ad oggi disciplinata dal regolamento contenuto nel d.P.C.M. 27 febbraio 2013, n. 105, come modificato dal d.P.C.M. 17 luglio 2017, n. 143, nel presupposto di quanto stabilito dall'art. 1, comma 1, d.l. 12 luglio 2018, n. 86, che ha trasferito al Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali "le funzioni esercitate dal Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo in materia di turismo".

E’ stata prevista l’introduzione nella struttura organizzativa del Ministero delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo di un’articolazione di livello dipartimentale, in conformità al disposto dell’art. 1, comma 2, d.l. n. 86 del 2018, che ha disposto l’istituzione del Dipartimento del turismo. Tale comma ha stabilito la soppressione della Direzione generale turismo del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo a decorrere dal 1° gennaio 2019 e il trasferimento dei relativi posti funzione di un dirigente di livello generale e di due dirigenti di livello non generale al Dipartimento del turismo, da istituire presso il Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali.
Ha peraltro chiarito la Sezione che le competenze conferite al Dipartimento del turismo devono essere valutate alla luce dell’art. 1, comma 1, primo periodo, d.l. n. 86 del 2018, che prevede che “al Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali sono trasferite le funzioni esercitate dal Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo in materia di turismo”.
Il Legislatore ha con chiarezza inteso riferirsi alle competenze proprie e specifiche in materia di turismo così come descritte e definite più volte dalla giurisprudenza costituzionale, tenuto conto della competenza legislativa residuale delle regioni nella stessa materia. La materia del turismo è stata più volte considerata dalla Corte costituzionale (sent. n. 214 del 2006; sent. n. 76 del 2009) come materia complessa e caratterizzata da un intreccio di interessi, e quindi di funzioni. E’ stato quindi affermato che, non ostante la riforma del titolo V della Costituzione, per numerosi e rilevanti profili della disciplina del turismo, il riferimento alla legislazione e alla attività amministrativa statale appare tuttora preponderante nella materia turismo globalmente considerata. Vista l’importanza del settore turistico per l'economia nazionale, la Corte ha rilevato nelle sentenze citate che è doverosa un'attività promozionale unitaria che contrasti la frammentazione dell'offerta turistica italiana e che per ciò solo si giustifica una chiamata in sussidiarietà orizzontale dello Stato nei confronti della competenza residuale delle regioni.
Questa posizione chiara della Corte è determinante per l’inquadramento della materia “turismo”, e per tale motivo è qui richiamata, perché indica con certezza che il presupposto indefettibile su cui si fonda la materia “turismo” è il passaggio da una visione tradizionale come fenomeno socioeconomico legato, fondamentalmente, allo svago, al benessere psico-fisico ed all’arricchimento culturale dell’individuo, ad una visione aperta alle potenzialità a fini sociali.
L’attività turistica cessa di essere una mera promozione di bellezze e godimento spirituale o materiale, per abbracciare una visione olistica del sistema Paese. Essa, quindi, diviene uno degli snodi centrali sia dell’economia nazionale sia dello stato sociale latamente inteso, avendo infatti a riferimento, sul primo versante, una dimensione “passiva” (relativa all’offerta di beni e servizi “turistici”) che crea comunque

ricchezza economica, e sul secondo versante una dimensione "attiva" (relativa all'attività del turista), che si riconnettono entrambe a finalità, interessi diffusi e diritti condivisi dall'intera collettività, e dunque a molteplici interessi pubblici e privati. Da questa complessità e rilevanza "trasversale" degli interessi pubblici e privati "turistici" la Corte costituzionale fa derivare la perduranza di competenze centralizzate cui si è accennato, che giustificano pienamente l'organizzazione ministeriale del turismo, la quale, però, deve essere connotata da caratteristiche anche organizzative conseguenti.
Dal quadro sommariamente ed esemplificatamene delineato si evince, quindi, che il turismo non può essere riguardato come funzione ancillare di altre funzioni statali, siano esse quelle riguardanti i beni culturali siano quelle riguardanti l'agricoltura, l'alimentazione e le foreste, ma semmai come legante di un coordinamento complesso tra tutte le forme di presentazione e di produzione del territorio italiano nella loro potenzialità di fruizione turistica. La materia del turismo è quindi di speciale complessità, il che, se ha giustificato, sino a tempi recenti, il suo incardinamento nella Presidenza del Consiglio poi superato dal Legislatore, non cessa di costituire l'ago della bussola anche dopo il trasferimento nella competenza, amministrativa, di un singolo ministero. Si è quindi dell'avviso che il Legislatore abbia deciso il trasferimento di tali funzioni al Ministero delle politiche agricole necessariamente nella sua totalità ed in maniera escludente, non suscettibile cioè di contaminazioni spurie, quale funzione non solo autonoma ma soprattutto trasversale, coinvolgente anche i settori produttivi e sociali estranei alle competenze del Ministero *ad quem*, il quale funge, sostanzialmente, da semplice "contenitore".
Viceversa, nello schema di decreto sottoposto all'esame del Consiglio di Stato, al neo Dipartimento sono attribuite anche e diverse funzioni di amministrazione attiva che, in quanto tali, non rientrano nella materia "turismo" trasferita dal d.l. n. 86 del 2018, e che dunque sembrano ridondanti e fuorvianti.

2.2. Forze di polizia.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere (18 settembre 2018, n. 2213) favorevole con osservazioni Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al d.lgs. 29 maggio 2017, n. 95, concernente "Disposizioni in materia di revisione dei ruoli delle forze di polizia".
La base normativa dell'intervento è costituito dall'art. 8, comma 6, l. 7 agosto 2015, n. 124 (legge Madia di riforma della Pubblica amministrazione), il quale stabilisce che il Governo può adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del citato d.lgs. n. 95 del 2017, nel rispetto dei princìpi e criteri di delega, nonché della procedura di cui al medesimo art. 8, uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive.

Lo schema di decreto legislativo sottoposto all'esame del Consiglio di Stato si inserisce nel processo del necessario completamento della riorganizzazione della Polizia di Stato, dell'Arma dei Carabinieri, del Corpo della Guardia di Finanza e del Corpo di Polizia Penitenziaria.
Circa l'ambito e il ruolo dei provvedimenti normativi correttivi di un decreto legislativo, la Sezione ha chiarito che l'adozione del correttivo deve, in primo luogo, servire ad apportare tutte quelle modifiche necessarie per un miglior funzionamento, in sede applicativa, delle norme originariamente introdotte.
Occorre allora considerare le potenzialità (e i limiti) di tale strumento nella logica complessiva della legge delega e di quella generale del "modello" dei decreti legislativi correttivi, una figura non prevista dall'art. 76 Cost., ma ormai consolidata nella più recente prassi costituzionale. Sotto un primo profilo, non può che confermarsi il principio (Cons. St., comm. spec., 8 marzo 2017, n. 638), secondo cui il mancato recepimento di una parte della delega entro il termine di scadenza consuma definitivamente il relativo potere, e tale mancato esercizio non può essere recuperato in sede di adozione di decreti correttivi. Tramite questi ultimi sono consentite, appunto, "integrazioni e correzioni" (anche rilevanti), a seguito di un periodo di "sperimentazione applicativa" riguardanti le parti di delega già esercitate, ma non un esercizio tardivo, per la prima volta, della delega.
Inoltre, lo strumento del correttivo non può nemmeno costituire una sorta di "nuova riforma", pur rispettosa della delega originaria, che modifichi le scelte operate in sede di prima esercizio della delega, attuando un'opzione di intervento radicalmente diversa da quella del decreto legislativo oggetto di correzione (Corte cost. 26 giugno 2001, n. 206; Cons. St., A.G., 6 giugno 2007, n.1).
Ciò detto in merito a "limiti" dei decreti correttivi, è necessario, per converso, evidenziarne anche le potenzialità e le utilità. Esse sono intrinsecamente connesse - e per questo sono ancora più importanti - alla "fase cruciale dell'attuazione" di ogni riforma, come il Consiglio di Stato ha avuto modo di definirla in molteplici occasioni (Cons. St., comm. spec., 4 ottobre 2017, n. 2263). Dal momento che una riforma è tale solo quando raggiunge un'effettiva attuazione, che sia percepita dai cittadini e imprese e rilevata dai dati statistici, appare fondamentale procedere ad una verifica delle disfunzioni - giuridiche, amministrative o anche semplicemente pratiche - del testo originario. Invero, se è quasi inevitabile che ogni riforma presenti, almeno in una fase iniziale, difficoltà attuative, criticità o lacune, le stesse possono essere eliminate e l'impianto normativo può essere migliorato con una fase di progressivo adattamento: questo il ruolo essenziale demandato ai decreti "integrativi e correttivi".
Con tali decreti infatti, si può (e si deve) intervenire, da un lato, per garantire la "qualità formale" del testo, con l'eliminazione di eventuali refusi, difetti di coordi-

namento, errori tecnici, illogicità e contraddizioni, dall'altro - e forse soprattutto - per apportare le correzioni e integrazioni che l'applicazione pratica renda opportune, se non indispensabili, per il buon funzionamento della riforma. Tali misure non sono "aggiuntive" rispetto alla riforma medesima, ma fanno parte integrante della stessa, e possono determinarne il successo in misura rilevante.
Può dunque affermarsi che, così come il "modello" della legislazione delegata disegnata dall'art. 76 Cost. ed attuato nella prassi costituzionale costituisce, potenzialmente, uno degli strumenti di intervento più efficaci per costruire una riforma organica, così il "modello" del decreto legislativo integrativo e correttivo costituisce uno strumento fondamentale, altrettanto importante, per assicurarne la realizzazione in concreto. Tra gli altri, costituisce specifico obiettivo del parere del Consiglio di Stato sui decreti legislativi, che è esteso anche al merito sotto il profilo amministrativo e della corretta e buona legislazione, proprio la verifica del rispetto dei limiti interni ai decreti correttivi sopra indicati. Tale verifica, quindi, tiene conto non solo dell'aspetto formale delle "nuove" disposizioni introdotte, ma soprattutto dell'effetto utile da esse raggiunto in correlazione, coordinamento e sinergia con l'impianto ormai consolidato del decreto base e delle relative norme.

2.3. Corpo nazionale dei vigili del fuoco.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere (19 settembre 2018, n. 2221), favorevole con osservazioni, sulle modifiche e integrazioni al decreto concernente le funzioni e i compiti del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, approvato con d.lgs. 29 maggio 2017, n. 97.
Tra i punti sui quali la Sezione si è soffermata vi è l'istituzione del nuovo ruolo dei direttivi aggiunti con funzioni operative, collocati in posizione di subordinazione funzionale nei confronti del personale dei ruoli dei direttivi e dei dirigenti che espletano funzioni operative.
L'istituzione del nuovo ruolo ha un duplice scopo: a) implementare la funzionalità delle strutture operative con personale di livello professionale qualificato in possesso di laurea; b) consentire, in modo sistematico, anche una progressione di carriera al personale appartenente al ruolo degli ispettori antincendi (fermo restando peraltro il requisito della laurea in ingegneria o architettura, espressamente richiesto, come riferito dall'autorità redigente in sede di audizione, dal Dipartimento della funzione pubblica).
La Sezione - pur nel rispetto delle opzioni di discrezionalità amministrativa e di politica del personale alla base della istituzione di questo nuovo ruolo, e dunque non manifestando nel presente parere contrarietà condizionante – ha osservato che l'innovazione appare nel disegno complessivo dei ruoli del Corpo, se non superflua e ridondante, quantomeno non strettamente necessaria ai fini operativo-istituzionali.

Ha quindi suggerito all'Amministrazione di valutare le complicazioni e complicanze patologiche giuridico amministrative della innovazione, foriere di contenzioso, che sembrano sconsigliare di procedere su questa strada, peraltro non battuta nel decreto legislativo da correggere, e come tale produttiva di fondati dubbi di eccesso di delega per esercizio tardivo della stessa.

2.4. Conferenza di servizi.

La Commissione speciale ha reso parere 27 aprile 2018, n. 1127 sulle modalità di applicazione dell'art. 14 *ter*, comma 4, l. 7 agosto 1990, n. 241, così come sostituito dall'art. 1, comma 1, d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127, in merito al rappresentante unico delle amministrazioni statali in seno alla conferenza di servizi simultanea.

Ha ricordato la Commissione che una delle novità più importanti della recente (ennesima) riforma dell'istituto della conferenza dei servizi è certamente quella che consente all'Amministrazione procedente (per alcuni "il decisore"), in caso di conferenza decisoria in forma simultanea ed in modalità sincrona (che trova luogo, si ricorda, quando la particolare complessità della determinazione da assumere rende inadeguata la conferenza in forma semplificata con modalità asincrona, di cui all'art. 14 *bis*), ove alla conferenza partecipino anche amministrazioni non statali, di raffrontarsi, quando ha a che fare con lo Stato, con un unico rappresentante delle Amministrazioni statali, sia a livello centrale, sia a livello periferico (in quest'ultimo caso il soggetto è indicato dal Prefetto).

La possibilità di interfacciarsi con un unico interlocutore per l'insieme degli interessi pubblici di matrice statale costituisce, indubbiamente, una assai importante novità, sia sotto l'aspetto della funzionalità dell'istituto, sia non da ultimo sotto l'aspetto dell'immagine stessa che lo Stato dà di sé, atteso che la presenza di più Amministrazioni riconducibili alla stessa persona giuridica pubblica Stato che si trovino a rappresentare in maniera contraddittoria l'interesse pubblico dello Stato stesso appare ipotesi (non lontana dal vero, purtroppo) del tutto contrastante con il più basilare canone costituzionale del buon andamento dell'Amministrazione pubblica. La previsione, pertanto, dell'unico rappresentante dell'interesse statale che, auspicabilmente, prima di recarsi in conferenza faccia efficace sintesi degli interessi dello Stato, rappresenta senza dubbio uno strumento significativo di semplificazione e soprattutto di concentrazione, nonché, per certi versi, di diversificazione tra la valutazione complessiva dell'interesse pubblico che fa lo Stato rispetto a quella propria degli altri enti pubblici. E il fatto che le singole amministrazioni statali possano comunque, secondo legge, intervenire ai lavori della conferenza in funzione di supporto non deve costituire mezzo di intralcio *ex post* dell'azione amministrativa semplificata e della rappresentanza "concentrata", anche se rimane non del tutto risolta, nel nuovo testo, la questione della valutazione della posizione statale in termini di giu-

dizio di prevalenza, atteso che appare incongruo che non si possa tener conto che il rappresentante unico dello Stato, che si rende portatore di molteplici interessi pubblici la cui cura è intestata a diverse Amministrazioni, debba poter spendere in seno di conferenza un "peso" proporzionato ai molteplici interessi rappresentati.
Quanto esposto, valido per l'amministrazione statale, trova applicazione anche per la normativa e l'azione amministrativa di competenza di Regioni ed enti locali, in senso conforme all'art. 117 Cost..
Deve, infatti, rilevarsi che, ai sensi dell'art. 14 *ter*, comma 5, "Ciascuna regione e ciascun ente locale definisce autonomamente le modalità di designazione del rappresentante unico di tutte le amministrazioni riconducibili alla stessa regione o allo stesso ente locale nonché l'eventuale partecipazione delle suddette amministrazioni ai lavori della conferenza".
Ha chiarito la Commissione speciale che sul ruolo dell'amministrazione procedente all'interno della conferenza, le norme sono chiare nel distinguere, da un lato, gli "atti di assenso" che la conferenza stessa è funzionale ad acquisire, dall'altro la "determinazione motivata di conclusione" adottata all'esito.
In tal senso, lo stesso art. 14, l. n. 241, al comma 2, richiede di indire la conferenza decisoria quando "la conclusione positiva del procedimento è subordinata all'acquisizione di più pareri, intese, concerti, nulla osta o altri atti di assenso, comunque denominati": in tal modo, conformemente anche alla comune logica, si configura l'esito della conferenza come un momento successivo alla acquisizione degli atti di assenso, i quali assumono valore preparatorio. Nello stesso senso, invero, anche l'art. 14 *ter*, comma 7, per cui la "determinazione conclusiva" della conferenza si adotta "all'esito dell'ultima riunione … sulla base delle posizioni prevalenti espresse dalle amministrazioni partecipanti": è evidente allora che la posizione giuridicamente rilevante dell'amministrazione procedente (in funzione di "decisore") non è una delle molte che si mettono a confronto nel dibattito, ma l'esito del dibattito stesso. Ciò, ovviamente, non sembra impedire che la stessa amministrazione procedente, nel dipanarsi dialettico della conferenza, possa avere una propria posizione sull'oggetto della conferenza stessa; posizione che però può avere rilievo soltanto dialettico, e non giuridico, destinata come è ad essere assorbita, comunque, dalla determinazione finale.
Ciò chiarito la Commissione speciale non può che propendere, allo stato attuale, per la soluzione che tiene ancora ben distinti i ruoli del rappresentante unico delle amministrazioni statali e dell'amministrazione statale procedente, anche quando quest'ultima è chiamata ad esprimere, altresì, atti di assenso, pena, altrimenti, uno sdoppiamento delle funzioni in capo allo stesso soggetto difficilmente comprensibile.
Non si esclude però che si possa giungere a configurare un rappresentante unico

completamente coincidente anche con l'Amministrazione procedente, mancando tra l'altro una norma che espressamente lo vieti. Anzi è il sistema che, nell'ottica della totale semplificazione e velocizzazione dei procedimenti, che può portare a tale risultato, con il rappresentante unico chiamato, in base alle scelte procedurali del legislatore, a rappresentare lo Stato-apparato nel suo complesso (non di certo lo Stato-comunità).
In termini più generali, la Commissione speciale ha osservato che la possibilità di riunione nella stessa persona fisica delle funzioni di autorità procedente, ovvero di responsabile unico di procedimento, e di quelle di rappresentante unico delle amministrazioni statali non va esclusa anche nel caso, non strettamente considerato dal quesito, in cui l'amministrazione statale procedente e quelle chiamate ad esprimere un atto di assenso siano diverse.
Per quanto riguarda la possibilità che il rappresentante unico dello Stato, dopo aver reso il proprio parere, lo modifichi, la Commissione speciale ha chiarito che la posizione del rappresentante unico che giuridicamente rileva è quella che risulta dal verbale conclusivo della conferenza, e sulla base della quale si forma la determinazione finale. Non è, invece, giuridicamente rilevante il modo in cui il rappresentante è giunto a formularla, ovvero se egli l'abbia espressa una volta per tutte ovvero l'abbia elaborata nel corso della discussione, per successive puntualizzazioni o per modifica di una diversa posizione inizialmente manifestata.
All'interrogativo se il rappresentante unico possa, sino a chiusura della conferenza, rivedere la propria posizione la Commissione speciale ha dato risposta affermativa.
Ha chiarito che il "rappresentante" unico non sarebbe tale se non dovesse in qualche modo prendere conoscenza del punto di vista delle amministrazioni che rappresenta e farsene portavoce nel corso della conferenza, pur non costituendo un mero *nuncius* delle medesime. Ne consegue che, pur nel silenzio della norma, il rappresentante stesso deve ritenersi tenuto a sentire, in sede preparatoria e non necessariamente con i crismi della formalità, le amministrazioni in questione prima che la conferenza si svolga, anche al fine di stabilire i margini operativi del suo agire, che deve essere necessariamente connotato da un minimo di flessibilità.
È, però, del tutto possibile che si verifichi che nel corso della conferenza stessa altre amministrazioni presenti rendano noti elementi nuovi, che rendono necessaria una valutazione ulteriore. In tal caso, il rappresentante dovrà, eventualmente richiedendo a tal fine un breve rinvio della discussione, comunicare quanto emerso alle amministrazioni interessate, consultandole velocemente, e tener conto dei rilievi ulteriori che esse dovessero formulare. In questo caso, però, non si avrebbe un "nuovo parere", come ritiene l'Ufficio, ma semplicemente una modalità ulteriore di giungere all'unico atto di assenso rilevante, ovvero quello che risulta dal verbale conclusivo della conferenza, che in ipotesi si chiuderebbe solo dopo aver dato al rappresentante

unico la possibilità di consultarsi ulteriormente con le amministrazioni rappresentate. Ha infine chiarito la Commissione speciale che nel caso in cui queste modalità non fossero rispettate, ovvero nel caso in cui il rappresentante unico si esprimesse nella conferenza senza alcun previo raccordo con le amministrazioni rappresentate, fatta salva la eventuale responsabilità personale, amministrativa o disciplinare, del rappresentante stesso, non si addiverrebbe per ciò solo all'invalidità della determinazione conclusiva della conferenza. Costituisce, infatti, principio generale dell'ordinamento che, in mancanza di norme specifiche, nella fattispecie non sussistenti, i rapporti interni fra rappresentato e rappresentante siano inopponibili a chi entra in relazione giuridica con questi.

3. Autorità nazionale anticorruzione.

La Commissione speciale ha reso il parere (31 maggio 2018, n. 4135) sul Regolamento di definizione della disciplina della partecipazione a procedimenti di regolazione Anac e di una metodologia di acquisizione e analisi dati rilevanti per l'analisi d'impatto della regolazione (AIR) e la verifica di impatto della regolazione (VIR).

L'intervento dell'Autorità, che sostituisce il precedente Regolamento 24 ottobre 2013, trova il suo fondamento normativo nell'art. 12, l. 29 luglio 2003, n. 229, nonché nell'art. 213, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il quale ultimo stabilisce che "l'Anac, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla l. n. 11 del 2016".

La Commissione speciale ha affermato che in considerazione delle nuove competenze attribuite all'Autorità dal d.lgs. n. 50 del 2016 e, in particolare, del ruolo ricoperto dalla stessa nell'ambito del nuovo sistema di attuazione delle disposizioni codicistiche demandato anche a strumenti di cd. *soft law*, è condivisibile l'opportunità, espressa dalla Autorità, di aggiornare le procedure relative alla partecipazione ai procedimenti di adozione degli atti di regolazione dell'Autorità e alla conduzione delle analisi di impatto della regolazione e di verifica di impatto della regolazione, predisponendo un nuovo Regolamento nel quale è riconoscibile il modello ispiratore di cui al d.P.C.M. 15 settembre 2017, n. 169, recante "Disciplina sull'analisi dell'impatto della regolazione, la verifica dell'impatto della regolazione e la consultazione".

4. Sanità.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso parere favorevole (5 febbraio 2018, n.

300) sullo schema di regolamento in materia di assistenza sanitaria transfrontaliera soggetta ad autorizzazione preventiva.
Lo schema di decreto dà attuazione all'art. 9, comma 8, d.lgs. 4 marzo 2014, n. 38, nel quale si prevede che "con decreto del Ministro della salute, adottato ai sensi dell'art. 17, comma 3, l. 23 agosto 1988, n. 400, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, sono individuate le prestazioni sottoposte ad autorizzazione preventiva, ai sensi del comma 2, lettera a) e le modalità per l'aggiornamento delle stesse".
Il d.lgs. n. 38 del 2014 concerne in particolare l'attuazione della direttiva 2011/24/UE sui diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera e stabilisce all'art. 8 il principio generale del rimborso dei costi sostenuti da una persona assicurata in Italia che si è avvalsa dell'assistenza sanitaria transfrontaliera per le prestazioni rientranti nei Livelli Essenziali di Assistenza, nonché che esse "godono degli stessi diritti di cui avrebbero beneficiato se avessero ricevuto tale assistenza in una situazione analoga nel territorio nazionale". Il successivo art. 9, al comma 2, lett. a), prevede che il rimborso dei costi dell'assistenza sanitaria transfrontaliera è sottoposto ad autorizzazione preventiva da parte della ASL territorialmente competente "esclusivamente" (a parte i casi di cui alle successive lett. b) e c), relativi alla sicurezza dei pazienti) se "è soggetta ad esigenze di pianificazione riguardanti l'obiettivo di assicurare, nel territorio nazionale, la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure di elevata qualità o la volontà di garantire il controllo dei costi e di evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane" e, inoltre, "1) comporta il ricovero del paziente in questione per almeno una notte, o 2) richiede l'utilizzo di un infrastruttura sanitaria o di apparecchiature mediche altamente specializzate e costose, comprese quelle utilizzate nella diagnostica strumentale ". L'individuazione puntuale delle prestazioni di cui alla lett. a) costituisce l'oggetto del decreto sottoposto all'esame del Consiglio di Stato.
L'art. 9, comma 8, d.lgs. n. 38 del 2014 fa salva, inoltre, la possibilità per le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano di sottoporre ad autorizzazione preventiva ulteriori prestazioni nel rispetto delle medesime condizioni dettate dal comma 2, lett. a). L'art. 9, comma 6, disciplina infine i casi in cui l'autorizzazione debba comunque essere negata in relazione agli eventuali rischi per la sicurezza del paziente o quando l'assistenza può essere prestata nel territorio nazionale entro un termine "giustificabile dal punto di vista clinico".

5. Farmacie.

La Commissione speciale ha reso il parere (3 gennaio 2018, n. 69) sulla corretta interpretazione delle recenti modifiche normative introdotte con la l. 4 agosto 2017,

n. 124, recante ″Legge annuale per il mercato e la concorrenza″, in ordine alle disposizioni contenute nella legge 8 novembre 1991, n. 362, recante ″Norme di riordino del settore farmaceutico″. Tali quesiti attengono, in particolare, all'applicazione delle disposizioni concernenti, in primo luogo, l'attribuzione della titolarità dell'esercizio di farmacie private anche a società di capitali, di cui all'art. 7, comma 1, l. 8 novembre 1991, n. 362, come sostituito dall'art. 1, comma 157, lett. a), l. 4 agosto 2017, n. 124. Ulteriori dubbi attengono, poi, alle specifiche incompatibilità previste per i casi di partecipazione a società di farmacie, di cui all'art. 7, comma 2, e all'art. 8, comma 1, l. n. 362 del 1991, come modificato dall'art. 1, commi 157 e 160, l. n. 124 del 2017.
I problemi interpretativi espressi nel quesito sottoposto a questa Sezione, in definitiva, derivano dal fatto che la disciplina vigente si limita a dettare molteplici disposizioni, senza tuttavia operare distinzioni in ordine alle diverse tipologie di società di persone o di capitali interessate dall'applicazione delle stesse.
Il primo quesito sottoposto al Consiglio di Stato è se, nel prevedere la titolarità dell'esercizio di una farmacia anche in capo alle società di capitali, il legislatore abbia inteso fare riferimento a tutte le tipologie di società di capitali. Il Ministero della salute sostiene, al riguardo, che, considerato il generico riferimento compiuto dall'art. 7, comma 1, l. n. 362 del 1991, come novellata dalla l. n. 124 del 2017, alle ″società di capitali″, in linea di principio, possa essere titolare dell'esercizio di una farmacia, alternativamente: una società per azioni, una società in accomandita per azioni e una società a responsabilità limitata.
Ad avviso della Commissione speciale l'interpretazione secondo cui la vigente normativa si riferisce, in linea di principio, a tutte le tipologie societarie sembra essere suggerita da un triplice ordine di considerazioni.
Depone in tal senso il generico riferimento compiuto dall'art. 7, comma 1, l. n. 362 del 1991 alle ″società di capitali″, senza pertanto operare alcuna distinzione tra società per azioni, società in accomandita per azioni e società a responsabilità limitata.
Ulteriore argomento favorevole è quello che tiene a mente la già descritta *ratio* della riforma del 2017, la quale, ravvisabile nella rimozione degli ostacoli regolatori all'apertura dei mercati e nella promozione della concorrenza, verrebbe certamente travolta laddove si volesse ingiustificatamente limitare la titolarità della farmacia solo ad alcune tipologie di società di capitali.
La terza considerazione è di carattere sistematico e muove dalla constatazione che le farmacie comunali potevano, già in precedenza, essere costituite sotto forma di società di capitali. La giurisprudenza, peraltro, ha chiarito al riguardo che non vi sono ragioni per limitare la scelta ad un particolare tipo societario.
Il secondo quesito è se i farmacisti risultati vincitori in forma associata al concorso straordinario, possano costituire una società di capitali, ai sensi del novellato art. 7,

l. n. 362 del 1991.
Ha premesso la Sezione che l'art. 11, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni nella l. n. 27 del 2012, è stata introdotta la disciplina del concorso straordinario, per soli titoli, per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche, che, al fine di favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie, ammette anche la partecipazione di più farmacisti che si impegnano alla gestione in forma associata delle stesse. In tal modo il punteggio per il conseguimento della farmacia risulta dal cumulo dei punteggi spettanti singolarmente a ciascun farmacista.
Il particolare meccanismo selettivo, basato come già detto sulla mera comparazione di titoli, così distaccandosi dalle modalità del concorso ordinario basato su una verifica attitudinale dei concorrenti individuali, presenta in questo caso ulteriori profili di eccezionalità, laddove prevede particolari forme "agevolatrici" per l'ammissione, riguardanti l'associazione e la sua peculiare finzione. Tali modalità di partecipazione evidenziano, invero, caratteri di discontinuità rispetto ai principi del concorso, alterando la regola generale del merito individuale.
La volontà del legislatore è stata quindi diretta a favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie, ampliando la platea degli aspiranti. Viene infatti consentita la partecipazione al concorso straordinario anche nella forma della gestione associata, attribuendo il vantaggio di concorrere cumulando i propri titoli con quelli posseduti da altri aspiranti.
Tale possibilità viene, tuttavia, subordinata dal legislatore al rispetto di taluni vincoli, che condizionano il mantenimento della titolarità della sede farmaceutica assegnata. I vincitori del concorso straordinario che hanno partecipato in gestione associata devono infatti garantire che tale forma di gestione permanga per un periodo non inferiore ai tre anni dalla data di autorizzazione all'esercizio della farmacia e che la gestione si svolga tra essi su base paritaria.
Come evidenziato nel quesito, il rispetto di tali condizioni pone, per lo meno apparentemente, dubbi di compatibilità di tale disciplina con l'attuale contesto normativo. La novella del 2017, ammette ora la titolarità di farmacie anche in capo a società di capitali, in quanto tali dotate di personalità giuridica, e consente altresì la partecipazione ad esse anche a non farmacisti. Emergono conseguentemente perplessità sia in merito alla generale ammissibilità della costituzione di società di capitali da parte di vincitori in forma associata prima della scadenza del prescritto periodo triennale, sia in ordine alla specifica tipologia di società che, nella propria forma tipica, potrebbe non garantire la gestione "su base paritaria", sia infine in relazione alla possibilità di partecipazione sociale da parte di non farmacisti o farmacisti non vincitori, che potrebbe inficiare il rispetto della permanenza almeno triennale del vincolo.
Ha affermato la Commissione speciale che una risposta affermativa al quesito potrebbe nella realtà comportare il rischio di elusione delle condizioni normative poste per la gestione associata. Consentire l'ingresso nella costituenda società a qualunque terzo determinerebbe, questa volta in maniera diretta ed immediata, la violazione

della normativa speciale sul concorso straordinario, nella parte in cui consente la partecipazione solo ad alcuni soggetti, escludendone espressamente altri.
La Commissione ha peraltro ritenuto che non può essere ammesso che l'applicazione dell'art. 7, comma 1, l. n. 362 del 1991, laddove riconosce la titolarità di farmacie in capo a società di capitali, si risolva in una sostanziale, seppur implicita, abrogazione della normativa, di carattere speciale, sul concorso straordinario. Ne consegue che, se da un lato, alla luce della riforma del 2017, non possa essere negata la possibilità per i vincitori del concorso straordinario in forma associata di costituire qualunque forma di società, anche di capitali ed anche senza attendere il triennio dall'autorizzazione all'esercizio della farmacia, dall'altro, il rispetto dei requisiti di partecipazione e della condizione del vincolo triennale della gestione paritaria impediscono l'apertura della compagine societaria a capitali esterni.Si deve pertanto concludere per ammettere che i vincitori del concorso straordinario in forma associata possano costituire una società, anche di capitali, ed anche prima della scadenza del triennio, ma che ad essa non possano partecipare, prima della conclusione del vincolo, soggetti diversi da essi, neppure farmacisti non vincitori e non farmacisti.
In conclusione, è possibile rispondere ai quesiti sottoposti nel senso che: a) la forma societaria di cui al novellato articolo 7, comma 1, l. n. 362 del 1991 può riguardare sia farmacie acquisite a seguito di concorso ordinario, sia farmacie acquisite a seguito di concorso straordinario; b) i vincitori di concorso straordinario, che hanno partecipato nella forma della ″gestione associata″, possono costituire anche prima dei tre anni fra loro una società di capitali. Ciò nonostante, ai fini anzidetti, risulta necessario che lo statuto societario presenti idonee disposizioni volte a preservare da meccanismi elusivi la realizzazione della gestione associata su base paritaria vincolata per un tempo non inferiore ai tre anni. Così come risulta preferibile, nella scelta del tipo sociale, optare, tra le varie forme possibili, per la s.p.a. o, ancora meglio, per la s.r.l.; c) nel rispetto delle condizioni espressamente previste dall'art. 11, comma 7, e dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 11, comma 3, d.l. n. 1 del 2012, il vincolo della gestione associata su base paritaria, per un periodo minimo di tre anni, da parte dei farmacisti vincitori del concorso straordinario impedisce che - nel corso del triennio - partecipino alla società da essi costituita soggetti estranei alla gestione associata, tra i quali anche farmacisti non vincitori del concorso straordinario e non farmacisti.

6. Contratti della Pubblica amministrazione.

L'attività consultiva del Consiglio di Stato in relazione al Codice dei contratti pubblici, adottato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, è stata intensa anche nel 2018. Molti sono stati infatti i pareri resi su schedi di decreto ministeriali e Linee guida, o aggiornamento alle stesse, dell'Anac.

6.1. Linee guida Anac disciplinanti le procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria.

La Commissione speciale ha reso il parere (n. 361 del 12 febbraio 2018) sullo schema di nuove Linee guida Anac disciplinanti le procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici. Tali nuove Linee guida si sono rese necessarie a seguito del correttivo al Codice dei contratti.

La Commissione ha premesso che il raggiungimento dell'intento di introdurre ulteriori elementi di semplificazione per le procedure sotto-soglia non può in ogni caso prescindere dalla garanzia della qualità delle prestazioni e dal rispetto dei principii generali ed indefettibili enunciati all'art. 30 dello stesso Codice: in particolare, pubblicità, trasparenza, libera concorrenza, non discriminazione, proporzionalità. Essi non possono non rappresentare il presupposto di ogni intervento regolatorio e di indirizzo in materia di aggiudicazione ed esecuzione di appalti e concessioni pubblici. Ragionando ancora in termini generali, in un mercato sempre più rilevante in termini percentuali come quello del "sotto-soglia" (che conta un numero globale di affidamenti pari a poco più di 5 milioni all'anno), qualsiasi intento di semplificazione non può andare a discapito dei profili della correttezza di tutti i soggetti che in esso operano e della garanzia di procedure leali, anche al fine di combattere efficacemente la corruzione e le frodi (si veda, in proposito, il considerando n. 126 della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio), anche in relazione alla necessità di rispettare, nell'aggiudicazione degli appalti pubblici (anche di valore inferiore rispetto alle c.d. soglie comunitarie), i principii del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e garantire l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici.

La Commissione si è poi soffermata sul principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da interpellare e da invitare a presentare le offerte. Ha affermato che tale criterio trova fondamento nella esigenza di evitare la così detta asimmetria informativa nel libero mercato a causa del consolidamento di rendite di posizione in capo al contraente uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento) nonché in capo all'operatore invitato nella precedente procedura di selezione dalla stazione appaltante senza che risultasse affidatario (per il quale tuttavia il rischio di consolidamento della rendita di posizione è certamente attenuato rispetto alla posizione di vantaggio che caratterizza il gestore uscente), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato. Pertanto, al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo in favore dello stesso operatore economico, che ostacolino l'ingresso delle micro, piccole e medie

imprese e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori economici potenzialmente idonei ad eseguire il contratto, il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente rivesta carattere eccezionale e debba essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento. La regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti ha dunque il fine di riequilibrare e implementare le dinamiche competitive del mercato, in cui il gestore uscente affidatario diretto della concessione di servizi è in una posizione di vantaggio rispetto alle altre concorrenti.
E' peraltro dirimente rilevare che l'art. 36, d.lgs. n. 50 del 2016 contiene una norma pro-competitiva, che favorisce l'ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti e che comprime, entro i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento non solo del gestore uscente, ma anche dei soggetti invitati nella precedente procedura; ciò per una precisa scelta del legislatore, che ha inteso rafforzare la valenza del principio, stabilendone l'applicazione sia con riferimento all'affidamento che con riguardo alla fase degli inviti a partecipare. Deve quindi ritenersi che correttamente le Linee guida all'esame abbiano confermato l'opzione di eccezionalità della consultazione del contraente uscente, con l'ulteriore, opportuna specificazione, che le caratteristiche del mercato, che appunto possano consentire la deroga al principio, debbano porsi come un *prius* rispetto alla valutazione, che della qualità dell'operatore economico l'Amministrazione può pur compiere sempre a detti fini.
Nondimeno, sempre ad avviso della Commissione, appare ragionevole differenziare il trattamento dell'invitato non affidatario rispetto a quello riservato al gestore uscente; e ciò in quanto le semplici occasioni di partecipazione alla selezione si risolvono, per l'operatore economico, in un mero contatto con la stazione appaltante e non rappresentano certo una occasione per il sorgere o il consolidarsi di legami contrattuali e professionali con la struttura della stessa stazione appaltante. Sotto tale versante prospettico si rivela dunque logica ed equilibrata la previsione di un regime meno rigoroso con riferimento alla posizione dell'operatore economico che, già invitato per una precedente selezione dalla stazione appaltante, non sia risultato aggiudicatario della stessa.
La necessità di una mitigazione del criterio della rotazione degli inviti in siffatte condizioni è stata còlta dall'Autorità, prevedendo nella bozza di Linea guida in questione la possibilità del reinvito previa motivazione della stazione appaltante, fondata sulla "ragionevole aspettativa dell'idoneità dell'operatore"; sì che quest'ultima assurge in tal caso ad elemento base della valutazione dell'Amministrazione, laddove, come s'è visto, per il contraente uscente essa resta comunque subordinata alla necessaria, preliminare, considerazione delle caratteristiche del mercato di riferimento.

Appare poi altrettanto congruo e razionale il ripristino, in capo ai soggetti non reinvitati, della posizione paritaria con gli altri operatori alla prima gara successiva a quella saltata. Si rivela infatti preminente la necessità di assicurare comunque nel mercato, per lo meno nel medio periodo, una volta soddisfatte le esigenze sottese al principio di rotazione, i principii della libertà di impresa e di concorrenza nell'approvvigionamento di beni e servizii in favore della Pubblica Amministrazione; ciò anche tenuto conto dell'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principii di trasparenza e, appunto, rotazione (si vedano gli artt. 83, comma 2, 2, comma 1 e 4 del Codice).
Ha aggiunto la Commissione che se, poi, il principio di rotazione consente di escludere dall'invito coloro che siano risultati aggiudicatarii (o meramente invitati a) precedenti procedure dirette alla assegnazione di un appalto, appare più che consona con la natura e la *ratio* del principio stesso la previsione, recata dalle Linee guida all'esame del Consiglio di Stato, che l'esclusione debba operare con riferimento alle successive aggiudicazioni dello stesso genere o, meglio, aventi lo stesso oggetto, sì da essere applicabile "in caso di commessa identica o analoga a quella di cui trattasi" ed all'interno di fasce di valore degli affidamenti, la cui completa e dettagliata disciplina viene opportunamente devoluta alla potestà regolamentare delle stazioni appaltanti ed alla discrezionalità tecnico-amministrativa, che in essa classicamente si dispiega.
Ha infine chiarito la Commissione che il carattere bagatellare degli affidamenti aventi valore inferiore ai mille euro attenua di molto il rischio che il precedente affidatario possa di fatto sfruttare la sua posizione di gestore uscente per indebitamente prorogare, se non rinnovare, il relativo rapporto, al di fuori delle regole di legge. Ne deriva che pienamente rispondente al principio di proporzionalità, oltre che al principio di economicità ed efficacia dell'attività amministrativa, appare la previsione, recata dalle Linee guida di cui trattasi, della possibilità, per le stazioni appaltanti, di derogare motivatamente, per tali affidamenti, alla rotazione; ferma la necessità che la motivazione relativa dia esplicitamente conto della non ricorrenza nel singolo caso dell'ipotesi di un arbitrario ed elusivo frazionamento della commessa, assumendo a tal fine come riferimento un periodo pari a tre anni solari.

6.2. Decreto sulla banca dati degli operatori economici.
La Commissione speciale ha reso il parere (n. 1126 del 27 aprile 2018) sullo schema di decreto, predisposto dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sulla banca dati degli operatori economici, ai sensi dell'art. 81, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016.
Il decreto è volto a disciplinare l'istituzione della banca dati nazionale degli operatori economici (nel seguito Bdoe), ai sensi e per gli effetti dell'art. 81 del codice, il cui

comma 1 dispone che, fermo restando quanto previsto dagli artt. 85 e 88, del medesimo codice, "la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario, per la partecipazione alle procedure disciplinate dal presente codice e per il controllo in fase di esecuzione del contratto della permanenza dei suddetti requisiti, è acquisita esclusivamente attraverso la Banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, denominata Banca dati nazionale degli operatori economici".
La Commissione speciale ha rilevato che le disposizioni del decreto risultano, in linea generale, coerenti con gli obiettivi enunciati dal dicastero proponente ed appaiono adeguate al raggiungimento di tali scopi.
Strumentalmente alla funzione regolatoria il Codice attribuisce al Ministero la gestione della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (Bncp) che, ai sensi dell'art. 81 del Codice è destinata ad assumere la nuova configurazione di Banca dati Nazionale degli Operatori Economici. In tale banca dati sono destinate a confluire tutte le informazioni contenute nelle banche dati già esistenti, anche a livello territoriale, onde garantire accessibilità unificata, trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi a essa prodromiche e successive. Accanto alla realizzazione di un'unica banca dati, il codice prevede, in aggiunta, anche un sistema di interscambio delle informazioni, preordinato alla prevenzione dalla corruzione e alla tutela della legalità, e nel contempo ad evitare sovrapposizione di competenze e a ottimizzare l'utilizzo dei dati nell'interesse della fruizione degli stessi da parte degli operatori economici e delle stazioni appaltanti. A tale fine il Codice prevede che l'Autorità e il Ministero delle infrastrutture e trasporti sono tenuti a concordare le modalità operative di interscambio delle informazioni.
La Commissione ha quindi rilevato che il Ministero sembra avere compiuto una, condivisibile, scelta di fondo circa l'architettura di questa nuova "banca dati". Ha infatti specificato che la Bdoe non costituisce una vera e propria "banca dati" intesa come un insieme organizzato di dati, gestito da un *Data Base Management System*, conservati fisicamente in un hardware di proprietà e gestione del titolare (MIT), dotata di persistenza, cioè avente un ciclo di vita indipendente da quello dei programmi che la utilizzano. Viceversa essa è concepita, secondo quanto riferisce il Ministero, come un centro di scambio e distribuzione di dati. Un intermediario tra le stazioni appaltanti e i registri pubblici, gli altri registri, o in generale soggetti proprietari o gestori di dati necessari alle finalità di cui all'art. 81 del codice. L'architettura accennata emerge con chiarezza dalla stessa affermazione del ministero per cui "La Bdoe è il soggetto intermediario unico per l'acquisizione delle richieste e l'ottenimento di documenti o dati di comprova dei requisiti", e ancora "La Bdoe rappresenta un sistema di mediazione o "*hub*" (perno in inglese) che richiede dati di comprova agli enti titolari dei dati e rimanda esiti ai richiedenti", inoltre "L'attuazione e messa

in esercizio di questo sistema unico e centralizzato di dialogo e scambio di dati e documenti" in un quadro di interoperabilità tra i sistemi e di cooperazioni applicativa. Soprattutto l'affermazione che la Bdoe sia un perno che "richiede dati di comprova agli enti titolari dei dati e rimanda esiti ai richiedenti" dimostra oltre ogni ragionevole dubbio che la Bdoe non è concepita come luogo autonomo di conservazione e trattamento di dati. L'intero regolamento, quindi, deve essere analizzato e interpretato alla luce di questa architettura, che necessariamente implica solo la realizzazioni di una efficace interoperabilità tra Bdoe, stazioni appaltanti e soggetti titolari dei dati.
In questa ottica destano, ad avviso della Commissione, perplessità alcune disposizioni del regolamento che sembrano rispondere, invece, a una diversa architettura della "banca dati" prossima alla definizione tradizionale di data base e pertanto implicante la titolarità di dati propri e autonomamente acquisiti, addirittura in maniera non necessariamente informatica.

6.3. Linee guida Anac sull'offerta economicamente più vantaggiosa.
La Commissione speciale ha reso il parere 13 aprile 2018, n. 966 sullo scherma delle nuove Linee guida Anac, di aggiornamento ed adeguamento delle Linee guida n. 2 del 2016, sull'offerta economicamente più vantaggiosa, aggiornamento resosi necessario per adeguarle alle modifiche *medio tempore* intervenute nell'ambito della disciplina primaria rilevante.
La Commissione speciale ha affermato che a due anni circa dall'entrata in vigore del nuovo Codice sarebbe stato forse utile non limitare (come, pure, si era comprensibilmente fatto nel settembre del 2016) il campo di indagine alle sole indicazioni operative per il calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma di estendere l'ambito dell'atto di regolazione ad obiettivi più ampi, valorizzando in modo adeguato l'esperienza applicativa del primo biennio. Le Linee guida sottoposte all'esame del Consiglio di Stato, ad esempio, forniscono utili indicazioni in ordine alla definizione degli obiettivi e dei criteri di valutazione che devono essere sottesi alla costruzione degli elementi o criteri di valutazione. Esse, tuttavia, non forniscono criteri per orientare la discrezionalità delle amministrazioni sulla scelta del criterio di aggiudicazione nelle ipotesi in cui (ai sensi del comma 4 dell'art. 95) è comunque ammesso il ricorso al criterio del minor prezzo.
In definitiva, ad avviso della Commissione speciale, il testo in esame fornisce utili indicazioni circa la gestione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, dando per acquisita l'opzione per tale criterio, ma non fornisce alcuna indicazione di carattere generale volta ad orientare con un ragionevole grado di certezza la scelta delle amministrazioni nelle ipotesi in cui la scelta per tale criterio sia meramente opzionale.

Sempre ad avviso della Commissione a due anni circa dall'entrata in vigore del Codice e valorizzando in modo adeguato l'esperienza conoscitiva maturata con l'applicazione dell'art. 95, sarebbe stato indubbiamente utile arricchire il testo in esame con indicazioni volte ad orientare in modo più consapevole la scelta per l'uno o l'altro criterio di aggiudicazione.

6.4. Linee guida Anac sulla disciplina delle clausole sociali.

Con parere n. 2703 del 21 novembre 2018 la Commissione speciale si è pronunciata sullo schema di Linee guida Anac sulla disciplina delle clausole sociali *ex* art. 50 del Codice dei contratti.

Ha premesso che definire la disciplina della clausola sociale richiede un bilanciamento fra più valori, tutti di rango costituzionale, ed anche europeo, dato che si tratta comunque di valori tutelati anche in base ai principi generali del relativo ordinamento. Ci si riferisce da un lato al rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost. ma anche dall'art. 16 della Carta di Nizza, che riconosce "la libertà di impresa", conformemente alle legislazioni nazionali. E' in base al necessario rispetto di tale principio che l'obbligo di riassorbimento del personale imposto dalla clausola in questione deve essere inteso in modo compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante, con le conseguenze concrete che si diranno.

Il rispetto della libertà di impresa, nel momento in cui la clausola sociale è predisposta nell'ambito della Pubblica amministrazione richiede, quindi, il rispetto del principio di proporzionalità dell'agire amministrativo, implicito nell'art. 97 Cost. e previsto dall'art. 5 del Trattato europeo. Ci si riferisce, dall'altro lato, in primo luogo al diritto al lavoro, la cui protezione è imposta dall'art. 35 Cost. e dall'art. 15 della Carta di Nizza, di analogo contenuto: in proposito, ci si limita al dato di comune esperienza per cui i lavoratori degli appalti interessati più da vicino dalla clausola sociale, ovvero quelli ad alta intensità di manodopera, sono spesso soggetti svantaggiati, per i quali una protezione è particolarmente necessaria. Sotto questo profilo, l'art. 50 del Codice dei contratti introduce, nel settore delle pubbliche commesse, la disciplina generale di un istituto già presente in disposizioni normative settoriali e, soprattutto, nella contrattazione collettiva.

Dal lato della tutela del lavoro, viene dunque in questione anche il rispetto della libertà sindacale, garantita dall'art. 39 Cost. oltre che dall'art. 12, comma 1, della Carta di Nizza. Va infatti puntualizzato che l'obbligo di formulare l'offerta in un certo modo, imposto al concorrente di una gara per raggiungere fini del tipo perseguito dalla clausola sociale, può derivare da due fonti diverse, ovvero dalla clausola stessa, ma anche da un contratto collettivo di lavoro.

Ciò posto, va osservato che il contratto collettivo rappresenta un assetto complessivo

dei rapporti di lavoro che le parti, ovvero i sindacati e le associazioni datoriali, hanno ritenuto conforme ai rispettivi interessi, e come tale, dal punto di vista del datore di lavoro, esso è parte dell'organizzazione di impresa da lui prescelta. Si tratta appunto di un assetto complessivo, le cui parti sono interdipendenti, e pertanto un intervento autoritativo esterno su una sola di queste parti, in ipotesi l'inserzione di una clausola sociale imposta da un bando di gara, può portare alla disdetta dell'intero contratto, con effetti contrari a quelli di protezione sociale che la clausola vorrebbe raggiungere. Ne deriva inevitabilmente che ove la successione tra imprese, a fini sociali, sia già prevista dai CCNL cui aderiscono le imprese del settore, non vi sarà spazio alcuno per la clausola sociale inserita nel bando.

6.5. Linee guida Anac sulla verifica del rispetto del limite di cui all'art. 177, comma 1, del Codice.

La Commissione speciale ha reso il parere n. 1582 del 20 aggiungo 2018 sullo schema di Linee guida Anac recanti "Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'art. 177, comma 1, del Codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica.

La Commissione ha ritenuto condivisibile la scelta di sottrarre alla applicazione dell'art. 177 del Codice, e quindi anche agli obblighi di esternalizzazione e di conseguente sottoposizione dei contratti a procedure di evidenza, di cui allo stesso art. 177, le fattispecie concessorie che lo stesso Codice dei contratti, in via generale (art. 5 – 18) e particolare (art. 164), esclude dalla applicazione del Codice stesso. Essa corrisponde alla *ratio* secondo la quale sarebbe irragionevole imporre procedure di evidenza, nella logica riequilibratrice sopra segnalata, quando lo stesso Codice, in relazione a tali fattispecie, testimonia l'attuale estraneità o impermeabilità ai principi. Così come appare obbligata la scelta di escludere i concessionari di servizi che operano, anche alla luce delle attuali previsioni del codice, in forza di diritti speciali ed esclusivi compatibili con il Tfue. Con il distinguo, basato sull'art. 9, commi 2 e 3, del Codice, che se trattasi di concessionari privati non sussumibili nella categoria delle amministrazioni aggiudicatrici o in quella degli enti aggiudicatori, occorre, per legittimare l'esclusione, che le concessioni siano state rilasciate in applicazione, almeno, dei "principi" di trasparenza fissati dall'art. 29 del Codice. Nessun dubbio, inoltre, per la Commissione in ordine all'applicabilità dell'art. 177 ai concessionari privati. Sul punto è sufficiente richiamare il tenore testuale dell'incipit della disposizione, tra l'altro del tutto in linea con il criterio direttivo di cui all'art. 1 comma 1, lett. iii), della legge di delega n. 11 del 2016. Il fatto che i privati siano soggettivamente esclusi dall'applicabilità del Codice dei contratti, non toglie che essi possano

essere stati affidatari diretti di opere o servizi di titolarità pubblica, e che quindi, ai circoscritti fini dell'art. 177, debbano essere considerati quali stazioni appaltanti. A identiche conclusioni non può che giungersi, in via generale, per i concessionari operanti nei settori speciali, partecipi della medesima ratio, sia pur con qualche peculiare eccettuazione.
Quanto all'individuazione dei contratti attuativi da includere nella percentuale obbligatoria di esternalizzazione o da escludere oggettivamente dall'art. 177, un primo problema riguarda, ad avviso della Commissione speciale, la questione se la soglia indicata dalla stessa (150.000 euro) ai fini applicativi, sia unicamente riferita al valore dell'originaria concessione, ovvero all'importo dei contratti a valle che il concessionario ha l'obbligo di stipulare in adempimento del dovere di esternalizzazione. Il tenore testuale della norma non aiuta affatto nel dirimere la questione, sicché, l'impossibilità di valorizzare la formulazione testuale, invero così equivoca da rendere fallace ogni tentativo di erigervi una soluzione esegetica, ha indotto la Commissione a preferire argomenti sistematici idonei a dare evidenza al necessario e coerente raccordo con la legge delega. Quest'ultima ha chiaramente previsto "l'obbligo per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già esistenti o di nuova aggiudicazione, di affidare una quota pari all'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica", omettendo qualsivoglia indicazione circa l'esistenza di una concorrente soglia anche in ordine ai contratti da affidare con gara .
La Commissione speciale ha quindi ritenuto corretta la soluzione sposata dalle Linee guida sottoposte al proprio esame, nel senso di considerare la soglia dei 150.000 euro riferita al valore della concessione e non già ai contratti esternalizzandi. Del resto, la mancanza di soglie minime che correlino gli affidamenti da effettuare in attuazione del predicato obbligo di esternalizzazione, e gli obblighi di evidenza pubblica da adempiere in relazione all'importo dei contratti d'appalto da stipulare, costituisce lacuna che ben può essere agevolmente colmata attraverso il ragionamento analogico, in forza dell'applicazione delle pertinenti norme dettate in via generale dal codice dei contratti e dalla regolazione dell'Anac.
Sempre in ordine all'individuazione qualitativa dei contratti attuativi, per definire l'eventuale esclusione oggettiva *sub specie* della determinazione della loro natura, la Commissione speciale si è invece detta di diverso avviso in relazione all'affermata riferibilità della quota dell'80% (o del 60% per i concessionari autostradali) a ciascuna delle tipologie di affidamento (lavori, servizi, forniture) partitamente considerate. Secondo l'Anac la soluzione restrittiva del necessario computo dell'80% su ciascuna delle tipologie predette sarebbe maggiormente aderente alla *ratio legis*, oltre

che funzionale a prevenire eventuali comportamenti dei concessionari tesi a "scaricare" la percentuale predetta su singole categorie (ad es. servizi e prestazioni) mantenendo tendenzialmente *in house* le altre (ad es. lavori). La Commissione ha invece ritenuto che debba esser preferita l'opposta conclusione esegetica. Oltre agli argomenti testuali (la quota è declinata dalla disposizione al singolare e con riferimento indistinto a tutte le tipologie di appalto), rilevano concorrenti considerazioni ispirate al criterio della ragionevolezza complessiva della previsione: a) *in primis* rileva il principio di necessaria coerenza fra la fattispecie sanzionata ed il criterio di quantificazione della sanzione in caso di mancato raggiungimento della quota d'obbligo, quest'ultimo fissato dal legislatore con riferimento all'importo "complessivo" dei lavori, servizi o forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedura ad evidenza pubblica; b) un'ineludibile ruolo gioca altresì il necessario rispetto del principio di stretta proporzionalità nell'imposizione di prestazioni di *facere* che in qualche modo incidono sulle scelte organizzative e di autonomia imprenditoriale, tanto che, ad evitare di incorrere nella violazione dell'art. 41 Cost., devono essere interpretate in maniera assolutamente restrittiva; c) da ultimo la constatazione che, pur costituendo i lavori e i servizi i settori di maggiore rilevanza ai fini dell'esternalizzazione, la fissazione della percentuale d'obbligo all'80% del totale delle prestazioni oggetto dell'originaria concessione, è di per se idonea a prevenire ogni serio rischio di elusione rispetto agli obiettivi ultimi del legislatore, nella logica pro-concorrenziale innanzi segnalata.

6.6. Linee guida Anac per la gestione degli utili derivanti dalla esecuzione dei contratti d'appalto o di concessione sottoposti alla misura di straordinaria gestione ai sensi dell'art. 32, d.l. n. 90 del 2014.

La Commissione speciale ha reso il parere n. 1567 del 18 giugno 2018 sulle Linee guida Anac per la gestione degli utili derivanti dalla esecuzione dei contratti d'appalto o di concessione sottoposti alla misura di straordinaria gestione ai sensi dell'art. 32, d.l. n. 90 del 2014.

Ha premesso che la disciplina che regolamenta la gestione dell'accantonamento degli utili derivanti dall'esecuzione dei contratti di appalto o di concessione sottoposti alla misura straordinaria prevista dall'art. 32, d.l. n. 90 del 2014 è assai scarna.

Il comma 7 dell'art. 32 cit. si limita a disporre che "nel periodo di applicazione della misura di straordinaria e temporanea gestione di cui al comma 2, i pagamenti all'impresa sono corrisposti al netto del compenso riconosciuto agli amministratori di cui al comma 2 e l'utile d'impresa derivante dalla conclusione dei contratti d'appalto di cui al comma 1, determinato anche in via presuntiva dagli amministratori, è accantonato in apposito fondo e non può essere distribuito né essere soggetto a pignoramento, sino all'esito dei giudizi in sede penale ovvero, nei casi di cui al comma 10,

dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l'informazione antimafia interdittiva". La norma – che si pone come obiettivo di contemperare l'esigenza di garantire la completa esecuzione delle opere pubbliche di rilevante interesse neutralizzando, al contempo, il rischio derivante dall'infiltrazione criminale nelle gestione delle imprese appaltanti – tace in ordine alle concrete modalità di attuazione dell'accantonamento, alla tipologia di costituzione del "fondo" (ad es., in punto di remunerazione del capitale accantonato), nonché alla sorte degli utili accantonati in esito alla cessazione del commissariamento, ovvero, all'esito definitivo dei procedimenti penali o amministrativi cui la misura straordinaria è collegata.
La *ratio* della norma è dunque di consentire il completamento del programma contrattuale nell'esclusivo interesse dell'amministrazione concedente, mediante la gestione del contratto in regime di "legalità controllata" e in tale ottica va letto anche il settimo comma dell'art. 32 cit., che impone l'accantonamento degli utili che dal contratto commissariato derivano (al netto delle spese per la realizzazione dell'opera pubblica). Si tratta di una misura cautelare che si affianca alla gestione controllata del contratto e completa il sistema di tutela dell'interesse pubblico, aggiungendo alla garanzia della realizzazione del programma contrattuale anche la salvaguardia del recupero "patrimoniale" che può conseguire dalla definizione dei procedimenti penali e amministrativi in relazione ai quali il commissariamento stesso è stato imposto. Ciò al fine di scongiurare il paradossale effetto di far percepire, proprio attraverso il commissariamento che conduce all'esecuzione del contratto, il profitto dell'attività criminosa; in coerenza sia con la disposizione generale che consente nel processo penale di disporre la confisca del profitto del reato (art. 240 c.p.), sia avuto riguardo, nella fattispecie, alla speciale disposizione di cui all'art. 322 *ter* c.p.. La natura cautelare dell'accantonamento va letta in collegamento sia all'esito del giudizio penale da cui discende la necessità di assicurare la confisca del profitto dei reati contro la p.a. facenti parte del catalogo indicato dal primo comma dell'art. 32 cit. (se accertati all'esito del procedimento penale), sia all'esito del giudizio amministrativo laddove il commissariamento sia disposto in conseguenza dell'adozione di una interdittiva antimafia. In tal senso, la disposizione in esame impone l'accantonamento degli utili per entrambe le ipotesi di commissariamento - rispettivamente disciplinate dal primo e dal decimo comma dell'art. 32 del d.l. anticorruzione - senza alcuna distinzione tra le due diverse tipologie. Le quali devono, nondimeno, essere tenute adeguatamente distinte, proprio avuto riguardo alla sorte dei disposti accantonamenti, che la norma condiziona rispettivamente agli esiti del giudizio penale e al consolidamento (per mancata o respinta impugnazione) dell'informativa interdittiva antimafia.
Ha osservato, tra l'altro, la Commissione speciale che per garantire maggiore fun-

zionalità operativa alle Linee guida è necessaria una più puntuale previsione di specifici canali informativi con l'Autorità Giudiziaria Ordinaria e, segnatamente, con il Pubblico Ministero competente, anche nella sua qualità di organo dell'esecuzione (laddove il procedimento penale sia stato definito con una pronuncia non liberatoria rispetto alle imputazioni ascritte). Il tal senso, la Commissione ha ritenuto necessario aggiungere alle Linee guida "l'obbligo per il Prefetto che ha adottato il commissariamento, assunte le opportune informazioni dai commissari, di curare il tempestivo coordinamento con il Procuratore della Repubblica competente, in vista delle sua determinazioni sulla confiscabilità degli utili accantonati ovvero sulla loro eventuale restituzione, anche parziale, all'avente diritto". Ciò appare necessario proprio per assicurare, con la dovuta tempestività, che all'esito del processo penale, ovvero al termine del commissariamento, l'autorità giudiziaria possa aver contezza dell'entità degli utili accantonati, procedendo a determinare l'*an* e il *quantum* materialmente confiscabile, con conseguente restituzione all'impresa commissariata degli utili residui. Tale canale informativo, opportunamente strutturato, consentirebbe, altresì, di garantire un equo bilanciamento tra le esigenze dell'autorità giudiziaria di procedere all'acquisizione di tutti gli utili confiscabili e l'interesse dell'impresa (qualificabile, come rammentato, come diritto soggettivo) alla celere restituzione della parte di utili accantonati non sottoposto a confisca. In effetti, ultimato il commissariamento e completato il programma negoziale, la sorte delle somme accantonate è strettamente correlata alle definitive determinazioni dell'Autorità giudiziaria: il che, per un verso – anche in mancanza di un provvedimento di confisca, e salva la definizione del processo penale con pronunce liberatorie – non autorizza per ciò solo e senz'altro la restituzione degli utili accantonati all'impresa e, per altro verso, sollecita – a colmare un possibile vuoto informativo tra la sede amministrativa e quella penale e la correlata situazione di incertezza – l'istituzione di appositi circuiti comunicativi, nel senso suggerito

6.7. Linee guida del Ministero delle infrastrutture sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione.

La Commissione speciale ha reso il parere n. 360 del 12 febbraio 2018 sulle Linee guida del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione.

Il parere è favorevole con osservazioni.
La Commissione speciale ha tra l'altro evidenziato come il testo si contraddistingue per il fatto che la proposta dell'Autorità nazionale anticorruzione si "fonde" in un unico testo normativo, adottato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, an-

ziché rimanere separato dall'atto di approvazione di quest'ultimo, come nella precedente versione. Inoltre, in coerenza con la sua natura di regolamento lo schema di decreto si sostanzia in un articolato in cui i precetti sono chiaramente espressi secondo lo stile tipico degli atti normativi, in luogo dello stile discorsivo che caratterizza le linee guida non vincolanti *ex* art. 213, comma 2, del Codice, adottato nello schema originario, con positive ricadute anche sul piano dell'organicità e sinteticità del testo.

6.8. Linee guida Anac per l'affidamento dei servizi legali.

Con parere 3 agosto 2018, n. 2017 la Commissione speciale si è pronunciata sulle Linee giuda Anac per l'affidamento dei servizi legali.

Ha chiarito che le prestazioni di servizi legali − alla luce della causa, intesa come funzione economico-individuale dell'operazione negoziale − possono essere inquadrate in due differenti tipologie di contratti a seconda della esigenze da soddisfare e dunque della funzione svolta.

In primo luogo, viene in rilievo il contratto d'opera intellettuale che si caratterizza per il fatto che il professionista esegue la prestazione con lavoro prevalentemente proprio, non organizzato in forma imprenditoriale (artt. 2229 e ss.). E' questa l'ordinaria modalità attraverso la quale i servizi legali vengono prestati. Il contratto tra avvocato e cliente, infatti, si caratterizza per il fatto che il primo esegue l'incarico assunto personalmente. La prevalenza del lavoro personale sull'organizzazione dei mezzi è ragione dell'*intuitus personae* che connota il contratto d'opera professionale: il cliente decide di affidarsi a quel professionista perché ne riconosce le capacità nell'esecuzione della prestazione. Anche le professioni legali, invero, nei tempi recenti, hanno conosciuto importanti cambiamenti nel senso di una sempre maggiore organizzazione degli avvocati in studi associati di dimensioni medio – grandi, nei quali mettere insieme le competenze professionali dei singoli (anche, a volte, con quelle di professionisti di altri settori) per venire maggiormente incontro alle esigenze dei clienti ed affrontare controversie e questioni sempre più complesse quale conseguenza della complessità dello stesso ordinamento giuridico.

In secondo luogo, può venire in rilievo anche un contratto di appalto di servizi, il quale presuppone che l'appaltatore, invece, esegua la prestazione servendosi dell'organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio (art. 1655 cod. civ.). I servizi legali, avendo riguardo alla funzione concreta perseguita dalle parti, possono essere resi anche in questo diverso contesto negoziale. Ciò si verifica quando il cliente richiede una prestazione continuativa che viene resa da uno o più professionisti organizzati che si impegnano a trattare l'intero contenzioso del cliente stesso. In questo caso si tratta di un vero e proprio "servizio", vale a dire la messa a disposizione di una struttura imprenditorialmente organizzata destinata a soddisfare

i bisogni del committente di volta in volta che essi si presentano. L'oggetto della prestazione, quindi, è predeterminato quanto alla sua natura giuridica (attività legale) ma il suo contenuto non è predeterminato al momento dell'affidamento del servizio, bensì si definisce al bisogno.
La Pubblica amministrazione, in ragione delle sue dimensioni organizzative e delle attività che esercita, può avere necessità di ricorrere all'uno o all'altro degli indicati modelli contrattuali. In particolare, una Pubblica amministrazione, di dimensioni rilevanti, che esplica i suoi compiti in settori omogenei ben precisi e la cui attività può dar luogo a frequenti contenziosi, spesso di natura seriale, di regola avverte l'esigenza di rivolgersi ad un insieme di professionisti, organizzato, che sia disponibile a trattare tutte le controversie nelle quali l'ente dovesse essere coinvolto. Si tratta dunque di un incarico di consulenza e di assistenza a contenuto complesso, inserito in un quadro articolato di attività professionali organizzate sulle base dei bisogni dell'ente. Il che significa che il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiede un elemento di specialità, per prestazione e per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale.
Diversamente, una Pubblica amministrazione, di dimensioni non rilevanti, che ha competenze in diversi settori e che solo raramente è coinvolta in vicende contenziose, avrà la necessità di conferire, quando ciò accada, un incarico singolo ad un professionista individuato al solo scopo di difesa in quel giudizio (o per la consulenza in vista di quel preciso giudizio).
Nel rendere il parere favorevole la Commissione si è soffermata, tra l'altro, sulla previsione, contenuta nelle Linee guida, di consentire l'affidamento diretto a un professionista determinato di uno dei servizi legali di cui all'art. 17, comma 1, lett. d), del Codice dei contratti pubblici solo in presenza di specifiche ragioni logico – motivazionali che devono essere espressamente illustrate dalla stazione appaltante nella determina a contrarre.
La previsione di una modalità eccezionale di affidamento del servizio legale denominata "affidamento diretto", differenziata da quella ordinariamente prevista per l'affidamento dei servizi legali di cui all'art. 17, comma 1, lett. d), è condivisa dalla Commissione speciale. In particolari circostanze, deve essere consentito all'amministrazione di affidare la trattazione di una controversia (o richiedere una consulenza in vista di una controversia) ad un professionista che non sia membro dello studio cui è stato affidato il contenzioso ovvero che non sia presente nell'elenco di professionisti predisposto dalla stessa Amministrazione. E', però, necessario, affinché l'affidamento diretto sia rispettoso dei principi di cui all'art. 4 del Codice, che la controversia presenti elementi di effettiva particolarità tali da giustificare una scelta indirizzata dalla specifica capacità professionale dell'avvocato.

In questa ottica, ha rilevato la Commissione speciale che non tutta la casistica indicata nelle Linee guida per l'affidamento diretto dell'incarico è condivisibile perché non vale a giustificare una modalità di affidamento degli incarichi speciale e derogatoria rispetto alle indicazioni codicistiche.
Nelle Linee guida si ha riguardo sostanzialmente a tre situazioni, riconducibili, tuttavia, a due casi: a) "consequenzialità tra incarichi" / "complementarietà con altri incarichi attinenti alla medesima materia oggetto del servizio legale in affidamento" e b) "l'affidamento diretto per ragioni di urgenza".
Quanto alla prima situazione – consequenzialità e complementarità tra incarico precedentemente affidato ed incarico da affidare – non potrà in concreto più verificarsi affidando l'amministrazione l'intero contenzioso ad un professionista o ad un unico gruppo di professionisti. Del tutto residuale sarà il caso di precedente incarico affidato quando non era stato ancora scelto uno studio per gestire l'intero contenzioso ovvero l'elenco dei professionisti non era ancora stato costituito. Una nuova valutazione, anche in presenza di consequenzialità e complementarietà degli incarichi, appare, pertanto, doverosa. Va da sé che anche, nel caso in cui l'Amministrazione abbia proceduto all'appalto o alla istituzione dell'elenco, potrà aversi l'affidamento diretto giustificato dalla complementarietà o consequenzialità, se ben motivato in tal senso.
Quanto alla seconda situazione – ragioni di urgenza – vale quanto esposto in precedenza: affidare l'intero contenzioso ad un unico gruppo di professionisti (come anche istituire un elenco di professionisti sempre disponibili alla bisogna) significa proprio evitare le difficoltà connesse al reperimento, in tempi celeri, di un avvocato disponibile a trattare la controversia che necessita di immediata trattazione. Anche tale considerazione, *per incidens*, corrobora l'individuazione di queste come le migliori pratiche. Né, d'altro canto, il ritardo con cui l'amministrazione si sia eventualmente ridotta a conferire, anche se, e soprattutto se, trattasi di rito abbreviato o brevissimo sia nel civile che nell'amministrativo, può giustificare una deviazione, a questo punto colpevole, dalle regole.
La Commissione ha quindi concluso nel senso che la particolarità che possa giustificare l'affidamento diretto deve essere diversa e strettamente collegata alla natura della controversia (si pensi, a solo titolo esemplificativo, ad una questione nuova non ancora esaminata dalla giurisprudenza).

6.9. Affidamenti di servizi sociali.
La Commissione speciale ha reso il parere n. 2052 del 20 agosto 2018 sul quesito sottoposto dall'Anac in ordine alla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali, alla luce delle disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal d.lgs. n. 56 del 2017, e del d.lgs. n. 117 del 2017 (Codice del terzo settore).
Ha premesso che il vigente Codice dei contratti pubblici disciplina al proprio interno

anche le procedure di affidamento di appalti di servizi sociali. Netta, sul punto, la distonia rispetto alla previgente disciplina, che dedicava agli affidamenti di servizi sociali (al pari di tutti i servizi inclusi nell'allegato II-B) solo le disposizioni afferenti alle specifiche tecniche ed agli avvisi circa l'esito della procedura di aggiudicazione (art. 20, d.lgs. n. 163 del 2006). L'attuale Codice, viceversa, non solo non reca alcuna esplicita esclusione dei servizi sociali dal proprio ambito di applicazione, ma detta in proposito plurime disposizioni, che rendono evidente la sottoposizione anche di tali servizi alla normativa codicistica.
La Commissione speciale ha affermato che: a) le procedure di affidamento dei servizi sociali contemplate nel Codice del terzo settore (in particolare, accreditamento, co-progettazione e partenariato) sono estranee al Codice dei contratti pubblici ove prive di carattere selettivo, ovvero non tese all'affidamento del servizio, ovvero ancora ove il servizio sia prospetticamente svolto dall'affidatario in forma integralmente gratuita; b) le procedure di affidamento dei servizi sociali contemplate nel Codice del terzo settore (in particolare, accreditamento, co-progettazione e partenariato) sono, viceversa, soggette al Codice dei contratti pubblici, al fine di tutelare la concorrenza anche fra enti del terzo settore, ove il servizio sia prospetticamente svolto dall'affidatario in forma onerosa, ricorrente in presenza anche di meri rimborsi spese forfettari e/o estesi a coprire in tutto od in parte il costo dei fattori di produzione; l'Amministrazione, inoltre, deve specificamente e puntualmente motivare il ricorso a tali modalità di affidamento, che, in quanto strutturalmente riservate ad enti non profit, de facto privano le imprese profit della possibilità di rendersi affidatarie del servizio.
Quanto alle modalità di gestione dei rapporti tra Amministrazioni pubbliche ed enti del terzo settore, e cioè delle convenzioni di cui all'art. 56, d.lgs. n. 117 del 2017, ha chiarito la Commissione speciale che l'ambito soggettivo della norma contempla, rispetto alla variegata tipologia degli enti del terzo settore prevista dall'art. 4 del predetto testo legislativo, le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nel registro unico nazionale del terzo settore; tali soggetti possono stipulare con le Amministrazioni convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, "se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato". La clausola finale induce a ritenere, sul piano sistematico, che siano deducibili nella convenzione servizi economici di interesse generale, in quanto, altrimenti, cioè nella prospettiva della non onerosità, non si porrebbe, sul piano logico prima ancora che giuridico, il problema della comparazione di convenienza della scelta tra ricorso al mercato e convenzione.
Non si può escludere peraltro, sul piano dell'ermeneusi letterale, una diversa lettura del profilo causale, nella misura in cui il comma 2 dell'art. 56, d.lgs. n. 117 del 2017 consente, con una locuzione invero non particolarmente lineare, per le convenzioni,

il solo rimborso delle spese vive (effettivamente sostenute e documentate). Occorre intendersi su tale locuzione, atteso che, richiamando quanto in precedenza chiarito, il rimborso che escluda la remunerazione di tutti i fattori della produzione altrui (capitale e lavoro) e copra solamente le spese vive, nega l'onerosità della prestazione ed enuclea un contesto di servizio di interesse generale non economico, non interferente, in quanto tale, con la disciplina del codice dei contratti pubblici. A questo riguardo, la stessa disposizione del comma 4 dimostra l'impossibilità di pervenire, sul piano dello stretto diritto positivo, ad un approdo sicuro; il riferimento è alla disciplina del contenuto della convenzione, che deve riguardare anche i rapporti finanziari riguardanti le spese da ammettere a rimborso, tra cui figurano, necessariamente a carico dell'Amministrazione pubblica (come conferma l'art. 18, d.lgs. n. 117 del 2017), gli oneri relativi alla copertura assicurativa (per infortuni, malattie connesse allo svolgimento dell'attività di volontariato, nonché per la responsabilità civile verso i terzi) dei volontari di cui si avvalgono gli enti del terzo settore. A fronte di tale previsione cogente sugli oneri relativi alla copertura assicurativa, occorre peraltro considerare che la convenzione deve comunque disciplinare le modalità di rimborso delle spese, nel rispetto del principio di effettività delle stesse, "con esclusione di qualsiasi attribuzione a titolo di maggiorazione, accantonamento, ricarico o simili, e con la limitazione del rimborso dei costi indiretti alla quota parte imputabile direttamente all'attività oggetto della convenzione". Per tentare una sintesi, sembra far propendere per la onerosità del servizio sociale di interesse generale oggetto della convenzione la riconduzione tra le spese rimborsabili dei costi indiretti e forse anche degli oneri relativi alla copertura assicurativa, ma è indubbio che si tratta di ipotesi limite, non costruite con previsioni di portata generale, che si collocano quasi in una terra di nessuno.

E' proprio questo il nesso critico di inquadramento delle convenzioni, rispetto alle quali rimane un problema interpretativo aperto, come si cercherà di meglio chiarire. In particolare, assume rilievo il comma 3 dell'art. 56, a mente del quale "l'individuazione delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale con cui stipulare la convenzione è fatta nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, mediante procedure comparative riservate alle medesime". Sono enunciati principi essenzialmente riconducibili nell'ambito dell'imparzialità e della trasparenza e costituenti il contenuto imprescindibile di ogni procedimento di valutazione comparativa, o, potrebbe dirsi con diversa terminologia, ad evidenza pubblica in senso ampio. Appare peraltro chiaro che non è affermato il principio di concorrenzialità (libera concorrenza), che specifica, di regola, il procedimento finalizzato all'aggiudicazione (ed anche all'esecuzione) degli appalti e delle concessioni. Di tale diversità si ha contezza anche raffrontando i principi individuati nella norma oggetto di disamina con quelli enucleati

dall'art. 30, d.lgs. n. 50 del 2016. Ciò significa che il procedimento volto alla scelta dell'organizzazione di volontariato o dell'associazione di promozione sociale per la stipula di una convenzione finalizzata allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale non è permeato dal principio di concorrenzialità, ma solamente da quello di parità di trattamento. Potrebbe, al più, ritenersi che sia garantito il principio interno di concorsualità, valorizzando il secondo periodo del comma 3, che richiede alle organizzazioni di volontariato ed alle associazioni di promozione sociale il possesso dei requisiti di moralità professionale, di idoneità professionale e di capacità tecnica professionale, seppure non con l'intensità inferibile, rispettivamente, dalla disciplina dettagliata degli artt. 80 ed 83 del d.lgs. n. 50 del 2016, ma in senso relativo, da valutare cioè, sul piano oggettivo, con riferimento alla struttura ed all'attività svolta e, sul piano soggettivo, con riferimento all'esperienza maturata, all'organizzazione, alla formazione ed all'aggiornamento dei volontari.
Le considerazioni che precedono evidenziano, ad avviso della Commissione speciale, due potenziali coni visuali per le convenzioni di cui all'art. 56, d.lgs. n. 117 del 2017.
Il primo è quello che tende ad identificare la convenzione come l'ambito proprio dei servizi sociali non economici di interesse generale, in relazione ai quali non si pone neppure un problema di mercato contendibile, e tale circostanza, a prescindere anche da quanto espressamente previsto dall'art. 164, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2017, di per sé garantirebbe la ragionevolezza della disciplina procedimentale dettata dall'art. 56, posta a garanzia della parità di trattamento/imparzialità, e dunque del vincolo formalistico proprio dell'agire amministrativo.
Tale interpretazione, che non è di per sé in contrasto con le direttive e con il codice nella misura in cui, appunto, afferisca esclusivamente e propriamente ai servizi generali NON economici, circoscriverebbe la fattispecie solo a tale tipo di servizi in aperta contraddizione con la clausola del confronto con il mercato, che presuppone invece la economicità del servizio. Ciò conduce alla conclusione che ove si attribuisca prevalenza ai (già ricordati) indici normativi che pongono in evidenza il carattere oneroso e dunque economico della convenzione, seppure mediante la forma giuridicamente poco connotante del rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate, e dunque la sua inerenza ai servizi economici di interesse generale, il regime giuridico prefigurato dalla norma pone un problema di compatibilità con il diritto euro-unitario, proprio per la ragione che non risulta informato al principio di concorrenzialità, che invece permea il codice dei contratti pubblici, recettivo delle direttive europee, e che indirizza l'affidamento del servizio mediante appalto o concessione.
Con il parere n. 1405 del 14 giugno 2017 reso sullo schema del decreto legislativo recante il codice del terzo settore la Commissione speciale del Consiglio di Stato ha sottolineato il necessario rispetto della disciplina, di *imprinting* sovranazionale, in

materia di concorrenza, la quale viene in giuoco al cospetto di una nozione funzionale di impresa, incentrata sullo svolgimento di attività economica, e non già sulle caratteristiche dell'operatore professionale; di qui l'invito al legislatore a "mediare le due contrapposte esigenze: valorizzare le organizzazioni non lucrative e, al contempo, salvaguardare gli equilibri funzionali del libero mercato".
In tale *background*, ove le circostanze di fatto pongano in evidenza che il ricorso alla convenzione concreti un comportamento vietato in quanto distorsivo del confronto competitivo tra operatori economici in un mercato aperto alla concorrenza, piuttosto che ricorrere ad improprie forzature logico-interpretative, appare corretto rimettere alla valutazione di codesta Autorità la eventuale disapplicazione dell'art. 56, d.lgs. n. 117 del 2017 nella sede competente, con le conseguenze dello specifico caso. Ancora più opportuno potrebbe essere l'intervento in sede di aggiornamento delle "Linee guida per l'affidamento di servizi ed enti del terzo settore ed alle cooperative sociali", allo scopo di bene perimetrare l'ambito del ricorso consentito alle convenzioni (pacificamente, ad esempio, per il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza con le organizzazioni di volontariato, disciplinato dall'art. 57, d.lgs. n. 117 del 2017), al contempo delimitando il concetto di rimborso spese, e di evidenziare, specularmente, l'ipotesi in cui lo strumento convenzionale, in quanto previsto da una norma interna in contrasto con il diritto euro-unitario, dotato di *primauté* rispetto al diritto nazionale, non possa essere applicato.

6.10. Dibattito pubblico.
Con parere n. 359 del 12 febbraio 2018 la Commissione speciale ha pronunciato sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico, ai sensi dell'articolo 22, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016. Tale norma ha previsto l'adozione, entro un anno dalla data di entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, di un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri che disciplini i criteri per l'individuazione delle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio, distinte per tipologia e soglie dimensionali, per le quali è obbligatorio il ricorso alla procedura di dibattito pubblico, nonché le modalità di svolgimento e il termine di conclusione della medesima procedura. Il primo correttivo al Codice ha precisato che i nuovi interventi ai quali occorre fare riferimento per l'applicazione dell'istituto del dibattito pubblico sono quelli avviati dopo la data di entrata in vigore del medesimo decreto. Il decreto stabilisce altresì le modalità di monitoraggio sull'applicazione dell'istituto del dibattito pubblico. Al fine di raccogliere e pubblicare informazioni sui dibattiti pubblici in corso di svolgimento o conclusi e di proporre racco-

mandazioni per lo svolgimento del dibattito pubblico sulla base dell'esperienza maturata, il comma 2 dell'art. 22 prevede l'istituzione di una Commissione, senza oneri a carico della finanza pubblica, presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. La Commissione ha dato un giudizio di massima positivo alla disciplina dell'istituto del dibattito pubblico, avendo il decreto raggiunto un contemperamento tra l'esigenza di non allungare troppo i tempi di realizzazione delle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale e quella di dare effettività al coinvolgimento dei cittadini, dei portatori di interessi e delle amministrazioni interessate dalla realizzazione dell'opera. Questi ultimi - intervenendo nella fase iniziale della progettazione, in relazione ai contenuti del progetto di fattibilità ovvero del documento di fattibilità delle alternative progettuali - consentono al proponente di poter scegliere se realizzare l'opera e quali modifiche apportare al progetto originale, con la conseguenza non solo di ottimizzare il progetto ma anche di diminuire il possibile contezioso.
La Commissione speciale ha rilevato però due possibili profili di criticità che, ove non corretti, potrebbero vanificare l'operatività dell'istituto del dibattito pubblico. Ci si riferisce innanzitutto all'individuazione delle soglie economiche che, in connessione con le tipologie di opere e con i parametri dimensionali delle stesse, tracciano l'ambito di applicazione del dibattito pubblico. Esse sono di importo così elevato da finire per rendere, nella pratica, minimale il ricorso a tale istituto, che rappresenta invece una delle novità di maggior rilievo del nuovo Codice dei contratti e che, se bene utilizzato, potrebbe costituire anche un valido strumento deflattivo del contenzioso.
Sempre in via generale, la Commissione ha rilevato che, per l'effettivo successo del nuovo istituto del dibattito pubblico, un ruolo determinante è svolto dalla "Commissione nazionale per il dibattito pubblico", istituita dal primo correttivo al Codice dei contratti pubblici. Rileva peraltro la necessità, proprio in considerazione dell'importante ruolo alla stessa assegnato di potenziare l'attività di monitoraggio successivo ad essa demandato dalla legge, prevista dall'art. 4, comma 6, lett. e), dello schema di decreto ma in modo poco incisivo.

6.11. Opere di urbanizzazione a scomputo.

Con parere 24 dicembre 2018, n. 2942, la Commissione speciale ha risposto al quesito inoltrato dal Presidente dell'Anac in ordine alle opere di urbanizzazione a scomputo, e cioè alle opere eseguite dal titolare del permesso di costruire scomputando i relativi oneri dai contributi dovuti ai Comuni per le opere di urbanizzazione. In particolare, l'Anac si riferisce al punto 2.2 del paragrafo 2 (Il valore stimato dell'appalto) delle proprie Linee guida n. 4 dell'1 marzo 2018, recanti "Procedure per l'af-

fidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici", che riproducono *in parte qua* il parere n. 361 del 12 febbraio 2018 reso dal Consiglio di Stato. Nel punto 2.2 delle suindicate Linee guida si legge testualmente che "Per le opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, nel calcolo del valore stimato devono essere cumulativamente considerati tutti i lavori di urbanizzazione primaria e secondaria anche se appartenenti a diversi lotti, connessi ai lavori oggetto di permesso di costruire. Nel caso di esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria di cui all'art. 16, comma 7, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, di importo inferiore alla soglia comunitaria, detto valore deve essere calcolato - tenendo conto dell'intervenuta abrogazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 - secondo i parametri stabiliti dall'art. 5, par. 8, della direttiva 2014/241 UE e dall'art. 35 del Codice dei contratti pubblici. Al ricorrere della suindicata ipotesi, per effetto della previsione derogatoria contenuta nell'art. 16, comma 2 *bis*, d.P.R. n. 380 del 2001: 1) nel caso di affidamento a terzi dell'appalto da parte del titolare del permesso di costruire non trovano applicazione le disposizioni del decreto legislativo n. 163 del 2006 ed ora del Codice dei contratti pubblici; 2) di conseguenza, il valore delle opere di urbanizzazione primaria di cui all'art.16, comma 7, d.P.R. n. 380 del 2001, di importo inferiore alla soglia comunitaria, ai fini della individuazione del valore stimato dell'appalto, non si somma al valore delle altre opere di urbanizzazione eventualmente da realizzarsi". L'esigenza di sottoporre al Consiglio di Stato la richiesta di intervento interpretativo del soprariportato punto 2.2 consegue al ricevimento da parte della stessa Anac di una informativa proveniente dalla Struttura di missione per le procedure di infrazione del Dipartimento per le politiche europee presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri in ordine alla segnalazione della Commissione Europea in merito ad un possibile contrasto tra quanto contenuto nel citato punto 2.2 e l'art. 5, par. 8, della direttiva 2014/24/UE (paventando, dunque, il rischio dell'apertura di una procedura di infrazione), nella parte in cui sembra prevedere che, in caso di esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria di tipo funzionale, ammessa dall'articolo 16, comma 2 *bis*, d.P.R. n. 380 del 2001 per importi di rilievo infracomunitario, il valore di tali opere, appaltabile in deroga alle procedure di evidenza pubblica regolate dal Codice dei contratti pubblici, possa essere determinato senza tenere conto del valore complessivo delle opere di urbanizzazione (ossia escludendo anche le restanti opere di urbanizzazione secondaria, e primaria non funzionali).
Per superare i dubbi sollevati dalla Commissione Europea l'Anac ha suggerito un'interpretazione comunitariamente orientata del sottopunto 2 inserito nel punto 2.2 delle Linee guida n. 4, nel senso che lo scorporo - dal valore complessivo dell'opera - degli interventi di cui all'art. 16, comma 2 *bis*, d.P.R. n. 380 del 2001 sia consentito solo a

condizione che il valore complessivo dell'opera stessa non raggiunga l'entità della soglia comunitaria. Unicamente in siffatta ipotesi, il valore di tali opere potrebbe essere scorporato dalle restanti opere di urbanizzazione e, per l'effetto, affidato dal titolare del permesso di costruire senza l'adozione delle procedure di evidenza pubblica previste dal Codice dei contratti pubblici. Viceversa, laddove l'importo complessivo delle opere si situasse al di sopra dell'importo considerato dalle direttive comunitarie, allora anche la porzione di opere di urbanizzazione primaria di tipo funzionale, ancorché in sé di valore inferiore alla predetta soglia, dovrebbe essere ricompresa nell'ambito degli affidamenti che la stazione appaltante è tenuta a gestire nel (dovuto) rispetto del Codice dei contratti pubblici e ciò perché attratta verso la soglia comunitaria in ragione del valore totale delle opere di urbanizzazione da realizzare.

La Commissione speciale ha escluso la necessità di prospettare una "interpretazione comunitariamente orientata" di quanto scritto al sottopunto 2.2 delle Linee guida n. 4 del 2018.

Ed invero, l'art. 16, comma 2 *bis*, d.P.R. n. 380 del 2001 contiene una evidente (ed eccezionale) deroga normativa all'applicazione delle disposizioni codicistiche in materia di affidamento di commesse pubbliche laddove l'esecuzione di opere di urbanizzazione primaria (purché realizzate "Nell'ambito degli strumenti attuativi e degli atti equivalenti comunque denominati nonché degli interventi in diretta attuazione dello strumento urbanistico generale, (...) funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, (...)") sia attuata direttamente dal titolare dell'abilitazione a costruire e l'importo delle stesse sia inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria.

Ha premesso la Commissione che per "opere funzionali" si intendono le opere di urbanizzazione primaria (ad es., fogne, strade e tutte gli ulteriori interventi elencati, in via esemplificativa, dall'art. 16, comma 7, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) la cui realizzazione è diretta in via esclusiva al servizio della lottizzazione ovvero della realizzazione dell'opera edilizia di cui al titolo abilitativo a costruire (quest'ultimo nelle varie articolazioni previste dalle leggi, anche non nazionali) e, comunque, solo quelle assegnate alla realizzazione a carico del destinatario del titolo abilitativo a costruire e da quest'ultimo specificate. La Commissione ha quindi ribadito che il calcolo complessivo delle opere di urbanizzazione, intesa nella sua interezza, è dato dalla somma di tutte le opere di urbanizzazione che il privato deve realizzare a scomputo, funzionali e non. Tale operazione, avente dunque ad oggetto la definizione dell'importo complessivo al quale ammonta la realizzazione delle opere di urbanizzazione, deve essere effettuata prima di ogni ulteriore valutazione circa la possibilità di applicazione della deroga di cui all'art. 16, comma 2 *bis*, d.P.R. n. 380 del 2001, giacché l'operatività di quest'ultima resta direttamente condizionata dall'esito dell'accertamento in ordine al calcolo complessivo delle opere di urbanizzazione da

realizzarsi. Se il valore complessivo di tali opere – qualunque esse siano – non raggiunge la soglia comunitaria, calcolata ai sensi dell'art. 35, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, solo allora il privato potrà avvalersi della deroga di cui all'art. 16, comma 2 *bis*, d.P.R. n. 380 del 2001 ed esclusivamente per quelle funzionali. Al contrario, qualora il valore complessivo di tali opere superi la soglia comunitaria, il privato sarà tenuto al rispetto delle regole di cui al Codice di contratti pubblici sia per le opere funzionali che per quelle non funzionali.
In conclusione, l'insieme delle opere di urbanizzazione il cui onere è accollato al titolare del permesso di costruire come scomputo degli oneri di urbanizzazione, deve essere considerato nel suo insieme come se fosse un'unica opera pubblica da realizzarsi contestualmente, sia pure costituita da diverse tipologie (opere di urbanizzazione primaria, primaria funzionali, secondaria) le quali, ciascuna per sé, possono essere considerate come singoli lotti in relazione alla loro singola natura (fogne, strade, illuminazione, etc.). Ne consegue che, per valutare se questo complessivo appalto virtualmente unitario, composto da più opere disomogenee, superi o meno la soglia comunitaria, in applicazione dell'art. 35, comma 9, del Codice occorre sommare il valore di ciascuna di esse.
Con un secondo quesito l'Anac ha chiesto conferma se l'art. 35, comma 11, del Codice dei contratti pubblici ammetta, in coerenza con quanto stabilito dall'art. 5, par. 10, della direttiva 2014/24/UE, che uno o più lotti possano essere scorporati dai restanti lotti di cui si compone l'opera, a condizione, per i lavori, che il singolo lotto valga meno di 1 milione di euro e che la sommatoria dei lotti scorporati (e aggiudicati) meno del 20% del valore complessivo dell'opera.
La Commissione speciale ha ritenuto che tale lettura della norma non si ponga in contrasto con il tenore letterale dell'art. 5, par. 10 della direttiva 2014/24/UE ed anzi costituisca uno strumento di "tolleranza" applicabile ogni qualvolta occorra sommare il valore di un affidamento suddiviso in più lotti. Per semplificare, anche in questo caso il ragionamento e renderlo più comprensibile, si deve richiamare l'osservazione sopra espressa secondo cui il coacervo delle opere di urbanizzazione a scomputo addossate al titolare del permesso di costruire deve essere considerato, agli effetti del calcolo delle soglie, come una unica "opera prevista" oggetto di un unico appalto. Si è già precisato che se la sommatoria di tale coacervo supera la soglia europea tutte le opere dovranno essere assoggettate al codice. Si rende tuttavia applicabile in questo caso anche l'art. 35, comma 11, del Codice, il quale, in diretta, letterale e pedissequa applicazione dell'art. 5, par. 10 della direttiva 2014/24/UE, stabilisce che, in via di eccezione, quando un'opera prevista può dar luogo ad appalti aggiudicati per lotti separati, e quand'anche il valore complessivo stimato della totalità dei lotti di cui essa si compone sia superiore alla soglia, ciò non ostante ai lotti

frazionati in questione non si applica la direttiva, e dunque possono essere aggiudicati senza le procedure in essa previste come obbligatorie. Ciò può avvenire però a due condizioni: a) che, i lotti in cui è stata frazionata l'"opera prevista" siano ciascuno inferiore a € 1.000.000,00; b) che la somma di tali lotti non superi il 20 per cento della somma di tutti i lotti in cui l'opera prevista è stata frazionata. In questo caso per "opera prevista" si deve intendere, appunto, il coacervo delle opere di urbanizzazione addossate al titolare del permesso. In questo senso, sarebbe possibile scorporare il lotto relativo alle opere di urbanizzazione primaria funzionali, affidandolo in via diretta ai sensi dell'art. 16, comma 2 *bis*, d.P.R. n. 380 del 2001, anche se il valore complessivo dell'opera fosse di rilevanza comunitaria, a condizione che esso fosse di valore inferiore a € 1.000.000,00, e non superasse il venti per cento di tutte le opere a scomputo addossate al titolare.

6.12. Pareri Anac di precontenzioso.

La Commissione speciale ha reso il parere n. 2781 del 28 novembre 2018 sulle Linee guida Anac relative al rilascio dei pareri di precontenzioso ai sensi dell'art. 211, d.lgs. n. 50 del 2016.

Il parere reso è stato favorevole con osservazione, come quella relativa alla disposizione che disciplina l'archiviazione delle istanze, comprendendo quelle inammissibili ed improcedibili.

Ha osservato la Commissione che l'archiviazione di una istanza non è compatibile con la sua definizione in termini di inammissibilità o di improcedibilità. La inammissibilità e la improcedibilità, infatti, non hanno valenza procedurale ma sostanziale, nel senso che esse determinano la reiezione della domanda, a prescindere che sia stato valutato il merito della questione sottostante. Quindi, procedere alla mera "archiviazione" costituirebbe semplicemente un *non liquet* non previsto dalla legge. Ne consegue che l'inammissibilità o improcedibilità costituiscono una decisione che può essere assunta solo dal Collegio. Né, al fine di rispettare la competenza decisionale del Collegio, appare sufficiente la mera comunicazione mensile dell'elenco delle archiviazioni disposte. All'uopo appare necessaria, almeno, una ratifica da parte del Collegio delle inammissibilità o improcedibilità proposte dall'Ufficio. Ciò anche al fine di rendere concretamente effettiva l'iniziativa del Collegio circa la sottoposizione ad esame e decisione delle istanze inammissibili riguardanti questioni giuridiche ritenute rilevanti.

Nello schema sottoposto all'esame del Consiglio di Stato l'Anac ha previsto che negli appalti diversi da quelli ad alta intensità di manodopera l'introduzione della clausola sociale sia legittima, ma rimessa ad una scelta della stazione appaltante, e quindi facoltativa.

Sul punto la Commissione ha concordato con l'interpretazione, costituzionalmente

orientata, proposta dall'Autorità anticorruzione perché coerente con la considerazione di principio per cui la clausola in esame rappresenta un limite alla libertà di iniziativa economica, che deve essere proporzionato agli obiettivi da raggiungere; è allora evidente che il fine di proteggere l'occupazione assume rilievo tale da imporre senz'altro l'intervento in esame soltanto negli appalti ad alta intensità di manodopera, mentre negli altri casi ci si può rimettere alla discrezionalità delle stazioni appaltanti. E' appena il caso di osservare che, astrattamente, anche negli appalti sottosoglia può presentarsi una situazione di alta intensità.
La commissione speciale si è detta, invece, contraria a precludere in assoluto l'inserzione della clausola sociale negli appalti in cui la prestazione di lavoro sia "scarsamente significativa" ovvero "irrilevante", trattandosi di concetti indeterminati e non essendo razionale proibire di offrire la protezione della clausola solo perché i lavoratori interessati sono poco numerosi, dato che oltretutto proprio in questi casi potrebbe essere più agevole riassorbirli.

6.13. Regolamento Anac sulla legittimazione ad agire dinanzi al giudice amministrativo.

Con parere n. 1119 del 26 aprile 2018 la Commissione speciale ha pronunciato sullo schema di regolamento Anac sulla legittimazione ad agire in giudizio dinanzi al giudice amministrativo.
Ha ricordato la Commissione che si tratta in realtà di un istituto non nuovo, essendo sostanzialmente analogo a quello previsto dall'art. 21 *bis*, l. 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato) che consente all'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato di agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato (comma 1), previo parere motivato, nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate, laddove l'amministrazione non si sia conformata (comma 2).
L'art. 21 *bis*, l. n. 287 del 1990 ha superato lo scrutinio di legittimità costituzionale, avendo il giudice delle leggi (sentenza 14 febbraio 2013, n. 20) escluso che sia stato così introdotto un nuovo e generalizzato controllo di legittimità da parte di un'autorità statale (nel caso di specie dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato), ritenendo al contrario trattarsi di un "…potere di iniziativa finalizzato ad una più complessa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato", comunque "…non generalizzato perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato…", che si attua "…in una prima fase a carattere consultivo (parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate), e in una seconda (eventuale) fase di

impugnativa in sede giurisdizionale, qualora la pubblica amministrazione non si conformi al parere stesso".
Tali conclusioni, che ben si attagliano anche allo specifico potere di azione ora riconosciuto all'Autorità, rendono manifesto che si è in presenza di un peculiare strumento di vigilanza collaborativa (con le stazioni appaltanti) che si coniuga con i più generali poteri di vigilanza e controllo (delineati dall'art. 213 del Codice) per assicurare - quanto più possibile - il pieno ed effettivo rispetto dei principi su cui sono imperniati gli appalti pubblici: se ciò risulta di pregnante evidenza quanto alla previsione di cui all'art. 211, comma 1 *ter* (laddove, per un verso, il parere motivato si atteggia quale presupposto sollecitatorio di un eccezionale esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante e, per altro verso, il ricorso al giudice da parte dell'Autorità è da considerare come l'*extrema ratio* a tutela dell'interesse pubblico e per sanare la divergenza tra due soggetti pubblici, l'autorità e la stazione appaltante), ad identiche conclusioni può giungersi anche con riferimento alla previsione di cui al comma 1 *bis*, non potendo escludersi che (fermo quanto si dirà oltre circa l'unicità o la duplicità del potere di azione di cui si discute) anche il ricorso diretto, sia pur con una modalità più incisiva di quello mediato con il parere motivato, costituisca una forma di vigilanza collaborativa ai fini della tutela dell'interesse pubblico alla legittimità ed alla legalità dell'azione amministrativa in materia di procedure relative all'affidamento di contratti pubblici, che si ritiene violata.
Sotto altro concorrente profilo non sembra potersi ragionevolmente negare che il potere di cui si discute, anche per la sua collocazione sistematica (parte IV, Disposizioni finali e transitorie; capo II, Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale; *sub* art. 211, rubricato "Pareri di precontenzioso dell'Anac") abbia finalità *latu sensu* deflattive del contenzioso, in particolare con riguardo alla previsione di cui al comma 1 *ter*.
La Commissione speciale ha poi affermato che il Regolamento in esame ha natura mista, in parte attuativo della delega ed in parte organizzativo.
Ha aggiunto che alle Autorità indipendenti in generale, e a quelle di regolazione nello specifico, il potere regolamentare spetta quale corollario delle attribuzioni loro riconosciute dalla legge, potere strettamente connesso all'elemento di indipendenza che le connota e che consente loro di esercitare direttamente i compiti di regolazione e controllo dei settori alla cui salvaguardia sono preposte.
Per quanto concerne la tipologia di regolamenti che le Autorità indipendenti sono legittimate ad adottare, la disamina può prendere come punto di riferimento il catalogo previsto dall'art. 17, l. 23 agosto 1988, n. 400.
Il Regolamento in esame può dunque in parte ascriversi alla categoria dei regolamenti di organizzazione, essendo volto a disciplinare il procedimento che deve essere seguito nell'esercizio dei poteri speciali introdotti dai commi 1 *bis* e 1 *ter*

dell’art. 211 del Codice dei contratti pubblici e rientra quindi nella fattispecie delineata dalla lett. d) del comma 1 dell’art. 17, l. n. 400 del 1988, che prevede che il potere regolamentare possa essere esercitato per “l’organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni” . In virtù della delineata natura anche organizzativa del Regolamento in questione non sembrano configurarsi problemi di eccesso di delega.

6.14. Linee guida Anac per l’affidamento del servizio di vigilanza privata.

La Commissione speciale ha reso il parere n. 1173 del 3 maggio 2018 sullo schema delle nuove Linee guida Anac per l’affidamento del servizio di vigilanza privata, resesi necessarie dopo il primo correttivo al Codice dei contratti.

La Commissione speciale ha premesso che la materia dei servizi di vigilanza privata è molto delicata perché, per un verso, afferisce a settori che in qualche modo sono al confine con l’ordine e la sicurezza pubblica e con le attività svolte dalle forze di polizia; per altro verso, non c’è dubbio che si tratta di una attività di carattere economico-imprenditoriale che naturalmente deve essere considerata anche sotto il profilo del rispetto della concorrenza.

Ha quindi ricordato che il t.u.l.p.s. disciplina l’attività di vigilanza privata prevedendo due diverse modalità di svolgimento della stessa. La prima è contemplata dall’art. 133 e riguarda l’ipotesi in cui la vigilanza privata sia esercitata direttamente dal proprietario dei beni (enti pubblici, enti collettivi, soggetti privati), attraverso l’impiego di guardie particolari. La seconda modalità è contemplata dall’art. 134 e consiste nello svolgimento dell’attività di vigilanza, previa autorizzazione prefettizia, da parte di persone giuridiche private o singole persone fisiche che impieghino il propri dipendenti, in via professionale e in forma imprenditoriale, riconosciute come guardie giurate, al servizio di proprietà mobiliari o immobiliari. La licenza per l’esercizio dell’attività di vigilanza è rilasciata dal Prefetto in presenza di particolari presupposti e requisiti indicati agli artt. 134, 136, 138 del t.u.l.p.s..

Le modalità di presentazione della domanda per il rilascio della licenza di cui all’art. 134 del t.u.l.p.s. è disciplinata dall’art. 257 del Regolamento, il quale prevede, tra l’altro, che tale istanza deve indicare il soggetto che la richiede, la composizione organizzativa e l'assetto proprietario dell'istituto, l'indicazione dell'ambito territoriale, anche in province o regioni diverse, in cui l'istituto intende svolgere la propria attività, l'indicazione dei servizi per i quali si chiede l'autorizzazione, dei mezzi e delle tecnologie che si intendono impiegare. La domanda è corredata del progetto organizzativo e tecnico-operativo dell'istituto, nonché della documentazione comprovante il possesso delle capacità tecniche occorrenti, proprie e delle persone preposte alle unità operative dell'istituto, e la disponibilità dei mezzi finanziari, logistici e tecnici occorrenti per l'attività da svolgere e le relative caratteristiche, conformi

alle disposizioni in vigore. Il successivo art. 257 *bis* disciplina, inoltre, le modalità di presentazione della domanda per ottenere la licenza di cui al citato art. 134 t.u.l.p.s. per le attività di investigazione, ricerche e raccolta di informazioni per conto di privati.

L'art. 257, comma 4, del Regolamento demanda poi ad un decreto del Ministro dell'interno la definizione delle caratteristiche minime cui deve conformarsi il progetto organizzativo ed i requisiti minimi di qualità degli istituti e dei servizi di cui all'art. 134 t.u.l.p.s., nonché i requisiti professionali e di capacità tecnica richiesti per la direzione dell'istituto e per lo svolgimento degli incarichi organizzativi. A tale ultima disposizione regolamentare è stato dato seguito con il decreto del Ministero dell'Interno 1 ottobre 2010, n. 269. Il rispetto delle previsioni del citato decreto è certificato dagli organismi di certificazione indipendente iscritti nell'elenco tenuto dallo stesso Ministero dell'interno – Dipartimento della pubblica sicurezza. La scelta dell'ordinamento di subordinare l'ingresso nel mercato della vigilanza privata a specifici e stringenti requisiti organizzativi e professionali, oggetto della suddetta certificazione, deriva dalla particolare natura dei servizi che gli operatori economici del settore sono chiamati a svolgere, anche in considerazione, come detto, della vicinanza tra questo genere di attività e alcune tipologie di attività svolte dalle forze di polizia.

Nello schema di Linee guida, l'Anac ha preso posizione sulla prassi seguita dalle stazioni appaltanti di indire gare aventi ad oggetto l'attività di portierato o di global service e/o di servizi integrati, che in qualche modo contemplino anche lo svolgimento di servizi di vigilanza, considerandola non permessa dal nostro ordinamento. L'Autorità ha infatti ritenuto che le società di portierato, di *global* service e di servizi integrati possano svolgere esclusivamente le attività indicate nell'oggetto sociale, in quanto operanti senza le autorizzazioni ed i controlli cui sono invece soggetti gli istituti di vigilanza privata, ma certamente non anche il servizio di vigilanza privata. Ha reputato necessario escludere ogni commistione tra il servizio di vigilanza privata e i servizi fiduciari, quali il portierato e il servizio di reception, in conformità al dettato normativo ed in ragione delle diverse prestazioni di cui si compongono i predetti servizi. Invero, l'attività di portierato – non più soggetta ad autorizzazione di polizia e, dunque, liberalizzata - si caratterizza per essere destinata a garantire l'ordinata utilizzazione dell'immobile da parte dei fruitori senza che vengano in rilievo finalità di prevenzione e sicurezza.

La Commissione speciale ha convenuto con l'Anac che la prassi finora seguita dalle stazioni appaltanti di indire gare aventi ad oggetto l'attività di portierato o di global service e/o di servizi integrati che contemplino anche lo svolgimento di servizi di vigilanza non possa più essere avallata a meno che sia aggiudicata ad operatori economici che abbiano tutti i requisiti oggettivi e soggettivi previsti per lo svolgimento

di tutte le predette attività, ivi inclusa l'autorizzazione prefettizia di cui prima si è parlato.
Ciò sulla base delle seguenti ragioni. La prassi di aggregare le suddette attività eterogenee in un'unica procedura e di non richiedere nella *lex specialis*, quale requisito di idoneità, l'autorizzazione prefettizia normativamente prevista per il servizio di vigilanza privata, comporta il rischio che pervengano offerte da soggetti non vincolati né al possesso della licenza *ex* art. 134 t.u.l.p.s. né al rispetto dei contratti di settore, con evidenti rischi per lo sviluppo di un corretto confronto competitivo. In questo modo, infatti, si realizzerebbe un'elusione dell'obbligo di possedere l'autorizzazione prefettizia per lo svolgimento di questo genere di servizio. Al contrario, la stazione appaltante ha non solo l'onere di indicare nel bando di gara che il servizio di vigilanza privata non può essere svolto senza la necessaria licenza, ma ha anche il dovere di verificare che all'atto della stipula del contratto di affidamento del servizio di vigilanza privata il soggetto aggiudicatario possegga detta autorizzazione e la mantenga per tutta l'esecuzione del contratto. Il rispetto di tale procedura si rende necessario al fine di scongiurare il rischio che l'offerta dell'aggiudicatario, seppur astrattamente più conveniente, non sia idonea a garantire la qualità e la regolare esecuzione del servizio di vigilanza privata, poiché l'aggiudicatario privo della licenza *ex* art. 134 t.u.l.p.s. non può effettuare interventi di vigilanza attiva a tutela del patrimonio e del pubblico, non disponendo di personale a ciò autorizzato e in possesso delle necessarie qualifiche professionali e attrezzature.
Ha aggiunto la Commissione che la diversità delle prestazioni di cui si compongono, rispettivamente, i servizi di vigilanza privata e i servizi fiduciari (portierato e *reception*) conduce a non ritenere i primi assimilabili e sostituibili dai secondi. Per tale motivo, si deve concludere che l'eventuale commistione con altri servizi nuoce alla qualità di quello di vigilanza.
La Commissione ha peraltro considerato il risparmio di spesa, per la stazione appaltante, nell'effettuare un'unica gara comprendente più servizi al fine di evitare che alle gare possano essere ammessi soggetti non abilitati dal possesso della licenza prefettizia, occorre articolare la procedura selettiva in modo che i lotti di vigilanza attiva siano comunque separati da quelli di vigilanza passiva. La soluzione al problema in esame può dunque essere rinvenuta nella suddivisione dell'appalto in lotti, purché vengano rispettate le condizioni indicate dall'Anac; ha precisa l'Autorità che, nel prevedere lotti distinti per ciascun servizio, "rimane l'obbligo per la stazione appaltante di indicare dettagliatamente nei documenti di gara i singoli servizi richiesti, precisando in relazione a ciascuno di essi i requisiti necessari per la partecipazione alla gara e quelli necessari per l'esecuzione, ivi comprese le autorizzazioni". Ne deriva che, per il lotto relativo al servizio di vigilanza privata deve necessariamente

essere richiesta quale condizione di partecipazione il possesso della licenza prefettizia, verificando che l'aggiudicatario possegga detta autorizzazione non solo al momento dell'affidamento ma anche per tutta la durata dell'esecuzione del contratto.

6.14. Contratti di acquisto o locazione di immobili.

Con parere 10 maggio 2018, n. 1241, la Commissione speciale ha affermato che l'art. 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, così come modificato dall'art. 5, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, letto in combinato disposto con l'art. 17, lett. a), dello stesso Codice dei contratti comporta che in riferimento ai contratti "aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni" vanno rispettati i principi "di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica" previsti dall'art. 4 per tutti i contratti pubblici esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del codice; conseguentemente, la vigilanza e il controllo sui detti contratti pubblici sono attribuiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione ai sensi dell'art. 213 dello stesso Codice.

Ha ricordato la Commissione speciale che con il parere n. 855 del 1° aprile 2016 (sullo schema del codice dei contratti pubblici) il Consiglio di Stato aveva espresso l'auspicio che in futuro il codice degli appalti potesse diventare il codice dei contratti pubblici *tout court*, compresi quelli "attivi" ancora regolati dalla legislazione di contabilità di Stato, ma non disciplinati dal codice, mancando un principio espresso di delega in tale senso.

Con il successivo parere n. 782 del 30 marzo 2017 (sullo schema delle disposizioni integrative e correttive al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), il Consiglio di Stato, in riferimento all'art. 4 del codice, non toccato dallo schema del correttivo, dopo avere richiamato l'auspicio contenuto nel precedente parere n. 855 del 2016, ha formulato il rilievo che "Per tali contratti attivi non si dubita che, oltre a doversi rispettare eventuali specifiche regole contenute nella legislazione di contabilità di Stato e nelle discipline settoriali, vanno rispettati i principi generali di tutela della concorrenza e parità di trattamento".

L'art. 1, lett. n), della legge delega pone tra i criteri direttivi quello della individuazione dei "contratti esclusi" dall'ambito di applicazione del codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione.

Il principio di delega è stato già interpretato, dal codice, nel senso che oltre a individuarsi i contratti esclusi, vada per essi dettato un "nucleo minimo" di "principi" applicabili, e a tanto provvede l'art. 4 del codice.

Non vi è dubbio che i "contratti attivi" rientrino tra i contratti esclusi.

Pertanto i principi di cui all'art. 4 del codice andrebbero estesi anche ai contratti

attivi, e a tal fine nell'art. 4, comma 1, dopo le parole "contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture," andrebbero aggiunte le parole "dei contratti attivi,"

Questa indicazione è stata recepita integralmente dall'art. 5, d.lgs. n. 56 del 2017. Con riferimento all'orientamento espresso dal parere n. 782/2017 e al suo recepimento nell'attuale testo normativo la Commissione speciale ha precisato che i contratti "esclusi, in tutto o in parte" dall'ambito di applicazione oggettiva delle direttive e, quindi, del codice sono pur sempre contratti che, in astratto, potrebbero rientrare nel settore, ordinario o speciale, di attività ivi contemplati (in riferimento ai soggetti comunque tenuti al rispetto del codice), ma che, per diverse ragioni (enunciate nei considerando delle direttive), vengono eccettuati con norme di esenzione.

Come l'Adunanza Plenaria ha già avuto modo di evidenziare a proposito dell'art. 217, d.lgs. n. 163 del 2006 e delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, dagli appalti semplicemente "esclusi" –ossia rientranti in astratto nell'ambito di applicazione delle direttive ma specificamente "esentati"- occorre distinguere gli appalti del tutto "estranei" agli ambiti di azione delle direttive, emergendo dal quadro normativo "[…] una diversificazione delle cause di esclusione degli appalti dall'ambito di applicazione delle direttive. In particolare, nel *genus* esclusioni possano individuarsi almeno due tipologie, aventi una diversa *ratio*, gli appalti "esenti" e gli appalti "estranei". Gli appalti "esenti" sono quelli in astratto rientranti nei settori di intervento delle direttive, ma che ne vengono esclusi per ragioni *latu sensu* di politica comunitaria, quali, ad es., gli appalti segretati, o i servizi di arbitrato e conciliazione, o acquisto o locazione di terreni e fabbricati, e le stesse concessioni di servizi. […]. Gli appalti "estranei" sono quelli esclusi perché sono del tutto al di fuori dei settori di intervento delle direttive o dello stesso ordinamento comunitario, quali gli appalti da eseguirsi al di fuori del territorio dell'Unione (art. 15, direttiva 2004/18/CE e art. 22, direttiva 2004/17/CE), o quali gli appalti aggiudicati dagli enti aggiudicatori dei settori speciali per fini diversi dall'esercizio delle attività nei settori speciali (art. 20, direttiva 2004/17/CE). […]" (Cons. St., A.P., n. 16 del 2011 cit.).

Queste conclusioni si addicono, ad avviso della Commissione speciale, anche alla disciplina risultante dalle direttive sopravvenute 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE e dall'attuale codice dei contratti pubblici e comportano, con riferimento ai contratti aventi ad oggetto terreni fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni che, come detto in premessa, i contratti passivi di acquisto e di locazione nei quali la p.a. sia conduttore rientrano tra i contratti c.d. esclusi dall'ambito oggettivo delle direttive e del codice, ma dalle une e dall'altro espressamente contemplati nelle norme di esenzione; i contratti attivi di alienazione e di locazione nei quali la p.a. sia locatore sono invece del tutto estranei alle previsioni delle direttive; ne è conseguita la loro totale estraneità anche alle previsioni

originarie del d.lgs. n. 50 del 2016.
Tuttavia, quando il legislatore del correttivo, dando seguito al rilievo contenuto nel parere n. 782/2017, ha inserito espressamente i "contratti attivi" nell'art. 4 del codice, ha fatto sì che contratti estranei, per causa ed oggetto, all'ambito di azione delle direttive "appalti pubblici", in forza di tale specifica previsione dell'ordinamento interno vengano assoggettati ai principi dei Trattati e perciò accomunati, per questo aspetto, ai contratti c.d. esclusi. L'effetto dell'intervento correttivo-integrativo, coerentemente con la ratio di ampliamento delle tutele che lo ha determinato, non può certo essere quello di estendere l'applicazione dei principi dei Trattati ai contratti del tutto estranei alla disciplina del codice ed, invece, sottrarre all'applicazione di questi principi, come richiamati dall'art. 4, i contratti che, pur esclusi dall'ambito di applicazione oggettiva del codice, da questo sono espressamente contemplati sia nello stesso art. 4 che nell'art. 17.
Il testo attuale dell'art. 4, quale risulta dopo l'interpolazione di cui all'art. 5 del correttivo, è peraltro coerente con tale conclusione, consentendo comunque quel collegamento tra l'art. 4 e l'art. 17, per nulla messo in dubbio a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, così come era stato reputato pressoché scontato nei rapporti tra gli artt. 19 e 27, d.lgs. n. 163 del 2006.
Infatti, va sottolineato come il richiamo dei "principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica" da rispettare nell'affidamento dei contratti pubblici è riferito dalla disposizione del codice, senza alcuna limitazione, all'affidamento "dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice".
Evidente è nel testo di legge la mera aggiunta della categoria dei "contratti attivi" (non a caso racchiusa in un inciso compreso tra due virgole) alla preesistente categoria dei contratti aventi ad oggetto lavori servizi e forniture; entrambe le categorie sono poi accomunate dall'esclusione dall'ambito di applicazione oggettiva del codice, pur dovendosi intendere la nozione di "esclusione" nella differente accezione di "esenzione" per la prima categoria e di "estraneità" per la seconda.
Quanto poi all'individuazione dei contratti da ricomprendersi nell'ambito della prima categoria, è sempre stato chiaro agli interpreti che tra i contratti pubblici "aventi ad oggetto […] forniture", di cui all'art. 4 del codice (già art. 27, d.lgs. n. 163 del 2006) dovessero essere compresi i contratti di acquisto di immobili di cui all'art. 17, lett. a (già art. 19, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 163 del 2006), in quanto, come evidenziato anche da questo Consesso nel parere n. 855 del 1° aprile 2016, nel codice sono disciplinate forme contrattuali non solo riconducibili agli appalti, ma pure ad altri tipi contrattuali; anche perché la nozione comunitaria di appalto è ben

più ampia di quella interna, delineata dal codice civile.
Perciò, la modifica dovuta all'art. 5, d.lgs. n. 56 del 2017 ha comportato un ampliamento, non certo una riduzione, della portata applicativa dell'originario art. 4 del codice dei contratti pubblici.

6.15. Affidamento diretto a società *in house providing*.

La sez. I ha reso il parere (8 novembre 2018, n. 2583), richiesto dalla Regione Piemonte, in ordine alla possibilità di società *in house providing*, costituita ai sensi dell'art. 5, l. reg. Piemonte 11 luglio 2016, n. 14 – di ricevere affidamenti diretti dall'Amministrazione regionale, pur acquisendo partecipazioni private, purché nel limite di un terzo del capitale sociale e senza riconoscimento di nessun potere di veto né di influenza dominante. In particolare, la Regione Piemonte ha chiesto di definire la portata della locuzione "prescritta", utilizzata all'art. 16, comma 1, d.lgs. 19 agosto 2016, n.175 "Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica", il quale stabilisce che le società *in house* possono ricevere affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto, solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella "prescritta" da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.
Il dubbio verte sulla possibilità di interpretare il termine "prescritta" in senso esclusivamente precettivo, cioè come "obbligo" imposto dalla legge, oppure in senso più ampio, includendo le ipotesi in cui la legge - come nel caso della l. reg. Piemonte n. 14 del 2016 -, "consente" o "ammette" la presenza di privati, sempreché sia rispettato il requisito dell'assenza di controllo, potere di veto o influenza dominante.
In sostanza, la Regione Piemonte chiede di conoscere se detta locuzione possa interpretarsi nel senso che la legge "prescrive che possa consentirsi" la presenza di privati o, al contrario, se debba intendersi nel senso che la legge "obbliga la presenza di privati".
Con l'espressione *in house providing* si fa riferimento all'affidamento di un appalto o di una concessione da parte di un ente pubblico in favore di una società controllata dall'ente medesimo, senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica, in virtù della peculiare relazione che intercorre tra l'ente pubblico e la società affidataria.
La società *in house* è una società dotata di autonoma personalità giuridica che presenta connotazioni tali da giustificare la sua equiparazione ad un "ufficio interno" dell'ente pubblico che l'ha costituita, una sorta di *longa manus*; non sussiste tra l'ente e la società un rapporto di alterità sostanziale ma solo formale. Queste caratteristiche della società *in house* giustificano e legittimano l'affidamento diretto,

senza previa gara, per cui un'amministrazione aggiudicatrice è dispensata dall'avviare una procedura di evidenza pubblica per affidare un appalto o una concessione. Ciò in quanto, nella sostanza, non si tratta di un effettivo "ricorso al mercato" (outsourcing), ma di una forma di "autoproduzione" o, comunque, di erogazione di servizi pubblici "direttamente" ad opera dell'amministrazione, attraverso strumenti "propri" (*in house providing*). La società *in house*, infatti, avrebbe della società solo la forma esteriore, costituendo, in realtà, un'articolazione in senso sostanziale della pubblica amministrazione da cui promana e non un soggetto giuridico ad essa esterno e da essa autonomo. Una tale configurazione, si giustifica in base al fatto che solo quando la società affidataria è partecipata in modo determinante dall'ente pubblico, esercita in favore del medesimo la parte più importante della propria attività ed è soggetta al suo controllo in termini analoghi a quello in cui si esplica il controllo gerarchico dell'ente sui propri stessi uffici, non sussistono esigenze di concorrenza e, quindi, si può escludere il preventivo ricorso a procedure di evidenza pubblica.
Le origini di tale istituto si rinvengono nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, espressione del principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche di cui all'art. 2 della direttiva 2014/23/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, che afferma che "le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni".
In sostanza, un affidamento diretto ad un soggetto che non è sostanzialmente diverso dall'amministrazione affidante non può dare luogo alla lesione dei principi del Trattato ed, in particolare, del principio di concorrenza, proprio perché si tratta non di esternalizzazione, ma di autoproduzione della stessa amministrazione. L'*in house* segna, dunque, una delicata linea di confine tra i casi in cui non occorre applicare le direttive appalti e concessioni e la relativa normativa nazionale di trasposizione, ed i casi in cui invece è necessaria l'applicazione.
Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) all'art. 5 disciplina l' *in house*. Ai sensi dell'art. 5, comma 1, primo periodo, in presenza di determinate condizioni, le norme del Codice non si applicano ai contratti aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una "persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato"; ciò significa che i confini dell'*in house* sono stati estesi

al di fuori del fenomeno delle società di diritto privato comprendendovi anche gli enti pubblici. Per l'individuazione dell'*in house* sono richiesti adesso tre requisiti: 1) controllo analogo; 2) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata deve essere effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'ente controllante; 3) partecipazione totalitaria.
In ordine al controllo analogo, è stabilito che "un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ... qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata" (art. 5, comma 1, lett. a).
Quanto alla prevalenza dell'attività *intra moenia*, è previsto che oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata deve essere effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'ente controllante (art. 5, comma 1, lett. b). Per determinare la citata percentuale deve prendersi in considerazione il fatturato totale medio, o altra idonea misura alternativa basata sull'attività quale ad esempio i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione (art. 5, comma 7). Ove a causa della recente data di costituzione della persona giuridica o dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, i criteri citati non fossero utilizzabili "è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile" (art. 5, comma 8). Il requisito della partecipazione pubblica totalitaria è divenuto autonomo rispetto a quello del controllo analogo e sono state consentite forme di partecipazione diretta di capitali privati ma a condizione che la partecipazione dei capitali privati sia prevista a livello legislativo, in conformità dei Trattati, e non consenta l'esercizio di un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Secondo una parte della giurisprudenza, l'elemento caratterizzante della prevalente destinazione dell'attività svolta a favore dall'ente pubblico affidante, non dovrebbe essere svolta in termini meramente quantitativi (relativi, ad esempio, al fatturato e alle risorse economiche impiegate), ma renderebbe necessario considerare anche gli aspetti qualitativi, nonché la prospettiva economica in cui l'attività accessoria eventualmente si ponga.
Il d.lgs. n. 175 del 2016, viceversa, stabilisce, in linea con quanto prescritto dalle direttive comunitarie (cfr. art. 12 della direttiva cd. appalti), che gli statuti delle società *in house* devono prevedere che "oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci", ma, innovando rispetto ad esse, consente che "la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economia di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso

dell'attività principale della società".
Nel mettere a confronto la disciplina contenuta nel codice dei contratti e quella del Testo unico delle società partecipate, il parere ha chiarito che mentre il Codice dei contratti pubblici consente la partecipazione di soci privati nella società *in house* solo se previsto da una legge statale, il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica la consente anche se prevista da una legge regionale.
L'apparente contrasto tra le due norme sembra superabile ritenendo che quando la persona giuridica è controllata da un ente regionale, in relazione a competenze regionali, l'art. 16, comma 1, d.lgs. n. 175 del 2016 consente al legislatore regionale di prevedere l'ingresso di capitali privati in società *in house*, alle condizioni consentite dall'ordinamento e nei limiti delle proprie competenze legislative.
Del resto, va anche osservato che l'art. 16, d.lgs. n. 175 del 2016 costituisce norma di pari rango rispetto all'art. 5 del Codice dei contratti ma è successiva a quest'ultima e, quindi, nei limiti indicati, deve ritenersi prevalente a quest'ultima in applicazione del criterio cronologico.
Tratteggiato un chiaro quadro dell'*in house*, la Sezione ha affermato, con riferimento al primo quesito, che l'eventuale ingresso di soci privati (nei limiti e con le procedure indicate), non impedirebbe alla società di continuare a ricevere affidamenti diretti dalla Regione Piemonte, posto che: a) la società *in house* ha un oggetto sociale predefinito, individuato dal legislatore regionale nella prestazione di un servizio di interesse generale ricadente nell'esercizio delle funzioni tipiche dell'ente regionale e, cioè, l'esercizio dell'attività di promozione, accoglienza e informazione turistica in Piemonte; b) l'Amministrazione regionale continuerebbe ad esercitare sulla Società il controllo analogo; c) la l. reg. Piemonte n. 14 del 2016 e lo Statuto della Società ammettono la partecipazione di soci privati nella Società, nei limiti ed alle condizioni stabilite dalla normativa di riferimento; d) in ogni caso, la normativa regionale va applicata ed interpretata nel rispetto di quella sovranazionale, come stabilito dall'art. 4, l. reg. n. 14 del 2016, il quale stabilisce che possono essere soci anche soggetti privati (interessati alla promozione e allo sviluppo del turismo in Piemonte) "nel rispetto del diritto dell'Unione Europea".
Relativamente al secondo quesito, deve ritenersi che la locuzione "prescritta" utilizzata all'art. 16, d.lgs. n. 175 del 2016 non debba essere intesa in senso precettivo (come "obbligo" imposto dalla legge) ma possa intendersi nel senso che la presenza di privati in una società è ammissibile alle condizioni previste dalla normativa sopra richiamata, evitando che il privato possa vantare forme di controllo, poteri di veto o un'influenza dominante sulla società e fermi restando gli altri requisiti, presupposti e condizioni utili per configurare una società *in house*.
In tal senso risultano formulate le previsioni della l. reg. n. 14 del 2016, la quale prevede, appunto, la 'possibilità' di una presenza di privati nella società *in house*.

7. Concessioni pubbliche.

La sez. I del Consiglio di Stato, con parere n. 1645 del 26 giugno 2018, ha risposto ai quesiti posti dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in ordine all'affidamento della concessione autostradale del Brennero.

In presenza di un quadro legislativo caratterizzato da norme di difficile interpretazione (art. 178, comma 8 *ter*, Codice dei contratti pubblici e art. 13 *bis*, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148), il Ministero ha formulato al Consiglio di Stato i quesiti: a) sulla legittimità di stipulare la convenzione di concessione in attuazione di quanto disposto dall'art. 13 *bis*, d.l. n. 148 del 2017; b) sulla compatibilità con la normativa comunitaria di riferimento dell'affidamento diretto pubblico-pubblico, cioè Stato-Enti territoriali per l'attuazione di due importanti opere europee e la cui collaborazione si realizza attraverso lo strumento della concessione; c) sull'applicazione o meno di quanto disposto dall'art. 192 del Codice dei contratti pubblici.

La Sezione, nella risposta ai quesiti, ha ricostruito il quadro eurounitario e nazionale in materia di affidamento *in house*, soffermandosi sia sulle originarie caratteristiche dell'*in house* sia sulle importanti novità introdotte prima dalla direttiva 23 del 2014 e poi dal Codice dei contratti pubblici. Per la risposta sono state anche esaminate le figure dell'*in house* a cascata, dell'*in house* pluripartecipato, dell'*in house* verticale, invertito o capovolto, nonché dell'*in house* orizzontale.

Tratteggiata poi la distinzione con gli accordi conclusi esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici (art. 5, comma 6, Codice dei contratti pubblici), il Consiglio di Stato ha risposto ai quesiti affermando che, nel caso di specie, la normativa ad hoc introdotta permette di inquadrare il rapporto tra Ministero e enti territoriali nell'ambito dell'accordo interistituzionale, o accordo pubblico-pubblico, mentre la successiva facoltà degli enti territoriali, concessionari del servizio, di avvalersi della società *in house* non comporta l'obbligo per i concessionari di iscriversi nell'elenco tenuto dall'Anac, *ex* art. 192 Codice dei contratti pubblici, né permette di configurare tra gli enti territoriali concessionari e la società *in house* un rapporto di sub-concessione.

È stata infine ribadita la necessità che gli strumenti utilizzati garantiscano la possibilità per il concedente di poter effettuare i controlli sul soggetto che effettivamente gestisce la concessione.

8. Attività di impresa.

8.1. Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

La Commissione speciale ha reso il parere n. 2854 del 12 dicembre 2018 sullo schema di Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, che costituisce attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, volto a soddisfare l'esigenza di operare, in modo sistematico ed organico, la riforma della materia dell'insolvenza e delle

procedure concorsuali.
L'esigenza di provvedere ad una riforma organica della materia dell'insolvenza e delle procedure concorsuali deriva, anzitutto, dalle modifiche normative che si sono succedute negli ultimi tempi ed, in particolare, da quella attuata con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, le quali hanno comportato un notevole mutamento della normativa di base, costituita dal r.d. 19 marzo 1942, n. 267, ed hanno accentuato il divario tra le disposizioni riformate e quelle rimaste invariate, che risentono ancora di un'impostazione nata in un contesto temporale e politico lontano da quello attuale.
Inoltre, la frequenza degli interventi normativi, di natura episodica ed emergenziale, intervenendo su disposizioni della legge fallimentare già modificate, ha generato difficoltà applicative e la formazione di indirizzi giurisprudenziali non consolidati, con un incremento delle controversie pendenti ed il rallentamento dei tempi di definizione delle procedure concorsuali. Di conseguenza, si è avvertita l'esigenza di un intervento organico in materia, al fine di ricondurre a linearità l'intero sistema normativo, riformando sia le procedure concorsuali di cui al r.d. n. 267 del 1942, che la disciplina sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento di cui alla l. 27 gennaio 2012, n. 3.
Ha ricordato la Sezione i criteri dettati dalla legge delega n. 155 del 2017, che il legislatore delegato è tenuto a rispettare e cioè: sostituire il termine "fallimento" con l'espressione "liquidazione giudiziale"; introdurre una definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza, anche tenendo conto delle elaborazioni della scienza aziendalistica, mantenendo l'attuale nozione di insolvenza; adottare un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore e con caratteristiche di particolare celerità; assoggettare ai procedimenti di accertamento dello stato di crisi o insolvenza ogni categoria di debitore, persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente un'attività commerciale, agricola o artigianale , con esclusione dei soli enti pubblici; recepire, ai fini della disciplina della competenza territoriale, la nozione definita dall'ordinamento dell'Unione europea di "centro degli interessi principale del debitore"; dare priorità di trattazione alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore; uniformare e semplificare, in raccordo con le disposizioni sul processo civile telematico, la disciplina dei diversi riti speciali previsti dalle disposizioni in materia concorsuale; prevedere che la notificazione nei confronti del debitore degli atti delle procedure concorsuali e dell'atto che dà inizio al procedimento di accertamento dello stato di crisi abbia luogo obbligatoriamente all'indirizzo del servizio elettronico di recapito certificato qualificato o di posta elettronica certificata del debitore risultante dal registro delle imprese ovvero dall'indice nazionale degli indi-

rizzi di posta elettronica certificata delle imprese e dei professionisti; ridurre la durata e i costi delle procedure concorsuali; riformulare le disposizioni che hanno originato contrasti interpretativi; istituire presso il Ministero della giustizia un albo dei soggetti destinati a svolgere, su incarico del tribunale, funzioni di gestione o di controllo nell'ambito delle procedure concorsuali, con indicazione dei requisiti di professionalità, indipendenza ed esperienza necessari per l'iscrizione; armonizzare le procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza del datore di lavoro con le forme di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori.
Ha ancora rilevato la Commissione speciale che il decreto legislativo di attuazione della legge delega n. 155 del 2017 contiene un quadro normativo unitario, recante, anzitutto, principi giuridici comuni al fenomeno dell'insolvenza, destinati ad operare come punti di riferimento per le diverse procedure, pur mantenendo le differenziazioni necessarie in ragione della specificità delle diverse situazioni in cui l'insolvenza può manifestarsi. In quest'ottica sono stati dettati i principi generali e sono state definite alcune nozioni fondamentali nella materia in esame. In particolare, la definizione di "crisi" non equivale all'insolvenza in atto, ma implica un pericolo di futura insolvenza; la definizione di "insolvenza", invece, conferma la nozione di comune esperienza in uso nel mondo giuridico; la tradizionale espressione "fallimento" è stata abbandonata, conformemente alla tendenza manifestatasi nei principali ordinamenti europei di *civil law* (tra cui quelli di Francia, Germania e Spagna), tesa ad evitare – secondo l'intenzione del legislatore delegato - l'aura di negatività e di discredito, anche personale, che generalmente si accompagna a quel termine.
La riconduzione della disciplina dell'insolvenza ad un quadro sistematico ha, come corollario, la semplificazione delle regole processuali applicabili, con conseguente riduzione delle incertezze interpretative ed applicative e maggiore uniformità agli orientamenti giurisprudenziali. L'obiettivo principale è quello di soddisfare esigenze di certezza del diritto, anche allo scopo di migliorare l'efficienza del sistema economico per renderlo più competitivo. Lo schema di decreto legislativo tende anche ad armonizzare le procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza dell'imprenditore con le forme di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori, tenuto conto di quanto previsto dalla normativa europea ed, in particolare, dalla Carta sociale europea di Strasburgo del 3 maggio 1996, ratificata ai sensi della l. 9 febbraio 1999, n. 30, che si occupa dell'attuazione dei diritti e delle libertà oggetto della Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; dalla direttiva 2008/94/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2008 relativa alla tutela dei lavoratori subordinati in caso d'insolvenza del datore di lavoro; e dalla direttiva 2001/23/CE del Consiglio del 12 marzo 2001, come interpretata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, concernente il ravvicinamento delle legislazioni

degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti.
La Commissione speciale ha poi effettuato alcune osservazioni sull'articolato, non senza aver prima manifestato apprezzamento per il lavoro svolto, che ha richiesto, per la mole della normativa da coordinare e razionalizzare e la delicatezza della materia, uno sforzo intellettuale ed esegetico non indifferente.

8.2. Istituzione di Zone Economiche Speciali (Zes).
La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere n. 134 del 10 gennaio 2018 sullo schema di d.P.C.M. concernente l'istituzione di Zone Economiche Speciali (Zes), intese come aree geograficamente limitate e chiaramente identificate, nelle quali le imprese potranno beneficiare di speciali condizioni per gli investimenti e per lo sviluppo territoriale delle Regioni Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sardegna e Sicilia.
Lo schema di provvedimento in argomento è stato predisposto in attuazione dell'art. 4, comma 3, d.l. 20 giugno 2017, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla l. 3 agosto 2017, n. 123, che demanda ad un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottare su proposta del Ministro per la coesione territoriale e il Mezzogiorno, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e con il Ministro dello sviluppo economico, sentita la Conferenza unificata, le modalità per l'istituzione di una Zona Economica Speciale, la sua durata, i criteri generali per l'identificazione e la delimitazione dell'area nonché i criteri che ne disciplinano l'accesso e le condizioni speciali di cui all'art. 5, d.l. n. 91 del 2017, nonché il coordinamento generale degli obiettivi di sviluppo.
La Sezione ha suggerito, tra l'altro, di precisare la consistenza, i limiti e la pervasività dei poteri conferiti ai Ministri competenti e al Presidente del Consiglio dei Ministri, esplicitando se sia possibile rigettare l'istanza di istituzione di una Zes o intervenire sul suo contenuto, eventualmente proponendo modifiche vincolanti; ha altresì ritenuto opportuno introdurre nel Piano di Sviluppo Strategico forme adeguate di coordinamento con la pianificazione strategica portuale, rilevante e legislativamente disciplinata, come è noto, anche a livello nazionale. La connessione tra questi due profili pianificatori è, peraltro, già dimostrata dal fatto che il Comitato di indirizzo della Zes è presieduto dal Presidente dell'Autorità portuale e si avvale del Segretario generale dell'Autorità portuale.

9. Beni storici e culturali.
9.1. Dichiarazione dell'interesse culturale.
La sez. II, con parere 5 marzo 2018, n. 547, ha affermato che il procedimento per la dichiarazione dell'interesse culturale avviato a seguito del diniego dell'attestato di

libera circolazione ai sensi dell'art. 68, comma 6, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, data la connessione tra i due procedimenti, che restano tuttavia autonomi, rende particolarmente pregnante la necessità del rispetto della garanzie partecipative. Non è pertanto sufficiente la motivazione *per relationem* mediante il semplice richiamo alla valutazione effettuata nell'ambito del primo procedimento, in particolare nel caso in cui il ricorso gerarchico proposto avverso l'atto conclusivo dello stesso si sia concluso col silenzio-rigetto serbato dall'Ufficio competente.
In particolare, la Sezione, nell'ambito di un procedimento conseguente a ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ha sancito l'illegittimità di un provvedimento di dichiarazione dell'interesse culturale *ex* art. 14, d.lgs. n. 42 del 2004, riguardante un'opera pittorica, motivato esclusivamente mediante il richiamo alla relazione resa dal Collegio di esperti che ha coadiuvato l'Ufficio esportazione nella definizione del prodromico procedimento conseguente all'istanza di rilascio di attestazione per la libera esportabilità del bene. La mancanza di comuni e condivisi criteri 'oggettivi' di valutazione fa sì che l'unica garanzia di rispondenza ai fini di interesse pubblico perseguiti mediante la conservazione dell'opera d'arte 'qualificata' è apprestata dall'ordinamento giuridico con norme di organizzazione e regole procedimentali. Le prime sono volte ad assicurare la 'legittimazione' dei collegi di esperti cui è demandata la formulazione dei relativi giudizi; le seconde mirano a consentire la partecipazione al procedimento, attraverso il sindacato sugli esiti in via gerarchica ovvero *ex novo* da parte della competente Direzione generale. I procedimenti – come quello in esame – connotati da un'ampia discrezionalità tecnico-valutativa rendono particolarmente necessaria la possibilità di garantire al proprietario dei beni un'interlocuzione procedimentale pienamente effettiva.
La garanzia dell'adeguata motivazione dell'atto impositivo del vincolo storico artistico e del presupposto parere espresso dall'autorità dotata della specifica esperienza in materia, pertanto, diviene ancor più strumento indispensabile per assicurare il sindacato sulle conseguenti decisioni (apposizione o meno del vincolo), sia nella forma piena "di legittimità e di merito" in sede di ricorso gerarchico – nella quale il destinatario dello sfavorevole provvedimento può più utilmente evidenziare le incongruità delle considerazioni d'ordine storico ed artistico svolte dall'amministrazione - sia nella ben più limitata forma del controllo esterno del sindacato di (mera legittimità) del giudice amministrativo.

9.2. Commercio di cose antiche.

In materia di commercio di cose antiche, la sez. I, con parere 2 marzo 2018, n. 545 ha affermato che per effetto dell'abrogazione espressa dell'art. 126 del t.u.l.p.s., non deve ritenersi implicitamente abrogato anche il successivo art. 128, con il conse-

guente venir meno, per i soggetti che erano indicati nell'abrogato art. 126, dell'obbligo di tenere un registro per coloro che esercitano l'attività (liberalizzata) del commercio di cose antiche o usate.
Ha chiarito il parere che non risulta condivisibile la tesi di una abrogazione implicita della disposizione in questione. Occorre, infatti, evidenziare, che ben diverse sono le finalità delle due disposizioni contenute negli artt. 126 e 128 del t.u.l.p.s..
La prima disposizione, quella contenuta nell'art. 126 (ora abrogata), non consentiva l'esercizio del commercio di cose antiche o usate senza una preventiva dichiarazione all'autorità locale di pubblica sicurezza, regolando, quindi, le modalità di accesso all'attività, che si è voluto, con la riforma, rendere libera. La seconda disposizione, contenuta nell'art. 128 che invece ha la funzione di rendere possibile un controllo sulle attività svolte dai soggetti in essa indicati e quindi anche sulle attività di commercio compiute sulle cose antiche o usate.
È quindi ben possibile che una attività commerciale, riguardante cose antiche o usate, possa oggi essere avviata ed esercitata senza possibili controlli all'accesso ma che permanga il controllo sulle successive transazioni delle cose antiche o usate. Del resto è ben noto che il settore della vendita di beni antichi o usati è particolarmente esposto a possibili azioni illecite.
Il controllo sulle transazioni, che è reso possibile attraverso l'annotazione delle stesse su un apposito registro, reso obbligatorio dall'art. 128 del t.u.l.p.s., rende così possibile l'attività di contrasto del mercato illegale delle cose antiche e usate.
Ulteriore elemento che conferma la permanenza nell'ordinamento della disposizione contenuta nell'art. 128 del t.u.l.p.s. è costituita dal fatto che il d.lgs. n. 42 del 22 gennaio 2004, recante il Codice dei beni culturali e del paesaggio (artt. 63 e segg.), e le relative disposizioni applicative (d.m. 15 maggio 2009, n. 95), che sono pacificamente vigenti, hanno inteso disciplinare nel dettaglio, con riferimento ai beni oggetto di tutela, le modalità per l'esercizio del controllo sulle transazioni.

9.3. Biglietto di ingresso ai monumenti e ai musei.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere (10 dicembre 2018, n. 2838) sullo schema di modifica del regolamento (approvato con d.m. 11 dicembre 1997, n. 507, recante "Norme per l'istituzione del biglietto d'ingresso ai monumenti, musei, gallerie, scavi di antichità, parchi e giardini monumentali dello Stato") in materia di pagamento del biglietto di ingresso ai monumenti e ai musei. Gli obiettivi perseguiti dalla novella sono: a) l'ampliamento delle giornate di libero accesso con razionalizzazione e diversificazione dei relativi periodi, attraverso una maggiore flessibilità dell'offerta basata sulle esigenze dei relativi bacini di utenza; b) la gestione del flusso degli utenti ai fini di una ordinata fruizione dei luoghi di cultura compatibile con la tutela dei beni culturali; c) la valorizzazione dei musei e dei luoghi della cultura

meno noti, attraverso il miglioramento delle politiche di incentivazione della fruizione dei musei da parte della collettività; d) l'incremento dell'affluenza dei giovani tra i diciotto e i venticinque anni ai luoghi della cultura, attraverso la riduzione del costo del biglietto a due euro.
La Sezione ha preliminarmente ricordato che la funzione del Consiglio di Stato in sede consultiva non è limitata alla verifica della legittimità delle norme proposte, ma si estende ai profili di congruità e "fattibilità" degli interventi, alla efficienza ed efficacia dell'intervento normativo, in sostanza al merito dell'azione amministrativa, e alla coerenza delle disposizioni con le altre norme dell'ordinamento.
Ciò premesso, la Sezione ha ritenuto che il solo ricorso agli ordinari strumenti di coordinamento tra le diverse articolazioni del Ministero per i beni e le attività culturali competenti in materia con le Regioni e gli Enti territoriali e il criterio della titolarità o disponibilità del bene non sono sufficienti ad assicurare un adeguato e tempestivo allineamento dei diversi uffici coinvolti in modo da definire un sistema di intervento che tenga conto e componga opportunamente le diverse finalità, istanze e peculiarità, a livello centrale e locale. D'altra parte, occorre anche considerare che il mero richiamo alla possibilità di pervenire alle intese e al coordinamento tra i diversi attori coinvolti non costituisce garanzia dell'effettivo raggiungimento di un'azione coordinata ed efficace.

10. Circolazione stradale.

10.1. Schema di regolamento che modifica la disciplina dei certificati medici attestanti l'idoneità psicofisica dei conducenti di veicoli a motore.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere (28 dicembre 2018, n. 2955) sullo schema di regolamento che modifica la disciplina dei certificati medici attestanti l'idoneità psicofisica dei conducenti di veicoli a motore. La modifica proposta consente di conseguire tre primari obiettivi in materia di semplificazione amministrativa, di informatizzazione dei processi di richiesta di rilascio delle patenti di guida, della miglior tutela dei dati sensibili dei cittadini.
La Sezione, espresso apprezzamento per l'attività di progressiva informatizzazione dei procedimenti in questione che si pone in coerenza con le disposizioni del codice dell'amministrazione digitale, ha però osservato che le valutazioni tecniche dei medici e delle commissioni mediche locali per la verifica dei requisiti psichici e fisici per l'abilitazione alla guida costituiscono espressione di discrezionalità tecnica, che assume a base le cognizioni della scienza medica e specialistica. Le valutazioni si fondano su nozioni scientifiche e su dati di esperienza di carattere tecnico-discrezionale che, in quanto tali, non possono essere sindacati nel merito. Il sindacato di legittimità è ammesso soltanto per le ipotesi di irragionevolezza, incongruità, inattendibilità sulla base delle cognizioni della scienza medica e specialistica o di vizi logici

degli atti impugnati.
Alla stregua di queste considerazioni, la Sezione ha suggerito all'Amministrazione, a fronte della semplificazione del contenuto della attestazione rilasciata dai medici monocratici o dalle commissioni mediche locali, oggetto della trasmissione in via telematica, di prevedere comunque la consegna all'interessato, all'esito della visita medica, di una attestazione motivata onde consentirgli la eventuale tutela dei suoi interessi.
Inoltre, l'art. 119, comma 5, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 ha previsto che i provvedimenti di sospensione o di revoca ovvero la riduzione del termine di validità della patente o i diversi provvedimenti, che incidono sulla categoria di veicolo alla cui guida la patente abilita o che prescrivono eventuali adattamenti, possono essere modificati dagli uffici della motorizzazione civile in autotutela, qualora l'interessato produca, a sua richiesta e a sue spese, una nuova certificazione medica rilasciata dagli organi sanitari periferici della società Rete ferroviaria italiana s.p.a. dalla quale emerga una diversa valutazione. Qualora la certificazione medica rilasciata da tali organi, destinata ad essere prodotta agli uffici della motorizzazione civile, abbia il medesimo contenuto del modello IV.4 allegato allo schema di decreto, la Sezione ha suggerito di prevedere comunque la consegna all'interessato di una attestazione motivata onde consentirgli la eventuale tutela dei suoi interessi.

10.2. Schema di regolamento recante la definizione del contratto base di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore.

La stessa Sezione consultiva atti normativi, con parere 2 luglio 2018, n. 1686, si è pronunciata sullo schema di regolamento recante la definizione del contratto base di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore.
Lo schema di decreto ministeriale si colloca nel contesto del processo di riforma del mercato delle assicurazioni, processo completato dalle modifiche alla disciplina di settore introdotte dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 ("Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese") convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, il quale, agli artt. 21 ("Misure per l'individuazione ed il contrasto delle frodi assicurative") e 22 ("Misure a favore della concorrenza e della tutela del consumatore nel mercato assicurativo"), ha integrato le modifiche al Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209) già introdotte dagli artt. da 28 a 34 *ter*, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 ("Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività").
La Sezione ha tra l'altro osservato che lo schema di regolamento pretermette dal contratto base dell'assicurazione obbligatoria la responsabilità civile derivante dalla

circolazione dei natanti; ha aggiunto che, pur dovendo rilevare la mancata attuazione completa della fonte primaria, la quale prevede espressamente un "«contratto base» di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti", ha preso atto della specifica urgenza regolatoria di un contratto base della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore ed ha dunque concluso nel senso che la mancata conformità al disposto della fonte primaria non sia tale - considerate la *ratio* di quest'ultima e la diversità degli ambiti assicurativi - da viziare l'intero regolamento.

11. Impiego pubblico e privato.

11.1. Concorso per dirigenti di seconda fascia.

La Sezione consultiva atti normativi si è espressa, con parere 17 aprile 2018, n. 1039, sullo schema di d.P.C.M., recante regolamento per l'individuazione delle scuole di specializzazione che rilasciano diplomi di specializzazione utili ai fini della partecipazione ai concorsi per dirigenti di seconda fascia.

Ha ricordato la Sezione che l'art. 28, comma 1, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 prevede che l'accesso alla qualifica di dirigente della seconda fascia, nelle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, e negli enti pubblici non economici avviene per concorso indetto dalle singole amministrazioni ovvero per corso-concorso selettivo di formazione bandito dalla Scuola nazionale dell'amministrazione. Il d.P.R. 16 aprile 2013, n. 70 (Regolamento recante riordino del sistema di reclutamento e formazione dei dipendenti pubblici e delle Scuole pubbliche di formazione, a norma dell'art. 11, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135", prescrive i requisiti per l'accesso a tali concorsi. In particolare, l'art. 7, commi 1 e 2, d.P.R. n. 70 del 2013 prevede che: a) al concorso per titoli ed esami possono essere ammessi i dipendenti di ruolo delle Pubbliche amministrazioni, muniti di laurea, che abbiano compiuto almeno cinque anni di servizio o, se in possesso del dottorato di ricerca o del diploma di specializzazione conseguito presso le scuole di specializzazione individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, almeno tre anni di servizio, svolti in posizioni funzionali per l'accesso alle quali è richiesto il possesso del dottorato di ricerca o del diploma di laurea; b) al corso-concorso selettivo possono essere ammessi i soggetti muniti di laurea specialistica o magistrale oppure del diploma di laurea conseguito secondo gli ordinamenti didattici previgenti al d.m. 3 novembre 1999, n. 509, nonché di dottorato di ricerca o diploma di specializzazione, conseguito presso le scuole di specializzazione individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'istruzione, dell'università o della ricerca, o master di secondo livello conseguito presso università italiane o straniere dopo la laurea magistrale.

Lo schema di decreto in esame prevede che i diplomi di specializzazione utili ai fini dell'accesso alle procedure concorsuali richiamate sono solo quelli rilasciati da scuole di specializzazione istituite presso le Università o gli Istituti universitari italiani o stranieri e che possiedono le caratteristiche di cui al comma 2 dell'art. 2 (corsi di durata almeno biennale, esame finale conclusivo, rilascio del titolo subordinato alla regolare frequenza del corso ed al superamento delle prove finali di esame). Pertanto, innovando rispetto al vigente d.P.C.M. n. 295 del 2004, che cesserà di avere efficacia dalla data di entrata in vigore del nuovo regolamento, non sono considerati utili i titoli post-universitari rilasciati da altre istituzioni formative pubbliche o private, costituite anche in consorzio e, altra innovazione di non poco momento, non si prevede che alla verifica dei requisiti richiesti per l'abilitazione al rilascio dei predetti titoli debba provvedere una apposita Commissione tecnica interministeriale, chiamata a compilare un elenco dei titoli riconosciuti idonei per l'accesso al corso-concorso e delle istituzioni abilitate a rilasciarli.
La Sezione ha manifestato il proprio pieno apprezzamento per l'opera di razionalizzazione e semplificazione apportata con lo schema di regolamento e l'opzione restrittiva prescelta.
Quanto ai diplomi di specializzazione rilasciati da università o istituti universitari stranieri, si prevede correttamente che sono utili i diplomi rilasciati da scuole di specializzazione istituite presso le università e gli istituti universitari di Paesi appartenenti all'Unione europea o aderenti alla Convenzione per il riconoscimento dei titoli di studio relativi all'insegnamento superiore, sottoscritta a Lisbona l'11 aprile 1997, laddove riconosciuti con le modalità di cui all'art. 38, comma 3, d.lgs.. n. 165 del 2001.

11. 2. Incentivi da corrispondere al personale della Regione Sicilia *ex* art. 113 del Codice dei contratti pubblici.

La Sezione consultiva del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana ha espresso il parere (16 marzo 2018, n. 121) sullo schema di regolamento sulla ripartizione degli incentivi da corrispondere al personale dell'Amministrazione regionale *ex* art. 113 del Codice dei contratti pubblici.
Ha premesso la Sezione che sul piano formale l'atto investe natura regolamentare, sante l'inequivoco tenore del comma 3 dell'art. 113 del Codice, che rinvia, appunto, ad un "regolamento".
Sul versante sostanziale non è dubbio che il futuro provvedimento, una volta entrato in vigore, sarà provvisto del carattere dell'innovatività, sarà cioè idoneo a modificare l'ordinamento giuridico, attraverso l'introduzione di norme generali e astratte, in grado di creare obblighi in capo alle amministrazioni e correlative situazioni giuridiche soggettive di pretesa nella sfera giuridica dei destinatari delle incentivazioni.

Da ciò consegue, pertanto, sul crinale procedimentale, che il provvedimento dovrà essere adottato dal Presidente della Regione Siciliana, previa deliberazione della Giunta, a seguito del parere obbligatorio (il presente) di questo Consiglio, per esser poi sottoposto al controllo della Corte dei conti, siccome previsto dall'art. 2, comma 1, lett. a), n. 1), d.lgs. 6 maggio 1948, n. 655 (Istituzione di Sezioni della Corte dei conti per la Regione siciliana), come sostituito dall'art. 2, d.lgs. 18 giugno 1999, n. 200, secondo cui la sezione regionale di controllo della Corte dei conti esercita, tra l'altro il controllo di legittimità sui regolamenti emanati dal governo regionale.
Quanto all'individuazione dei soggetti beneficiari, il parere ha chiarito che l'art. 113 del codice, rubricato non a caso "(i)ncentivi per funzioni tecniche", prevede, al comma 2, che l'incentivo spetta, per l'appunto, per lo svolgimento di "funzioni tecniche". Si deve perciò escludere che l'incentivo possa essere attribuito, con l'eccezione delle collaborazioni, a dipendenti che svolgano compiti di tipo amministrativo e non tecnico. Correttamente poi, ad avviso della Sezione, tra le attività incentivate il regolamento include anche la "collaborazione alle attività di responsabile del procedimento e di direzione dell'appalto". La previsione è corretta, giacché l'incentivazione dei collaboratori è contemplata anche dall'art. 113, comma 3, del codice, ma va estesa ai collaboratori di tutti i soggetti che svolgano funzioni tecniche, senza distinzione, dunque tra collaborazione tecnica e amministrativa.
Quanto all'ambito di applicazione oggettiva, lo schema di regolamento ha escluso dall'incentivazione gli interventi di manutenzione ordinaria. Tuttavia, secondo una consistente giurisprudenza della Corte dei conti relativa anche alla disciplina dell'art. 113 del codice, sono esclusi dall'incentivazione anche gli interventi di manutenzione straordinaria. Tale orientamento non è però consolidato.
Sono allora percorribili due alternative soluzioni regolamentari: a) potrebbe difatti estendersi l'esclusione dall'incentivo anche alla manutenzione straordinaria; b) in attesa del consolidamento della giurisprudenza, potrebbe scegliersi di non disciplinare lo specifico profilo, rimettendolo all'applicazione pratica, con la consequenziale eliminazione del primo periodo del comma 5.
La scelta tra le due riferite opzioni è, ad avviso della Sezione, riservata al Regolatore regionale.
Infine, quanto all'entrata in vigore del regolamento, ha rilevato il Consiglio di Giustizia che la previsione secondo cui lo stesso trova applicazione anche ai contratti relativi a procedure di affidamento indette prima della entrata in vigore del regolamento, purché successive alla data di entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, potrebbe attagliarsi, a certe condizioni, a una norma di rango primario, ma non anche a una previsione regolamentare che non può derogare, salvi casi eccezionali (che nella fattispecie non ricorrono) al disposto del comma 1 dell'art. 11 disp. prel. c.c. Al riguardo, tuttavia, va rilevato che la Corte dei conti (sez. contr. Piemonte, 9

ottobre 2017, n. 177) ha già avuto modo di chiarire che "in materia d'incentivi per funzioni svolte dai dipendenti tecnici (…) i regolamenti attuativi adottati dall'ente non possono avere effetti retroattivi e la loro adozione è necessaria per distribuire gli incentivi fra i dipendenti tecnici. Se, tuttavia, l'ente ha provveduto ad accantonare le risorse economiche sulla base della norma di legge, è possibile con regolamento disciplinare la distribuzione delle risorse anche in relazione ad attività incentivabili svolte prima dell'emanazione del regolamento purché sussista uniformità fra la disciplina normativa circa l'accantonamento e quella sulla distribuzione delle risorse". Ne consegue, alla luce di quanto affermato dalla magistratura contabile, che il regolamento trova applicazione per le attività riferibili a contratti le cui procedure di affidamento sono state avviate successivamente alla data di entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, anche se avviate prima dell'entrata in vigore del regolamento, a condizione che le stazioni appaltanti abbiano già provveduto ad accantonare le risorse economiche nel rispetto dell'art. 113 del Codice.
La Sezione ha affermato di non ignorare che il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione ha diramato il 6 settembre 2017 un comunicato, recante "Chiarimenti in ordine all'applicabilità delle disposizioni normative in materia di incentivi per le funzioni tecniche", nel quale si trova, tra l'altro, scritto che: "… le disposizioni di cui all'art. 113 del nuovo Codice dei contratti si applicano alle attività incentivate svolte successivamente all'entrata in vigore del Codice", anche se sulla base di contratti banditi secondo la previgente disciplina. La soluzione prospettata nel regolamento, nella formulazione suggerita dal Consiglio di Giustizia, si scosta, dunque, dal richiamato comunicato. Sennonché ha osservato la Sezione che, per un verso, il conflitto è, in parte, apparente, posto che il riferito passaggio del comunicato deve esser letto nella prospettiva del contrasto della prassi delle varie forme di "anticipazione" dell'incentivo (prassi che lo schema di regolamento in esame scongiura con la previsione contenuta nel comma 5 dell'art. 6), cui è dedicata l'ultima parte del comunicato medesimo.
Per altro verso, la Sezione ha affermato, secondo quanto già statuito dal Consiglio di Stato (comm. spec., 22 dicembre 2017, n. 2698), che i comunicati dell'Anac, seppur autorevoli in ragione della loro provenienza soggettiva, consistano comunque in mere interpretazioni del dato positivo prive di qualunque effetto vincolante.
Nel caso di specie, il Codice non prevede in relazione all'art. 113 un regime transitorio specifico, sicché non può che valere la regola transitoria generale dettata dall'art. 216, comma 1, dello stesso Codice a tenore del quale le disposizioni si applicano alle procedure i cui bandi siano pubblicati, o inviti diramati, dopo l'entrata in vigore del codice medesimo. Regola transitoria da coniugare con la portata non retroattiva del regolamento di attuazione del citato art. 113.

12. Professioni e mestieri.

12.1. Avvocati.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere 12 ottobre 2018, n. 2333 sullo schema di decreto che modifica il regolamento sulla disciplina dei corsi di formazione per l'accesso alla professione di avvocato.

Ha premesso la Sezione che l'art. 10, d.m. 9 febbraio 2018, n. 17 – recante il regolamento per la disciplina dei corsi di formazione per l'accesso alla professione di avvocato, ai sensi dell'articolo 43, comma 2, l. 31 dicembre 2012, n. 247 – nel testo attualmente in vigore stabilisce che "Il presente regolamento si applica ai tirocinanti iscritti nel registro dei praticanti con decorrenza posteriore al centottantesimo giorno successivo alla sua entrata in vigore". Nella attuale formulazione, dunque, il nuovo regime dovrebbe applicarsi a coloro che si iscrivono nel registro dei praticanti decorsi centottanta giorni dal 31 marzo 2018, data di entrata in vigore del regolamento in questione.

L'art. 49, l. n. 247 del 2012, come modificato dal d.l. 25 luglio 2018, n. 91, prevede che, per i primi sette anni dalla data di entrata in vigore della legge, l'esame di abilitazione all'esercizio della professione di avvocato si effettua, sia per quanto riguarda le prove scritte e le prove orali, sia per quanto riguarda le modalità di esame, secondo le norme previgenti. In tal modo è stata differita, per via legislativa, l'entrata in vigore di questo aspetto della riforma.

Con la modifica regolamentare in esame il comma 1 del citato art. 10 è sostituito nel senso che "1. Il presente regolamento si applica ai tirocinanti iscritti nel registro dei praticanti con decorrenza dal giorno successivo alla scadenza del primo biennio dalla sua entrata in vigore". Conseguentemente l'operatività del regolamento, in linea con il rinvio operato dal legislatore, è differita al 31 marzo 2020.

L'opzione legislativa per un ulteriore differimento biennale delle nuove modalità previste per l'esame di avvocato è diretta anche a consentire al legislatore di riconsiderare nel suo complesso la disciplina dell'accesso alla professione forense.

Risulta dunque coerente l'allineamento a tale scelta delle disposizioni di carattere regolamentare. Tale percorso appare da condividere per evitare di impegnare gli ordini forensi e gli stessi tirocinanti in attività che potrebbero *ex post* risultare non coerenti con la possibile futura (e diversa) disciplina dell'accesso alla professione di avvocato.

12.2. Medico-chirurgo.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere 4 aprile 2018, n. 887 sullo schema di decreto del Ministro dell'istruzione, che modifica il regolamento sugli esami di Stato di abilitazione all'esercizio della professione di medico-chirurgo, approvato con d.m. 19 ottobre 2001, n. 445, al fine di rendere maggiormente selettiva

la prova d'esame e di ridurre i tempi legati al tirocinio trimestrale, obbligatorio per l'accesso all'esame di stato per l'abilitazione all'esercizio della professione di medico-chirurgo. E' intendimento dell'amministrazione migliorare l'"efficacia selettiva" dell'esame di Stato rispetto a quello attuale – prevedendo una nuova tipologia di esame, unica e non più divisa in due parti, attraverso la somministrazione di quesiti tratti dall'esperienza dei *progress test* e non più con l'estrazione di quiz dall'archivio pubblico – e spostare il periodo per il tirocinio, anticipandolo, all'interno del corso di studi universitari. In particolare, la nuova proposta di regolamento disciplina l'esame di stato prevedendo che dopo i tre mesi di tirocinio pratico-valutativo, seguito e superato *ante lauream*, i laureati in medicina e chirurgia debbano superare una batteria di *test multiple choice*, somministrata a livello locale ma elaborata a livello centrale, su programmi proposti, di volta in volta, dalla Conferenza dei Presidenti dei corsi di laurea in medicina e chirurgia. Il risultato auspicato, in definitiva, sarebbe, ad avviso del Ministero, un miglioramento della condizione dei giovani laureati in medicina e chirurgia, rispetto alla normativa vigente, attraverso la riduzione dei tempi occorrenti per l'abilitazione.

La Sezione ha sottoposto all'attenzione del Ministero l'opportunità di considerare con attenzione, ed eventualmente rivalutare, la scelta di anticipare il tirocinio (pratico, ora destinato a diventare "pratico-valutativo"), che attualmente costituisce parte integrante dell'esame di Stato e che diverrebbe invece un pre-requisito di ammissione alla prova di esame, ad un momento precedente al conseguimento della laurea, seppur deve darsi atto che tale anticipo è comunque limitato al periodo finale del corso di studio.

Ed invero, la peculiarità della professione medica rende più che plausibile l'espletamento del predetto tirocinio dopo il conseguimento della laurea, in modo da dare il giusto rilievo alla necessità che il medico svolga un periodo pratico di tirocinio dopo aver ultimato il corso di studi generale. Inoltre, collocando il tirocinio all'interno del corso di studi, si rischia di creare sovrapposizioni con la normale attività teorico-pratica degli studenti, nonché di rendere comunque l'esame di abilitazione, seppur attualmente non connotato da particolare selettività, una prova essenzialmente teorica ed incentrata esclusivamente sul superamento di test.

La comprensibile finalità di abbreviare i tempi per conseguire l'abilitazione per i neo-medici laureati nel nostro Paese, peraltro già in parte garantita dall'aumento delle sessioni di esame (che diviene sostenibile presso tutte le Università sedi del corso di laurea magistrale), non può andare, infatti, a discapito dell'effettiva valutazione delle capacità e idoneità pratiche di chi si appresta ad esercitare la professione medica, che solo un serio e rigoroso tirocinio clinico post-laurea può, almeno in teoria, garantire.

La Sezione ha poi suggerito, qualora il Ministero intendesse mantenere la nuova impostazione, di qualificare ulteriormente e, ove possibile, di allungare il tirocinio *ante lauream*, in considerazione - si ribadisce - dell'importanza dell'attività clinico-pratica per la formazione del futuro medico.

12.3. Acconciatori ed estetisti.

Con parere 27 luglio 2018, n. 2065 la sez. II ha ritenuto legittima l'ordinanza che liberalizza l'orario e i turni delle attività di acconciatori ed estetisti in quanto, in assenza di limitazioni imposte dal legislatore nazionale o regionale, l'art. 50, comma 7, t.u. 18 agosto 2000, n. 267 ne attribuisce il relativo potere al Sindaco; d'altro canto, non sono ravvisabili differenze sostanziali di contenuto nella legislazione comunitaria e nazionale susseguitasi a far data dal d.l. 4 luglio 2006 n. 223, dalla direttiva 2006/123/CE, cosiddetta Bolkestein e relativa legge di recepimento (d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59): le limitazioni "dinamiche" all'esercizio delle attività *lato sensu* commerciali, nelle quali rientrano sotto tale limitato profilo anche quelle artigianali, sono ammissibili solo per ragioni imperative di interesse generale; pertanto, la tutela della concorrenza, che tali norme – e, a seguire, la decretazione d'urgenza del 2011- hanno inteso valorizzare, può incontrare limiti in esigenze di salvaguardia del patrimonio ambientale, storico-artistico e culturale, ecc., ma non nella mera salvaguardia di indefiniti interessi di categoria.

Il parere è stato reso su un'ordinanza sindacale che liberalizza gli orari e i turni di chiusura delle attività di acconciatori ed estetiste, tipicamente riconducibili al novero delle attività artigianali e come tali non riconducibili alla formulazione letterale dell'art. 31, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, che ha consentito di intervenire in tal senso per le sole attività *stricto sensu* commerciali – *rectius*, più propriamente, giusta il tenore letterale della disposizione, anche per quelle di somministrazione di alimenti e bevande.

Ha chiarito la Sezione che le limitazioni all'esercizio delle attività di servizi sono consentite esclusivamente per ragioni imperative di interesse generale dalla direttiva 2006/123/CE, cosiddetta Bolkestein, recepita in Italia dal d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59.

Il legislatore utilizza l'espressione "attività commerciali" in maniera tecnica, laddove detta le singole discipline di settore; atecnica, laddove intende individuare l'insieme delle attività produttive sottese allo sviluppo economico del territorio, all'interno della quale possono essere ricondotte ed accomunate in termini di principi applicabili gli ambiti più eterogenei. In tale contesto la disciplina degli orari delle attività artigianali è oggetto, al pari di quella commerciale, di ordinanza del Sindaco, ancorché sulla base delle indicazioni generali eventualmente fornite al riguardo dal Consiglio comunale, pur se il richiamo specifico delle stesse non trova riscontro

nell'art. 50, t.u. 18 agosto 2000, n. 267.
Egualmente alle stesse si applicano i principi generali di derivazione europea che impongono di non limitarne né l'insediamento né l'esercizio se non per motivi imperativi di interesse generale. Ciò trova riscontro nella copiosa giurisprudenza della Corte costituzionale successiva alla modifica del Titolo V che nel conciliare la riconosciuta competenza residuale – generale – delle Regioni nella materia commerciale in genere – e per quanto qui di interesse dell'artigianato – con le interferenze statali dettate dalla materia funzione con caratteristiche proprie di trasversalità quale la tutela della concorrenza (Corte cost. 27 luglio 2004, n. 272), ha da sempre ammesso le limitazioni di orario solo se ispirate ad esigenze di interesse pubblico prioritario, via via riconosciute anche dal legislatore (quali l'ambiente o la sicurezza pubblica).

12.4. Guardie giurate a bordo delle navi mercantili battenti bandiera italiana che transitano in acque internazionali a rischio pirateria.
Con parere 28 novembre 2018, n. 2780 la Commissione speciale ha pronunciato sullo schema di decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, recante modifiche al d.i. 28 dicembre 2012, n. 266, con cui sono determinate le modalità attuative dell'art. 5, commi 5, 5 *bis* e 5 *ter*, d.l. 12 luglio 2001, n. 107, convertito con modificazioni dalla l. 2 agosto 2011, n. 130, in tema di impiego di guardie giurate a bordo delle navi mercantili battenti bandiera italiana che transitano in acque internazionali a rischio pirateria.
La novella si è resa necessaria per garantire adeguati servizi di protezione delle navi mercantili battenti bandiera nazionale, che transitano in acque internazionali a rischio pirateria, a seguito delle modifiche introdotte all'art. 5, comma 4, d.l. n. 107 del 2011 dal d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, c.d. "anti-terrorismo", recante "Proroga degli interventi di cooperazione allo sviluppo e a sostegno dei processi di pace e di stabilizzazione, nonché delle missioni internazionali delle forze armate e di polizia per l'attuazione delle risoluzioni 1970 (2011) e 1973 (2011) adottate dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. Misure urgenti antipirateria".
Tramite la novella il legislatore nazionale ha inteso escludere la possibilità di imbarco dei Nuclei militari di protezione (N.M.P.) a bordo delle navi citate, consentendo, invece, l'impiego esclusivo di guardie giurate autorizzate ai sensi delle disposizioni del Testo Unico delle Leggi di pubblica sicurezza (t.u.l.p.s.), di cui al r.d. 18 giugno 1931, n. 773, al fine di adeguare le disposizioni nazionali al mutato scenario internazionale di riferimento, in particolare ai rapporti periodici dell'Organizzazione Marittima Internazionale (I.M.O.).
Il previgente regime, di cui alla formulazione originaria del d.l. n. 107 del 2011 affidava, invece, la difesa delle navi battenti bandiera italiana in transito negli spazi

marittimi internazionali a rischio di pirateria in via prioritaria a personale militare, previe convenzioni con l'armatoria privata italiana, prevedendo che a bordo potessero essere impiegate, per le predette esigenze, solo in via subordinata e residuale, le guardie giurate in luogo del personale militare. L'ordito normativo di riferimento in materia è rappresentato, inoltre, dalla disciplina in materia di armi, di istituti di vigilanza privata e di guardie particolari giurate contenuta nel t.u.l.p.s. e del relativo Regolamento di esecuzione, approvato con r.d. n. 635 del 1940; dalla normativa in materia di sicurezza della navigazione contenuta nel Codice della Navigazione; dalla l. 23 maggio 1980, n. 313, con cui è stata resa esecutiva in Italia la Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare "Solas 1974", nonché dal Regolamento (CE) n. 725/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, relativo al miglioramento della sicurezza delle navi e degli impianti portuali.
In relazione all'uso delle armi da parte del personale preposto allo svolgimento dei servizi in parola, la Sezione ha ritenuto più coerente con l'impianto normativo di riferimento non limitare il richiamo ai "soli casi di cui all'art. 52 del codice penale". La fonte regolamentare non può, infatti, restringere il campo di applicazione di norme di rango primario recanti cause di giustificazione. Peraltro, lo stesso art. 5 *bis*, d.l. n. 107 del 2011 si limita a disporre che le guardie giurate possono "utilizzare le armi comuni da sparo nonché le armi in dotazione delle navi, appositamente predisposte per la loro custodia, detenute previa autorizzazione del Ministro dell'interno rilasciata all'armatore ai sensi dell'art. 28 del t.u.l.p.s., di cui al r.d. 18 giugno 1931, n. 773".

13. Militari.

La sez. II ha reso il parere 23 novembre 2018, n. 2756 sul rilascio del preventivo assenso del Ministro della difesa per la costituzione di associazioni professionali tra militari a carattere sindacale.
Ha premesso che la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 1475, comma 2, del Codice dell'ordinamento militare, nella parte in cui prevede che "i militari non possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali", invece di prevedere che "i militari possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale alle condizioni e con i limiti fissati dalla legge; non possono aderire ad altre associazioni sindacali". La Corte ha ritenuto che la disposizione fosse incompatibile con parametri di fonte internazionale, quali l'art. 11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'art. 5 della Carta Sociale Europea (quali parti di un "sistema di tutela uniforme"), nonché con le sentenze CEDU sui casi Matelly e AdefDroMil; norme vincolanti ai sensi dell'articolo 117, comma 1, Cost.. La Corte giustifica la propria decisione con le motivazioni che si possono sintetizzare nel modo che segue: le norme internazionali, affermando il principio

della libertà di associazione, riconoscono entrambe (CEDU e CSE) la possibilità che la legge adotti restrizioni per determinate categorie di dipendenti pubblici, inclusi gli appartenenti alle forze armate; la previsione di condizioni e limiti alla libertà di associazione sindacale tra militari, facoltativa per i parametri internazionali, è invece doverosa nell'ordinamento nazionale, al punto da escludere la possibilità di un vuoto normativo, che sarebbe d'impedimento al riconoscimento dello stesso diritto di associazione sindacale; per la costituzione delle associazioni trova applicazione il comma 1 dell'art. 1475 del Codice dell'ordinamento militare, il quale subordina la costituzione di associazioni e circoli tra militari al preventivo assenso del Ministro della difesa: tale disposizione è valida, a fortiori, per le associazioni sindacali, in quanto *species* di quel *genus* e anche per la loro particolare rilevanza; nondimeno, le specificità dell'ordinamento militare giustificano il divieto di aderire ad "altre associazioni sindacali", con la conseguente necessità che le associazioni in questione siano composte solo da militari e che esse non possano aderire ad associazioni diverse; restano intatte, infatti, quelle "esigenze di coesione interna e neutralità" delle forze armate, così come l'assoluta specialità della loro funzione, già affermate dalla Corte in passato (n. 125 del 1985; n. 278 del 1987; n. 449 del 1999) nel negare, allora, il carattere illegittimo del divieto in questione; le specificità dell'ordinamento militare giustificano, pertanto, la esclusione di forme associative non rispondenti alle conseguenti esigenze di compattezza e unità degli organismi che compongono quell'ordinamento; quanto alle condizioni e ai limiti: gli statuti delle associazioni vanno sottoposti agli organi competenti e il loro vaglio va condotto alla stregua dei criteri che senza dubbio è opportuno puntualizzare in sede legislativa, ma che sono già desumibili dall'ordinamento costituzionale; a tal fine fondamentale è il principio di democraticità dell'ordinamento delle forze armate evocato in via generale dall'art. 52 Cost., che non può non coinvolgere anche le associazioni tra militari; così come l'esercizio della libertà individuale di associazione sindacale, di cui all'art. 39 Cost., è possibile solo in un contesto democratico; la democrazia interna dell'associazione è presupposto necessario anche del principio di neutralità, previsto dagli artt. 97 e 98 Cost. per tutti gli apparati pubblici, con valore vitale per le forze armate; ciò comporta in particolare l'esame dell'apparato organizzativo delle associazioni e delle relative modalità di costituzione, con particolare riguardo al sistema di finanziamento e alla sua assoluta trasparenza; il divieto di esercizio del diritto sciopero, invece, è giustificato dalla necessità di garantire l'esercizio di altre libertà non meno fondamentali e la tutela di interessi costituzionalmente rilevanti (Corte. cost. n. 31 del 1969); in attesa dell'intervento del legislatore, il vuoto normativo può essere colmato con la disciplina dettata per i diversi organismi della rappresentanza militare e in particolare con quelle disposizioni (art. 1478, comma 7, del Codice dell'ordinamento

militare) che escludono dalla loro competenza "le materie concernenti l'ordinamento, l'addestramento, le operazioni, il settore logistico-operativo, il rapporto gerarchico-funzionale e l'impiego del personale": tali disposizioni infatti costituiscono, allo stato, adeguata garanzia dei valori e degli interessi richiamati.
Ha aggiunto la Sezione che nelle more del prescritto intervento legislativo, al fine di non ledere o comprimere l'esercizio del diritto di associazione sindacale tra i militari, il Ministero ha provveduto a integrare le disposizioni interne in materia di associazionismo tra militari, indicando specifiche condizioni per consentire l'avvio delle procedure di costituzione dei sodalizi professionali a carattere sindacale.
Ha rilevato il Ministero della difesa che il parere è stato chiesto perché, in sede di elaborazione della disciplina interna sono emerse alcune perplessità.
La Sezione ha osservato che la limitazione ai militari in servizio attivo e in ausiliaria appare coerente alla natura delle associazioni e non contrasta con il principio di libertà di associazione. Infatti, il tenore della norma, così come interpretata dalla sentenza della Corte costituzionale, include la qualificazione delle associazioni come professionali, così da connotare un fondamento nell'esercizio dei compiti d'istituto, attuale o almeno potenziale con ragionevoli probabilità di effetto (per l'ausiliaria), che non è dato di riscontrare né per il personale militare della riserva, né, tanto meno, per quello in congedo. D'altro canto, i militari della riserva e quelli in congedo possono aderire alle associazioni non sindacali e non sarebbe loro inibito, come invece ai militari in servizio e in ausiliaria, di aderire ad associazioni sindacali diverse da quelle tra militari, in particolare quelle che si propongono di tutelare proprio gli interessi di chi sia già o sia prossimo al collocamento a riposo e comunque non più in servizio attivo.
L'esclusione di un duplice ruolo, negli organi di rappresentanza e in quelli direttivi delle associazioni sindacali, è – a legislazione vigente – congrua e ragionevole, considerata la natura non sindacale degli organi di rappresentanza, costituti anzi in funzione integrativa delle determinazioni dell'Amministrazione sulle questioni d'interesse del personale. Essi sono sorti proprio per corrispondere in forma dialettica alla funzione propria delle associazioni sindacali, sia pure nella peculiarità e con i limiti di quelle tra militari. Mantenerli distinti serve ad evitare confusioni di ruoli e a preservare il ruolo appunto dialettico delle associazioni sindacali. Peraltro, allo stesso scopo, appare coerente, sia con la sentenza sia con i limiti già definiti dall'Amministrazione, prevedere e regolare, prima ancora di una soluzione legislativa anche sul punto, un metodo di interlocuzione - non di concertazione, propria invece degli organi di rappresentanza - che possa dare sostanza alle attività delle associazioni, altrimenti previste e regolate solo per la loro costituzione e per i limiti e gli impedimenti alla loro azione. Invece, vanno disciplinate in positivo le modalità di azione dialettica che salvaguardi gli scopi e la ragion d'essere delle associazioni sindacali, almeno

nella forma minima delle consultazioni sulle questioni d'interesse; e ciò anche nelle more dell'intervento legislativo.
La Sezione ha poi evidenziato altri aspetti che possono destare perplessità e dubbi.
Sono: a) iscrizione del personale militare di qualsiasi ruolo a grado e tutela degli interessi di tutti gli iscritti, a prescindere dal ruolo di appartenenza: secondo la circolare tale condizione è necessaria per evitare, in caso di costituzione di associazioni sindacali di categoria, forme di conflittualità interna alla compagine militare. La condizione non è del tutto chiara: se da un lato sembra ragionevole escludere la possibilità di sindacati formati solo da categorie distinte per gradi della scala gerarchica militare, d'altra parte è meno comprensibile un divieto anche per categorie d'interesse professionale comune a tutti i gradi di un medesimo ruolo o di più ruoli con problematiche comuni; b) estraneità, anche solo in termini di partecipazione e sostegno, alle competizioni politiche e amministrative comunitarie, nazionali e territoriali di qualsivoglia livello e natura. E' un limite appropriato e coerente alla giurisprudenza della Corte, ma formulato in modo non univoco, così da poter generare dubbi sul tipo di competizione: una formula più esatta e onnicomprensiva sarebbe quantomai auspicabile, considerato che si tratta di diritti particolarmente rilevanti e tenuto conto della recente sentenza del Consiglio di Stato (IV sez., n. 5845 del 2017) concernente il diritto per i militari di iscriversi ai partiti politici; c) elettività delle cariche direttive, per le quali deve dunque essere prevista una durata temporale ben definita e la rieleggibilità solo dopo un adeguato periodo di tempo: il divieto di rieleggibilità, sembra di poter intendere di rieleggibilità immediata al termine di uno o più mandati, non sembra giustificato tanto dall'esigenza di garantire il carattere democratico delle associazioni, come indicato nel contesto, perché allo scopo corrisponde pienamente la natura elettiva delle cariche, quanto, piuttosto, da una possibile preoccupazione sulla formazione di un ceto sindacale sostanzialmente permanente, tale anche da sottrarre gli interessati al proprio servizio nella forma più compiuta e per periodi molto prolungati; sarebbe, in effetti, una preoccupazione fondata, ma ad essa si dovrebbe corrispondere con la legge, perché un tale limite imposto in via amministrativa potrebbe non essere compatibile con i principi dell'ordinamento e, in particolare, con il principio di libertà di organizzazione sindacale, di cui all'art. 39, comma 1, Cost., che può essere condizionato e limitato solo nella misura necessaria a garantire, in appropriato equilibrio, anche il rispetto degli altri valori tutelati dalla Costituzione e rilevanti nel caso in questione.

14. Fondazioni.

La sez. I ha reso il parere 30 luglio 2018, n. 1989 sui compensi degli amministratori delle fondazioni.
Il Ministero dell'interno, che ha chiesto il parere, ha chiarito che l'orientamento

dell'Amministrazione è stato quello di confermare il principio della gratuità delle cariche per gli amministratori delle fondazioni, citando al riguardo le circolari emanate nel tempo e anche uno specifico statuto tipo inviato alle prefetture per indirizzare la loro attività in materia. La ragione di tale orientamento si deve individuare nella esigenza di evitare il depauperamento del patrimonio delle fondazioni e il divieto di distribuire, anche in modo indiretto, utili nel corso dello svolgimento dell'attività dell'ente.

Tuttavia, come evidenziato dal Ministero, sono intervenute alcune riforme legislative, in particolare quella recente concernente il "terzo settore", che hanno stabilito la erogabilità di compensi per i componenti degli organi delle associazioni e delle fondazioni che vi rientrano. Trattandosi di ambiti di attività - quello delle associazioni o fondazioni riconosciute ai sensi del d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361 e quello degli enti del "terzo settore" - di natura analoga (orientata cioè verso interventi senza scopo di lucro) si pone il problema di valutare se la normativa sul "terzo settore" in materia di compensi degli amministratori sia applicabile anche alle fondazioni *ex* d.P.R. n. 361.

Ciò chiarito, il primo punto da esaminare è quello dei limiti della modificabilità dello statuto di una fondazione. L'art. 16 c.c. ha stabilito, senza distinguere su questo punto tra associazioni e fondazioni, che le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto devono essere approvate dall'autorità governativa nelle forme indicate dall'art. 12, vale a dire quelle concernenti il loro riconoscimento con decreto del Presidente della Repubblica delegabile ai prefetti e la conseguente acquisizione della personalità giuridica. Con riferimento alle fondazioni l'opinione prevalente è stata storicamente incline a considerare molto ristretti i limiti di modificabilità. Per le fondazioni, diversamente dalle associazioni, si deve tener conto infatti della esigenza di rispettare nel massimo grado possibile la volontà del fondatore e, conseguentemente, di non mettere a rischio il perseguimento dello scopo proprio della fondazione. Le fondazioni, infatti, una volta istituite e riconosciute quali persone giuridiche non possono essere revocate neanche dal fondatore (art. 15 c.c.) e, in ogni caso, non possiedono per loro natura gli strumenti per poter influire sulle scelte fondative. Tuttavia, la stessa formulazione dell'art. 16, che non limita la possibilità di introdurre modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto alle sole associazioni, ha indotto a ritenere che un margine di modificabilità debba sussistere. Evidentemente, deve trattarsi di modificazioni coerenti con lo scopo e anzi finalizzate a migliorare il suo perseguimento. Conferma a tale impostazione è venuta dal d.P.R. n. 361 del 2000, che all'art. 2, comma 3, stabilisce che "per le fondazioni, alla domanda è allegata la documentazione necessaria a comprovare il rispetto delle disposizioni statutarie inerenti al procedimento di modifica dello statuto.

Quanto alla gratuità degli incarichi amministrativi delle fondazioni, l'orientamento

storicamente affermatosi a favore della gratuità deve riconnettersi alla tutela - che nelle fondazioni è preminente - dello scopo originario. Occorre quindi evitare ogni rischio di depauperamento del patrimonio: ne deriva il divieto di distribuzione degli utili ed anche di erogazione dei compensi agli amministratori, visti come una forma indiretta di distribuzione degli utili.
Con l'approvazione del "codice del terzo settore" si è aperto un canale ulteriore di riconoscimento delle associazioni e delle fondazioni e di attribuzione della personalità giuridica. Accanto allo strumento concessorio derivante dal codice civile e normato da ultimo con il d.P.R. n. 361 del 2000 si è introdotto un riconoscimento di tipo normativo che demanda al notaio la verifica della sussistenza dei presupposti di legge e quindi la iscrizione nel registro unico nazionale del terzo settore presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali. L'art. 4, d.lgs. n. 117 del 2017 stabilisce che sono enti del terzo settore anche le "fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambi di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del terzo settore". L'art. 22 precisa peraltro che gli enti del terzo settore acquistano la personalità giuridica mediante l'iscrizione al registro unico in deroga al d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361. La riforma non ha riguardato quindi la revisione del codice civile e non ha modificato il meccanismo previsto dal d.P.R. n. 361. Ne deriva che le norme del nuovo codice sono direttamente applicabili esclusivamente agli enti del terzo settore.
Con riferimento alla questione dei compensi degli amministratori, il d.lgs. n. 117 stabilisce che, essendo confermato il divieto di distribuzione di utili, si considerano utili indiretti i "compensi individuali non proporzionati all'attività svolta, alle responsabilità assunte e alle specifiche competenze o comunque superiori a quelli previsti in enti che operano nei medesimi o analoghi settori e condizioni". In tal modo si rende possibile (ma non obbligatoria) la corresponsione di compensi più alti rispetto al limite fissato dalla normativa tributaria.
Infine, sempre con riferimento alla gratuità degli incarichi si deve anche considerare che il d.l. n. 78 del 2010 ha stabilito il carattere onorifico delle cariche ricoperte negli organi collegiali degli enti finanziati con risorse pubbliche. Occorre quindi considerare la situazione finanziaria delle fondazioni, in quanto nel caso esse siano finanziate in qualsiasi misura con risorse a carico del bilancio dello Stato o di altri enti pubblici la disposizione contenuta nel suddetto decreto legge dovrebbe essere applicata. In definitiva, nel caso in cui la fondazione non riceva risorse pubbliche è possibile prevedere una limitata remunerazione degli amministratori che potrà essere parametrata anche alle indicazioni contenute nel d.lgs. n. 117.

Ciò che è determinante, tuttavia, con riferimento alle fondazioni, è che, non essendo possibile per loro natura modificarne le finalità originarie, sono accoglibili interventi di modifica statutaria volti esclusivamente ad adeguare le strutture alle esigenze che dovessero manifestarsi per il miglior perseguimento dello scopo. Pertanto, lo statuto iniziale potrà certamente prevedere un compenso per gli amministratori se il fondatore ritiene che esso sia necessario per il buon funzionamento dell'ente.
Diversa è l'ipotesi in cui la retribuzione degli amministratori o il suo incremento vengono introdotte attraverso la modifica dello statuto iniziale. In questo caso, si può ritenere che la modifica possa essere funzionale ad una più efficace gestione della fondazione. Occorrerà tuttavia valutare con rigore le ragioni delle richieste di determinazione o di incremento degli emolumenti tenendo presente la situazione specifica della fondazione e le ragioni che possono giustificare una modificazione su questo punto dello statuto rispetto alla formulazione originaria.

15. Giochi.

15.1. Scommesse a quota fissa su eventi diversi dalle corse di cavalli e su eventi non sportivi.

La Sezione consultiva atti normativi ha reso il parere (5 febbraio 2018, n. 298) sullo schema di decreto ministeriale recante la disciplina delle scommesse a quota fissa su eventi diversi dalle corse di cavalli e su eventi non sportivi.
Lo schema di decreto è stato predisposto in attuazione dei principi dettati dall'art. 16, comma 1, l. 13 maggio 1999, n. 133, secondo il quale "il Ministro delle finanze può disporre, anche in via temporanea, l'accettazione di nuove scommesse a totalizzatore o a quota fissa, relative ad eventi sportivi diversi dalle corse dei cavalli e dalle competizioni organizzate dal Comitato olimpico nazionale italiano (Coni) da parte dei soggetti cui è affidata in concessione l'accettazione delle scommesse a totalizzatore e a quota fissa ai sensi del d.P.R. 8 aprile 1998, n. 169, e del decreto del Ministro delle finanze 2 giugno 1998, n. 174 , i quali a tale fine impiegheranno sedi, strutture e impianti già utilizzati nell'esercizio della loro attività. Con riferimento a tali nuove scommesse nonché ad ogni altro tipo di gioco, concorso pronostici e scommesse, il Ministro delle finanze emana regolamenti a norma dell'art. 17, comma 3, l. 23 agosto 1988, n. 400, per disciplinare le modalità e i tempi di gioco, la corresponsione di aggi, diritti e proventi dovuti a qualsiasi titolo, ivi compresi quelli da destinare agli organizzatori delle competizioni. Con decreto del Ministro delle finanze è altresì stabilito l'ammontare del prelievo complessivo, comprensivo dei predetti oneri, su ciascuna scommessa; il prelievo non può superare il 62 per cento delle somme giocate. Per le medesime scommesse a totalizzatore il Ministro delle finanze può prevederne l'accettazione anche da parte dei gestori e dei concessionari di giochi, concorsi pro-

nostici e lotto, purché utilizzino una rete di ricevitorie collegate con sistemi informatici in tempo reale".
La nuova disciplina si è resa necessaria perché la vigente disciplina delle scommesse a quota fissa su eventi sportivi diversi dalle corse di cavalli e su eventi non sportivi risulta in parte superata: dall'evoluzione del quadro giuridico di riferimento; dall'introduzione sul mercato di nuove modalità di offerta del gioco, soprattutto a livello internazionale; dall'opportunità di incentivare gli operatori economici stranieri ad investire in Italia attraverso avanzate modalità di gestione sia degli avvenimenti sia delle scommesse; dall'incremento di nuove concessioni fisiche e a distanza; dalla necessità di condurre una incisiva lotta alla parallela attività dei *bookmaker* privi di concessione statale abusivi che, soprattutto in determinate aree del Paese, si pone come una preoccupante concorrenza all'attività degli scommettitori autorizzati.
La Sezione ha rilevato come, al fine conseguire gli obiettivi importanti rappresentati dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli nella relazione di accompagnamento dello schema di regolamento, sia indispensabile - per poter garantire anche la continuità delle entrate erariali nonché la tutela dei giocatori e della fede pubblica attraverso azioni che consentano il contrasto al gioco illegale, ed un allineamento temporale di tutte le concessioni aventi ad oggetto la commercializzazione dei giochi a distanza di cui all'art. 24, comma 11, l. n. 88 del 2009, completare nel più breve tempo possibile la procedura aperta, competitiva e non discriminatoria, delle concessioni per la commercializzazione dei suddetti giochi a distanza nel rispetto dei criteri previsti dall'art. 24, comma 15, lett. da a) a e) e g), l. n. 88 del 2009. Parimenti necessaria resta dare seguito all'intesa raggiunta il 7 settembre 2017 in sede di Conferenza unificata di cui all'art. 8, d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281, sulla definizione delle caratteristiche dei punti di vendita ove si raccoglie il gioco pubblico nonché i criteri per la loro distribuzione e concentrazione territoriale, onde assicurare i migliori livelli di sicurezza per la tutela della salute, dell'ordine pubblico e della pubblica fede dei giocatori e prevenire il rischio di accesso dei minori di età. D'altra parte, le intese raggiunte in sede di Conferenza unificata devono essere recepite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentite le Commissioni parlamentari competenti.
La Sezione ha quindi reso parere favorevole sullo schema di regolamento, con osservazioni.

15.2. Affidamento in concessione della gestione del Superenalotto.
Con parere 11 giugno 2018, n. 1520 la sez. II ha pronunciato sulla procedura di selezione per l'affidamento in concessione della gestione dei giochi numerici a totalizzatore nazionale, dei giochi complementari e opzionali e delle relative forme di partecipazione a distanza, nonché di ogni ulteriore gioco numerico basato su un unico totalizzatore a livello nazionale

Il parere è favorevole con osservazioni.
Sulla scelta della monoconcessione per la gestione la Sezione ha affermato che essa è senz'altro consentita, e anzi sembra essere addirittura imposta dall'art. 1, comma 576, l. 11 docembre 2016, n. 232, il quale richiede che "la gestione dei giochi numerici a totalizzatore nazionale, dei giochi complementari e opzionali e delle relative forme di partecipazione a distanza, nonché di ogni ulteriore gioco numerico basato su un unico totalizzatore a livello nazionale" sia affidata in concessione "a una qualificata impresa". La stessa è del resto in linea con le esigenze organizzative proprie della gestione centralizzata del gioco che caratterizzano il "superenalotto".
La Sezione ha però segnalato che per la diversa ipotesi del lotto (gioco numerico a quota fissa) pende dinanzi alla Corte di Giustizia la causa C-375/17 Stanley International Betting e Stanleybet Malta su questione pregiudiziale rimessa dal Consiglio di Stato (ord. n. 2808 del 2017) avente ad oggetto (tra gli altri) il seguente quesito: "Se il diritto dell'Unione – e, in particolare, il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi nonché i principi di non discriminazione, trasparenza, libertà di concorrenza, proporzionalità e coerenza – debba essere interpretato nel senso che osta ad una disciplina come quella posta dall'art. 1, comma 653, della legge di stabilità 2015 e dai relativi atti attuativi, che prevede un modello di concessionario *monoproviding* esclusivo in relazione al servizio del gioco del Lotto …..".
Nel merito, la Sezione ha osservato che lo schema di convenzione prevede gli impegni del concessionario relativamente alla gestione del servizio dei giochi, al fine di garantire la regolare raccolta del gioco stesso attraverso la rete distributiva, sia fisica sia a distanza, secondo i livelli di servizio previsti dal capitolato tecnico. È previsto che la sospensione non autorizzata della raccolta, nonché il mancato rispetto degli impegni assunti in sede di gara, determina, ove non costituenti ipotesi di decadenza o di revoca, l'applicazione di penali. La norma convenzionale prevede anche l'impegno del concessionario all'aggiornamento tecnologico del sistema della rete telematica e dei terminali di gioco secondo *standard* qualitativi che garantiscono la massima sicurezza ed affidabilità, secondo il piano di investimento indicato nell'offerta tecnica. La stessa costituisce svolgimento di una delle condizioni essenziali previste dalla legge (lett g: obbligo di aggiornamento tecnologico del sistema della rete e dei terminali di gioco secondo standard qualitativi che garantiscano la massima sicurezza e affidabilità, secondo il piano d'investimento che costituisce parte dell'offerta tecnica) da questa presidiata attraverso la specifica l'obbligazione sostitutiva del "versamento annuale all'erario delle somme comunque eventualmente non investite secondo il piano" (lett. h).
In relazione a tale specifico aspetto, lo schema di convenzione, oltre a richiamare l'obbligo del predetto versamento, introduce un'obbligazione ulteriore in capo al concessionario, non espressamente contemplata dall'art. 1, comma 576, l. n. 232 del

2016, e segnatamente quella di effettuare comunque l'investimento non realizzato nell'esercizio successivo (art. 16, comma 4, lett. b).
L'Amministrazione ha affermato di poter ricavare la base di un siffatto obbligo nel particolare rilievo che l'art. 1 cit. attribuisce all'aggiornamento tecnologico del sistema della rete. "In caso contrario" – ha osservato la medesima - ove cioè la mancata effettuazione dell'investimento comportasse solo il versamento all'erario delle somme non investite, "verrebbe di fatto vanificato l'obbligo dell'aggiornamento tecnologico, elemento dell'offerta economicamente più vantaggiosa".
La Sezione ha manifestato perplessità. Le disposizioni di legge di cui alla lett. g) (obbligo di aggiornamento tecnologico) e lett. h) (versamento annuale delle somme non investite), lungi dal rappresentare un'obbligazione facoltativa, ovvero una penale di importo pari all'investimento inattuato, operano sul diverso piano dell'effettività degli impegni promessi dall'aspirante concessionario in termini finanziari, nell'ambito di una competizione - come quella di specie - che ad essi assegna uno specifico e significativo punteggio. Il versamento annuale delle somme "eventualmente" non investite costituisce cioè, nell'intenzione del legislatore, il riflesso di una prestazione, alla quale, giuste le previsioni della *lex* di gara, il concessionario si è vincolato, non solo nell'*an*, ma anche nel *quantum* offerto. In altri termini, il legislatore impone l'aggiornamento tecnologico secondo quanto previsto dall'offerta tecnica, ma vincola altresì il concessionario ad impiegare tutte le somme secondo quanto dichiarato nel piano di investimenti, di modo che, se per ragioni sopravvenute (ad es. decrescita del costo del software o dell'HW) o per ragioni originarie (sovrastima dei costi) esse dovessero risultare in concreto sovrabbondanti, ciò non abbia a ridondare in profitto per il concessionario (le somme infatti in tal caso devono comunque essere versate all'Erario).
Questione diversa è la mancata effettuazione dell'aggiornamento tecnologico cui il concessionario si è impegnato. In questo caso si tratta di inadempimento contrattuale che ben può essere presidiato da penali *ex* art. 1382 c.c. e da misure esiziali quali la decadenza dalla concessione.
E, in effetti, lo schema di convenzione prevede una penale pari all'importo dell'investimento inadempiuto, cui si aggiunge, nel caso di inadempimento che supera la soglia del 30% degli investimenti previsti, l'applicazione di una ulteriore penale consistente nella riduzione dell'aggio in misura pari alla percentuale di investimenti non effettuati, a decorrere dall'anno successivo e fino a quando gli investimenti non saranno completati.
La Sezione ha affermato di non avere elementi per valutare se la sommatoria delle penali così concepite possa condurre a somme manifestamente eccessive, *ex* art. 1384 c.c.. Occorre in ogni caso tener conto che se l'obbligazione principale permane, come sembra pretendere l'amministrazione, la penale può avere ad oggetto il solo

ritardo, giusta la specifica limitazione di cui all'art. 1383 c.c. Essa dovrebbe dunque essere parametrata in relazione al tempo trascorso rispetto al termine pattuito di esecuzione della prestazione, e quantificata ad un livello tale da disincentivare i ritardi. In tale chiave di lettura appare poco razionale quantificare l'inadempimento per il ritardo in un somma "secca" (pari all'importo dell'investimento mancato) slegata dal fattore temporale.
La Sezione ha manifestato perplessità anche in relazione alla disciplina della decadenza dettata dall'art. 30 dello schema di convenzione. Tale ultima disposizione - oltre a richiamare, quali cause di decadenza, quelle che identificano altrettante cause di esclusione dalle gare *ex* art. 80 del codice dei contratti pubblici - contiene una clausola residuale che riserva al concedente il potere di dichiarare la decadenza per "ogni ipotesi di reato per il quale sia stato disposto il rinvio a giudizio e che ADM, in ragione della sua natura, della gravità, delle modalità di esecuzione e della connessione con l'oggetto dell'attività affidata in concessione, valuti tale da far escludere l'affidabilità, la professionalità e l'idoneità morale del concessionario, ovvero quando ricorrano le ipotesi di cui all'art. 24, comma 25, d.l. 6 luglio 2011, n. 98…".
La Sezione ha ritenuto che, avuto riguardo alla natura esiziale e gravemente pregiudizievole per gli interessi e l'immagine del concessionario del provvedimento di decadenza, il riferimento al mero "rinvio a giudizio", ossia a un atto del processo penale che non contiene ancora alcuna accertamento di reità, possa essere giustificato solo in presenza di una fonte di carattere primario che, in considerazione della peculiarità e delicatezza del settore, preveda le specifiche deroghe al generale principio, fatto proprio dall'art. 80 del codice dei contratti pubblici, per il quale è sempre necessario un accertamento penale passato in giudicato. Nel caso di specie la disposizione di legge esiste ed è quella richiamata dallo stesso art. 30 cit., ossia l'art. 24, comma 25, d.l. n. 98 del 2011, secondo cui "25. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e dall'art. 10, d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, non può partecipare a gare o a procedure ad evidenza pubblica né ottenere il rilascio o rinnovo o il mantenimento di concessioni in materia di giochi pubblici il soggetto il cui titolare o il rappresentante legale o negoziale ovvero il direttore generale o il soggetto responsabile di sede secondaria o di stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti, risulti condannato, anche con sentenza non definitiva, ovvero imputato, per uno dei delitti previsti dagli artt. 2 e 3, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 e dagli artt. 314, 316, 317, 318, 319, 319-ter, 320, 321, 322, 323, 416, 416-bis, 644, 648, 648-bis e 648-ter c.p. ovvero, se commesso all'estero, per un delitto di criminalità organizzata o di riciclaggio di denaro proveniente da attività illecite. Il medesimo divieto si applica anche al soggetto partecipato, anche indirettamente, in misura superiore al 2 per cento del capitale o patrimonio da persone fisiche che risultino condannate, anche con sentenza non definitiva, ovvero imputate, per uno dei predetti

delitti. Il divieto di partecipazione a gare o di rilascio o rinnovo o mantenimento delle concessioni di cui ai periodi precedenti opera anche nel caso in cui la condanna, ovvero l'imputazione o la condizione di indagato sia riferita al coniuge non separato".
La Sezione ha concluso che non è possibile dilatare le ipotesi decadenziali oltre quanto già in via eccezionale previsto per legge.

16. Ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Con parere 11 giugno 2018, n. 1517 la sez. II si è soffermata sulle azioni esperibili in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.
Ha premesso che in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, la Sezione consultiva del Consiglio di Stato può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta dal ricorrente con l'azione di adempimento – nel rispetto del principio della domanda e ricorrendone i presupposti di cui all'art. 31, comma 3, c.p.a. – sia in ragione dell'alternatività del rimedio giustiziale rispetto a quello giurisdizionale - di cui non può costituire un *minus* laddove identico ne sia il *petitum* - sia in ragione del principio di effettività della tutela che impone di interpretare le norme nel senso della massima garanzia possibile nei confronti delle istanze di giustizia delle parti; l'ampliamento del *petitum* del ricorso straordinario all'azione di condanna, esperibile nei limitati casi di attività vincolata ovvero per la quale non residui alcun margine di discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori non implica necessariamente un ulteriore spostamento del baricentro dell'inquadramento del rimedio verso la sua catalogazione giurisdizionale piuttosto che amministrativa; né ne altera la natura demolitoria.
La possibilità di pronunciare in sede straordinaria sull'azione di adempimento risponde ad esigenze di valorizzazione delle istanze di giustizia dei cittadini e, lungi dall'alterare il carattere tipicamente impugnatorio di tale rimedio, va a completare quel percorso di garanzia di effettività che il variegato modularsi dei contenuti veicolati nei pareri decisori, vuoi in termini propositivi, vuoi attraverso la individuazione comunque di un provvedimento da "aggredire", ha nel tempo inteso assicurare.
Infatti, la natura accessoria dell'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto ex art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a., pur originatasi nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, ben si attaglia ad un rimedio tipicamente demolitorio come il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.
La Sezione ha aggiunto che in sede straordinaria sono invece precluse le azioni di mero accertamento ovvero le pronunce dichiarative di pretese patrimoniali, nonché quelle specificatamente previste dal codice del processo amministrativo in materia di accesso agli atti amministrativi (art.116) e di risarcimento del danno (art. 30).
Le esigenze di economicità, speditezza e concentrazione della tutela non consentono di superare le pregiudiziali sistematiche dell'inquadramento del ricorso straordinario

come giurisdizionale a tutti gli effetti allo scopo di ammettere anche l'azione risarcitoria di natura accessoria nell'ambito dello stesso. Tale ipotesi ricostruttiva sarebbe percorribile solo aderendo alla tesi, peraltro sostenuta da autorevole dottrina, della assimilazione del "rimedio giustiziale", pur connotato da innegabili peculiarità, al procedimento giurisdizionale. Invero, pur non sottacendo la natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio in parola, i Supremi Consessi che hanno affrontato la questione (Cons. St., A.P., nn. 9 e 10 del 2013; Corte cost. n. 74 del 2014; Cass. civ., S.U., 25 settembre 2012, n. 23464) non hanno dissipato tutti i dubbi di inquadramento dogmatico dell'istituto. Pertanto, si ritiene preferibile riferirsi al rimedio *de qua* come "una sorta di *tertium genus* intermedio di amministrazione giustiziale".

ATTIVITA' GIURISDIZIONALE

SOMMARIO: 1. Questioni di rilevante impatto sociale. 1.1. Obbligo di vaccinazione per l'ammissione agli asili nido e alle scuole dell'infanzia. **1.2.** Leggi razziali. **1.3.** Banche popolari**. 1.4.** Precettazione di autisti di Azienda Municipalizzata Trasporti**. 2. Autorità amministrative indipendenti. 2.1.** Antitrust e intese restrittive della concorrenza**. 2.2.** Misure Consob e certezza del diritto**. 3. Enti locali**. **3.1.** Scioglimento del Consiglio comunale per infiltrazione mafiosa. **3.2.** Distacco di frazioni dal territorio del Comune. **3.3.** Patrimonio e personale delle Ipab soppresso dalla Regione Sicilia e assorbito dai Comuni**. 4. Elezioni. 4.1.** Esclusione dalle competizioni**. 4.2.** Soccorso istruttorio nel procedimento elettorale**. 4.3.** Sindaci candidati alle elezioni provinciali**. 4.4.** Elezioni del consiglio circoscrizionale in Sicilia**. 5. Enti pubblici. 5.1.** Effetti della fusione di Consorzi extra regionali**. 6. Sicurezza pubblica. 6.1.** Informativa antimafia**. 7. Sanità. 7.1.** Diniego di rimborso di cure all'estero. **7.2.** Prestazioni sanitarie in regime di accreditamento *extra* Regione**. 8. Sanitaria veterinaria. 8.1.** Controlli sanitari veterinari**. 9. Farmacie. 9.1.** Diritto di prelazione dei dipendenti della farmacia comunale in caso di trasferimento della sua titolarità**. 9.2.** Vendita all'ingrosso di medicinali**. 10. Farmaci. 10.1.** Prezzo dei farmaci generici**. 10.2.** Lista di trasparenza. **10.3.** Equivalenza terapeutica tra farmaci con principi attivi diversi. **11. Edilizia residenziale pubblica. 11.1.** Limiti alla vendita di alloggio di edilizia residenziale pubblica introdotti con la Convenzione comunale**. 12. Contratti della Pubblica amministrazione. 12.1.** Servizio di trasporto sanitario ordinario di pazienti in ambulanza. **12.2.** Raggruppamento temporaneo di imprese. **12.3.** Contributo a favore dell'Autorità Nazionale Anticorruzione. **12.4.** Commissione di gara**. 12.5.** Esclusione dalla gara. **-** Dichiarazione mendace presentata dall'operatore economico con riguardo alla posizione dell'impresa ausiliaria**. -** Grave illecito professionale**. -** Risoluzione del contratto di appalto per inadempimento. - Irregolarità contributiva del locatore il ramo di azienda. - Procedimento concorsuale in corso**. 12.6.** Iscrizione nel casellario informatico**. 12.7.** Soccorso istruttorio**. 12.8.** Offerta. - Costo della manodopera. 12.9. Computo del cd. "fattore di correzione". **12.10.** Calcolo dell'anomalia dell'offerta e taglio delle ali**. 12.11.** Invarianza della soglia**. 12.12.** Doppia riparametrazione dei punteggi dell'offerta tecnica**. 12.13.** Subappalto**. 12.14.** Avvalimento**. 12.15.** Revisione prezzi**. 13. Beni ambientali. 13.1.** Compatibilità ambientale dei permessi di prospezione di porzioni del mare Adriatico prospicienti le coste delle Regioni Emilia Romagna, Marche, Abruzzo, Molise, Puglia**. 14. Beni culturali. 14.1.** Bene immobile soggetto a prelazione storico-artistica. **15. Edilizia. 15.1.** Titoli edilizi**. 15.2.** Liberalizzazione dell'attività edilizia. **15.3.** Ristrutturazione edilizia**. 15.4.** Rideterminazione del contributo di costruzione. **15.5.** Autotutela in materia edilizia**. 16. Energia. 16.1.** Tariffe incentivanti le fonti di energia rinnovabili. **16.2.** Rimborsi spettanti ai gestori della distribuzione del gas naturale**. 17. Aiuti di Stato ed incentivi. 17.1.** Accesso alle agevolazioni finanziarie di cui al PO FESR 2007/2014**. 18. Aiuti di Stato. 19. Commercio. 19.1.** Natura del Piano di commercio**. 20. Made in Italy. 20.1.** Mozzarelle di bufale Campane Dop**. 21. Trasporti. 21.1.** Trasporto pubblico locale**. 21.2.** Trasporto aereo. **21.3.** Trasporto ferroviario**. 22. Stranieri. 22.1.** Permesso di soggiorno**. 23. Avvocati dello Stato. 23.1.** Nomina dell'Avvocato generale aggiunto**. 24. Impiego pubblico e privatizzato. 24.1.** Professori universitari**. 24.2.** Nomina dei direttore dei musei**. 24.3.** Avvocati di enti pubblici**.**

24.4. Buoni pasto**. 25. Militari. 25.1.** Sanzioni disciplinari a carico di poliziotti. **25. Militari. 25.1.** Sanzioni disciplinari a carico di poliziotti**. 26. Agrotecnici. 27. Università degli studi. 27.1.** Corsi di laurea magistrale e di dottorato di ricerca siano svolti in lingua inglese**. 28. Caccia. 28.1.** Calendario venatorio della Regione Basilicata**. 28.2.** Piano di riduzione dei cinghiali in un Ambito territoriale di caccia**. 29. Giochi. 29.1.** Contrasto alla ludopatia**. 30. Procedimento amministrativo. 30.1.** Annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo**. 30.2.** Premio di natalità**. 30.3.** Decadenza dall'impiego per produzione di falsi certificati**. 30.4.** Elezioni politiche**. 31. Circolazione stradale. 31.1.** Parcheggio riservato ad invalido**. 32. Processo amministrativo. 32.1.** Termine per l'impugnazione**. 32.2.** Notifica Pec effettuata all'Amministrazione**. 32.3.** Notifica per pubblici proclami sul sito internet della P.A.**. 32.3.** Nullità della notifica che non ha raggiunto lo scopo**. 32.4.** Prova del deposito degli scritti difensivi con il Processo amministrativo telematico. **32.5.** Orario di deposito delle memorie per l'udienza in regime di Processo amministrativo telematico**. 32.6.** Principio di sinteticità e violazione dei limiti dimensionali degli scritti difensivi**. 32.7.** Termini per la fissazione della camera di consiglio cautelare in Adunanza plenaria**. 32.8.** Sospensione del giudizio**. 32.9.** Sospensione o interruzione del termine di 180 giorni per presentare nuova istanza di fissazione di udienza ed evitare la perenzione**. 32.10.** Condanna alle spese di lite dell'Amministrazione formalmente vittoriosa per comportamento scorretto**. 32.11.** Accesso al fascicolo di causa da parte di un soggetto che non è parte del relativo giudizio**. 32.13.** Principi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria**. 32.14.** Azione avverso il silenzio**. 32.15.** Giudizio di ottemperanza**.** - Ricorsi per l'ottemperanza proposti nei confronti degli enti locali per i quali è stato dichiarato il dissesto. - Appellabilità delle pronunce che forniscono chiarimenti *ex* artt. 112, comma 5, e 114, comma 7, c.p.a.. - Decorrenza della *astreinte*, chiesta con il ricorso per l'esecuzione di una sentenza del giudice di primo grado non passata in giudicato**. 32.16.** Rito appalti. - Immediata impugnazione del bando di gara e soggetto legittimato a ricorrere. - Notifica del ricorso proposto avverso gli atti di gara svolta in forma aggregata. - Decorrenza del termine per impugnare, con ricorso incidentale, l'ammissione di altro concorrente in gara**. 32.17.** Giudizio elettorale. **32.18.** Appello. - Casi di annullamento con rinvio delle sentenze di primo grado. - Appello cumulativo. - Appellabilità dei decreti monocratici cautelari. - Appellabilità della decisione di revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato. - Rapporto tra appello principale perento e appello incidentale tardivo**. 32.19.** Sentenze e relativa motivazione**. 33. Risarcimento danni. 33.1.** Azione risarcitoria autonoma**. 33.2.** Lesioni di interessi pretensivi e risarcimento danni**. 33.3.** Responsabilità precontrattuale anche prima dell'aggiudicazione definitiva**. 33.4.** Misurazione concreta ed effettiva del danno risarcibile.

1. Questioni di rilevante impatto sociale.

1.1. Obbligo di vaccinazione per l'ammissione agli asili nido e alle scuole dell'infanzia.

La sez. III, con la sentenza 14 febbraio 2018, n. 962 ha affermato che per l'ammissione a tutte le forme di collettività infantili, e quindi anche agli asili nido e alle scuole dell'infanzia, occorre vaccinarsi; trattandosi di requisito di ammissione, la vaccinazione è obbligatoria. Data la premessa, la Sezione ha giudicato legittimo il regolamento comunale che prevede quale requisito di accesso al servizio dei nidi di infanzia e delle scuole per l'infanzia comunali e convenzionali l'assolvimento degli obblighi vaccinali previsti dalla normativa vigente.

Ha ricordato la Sezione che l'obbligo di vaccinazione è stato imposto con l. 6 giugno 1939, n. 893 con riferimento al vaccino contro la difterite, con la l. 5 marzo 1963, n. 292 per il vaccino contro il tetano, con la l. 4 febbraio 1966, n. 51 per il vaccino contro la poliomielite e con la l. 27 maggio 1991, n. 165 per il vaccino contro l'epatite virale B.

Ha ancora ricordato che ai sensi dell'art. 1, d.P.R. 26 gennaio 1999, n. 355 (regolamento in materia di vaccinazione obbligatoria), la mancata vaccinazione "non comporta il rifiuto di ammissione dell'alunno alla scuola dell'obbligo o agli esami".

Tale norma è stata introdotta a seguito di un bilanciamento tra opposti interessi, entrambi di rilevanza costituzionale: quello all'istruzione e quello alla salute, bilanciamento che può essere svolto dal solo legislatore, rientrando tale scelta della sua propria ed esclusiva discrezionalità, alla quale non può sostituirsi il giudice anteponendo un proprio personale convincimento che travalichi il chiaro contenuto della norma oggetto di applicazione.

Nella propria valutazione discrezionale, il legislatore ha tenuto conto non solo del differente regime normativo esistente tra la scuola dell'obbligo e l'educazione prescolare, che si svolge presso gli asili nido e le scuole dell'infanzia, ma ha valutato anche la condizione soggettiva differente esistente tra i bambini di età superiore ai sei anni, e quelli da zero a sei anni. Questi ultimi, infatti, sono molto più fragili, e come tali necessitano di maggiori di misure di precauzione e prevenzione. I rischi di contagio più elevati si registrano, infatti, tra i bambini che frequentano, per l'appunto, i servizi educativi per l'infanzia e le scuole dell'infanzia o che comunque frequentino luoghi in cui vi sia la presenza contemporanea di bambini di più famiglie. Ne deriva che la situazione sia giuridica che fattuale in cui versano i bambini che devono iscriversi alla scuola dell'obbligo, e quelli relativi alla fascia 0-6 anni, presenta tali differenze da non consentire l'estensione della normativa derogatoria prevista per i bambini più grandi a quelli di età ricompresa tra i 0-6 anni, se non a condizione di "disapplicare" l'art. 1, d.P.R. n. 355 del 1999 o, comunque, di applicare tale norma "in modo difforme" da quanto previsto dal legislatore.

La diversità di regime è stata ribadita anche nella normativa sopravvenuta: in merito all'ammissione alle strutture educative, il d.l. n. 73 del 2017, convertito con modificazioni in l. n. 119 del 2017, opera al comma 3 dell'art. 3, una distinzione: nei servizi educativi per l'infanzia e nelle scuole dell'infanzia, la presentazione della documentazione costituisce requisito di accesso; in tutte le altre scuole, la mancata presentazione non impedisce né la frequenza, né gli esami.
La Sezione ha poi ricordato che la Commissione speciale del Consiglio di Stato 26 settembre 2017, n. 2065 ha ritenuto "che la previsione della copertura vaccinale sia funzionale all'adempimento di un generale dovere di solidarietà che pervade e innerva tutti i rapporti sociali e giuridici. Risulta infatti evidente - sulla base delle acquisizioni della migliore scienza medica e delle raccomandazioni delle organizzazioni internazionali - che soltanto la più ampia vaccinazione dei bambini costituisca misura idonea e proporzionata a garantire la salute di altri bambini e che solo la vaccinazione permetta di proteggere, proprio grazie al raggiungimento dell'obiettivo dell'"immunità di gregge", la salute delle fasce più deboli, ossia di coloro che, per particolari ragioni di ordine sanitario, non possano vaccinarsi. Porre ostacoli di qualunque genere alla vaccinazione (la cui "appropriatezza" sia riconosciuta dalla più accreditata scienza medico-legale e dalle autorità pubbliche, legislative o amministrative, a ciò deputate) può risolversi in un pregiudizio per il singolo individuo non vaccinato, ma soprattutto vulnera immediatamente l'interesse collettivo, giacché rischia di ledere, talora irreparabilmente, la salute di altri soggetti deboli.
Del resto lo stesso art. 32 Cost. enfatizza la dimensione solidaristica del diritto alla salute e il tema del possibile conflitto tra diritto individuale e interesse collettivo nell'ambito delle vaccinazioni obbligatorie è stato approfondito autorevolmente dalla Corte costituzionale (tra l'altro, nelle sentenze del 22 giugno 1990, n. 307; 23 giugno 1994, n. 258; 18 aprile 1996, n. 118). Si è infatti affermato (sent. n. 258 del 23 giugno 1994) che: "…la norma del citato art. 32 Cost. postul[a] il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto negativo di non assoggettabilità a trattamenti sanitari non richiesti od accettati) con il coesistente e reciproco diritto di ciascun individuo (sent. n. 218 del 1994) e con la salute della collettività (sent. n. 307 del 1990); nonché, nel caso in particolare di vaccinazioni obbligatorie, "con l'interesse del bambino", che esige "tutela anche nei confronti dei genitori che non adempiono ai compiti inerenti alla cura del minore" (sent. n. 132 del 1992).

1.2. Leggi razziali.
Con sentenza 18 ottobre 2018, n. 5896 la sez. IV ha afferrato il principio secondo cui i benefici riconosciuti dallo Stato agli ebrei perseguitati dal fascismo non possono essere accordati rifacendosi alle leggi razziali, essendo ratio della norma di

compensare con attribuzioni economiche pregiudizi patiti da soggetti (cittadini italiani) per il fatto in sé di avere un'origine ebraica.

Ha affermato la Sezione che la pretesa dell'Amministrazione di ancorare l'origine ebraica del richiedente il beneficio alla nozione di "razza ebraica" contenuta nell'art. 8, lett. d), r.d.l. n. 1728 del 17 novembre 1938 ("è considerato di razza ebraica colui che, pur essendo nato da genitori di nazionalità italiana, di cui uno solo di razza ebraica, appartenga alla religione ebraica, o sia, comunque, iscritto ad una comunità israelitica, ovvero abbia fatto in qualsiasi altro modo, manifestazioni di ebraismo. Non è considerato di razza ebraica colui che è nato da genitori di nazionalità italiana, di cui uno solo di razza ebraica, che alla data del 1º ottobre 1938, apparteneva a religione diversa da quella ebraica") è operazione logico-giuridica scorretta per due concorrenti motivi: a) il primo motivo è di ordine esegetico: la norma posta dalla l. n. 17 del 1978 è chiara nella sua formulazione e perfettamente auto-applicativa, senza necessità di ulteriori o diverse specificazioni contenute in testi normativi diversi, tanto più se oggetto di intervenuta abrogazione; b) il secondo motivo è di ordine sostanziale: è irragionevole e sproporzionata la pretesa dell'Amministrazione di far dipendere (in senso sfavorevole al richiedente) il possesso di un requisito per l'accesso a un beneficio di legge, dall'applicazione di una norma razziale (l'art. 8, lett. d, dell'abrogato r.d.l. n. 1728 del 1938) lesiva dei diritti fondamentali della persona e, soprattutto, rispetto alla quale le leggi post razziali n. 336 del 1970, n. 541 del 1971 e n. 17 del 1998 hanno inteso porre rimedio. Viene tradito, nella sostanza, lo spirito stesso della nuova disciplina.
La *ratio legis* dell'attribuzione del beneficio, infatti, riposa sulla necessità di compensare con attribuzioni economiche pregiudizi patiti da soggetti (cittadini italiani) per il fatto in sé di avere un'origine ebraica e rispetto ai quali il torto subito (fisico, economico o morale) è dipeso dall'applicazione di una norma di legge o dall'adozione di un atto amministrativo. Sicché il pretendere, oggi, di far uso di concetti e di categorie giuridiche elaborate al tempo della vigenza delle leggi razziali, finirebbe inevitabilmente per implicare la perpetuazione, in senso sfavorevole all'interessato, dell'efficacia di definizioni giuridiche basate sul concetto di appartenenza alla razza e sorte all'unico scopo di discriminare tra di loro gli individui.
La Sezione ha richiamato poi il proprio precedente n. 4580 del 2 agosto 2011, nel quale si affermato che l'iscrizione ad una comunità israelitica poteva ben essere apprezzata, sul piano probatorio, per qualificare come ebreo, tra gli altri, colui il quale fosse nato anche da un solo genitore appartenente alla razza ebraica, e non già al diverso scopo di elaborare un principio di diritto in base al quale inferire che l'origine ebraica dovesse ricostruirsi, sic et simpliciter, sulla base dell'abrogato decreto del 1938.

1.3. Banche popolari.

La sez. VI, con ord. 26 ottobre 2018, n. 6129, si è espressa sul tema della trasformazione delle banche popolari in società per azioni, in relazione alla posizione dei due soli istituti di credito che non hanno dato attuazione al d.l. n. 3 del 2015 in tema di "Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti" considerandolo in contrasto con la disciplina nazionale e comunitaria.

Ha rimesso alla Corte di giustizia UE le questioni: a) se l'art. 29 del Regolamento UE n. 575/2013 CRR, l'art. 10 del Regolamento delegato n. 241 del 2014, gli artt. 16 e 17 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, anche in riferimento all'art. 6, par. 4, del Regolamento UE n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013, ostino a una normativa nazionale, come quella introdotta dall'art. 1, d.l. n. 3 del 2015, convertito con modificazioni dalla l. n. 33 del 2015 (e oggi anche art. 1, comma 15, d.lgs. n. 72 del 2015, che ha sostituito l'art. 28, comma 2-ter, TUB, riproducendo sostanzialmente il testo dell'art. 1, comma 1, lett. a), d.l. n. 3 del 2015, come convertito, con modifiche qui non rilevanti), che impone una soglia di attivo al di sopra della quale la banca popolare è obbligata a trasformarsi in società per azioni, fissando tale limite in 8 miliardi di attivo. Se, inoltre, i richiamati parametri euro unitari ostino a una normativa nazionale che, in caso di trasformazione della banca popolare in s.p.a., consente all'ente di differire o limitare, anche per un tempo indeterminato, il rimborso delle azioni del socio recedente; b) se gli artt. 3 e 63 e ss. TFUE in materia di concorrenza nel mercato interno e di libera circolazione di capitali, ostino a una normativa nazionale come quella introdotta dall'art. 1, d.l. n. 3 del 2015, convertito con modificazioni dalla l. n. 33 del 2015, che limita l'esercizio dell'attività bancaria in forma cooperativa entro un determinato limite di attivo, obbligando l'ente a trasformarsi in società per azioni in caso di superamento del predetto limite; c) se gli artt. 107 e ss. TFUE in materia di aiuti di Stato, ostino a una normativa nazionale come quella introdotta dall'art. 1, d.l. n. 3 del 2015, convertito con modificazioni dalla l. n. 33 del 2015 (e oggi anche art. 1, comma 15, d.lgs. n. 72 del 2015, che ha sostituito l'art. 28, comma 2-ter, TUB, riproducendo sostanzialmente il testo dell'art. 1, comma 1, lett. a), d.l. n. 3 del 2015, come convertito, con modifiche qui non rilevanti), che impone la trasformazione della banca popolare in società per azioni in caso di superamento di una determinata soglia di attivo (fissata in 8 miliardi), prevedendo limitazioni al rimborso della quota del socio in caso di recesso, per evitare la possibile liquidazione della banca trasformata; d) se il combinato disposto dell'art. 29 del Regolamento UE n. 575/2013 e dell'art. 10 del Regolamento delegato UE n. 241 del 2014, ostino a una normativa nazionale, come quella prevista dall'art. 1, d.l. n. 3 del 2015, convertito con modificazioni dalla legge n. 33 del 2015, per come interpretata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 99 del

2018, che consenta alla banca popolare di rinviare il rimborso per un periodo illimitato e di limitarne in tutto o in parte l'importo; e) qualora in sede interpretativa la Corte di Giustizia assuma la compatibilità della normativa eurounitaria con l'interpretazione prospettata dalle controparti, si chiede che la medesima Corte di Giustizia valuti la legittimità europea dell'art. 10 del Regolamento delegato UE n. 241 del 2014 della Commissione, alla luce dell'art. 16 e dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (per cui: "ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale"), integrato, anche alla luce dell'art. 52, comma 3, della medesima Carta (per cui: "laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa") e dalla giurisprudenza della CEDU sull'art. 1 del 1° protocollo addizionale alla CEDU.
La vicenda era stata parzialmente già sottoposta al giudizio della Corte costituzionale che aveva ritenuto non in contrasto con la Costituzione le censure sulla carenza dei presupposti di necessità e di urgenza a sostegno del decreto legge, nonché alcune altre doglianze.
Ha chiarito la Sezione che le questioni poste dai promotori dei quesiti ruotano, in pratica, intorno a tre perni argomentativi.
In primo luogo, a loro avviso, sarebbe sostanzialmente incongrua e priva di base giuridica, specie di rango sovranazionale, l'avvenuta fissazione in 8 miliardi di euro della soglia di attivo al superamento della quale una banca popolare italiana sarebbe costretta a sottomettersi ad una delle tre opzioni alternative date dalla riforma introdotta con il d.l. n. 3 del 2015, ossia trasformazione in società per azioni della banca popolare, riduzione del suo attivo al di sotto della predetta soglia di 8 miliardi di euro, liquidazione. Deducono le parti, in pratica, che tale soglia sarebbe eccessivamente esigua e che soglie di importo ben più elevato si sarebbero potute individuare, anche alla luce di quelle – per ragioni peraltro diverse – valevoli in ambito europeo.
La Sezione non nasconde l'esistenza di possibili margini di perplessità in merito alla fondatezza dei contenuti di tale questione, reputando in ultima analisi adeguate le considerazioni espresse al riguardo dalla Corte costituzionale, secondo la quale – in sintesi – l'individuazione di tale soglia sarebbe rientrata nelle libere potestà decisionali del Legislatore nazionale, tenuto conto dell'obiettivo ultimo che si era inteso

perseguire – mediante la riforma attuata dall'art. 1, d.l. n. 3 del 2015 – con l'individuazione di siffatto, scriminante limite quantitativo: quello di abbracciare quante più significative (per volumi operativi) banche popolari nazionali nel progetto demolitorio delle loro tradizionali prerogative, soprattutto a livello di *governance*, onde assicurare all'opposto che la loro forma societaria divenisse più coerente con le dinamiche proprie del mercato di riferimento, ne garantisse una maggiore contendibilità e, inevitabilmente, ne promuovesse una maggiore trasparenza nell'organizzazione, nell'operatività e nella funzionalità. Tuttavia il Consiglio di Stato non ha potuto fare a meno di rilevare la stretta interconnessione di tale questione con quella conseguente e più ancora rilevante, che ad essa si lega: ossia la questione dei limiti al rimborso al socio, che recedesse in occasione della trasformazione di una banca popolare in società per azioni, delle proprie azioni e degli eventuali altri suoi strumenti di capitale riferibili alla banca popolare ante trasformazione. Tra le due questioni esiste un evidente nesso di reciproca correlazione e, per quanto si dirà, la disamina della seconda questione implica anche l'eventualità di un dubbio interpretativo in ordine alla legittimità stessa di un atto proprio dell'Unione. Aspetto tematico, quest'ultimo, rispetto al quale – quando lo stesso si ponga – un giudice nazionale, specie di ultima istanza, non risulta essere dotato, in pratica, di strumenti solutivi diversi dalla stessa promozione dell'incidente pregiudiziale.

Con il loro secondo quesito i relativi promotori dubitano che la soglia di attivo di 8 miliardi di euro, scelta dal Legislatore nazionale quale parametro al superamento del quale una banca popolare nazionale è tenuta a scegliere tra una delle tre opzioni alternative innanzi dette, sia coerente con le norme europee in materia di mercato interno e di libera circolazione di capitali. Assumendosi come vero il complesso delle prerogative (che andrebbero ormai considerate superate, se non addirittura nocive, per un sano e prudente esercizio di attività bancaria, specie quando essa si espanda oltre un certo limite dimensionale), specie di *governance*, di cui godrebbe una banca popolare, si ritiene che l'introduzione in Italia di un valore-soglia così basso – al superamento del quale, in particolare, una di esse non potrebbe (per la sopravvivenza della sua attività bancaria) fare a meno di trasformarsi in società per azioni – finirebbe per determinare condizioni sfavorevoli alla persistente validità ed opportunità di un siffatto modello organizzativo (quello della banca popolare) dell'attività bancaria, ponendo quelle residue (contenute ormai in limiti dimensionali eccessivamente esigui) in posizioni deteriori rispetto ad altre analoghe (per forma) realtà aventi base in Paesi diversi dell'Unione. Anche al riguardo il Consiglio di Stato non nasconde l'esistenza di possibili margini di perplessità in merito alla fondatezza della questione. Specie perché, essendo l'obiettivo della riforma di cui al d.l. n. 3 preordinato al raggiungimento di un corretto equilibrio tra forma giuridica e dimensione di una banca popolare, da un lato, e rispetto delle regole prudenziali di matrice europea

nell'esercizio della connessa attività bancaria, dall'altro lato, sarebbe stato probabilmente utile che i promotori del dubbio interpretativo offrissero, in termini di prova, una più tangibile dimostrazione che (riferito alle due ultime banche popolari riottose rispetto all'adeguamento alla riforma di cui al d.l. n. 3 ovvero ad altre analoghe banche anche di dimensioni maggiori) l'assetto organizzativo e funzionale di una banca popolare, non più di esigua dimensione, non nuocesse, in alcun caso e sotto alcun profilo, ad un soddisfacente rispetto delle regole prudenziali di settore. Tuttavia il Consiglio di Stato ritiene necessario che la Corte europea si pronunci anche su tale aspetto per la stretta correlazione tematica sopra riportata e per consentire una decisione che valuti la questione nella sua interezza.
Con il terzo quesito, poi, si dubita che la ricordata recente normativa nazionale, che impone la trasformazione della banca popolare in società per azioni in caso di superamento di una determinata soglia di attivo, prevedendo limitazioni al rimborso della quota del socio in caso di suo recesso, per evitare la possibile liquidazione della banca trasformata, possa collidere con la normativa di fonte comunitaria in materia di aiuti di Stato. Ciò perché la garanzia a finalità prudenziale che discenderebbe dalla limitazione, anche in toto ed anche sine die, del rimborso del socio recedente avverrebbe con risorse economiche di privati (i soci) rese (coattivamente) disponibili per la banca popolare, non già con altre risorse sue proprie. Al riguardo, in disparte il fatto che tali risorse non sono pubbliche (onde già di per sé potrebbe venire meno un importante indice sintomatico di un sospetto aiuto di Stato), si potrebbe dubitare della fondatezza del quesito altresì in rapporto ad un altro indice sintomatico, ossia quello della selettività della misura criticata. Non pare esservi dubbio invero che, al di sopra della soglia-valore innanzi detta, qualunque banca popolare interessata dalla riforma di cui al d.l. n. 3 del 2015 è soggetta alla osteggiata disciplina limitativa. Anche a tale proposito, però, è necessario rimettere integralmente alla Corte di giustizia il ventaglio censorio che è stato prospettato.
Il quarto ed il quinto quesito affrontano una medesima questione, seppure da angoli visuali e con prospettazioni diverse, non affrontata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 99 del 2018.

1.4. Precettazione di autisti di Azienda Municipalizzata Trasporti.

Con sentenza n. 2468 del 4 aprile 2018 la sez. III ha affrontato le problematiche connesse allo sciopero dichiarato dai dipendenti di Aziende di trasporti locali.
Ha preliminarmente affermato, con riferimento al preavviso di 10 giorni dell'intenzione di indire uno sciopero, previsto dalla legge che disciplina il diritto di sciopero 12 giugno 1990, n. 146, che se tale termine viene rispettato dai promotori, ne consegue che la procedura dovrà necessariamente svolgersi, per risultare legittima, secondo le precise scansioni delineate dall'art. 8, comma 1, della stessa legge, ma se,

viceversa, il suddetto termine a quo iniziale non viene rispettato per prima dall'organizzazione sindacale promotrice, non possono, poi, quest'ultima e/o i lavoratori che aderiscono allo sciopero così illegittimamente proclamato con ragione invocare l'esatta osservanza dell'anzidetta scansione procedimentale da parte dell'Amministrazione. Il cit. art. 8 non stabilisce anche le modalità con le quali deve essere espletato l'intervento finalizzato alla conciliazione, e in particolare non è prescritto che vi debba essere indefettibile la convocazione contestuale delle parti, con la conseguenza che deve ritenersi realizzato il tentativo di conciliazione anche quando, mancando i tempi tecnici per un incontro formale delle parti dinanzi alla Autorità prefettizia, questa abbia comunque proceduto a Verificare l'effettiva volontà di ciascuna di esse, riscontrando l'impossibilità di una mediazione. Dunque, da questi precedenti emerge come la necessaria procedimentalizzazione vada intesa in maniera flessibile quanto a tempi e modalità di svolgimento, in relazione a peculiari situazioni di urgenza. Con precipuo riferimento al caso sottoposto al suo esame la Sezione ha ritenuto illegittima l'agitazione oggetto di precettazione, perché lo sciopero del personale dell'Azienda Municipalizzata Trasporti è stato indetto, *ad horas* e senza alcun preavviso, nell'imminenza dell'inizio del servizio mattutino di trasporto locale ed era dunque tale da riverberare inevitabilmente sul normale svolgimento della procedura di "raffreddamento del conflitto", prevista dalla l. n. 146 del 1990. Dunque il mancato preavviso non rileva solo sotto il profilo della responsabilità disciplinare dei singoli lavoratori aderenti ma sull'intero procedimento finalizzato alla conciliazione.

Con riferimento poi alla possibilità di precettare i lavoratori, la Sezione ha chiarito che la relativa ordinanza può imporre anche la misura (per un periodo temporalmente limitato) del divieto di sciopero, purché ricorrano i presupposti formali e sostanziali previsti dal comma 1 dell'art. 8, l. n. 146 del 1990 e previa valutazione della situazione concreta. La l. n. 146 ha adottato la scelta della procedimentalizzazione del potere di precettazione, delineando un'articolata procedura che coinvolge diversi soggetti a vario titolo interessati al conflitto e che impone al titolare del potere di compiere tutti i tentativi per la sua soluzione. L'ordinanza (di precettazione) si configura come momento di chiusura, ove risulti evidente che non sono praticabili altre soluzioni a tutela dei diritti della persona costituzionalmente garantiti. Ha aggiunto la Sezione che l'art. 8 della cit. l. n. 146 fonda il potere di precettazione su un duplice presupposto, sostanziale e formale. Quello sostanziale si identifica nel fondato pericolo di pregiudizio grave ed imminente ai diritti della persona costituzionalmente garantiti; quello formale consiste in un articolato procedimento scandito, nella ipotesi di conflitti sindacali di rilevanza nazionale o interregionale, dall'invito del Presidente del Consiglio o del Ministro da lui delegato, ovvero del Prefetto o del corrispondente organo nelle regioni a statuto speciale negli altri casi, a desistere da com-

portamenti che determinano la situazione di pericolo; dall'esperimento del tentativo di conciliazione; dall'invito alle parti, in caso di esito negativo, ad attenersi alla proposta eventualmente formulata dalla Commissione di garanzia; ed ancora, dall'audizione, se la situazione di pericolo permanga, ed ove possibile, delle organizzazioni dei lavoratori che promuovono l'astensione collettiva e delle amministrazioni o delle imprese erogatrici del servizio, nonché dalla acquisizione del parere del presidente della giunta regionale e dei sindaci competenti per territorio, qualora il conflitto abbia rilevanza locale. Ove ricorrano entrambi i requisiti, l'Autorità di governo (o quella delegata) può adottare, tra le misure autoritarie previste, anche quella del divieto di sciopero per il tempo necessario.

2. Autorità amministrative indipendenti.

2.1. Antitrust e intese restrittive della concorrenza.

Nell'esaminare l'appello proposto da una società del settore del cemento avverso la sanzione inflitta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato per un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, la sez. VI, con sentenza n. 7320 del 31 dicembre 2018 ha ricordato che i comportamenti che si traducono nella pratica nella fissazione di prezzi uniformi da parte delle imprese attive in un mercato oligopolistico non necessariamente sono il risultato di un'intesa vietata, potendo anche derivare da libere e lecite decisioni prese dalle imprese stesse in modo autonomo l'una dall'altra.

Il principio in materia di concorrenza espresso dalle norme del Trattato è che ogni operatore economico deve determinare autonomamente la propria condotta sul mercato; ciò non esclude che egli abbia il diritto a reagire in maniera razionale al comportamento, constatato o atteso, dei propri concorrenti; gli proibisce però di instaurare con i concorrenti stessi ogni contatto, diretto o indiretto, volto influenzare il reciproco comportamento sul mercato o mettersi reciprocamente al corrente dei comportamenti che si intendono porre in atto. Se tali contatti fossero ammessi, infatti, si sostituirebbe "all'alea della concorrenza il vantaggio della concertazione" ed il consumatore sarebbe privato sistematicamente dei benefici che gli derivano dalla tendenza fisiologica di ogni impresa concorrente a conquistarsi fette di mercato offrendo condizioni più favorevoli rispetto ad altre imprese.

Ciò posto, l'intesa vietata, anche secondo quanto risulta dalle norme del Trattato e della legge nazionale, può assumere le forme di un vero e proprio esplicito accordo, che potrebbe al limite risultare da un documento, ma anche quelle della "pratica concordata", ovvero di "una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere stata spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza" ed ha l'effetto, in sostanza, di riprodurre "in una sfera collettiva ed apparentemente concorrenziale, i

vantaggi propri del comportamento del monopolista", vantaggi cui corrisponde notoriamente un pregiudizio per il consumatore, il quale si trova in una situazione nella quale, rispetto alla concorrenza, è disponibile sul mercato una minor quantità della merce, che si paga ad un prezzo superiore.
Le intese di tal tipo sono vietate di per sé, ovvero per il mero fatto di essere state poste in essere: non è necessario per incorrere nel divieto che dall'intesa vietata sia effettivamente derivato un effetto distorsivo. Il problema si era posto perché la versione italiana dell'originario art. 81 del Trattato CEE vietava, alla lettera, le intese aventi "per oggetto e per effetto" l'alterazione della concorrenza di cui si è detto: l'uso della congiunzione "e" in luogo della "o" presente invece nei testi nelle altre lingue aveva fatto ritenere ad una parte della dottrina che i due requisiti, dell'intesa e dell'effetto di essa, dovessero essere compresenti. La giurisprudenza della Corte di Giustizia lo aveva invece comunque escluso, con riferimento sia agli accordi, come da sentenza VI sez., 17 luglio 1997 C 219/95 Ferriere Nord §§ 18-20, sia alle pratiche concordate, come da sentenza 8 luglio 1999 C 235/92 Montecatini § 43. La questione peraltro attualmente non ha ragione di porsi, perché la disgiuntiva "o" è presente, come si è visto, sia nel testo dell'art. 101 TFUE, sia nel testo della norma nazionale, art. 2 comma 2 della l. 287/1990.
Tanto premesso, come si comprende secondo il senso comune, le intese in questione, e in particolare le pratiche concordate, pongono problemi di prova: da un lato, è praticamente un caso di scuola quello in cui dell'intesa vietata esistano prove dirette, come un documento che la renda esplicita, ovvero una confessione di chi ne sia parte; dall'altro lato, se si richiedesse comunque una prova di tal tipo, la normativa a difesa della concorrenza resterebbe ineffettiva. La giurisprudenza considera pertanto, ai fini della prova dell'illecito, necessario e sufficiente che dell'intesa vietata esistano indizi gravi, precisi e concordanti, in armonia del resto con i principi generali in tema di prova contenuti anche nell'art. 2729 cod. civ.. In particolare, nel caso che interessa, il parallelismo delle condotte tenuto da imprese operanti in un mercato oligopolistico, che potrebbe in sé esser lecito, se non frutto di concertazione, può essere considerato come risultato di un'intesa anticoncorrenziale vietata se di essa emergano indizi gravi, precisi e concordanti, rappresentati da un elemento endogeno, ovvero la non plausibilità della condotta come effetto delle normali dinamiche di mercato, e da un elemento esogeno, ovvero la sussistenza di elementi di riscontro rivelatori della concertazione non consentita, fra i quali in particolare l'accertata sussistenza di una serie di contatti e di scambi di informazioni fra le imprese concorrenti circa le proprie iniziative e strategie di mercato, nonché la condivisione di valutazioni che in un mercato concorrenziale ogni impresa terrebbe per sé.
La giurisprudenza ha parimenti sostenuto che di norma la prova dell'elemento endogeno, ovvero dell'irrazionalità della condotta incombe sull'Autorità; se però emer-

gono elementi di riscontro di tipo esogeno l'onere probatorio contrario relativo viene spostato in capo all'impresa. L'affermazione però non va intesa in modo meccanico, ovvero nel senso che fra le modalità di valutazione dei due elementi citati vi sia una rigida distinzione. Secondo logica infatti in primo luogo è molto raro, se non impossibile, che l'elemento endogeno, ovvero come si è detto una condotta che non sarebbe plausibile se non ipotizzando che fra le imprese coinvolte vi sia un'intesa del tipo vietato, non possa ricevere in assoluto alcuna spiegazione alternativa, che al limite lo potrebbe interpretare come casuale. Si osserva poi che, se ciò accadesse realmente, ovvero se l'elemento endogeno fosse del tutto univoco nel senso di rimandare ad un'intesa vietata, di elementi esogeni non vi sarebbe bisogno alcuno. Si deve allora concludere che la valutazione degli elementi endogeno ed esogeno va fatta congiuntamente: in presenza di un elemento endogeno per così dire sospetto, anche se non assolutamente univoco, sarà l'esame degli eventuali elementi esogeni a far propendere per una delle due ipotesi possibili, ovvero a far concludere per la sussistenza o insussistenza di un'intesa vietata.

2.2. Misure Consob e certezza del diritto.

Con sentenza n. 6330 del 9 novembre 2018 la sez. VI ha pronunciato sul principio di certezza del diritto, affermando che esso, operando come una bussola ermeneutica orientata al soddisfacimento di esigenze di chiarezza e stabilità dei rapporti giuridici, impone che i contenuti della funzione amministrativa assegnata alla Consob – per quanto non particolareggiati dalla fonte primaria – siano ricavabili attraverso l'ausilio di "indici normativi di sistema" idonei a riempire di contenuto le manifestazioni di indirizzo legislativo non circostanziate. Con riferimento alla Consob, occorre richiamare gli indici normativi che consentano di conoscere *ex ante* la sfera e l'ambito oggettivo di applicazione del concetto giuridico indeterminato di "collusione".

Ha affermato la Sezione che il modello ermeneutico seguito è non solo conforme al diritto europeo – in quanto uno degli obiettivi generali della direttiva 2004/25 è proprio quello di creare un contesto chiaro e trasparente a livello di Unione per quanto riguarda i problemi giuridici da risolvere nel caso di offerte pubbliche di acquisto –, ma anche quello costituzionalmente imposto. Il principio di legalità, infatti, non può compendiarsi nella sola attribuzione di competenza amministrativa, dovendosi ad essa accompagnarsi un corredo "minimo" di direttrici sostanziali riferite agli scopi, all'oggetto ed ai presupposti. Sebbene in molto settori dell'ordinamento la legalità amministrativa abbia dovuto abbandonare ogni velleità di compiuta tipizzazione dell'attività e degli effetti, quantomeno nei settori di attività che la costituzione riserva alla legge (viene qui in rilievo una restrizione del diritto di libertà economica, di cui all'art. 41 Cost.) va ribadito che il principio di legalità risulta rafforzato in senso "sostanziale" (nel senso di postulare sia il fondamento legislativo dei poteri

conferiti all'amministrazione, sia l'apposizione di limiti contenutistici alla sua azione). Ciò in quanto la riserva di legge, nel regolare i rapporti fra le fonti, restringe la discrezionalità della pubblica amministrazione nell'esecuzione della legge.
Ha ancora chiarito la Sezione che nel nostro ordinamento esistono bensì un serie di previsioni settoriali di condotte giuridicamente rilevanti qualificate come "collusione", quali: il reato di turbata libertà degli incanti di cui all'art. 353 c.p., perpetrato tramite "collusioni o altri mezzi fraudolenti"; l'aggravante della collusione con la parte avversaria nel reato di patrocinio o consulenza infedele *ex* art. 380 c.p.; la fattispecie di nullità del processo esecutivo *ex* art. 2929 cod. civ., inficiante la vendita o l'assegnazione forzata e opponibile all'acquirente o assegnatario in caso di "collusione con il creditore procedente"; l'impugnazione per revocazione proponibile dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 397 c.p.c., "quando la sentenza è l'effetto della collusione posta in opera dalle parti per frodare la legge", o l'impugnazione per opposizione revocatoria proponibile dagli aventi causa e dai creditori di una delle parti processuali ai sensi dell'art. 404, comma 2, c.p.c., "quando è l'effetto di dolo o collusione a loro danno" –, nelle quali la nozione di "collusione" assume il significato elastico, ma dai contorni semantici sufficientemente determinati, di accordo clandestino e fraudolento in danno di terzi o in elusione di disposizioni imperative di legge, postulando dunque la sussistenza dell'elemento volitivo e intenzionale in capo a tutti i partecipi dell'accordo. In definitiva, alla luce dei richiamati "indici normativi di sistema", emerge una cornice tipologica che, con il termine "collusione", evoca qualsivoglia intesa clandestina fra due o più persone per conseguire un fine illecito, mediante il tradimento della fiducia di terzi o l'elusione delle regole poste a tutela dell'attività legittima degli stessi.
Ciò preliminarmente chiarito, la Sezione ha concluso che le intese illecite del diritto *antitrust* prefigurano un concetto non dissimile da quello esposto.
Secondo la giurisprudenza comunitaria, "accordi" e "pratiche concordate" sono forme collusive che condividono la medesima natura e si distinguono solo per la loro intensità e per le forme in cui esse si manifestano (Corte giust. comm. ue 5 dicembre 2013, C-449/11P) e possono coesistere anche nell'ambito di una stessa intesa corrispondendo, in particolare, le "pratiche concordate" a una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere stata spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza. Ne consegue che l'eventuale qualificazione, da parte dell'Autorità antitrust, di una determinata situazione di fatto come "accordo", anziché come "pratica concordata", non vale ad modificare la sostanza dei fatti materiali addebitati alle imprese sanzionate per un'intesa restrittiva della concorrenza, rilevando la distinzione tra le diverse forme di manifestazione dell'intesa vietata primariamente sul piano del regime probatorio. Mentre la fattispecie dell'accordo ricorre

qualora le imprese abbiano espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza. I criteri del coordinamento e della collaborazione, che consentono di definire tale nozione, vanno intesi alla luce dei principi in materia di concorrenza, secondo cui ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato. Pur non escludendo la suddetta esigenza di autonomia il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti, essa vieta però rigorosamente che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato. L'intesa restrittiva della concorrenza mediante pratica concordata richiede comportamenti di più imprese, uniformi e paralleli, che costituiscano frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali, sicché nella pratica concordata manca, o comunque non è rintracciabile da parte dell'investigatore, un accordo espresso, il che è agevolmente comprensibile, ove si consideri che gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, ed essendo consapevoli della sua illiceità, tenteranno con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti o accordi verbali espressi e ricorrendo, invece, a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto. La prova della pratica concordata, oltre che documentale, possa anche essere indiziaria, purché gli indizi siano gravi, precisi e concordanti. Nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione deve perciò desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali: la durata, l'uniformità e il parallelismo dei comportamenti; l'esistenza di incontri tra le imprese; gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni; i segnali e le informative reciproche; il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate.

In definitiva, anche nel diritto *antitrust*, l'Autorità di vigilanza deve assolvere l'onere di provare il coordinamento di fatto e consapevole dell'attività di più imprese indipendenti e la conseguente restrizione della concorrenza.

In conclusione, la "collusione accertata" tra l'offerente e uno o più venditori, da cui "emerga il riconoscimento di un corrispettivo più elevato di quello dichiarato dall'offerente", che consente alla Consob, ai sensi dell'art. 106, comma 3, lett. d), n. 2), del TUF, di rettificare in aumento il prezzo dell'offerta, implica l'accertamento di un accordo, o comunque di un'intesa in senso lato, volta a perseguire l'obiettivo di eludere le norme che presidiano la formazione del prezzo dell'OPA.

La sentenza n. 6330 del 2018 ha pronunciato anche in tema di rettifica del prezzo

OPA, escludendo che alla stessa si applichino i principi regolatori del diritto sanzionatorio: le garanzie partecipative rafforzate (segnatamente la comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento nei confronti di tutti i soggetti per i quali gli Uffici avevano ipotizzato la partecipazione all'accordo collusivo, nonché la separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie) si applicano solo ai procedimenti sanzionatori, laddove agli altri procedimenti non possono che trovare applicazione le sole garanzie partecipative previste dalla legge generale sul procedimento amministrativo 7 agosto 1990, n. 241.
A questa conclusione la Sezione è pervenuta principiando dalla differenza tra i poteri regolatori e rimediali, esercitabili dalla Consob ai sensi degli artt. 106 e 91, d.lgs. n. 58 del 1998, e quelli sanzionatori (pecuniari e interdittivi) ad essa attribuiti dagli artt. 192 ss. del d.lgs. citato. La rettifica del prezzo disposto dalla Consob non ha natura di sanzione amministrativa né di pena in senso convenzionale, trattandosi invece di una misura conformativa avente la finalità preminente di "restituire" agli azionisti di minoranza le condizioni di scelta economica che il mercato avrebbe espresso ove non fosse stato perturbato dall'asserito comportamento collusivo di offerente e venditore. Sul presupposto che una condotta manipolativa abbia alterato il prezzo del titolo su un mercato finanziario, oppure abbia modificato la percezione del suo valore da parte degli agenti sul mercato – l'ordinamento intende tutelare il principio generale in base al quale tutti gli investitori devono operare in condizioni di uguaglianza sotto il profilo della conoscenza del meccanismo di fissazione del prezzo e della conoscenza delle origini delle informazioni pubbliche, a tal fine sterilizzando le conseguenze negative dell'altrui condotta abusiva.
L'effetto di etero-regolazione dell'attività privata – in cui si compendia il carattere tradizionalmente definito autoritativo del provvedimento amministrativo – non è di per sé sufficiente ad integrare la nozione di sanzione. A questi fini rileva invece l'interesse tutelato dall'ordinamento, lo scopo perseguito dal legislatore (il quale deve avere una finalità di deterrenza generale o speciale) e l'intensità dell'incisione realizzata nella sfera giuridica del destinatario.

3. Enti locali.

3.1. Scioglimento del Consiglio comunale per infiltrazione mafiosa.

La Sezione III si è occupata della ramificazione della criminalità organizzata di stampo mafioso o camorristico nella vita della Pubblica amministrazione, sia dal punto di vista amministrativo, insinuandosi nella gestione del governo della macchina amministrativa, che da quello economia.
Con riferimento all'amministrazione della macchina amministrativa, da segnalare le pronunce in tema di scioglimento dei Consigli comunali (tra le tante, 22 giugno 2018,

n. 3828) che hanno individuato i principi cardini, con specifico riferimento all'ipotesi di collegamenti diretti o indiretti degli amministratori comunali con la criminalità organizzata locale ovvero al condizionamento dei primi ad opera della seconda, il tutto per effetto della presenza di fenomeni criminali radicati e organizzati nel territorio.
La Sezione ha ricordato che su tali questioni è intervenuta la Corte costituzionale (19 marzo 1993, n. 103), che ha affermato che lo scioglimento dei Consigli comunali e provinciali, per i quali siano emersi collegamenti con i fenomeni mafiosi, è volto ad evitare che il loro permanere alla guida degli enti esponenziali delle comunità locali sia di pregiudizio per i legittimi interessi di queste. Il giudice delle leggi ha anche precisato che il potere di scioglimento in questione deve essere esercitato in presenza di situazioni di fatto che compromettono la libera determinazione degli organi elettivi, suffragate da risultanze obiettive e con il supporto di adeguata motivazione; tuttavia, la presenza di risultanze obiettive esplicitate nella motivazione, anche *ob relationem*, del provvedimento di scioglimento non deve coincidere con la rilevanza penale dei fatti, né deve essere influenzata dall'esito degli eventuali procedimenti penali.
Detta misura, ai sensi dell'art. 143, t.u. 18 agosto 2000, n. 267, non ha natura di provvedimento di tipo sanzionatorio, ma preventivo, con la conseguenza che, ai fini della sua adozione, è sufficiente – come meglio si chiarirà – la presenza di elementi che consentano di individuare la sussistenza di un rapporto tra l'organizzazione mafiosa e gli amministratori dell'ente considerato infiltrato (Cons. St., sez. III, 10 gennaio 2018, n. 96). Lo scioglimento dell'organo elettivo si connota quale misura di carattere straordinario per fronteggiare un'emergenza straordinaria; di conseguenza sono giustificati margini ampi nella potestà di apprezzamento dell'Amministrazione nel valutare gli elementi su collegamenti diretti o indiretti, non traducibili in singoli addebiti personali, ma tali da rendere plausibile il condizionamento degli amministratori, anche quando, come si è detto sub a, il valore indiziario dei dati non è sufficiente per l'avvio dell'azione penale, essendo assi portanti della valutazione di scioglimento, da un lato, l'accertata o notoria diffusione sul territorio della criminalità organizzata e, dall'altro, le precarie condizioni di funzionalità dell'ente in conseguenza del condizionamento criminale. L'art. 143, d.lgs. n. 267 del 2000 delinea, in sintesi, un modello di valutazione prognostica in funzione di un deciso avanzamento del livello istituzionale di prevenzione, con riguardo ad un evento di pericolo per l'ordine pubblico quale desumibile dal complesso degli effetti derivanti dai "collegamenti" o dalle "forme di condizionamento" in termini di compromissione della "libera determinazione degli organi elettivi, del "buon andamento delle amministrazioni" nonché del "regolare funzionamento dei servizi", ovvero in termini di "grave

e perdurante pregiudizio per lo stato della sicurezza pubblica": perciò, anche per "situazioni che non rivelino né lascino presumere l'intenzione degli amministratori di assecondare gli interessi della criminalità organizzata", giacché, in tal caso, sussisterebbero i presupposti per l'avvio dell'azione penale o, almeno, per l'applicazione delle misure di prevenzione a carico degli amministratori, mentre la scelta del legislatore è stata quella di non subordinare lo scioglimento del consiglio comunale né a tali circostanze né al compimento di specifiche illegittimità.
Peraltro, come chiarito dal Consiglio di Stato (sez. III, 2 luglio 2014, n. 3340), proprio la straordinarietà di tale misura e la sua fondamentale funzione di contrasto alla ormai capillare diffusione della criminalità mafiosa sull'intero territorio nazionale hanno portato a ritenere che "la modifica normativa al t.u.e.l., per la quale gli elementi fondanti i provvedimenti di scioglimento devono essere 'concreti, univoci e rilevanti', non implica la regressione della ratio sottesa alla disposizione", poiché "la finalità perseguita dal legislatore è rimasta quella di offrire uno strumento di tutela avanzata, in particolari situazioni ambientali, nei confronti del controllo e dell'ingerenza delle organizzazioni criminali sull'azione amministrativa degli enti locali, in presenza anche di situazioni estranee all'area propria dell'intervento penalistico o preventivo" (Cons. St., sez. III, 23 aprile 2014, n. 2038). Ciò nell'evidente consapevolezza della scarsa percepibilità, in tempi brevi, delle varie concrete forme di connessione o di contiguità e, dunque, di condizionamento fra le organizzazioni criminali e la sfera pubblica e nella necessità di evitare, con immediatezza, che l'amministrazione dell'ente locale rimanga permeabile all'influenza della criminalità organizzata.
L'operazione in cui consiste l'apprezzamento giudiziale delle collusioni e dei condizionamenti non può essere effettuata mediante l'estrapolazione di singoli fatti ed episodi, al fine di contestare l'esistenza di taluni di essi ovvero di sminuire il rilievo di altri in sede di verifica del giudizio conclusivo sull'operato consiliare; ciò in quanto, in presenza di un fenomeno di criminalità organizzata diffuso nel territorio interessato dalla misura di cui si discute, gli elementi posti a conferma di collusioni, collegamenti e condizionamenti vanno considerati nel loro insieme, poiché solo dal loro esame complessivo può ricavarsi la ragionevolezza della ricostruzione di una situazione identificabile come presupposto per l'adozione della misura stessa.
In sostanza, il provvedimento di scioglimento degli organi comunali deve essere la risultante di una ponderazione comparativa tra valori costituzionali parimenti garantiti, quali l'espressione della volontà popolare, da un lato, e, dall'altro, la tutela dei principi di libertà, uguaglianza nella partecipazione alla vita civile, nonché di imparzialità, di buon andamento e di regolare svolgimento dell'attività amministrativa, rafforzando le garanzie offerte dall'ordinamento a tutela delle autonomie locali. Il li-

vello istituzionale degli organi competenti ad adottare tale provvedimento (il provvedimento è disposto con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'interno, formulata con apposita relazione di cui forma parte integrante quella inizialmente elaborata dal prefetto) garantisce l'apprezzamento del merito e la ponderazione degli interessi coinvolti. La giurisprudenza del Consiglio di Stato è andata oltre, osservando (sez. VI, 16 febbraio 2007, n. 665) che nel provvedimento di scioglimento non vi è contrapposizione, ma sostanziale identità di tutela tra diritto costituzionale di elettorato e lotta alla criminalità proprio perché la norma, che legittima lo scioglimento dei consigli, lo condiziona al presupposto dell'emersione, da un'approfondita istruttoria, di forme di pressione della criminalità che non consentono il libero esercizio del mandato elettivo;
Fatte queste premesse di ordine generale, la Sezione ha affermato la legittimità dello scioglimento del Consiglio comunale, *ex* art. 143, d.lgs. n. 267 del 2000, per infiltrazione mafiosa anche dopo l'avvenuto scioglimento per dimissioni. Diversamente opinando, le dimissioni costituirebbero un facile *escamotage* per paralizzare l'indagine prefettizia e consentire nella nuova tornata elettorale agli stessi candidati, sospettati di vicinanza agli ambienti malavitosi, di ripresentarsi, forti della disinformazione della cittadinanza locale.

3.2. Distacco di frazioni dal territorio del Comune.
Con ordinanza n. 3614 dell'11 giugno 2018 la sez. V ha rimesso alla Corte costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 133, comma 2, Cost. la questione di legittimità costituzionale della l. reg. Marche 23 giugno 2014, n. 15 dichiarativa del distacco dal territorio del Comune di Fano della frazione di Marotta e l'incorporazione della stessa nel confinante Comune di Mondolfo. La non manifesta infondatezza delle questioni poste dal Comune di Fano si trae dalla ricognizione della giurisprudenza costituzionale (Corte cost. 15 settembre 1995, n. 433) formatasi con riguardo all'art. 133, comma 2, Cost., secondo cui la regola generale che si ricava dal disposto normativo richiamato, è quella secondo cui le "popolazioni interessate" chiamate ad esprimersi sulla proposta di legge regionale di variazione delle circoscrizioni comunali vanno individuate nei residenti dei comuni coinvolti. A questa regola si può derogare solo in "ipotesi particolari ed eccezionali", in base ad "una valutazione di elementi di fatto che dovrà effettuarsi caso per caso al momento di indire il referendum consultivo".
La vicenda ha origine dalla impugnazione, da parte del Comune di Fano, degli atti del procedimento referendario regionale che ha poi condotto al distacco, dal territorio del Comune, della frazione di Marotta e l'incorporazione della stessa nel confinante Comune di Mondolfo (da Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2016, n. 3679 è stata

rimessa alla Corte costituzionale la questione di legittimità della legge regionale delle Marche 23 giugno 2014, n. 15, dichiarativa del distacco della frazione di Marotta dal Comune di Fano al Comune di Mondolfo). Tale distacco, in particolare, è stato poi definito dalla legge della Regione Marche 23 giugno 2014, n. 15, approvata e promulgata all'esito del procedimento ex art. 133, comma 2, Cost., nell'ambito del quale, il 9 marzo 2014, si è tenuto il referendum consultivo previsto dall'art. 133 Cost. tra le ritenute "popolazioni interessate". Gli aventi diritto al voto erano stati individuati nei residenti di Marotta di Fano e in quelli di alcuni territori limitrofi dei Comuni di Fano e di Mondolfo. A favore del distacco si è espresso il 67,3 % dei complessivi votanti, variamente articolati a seconda dei territori coinvolti. Nell'originario giudizio il Comune di Fano aveva censurato le modalità con cui, nell'indire la consultazione popolare, la Regione Marche aveva individuato l'ambito degli elettori chiamati ad esprimersi sulla proposta di mutamento delle circoscrizioni dei due Comuni interessati.

A quest'ultimo riguardo, la Regione aveva dapprima - con la deliberazione di indizione del referendum consultivo - delimitato le popolazioni interessate ai soli residenti della frazione di Marotta di Fano, tra i quali vi erano i promotori dell'iniziativa di l. n. 77 del 2011 sulla cui base la procedura per il distacco era stata originata (delibera del Consiglio regionale n. 61 del 15 gennaio 2013); quindi il Consiglio Regionale, previa revoca dell'originaria delibera, aveva rinnovato l'indizione, estendendo la consultazione alle popolazioni delle frazioni limitrofe dei due Comuni interessati dal distacco.

Nella specie il Comune di Fano censura le modalità con cui la Regione Marche ha individuato gli elettori chiamati ad esprimersi sulla proposta di mutamento delle circoscrizioni dei due Comuni interessati e, dunque, a partecipare alla consultazione referendaria ai sensi delle citate disposizioni della Costituzione e di legge regionale.

La delibera che aveva indetto il referendum consultivo all'esito del quale è stato dichiarato il distacco della frazione di Marotta dal Comune di Fano e la relativa incorporazione nel Comune di Mondolfo aveva individuato quali "popolazioni interessate" alla proposta di variazione circoscrizionale ai sensi dei citati artt. 133, comma 2, Cost. e 20, l. reg. n. 18 del 1980, oltre ai residenti nella frazione oggetto della proposta medesima, coloro che risiedono "nelle zone immediatamente contigue". La delibera aveva invece escluso che "gli abitanti delle zone diverse da quelle predette, in entrambi i comuni coinvolti" siano portatori del medesimo interesse ad essere consultati, poiché "fruiscono di analoghi servizi più prossimi alle rispettive zone di residenza" ed inoltre "non appaiono direttamente incisi, sotto alcun aspetto, dall'attuale divisione amministrativa, o dal venir meno di essa".

Con riferimento al requisito della non manifesta infondatezza della questione, la Sezione ha chiarito che con la sentenza del 12 gennaio 2018, n. 2 la Corte ha riservato

a sé il sindacato sul procedimento di modificazione delle circoscrizioni comunali, allorché questo pervenga a conclusione, con la legge regionale emessa all'esito del referendum consultivo ex art. 133, comma 2, Cost.. Più precisamente la Corte ha affermato che il "non corretto svolgimento del referendum, una volta entrata in vigore la legge, si traduce in un vizio procedimentale di quest'ultima", ovvero in un "vizio formale della legge", per cui il sindacato giurisdizionale contro gli atti del referendum consultivo, dalla sede amministrativa inizialmente individuata dalla parte ricorrente, "muta di segno", per essere devoluto in via esclusiva alla Corte costituzionale, attraverso l'incidente di costituzionalità ad iniziativa del giudice amministrativo adito. La Corte ha poi specificato che questa soluzione si impone tanto nel caso in cui le censure di legittimità formulate nei confronti del procedimento referendario traggano origine dai criteri stabiliti dalla legge regionale per il relativo svolgimento, quanto nel caso – che ricorre in concreto nel presente giudizio - in cui "una tale legge (…) si limiti a riprodurre il contenuto dell'art. 133, comma 2, Cost.". In quest'ultima ipotesi – ha ulteriormente precisato la Corte – "il giudice amministrativo verificherà direttamente la legittimità della delibera di indizione del referendum alla stregua dell'art. 133, comma 2, Cost., sempre come interpretato da questa Corte", salvo il caso in cui sopravvenga la legge regionale che dichiara la variazione circoscrizionale, in relazione al quale "gli asseriti vizi della delibera di indizione del referendum diventano vizi del procedimento legislativo, e il giudice dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale sulla legge di variazione". A fronte dell'assetto così delineato dalla Corte costituzionale dei rapporti tra referendum consultivo e legge regionale, nell'ambito del procedimento ex art. 133, comma 2, Cost., in cui in sostanza le questioni di legittimità costituzionale vedono attenuato il loro carattere di incidentalità rispetto al giudizio a quo, il riscontro del requisito della non manifesta infondatezza, spettante ai sensi del citato art. 23, l. n. 87 del 1953 al giudice adito in questa sede, tende inevitabilmente a sovrapporsi con la competenza esclusiva sugli atti del referendum consultivo che la Corte medesima ha riservato a sé, quale aggravamento procedimentale della legge regionale di variazione circoscrizionale. Ciò, inoltre, si impone al fine di evitare che l'amministrazione ricorrente sia privata del diritto *ex* artt. 24 e 113 Cost. ad avere "un giudice" che si pronunci nel merito delle censure dallo stesso sollevate rispetto ad un procedimento all'esito del quale ha subito una diminuzione della propria consistenza territoriale e demografica.

3.3. Patrimonio e personale delle Ipab soppresso dalla Regione Sicilia e assorbito dai Comuni.

Con ord. n. 556 del 15 ottobre 2018 il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana ha dichiarato non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, l. reg. Sicilia 9 maggio 1986, n. 22, per contrasto

con gli artt. 117, lett. e), e 119, commi 1, 2, 5, 6 e 7 Cost., nonché con l'art. 15, comma 2, dello Statuto regionale siciliano, unitamente o separatamente considerati, nella parte in cui obbliga i Comuni ad assorbire il patrimonio ed il personale delle Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza soppresse autoritativamente dall'Amministrazione regionale, e ciò anche in deroga alle norme sul contenimento della spesa pubblica (comprese quelle che introducono divieti di assunzioni o limitazioni alle assunzioni di personale) e sull'equilibrio dei bilanci pubblici (nonostante tali norme siano espressione del principio fondamentale del coordinamento della finanza pubblica).
Ha ricordato il Consiglio di Giustizia che l'art. 34, l. reg. Sicilia n. 22 del 1986 ha attribuito alla Regione il potere di accertare se le Ipab non siano più in grado di funzionare autonomamente (nemmeno a seguito di processi di fusione o di riconversione), nonché di decidere se debbano essere soppresse; decisione dalla quale consegue automaticamente sia la devoluzione dei beni patrimoniali che il trasferimento del personale della soppressa istituzione al Comune territorialmente competente.
Ha aggiunto il Consiglio di Giustizia che nel nostro Ordinamento vige il principio di autonomia finanziaria dei Comuni, espressamente declinato sia dall'art. 119 Cost., che dai singoli Statuti delle Regioni speciali; e, con specifico riferimento alla Regione siciliana, dall'art. 15, comma 2, del suo Statuto. Corollario (logico, prima ancora che giuridico) di tale principio è quello secondo cui ad ogni trasferimento di funzioni deve corrispondere un adeguato trasferimento (o un'attribuzione) di risorse economico-finanziarie per farvi fronte; principio che vale, all'evidenza, anche per il caso di trasferimento di complessi patrimoniali che determinino oneri (quali spese di manutenzione, restauro etc.) forieri di perdite economiche, nonché - ovviamente - per il caso di trasferimento di personale.
Tale "principio di correlazione fra funzioni e risorse" (così ormai correntemente definito in teoria generale) è desumibile - oltre che dalla logica giuridica (e dunque dal "principio di ragionevolezza" al quale la Corte costituzionale attribuisce, da sempre, valore fondamentale) - dall'intero assetto del Titolo V della Carta costituzionale; e, in particolare, dai commi 1, 5 e 6 dell'art. 119 Cost., disposizioni costituzionali che nella misura in cui (e nelle parti nelle quali) mirano a garantire uno standard minimo di tutela in favore degli Enti locali - e dunque un valore costituzionale di base - sono ad essi comunque applicabili (e da essi invocabili) a prescindere da ogni delimitazione territoriale (il che risponde al criterio metodologico secondo cui agli enti locali ubicati nelle Regioni a statuto speciale non può essere riconosciuta una autonomia finanziaria inferiore rispetto a quella devoluta agli enti ubicati nelle Regioni a statuto ordinario).
Proprio occupandosi della questione del "trasferimento di funzioni senza risorse", la Corte Costituzionale (n. 145 del 2008; n. 29 del 2004; n. 138 del 1999 e n. 222 del

1994) ha affermato che le norme di legge che consentono operazioni istituzionali di tal fatta sono da considerare costituzionalmente illegittime - in quanto lesive del "principio di correlazione fra funzioni e risorse", nonché del "principio fondamentale del coordinamento della finanza pubblica" e del "principio dell'equilibrio dei bilanci pubblici" declinati dagli artt. 117, lett. e) e 119, commi 1, 7 e 8 Cost. (n. 52 del 2010, nn. 139 e 237 del 2009, e n. 417 del 2005; n. 217 del 2012 e nn. 82, 176, 238, 239, 263, 272 e 273 del 2015) - quando determinano i seguenti due effetti: a) un'alterazione del "rapporto tra complessivi bisogni regionali e insieme dei mezzi finanziari per farvi fronte"; b) ed una variazione del rapporto entrate/spese foriero di un "grave squilibrio" nel bilancio.
Nella fattispecie disciplinata dall'art. 34, l. reg. n. 22 del 1986 ciò si verifica (o comunque ben può verificarsi) ogniqualvolta il numero dei dipendenti in transito dalla soppressa Ipab verso il Comune obbligato ad assumerli e/o le spese di manutenzione dei beni patrimoniali ceduti, determinino spese impreviste (non esistendo capitoli di bilancio sui quali farle gravare) e/o che non possano trovare adeguata copertura in bilancio (se non facendo ricorso ad indebitamenti o a strumenti straordinari).

4. Elezioni.
Molte le pronunce di rilevante impatto del Consiglio di Stato e del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana in materia elettorale.

4.1. Esclusione dalle competizioni.
La sez. III, con sentenza n. 3208 del 29 maggio 2018, ha giudicato legittima l'esclusione dalle competizioni elettorali di una lista che si richiama in modo esplicito all'ideologia fascista. Ha chiarito che è legittima l'esclusione dalle competizioni elettorali amministrative di una lista che partecipi alla competizione elettorale sotto un contrassegno che si richiama esplicitamente al partito fascista bandito irrevocabilmente dalla Costituzione, con norma tanto più grave e severa, in quanto eccezionalmente derogatoria al principio supremo della pluralità, libertà e parità delle tendenze politiche. L'utilizzo della parola "Fasci" nel nome della lista, l'immagine del fascio repubblicano nel simbolo e il richiamo ad evidenti contenuti dell'ideologia fascista nello Statuto del movimento, a cominciare dalla c.d. democrazia corporativa per finire con il «progetto di Rivoluzione Sociale e riforma dello Stato avviato dal fascismo» di cui pure si legge nello Statuto, sono tutti elementi che impongono l'incondizionata, legittima e incontestabile esclusione dalla competizione elettorale del movimento, che in modo evidente, inequivocabile, si è richiamato e ispirato a principî del disciolto partito fascista, incorrendo nel divieto di riorganizzare, sotto qualsiasi forma, tale partito, di cui alla XII disposizione transitoria e finale della Costituzione e di cui all'art. 1, l. 20 giugno 1952, n. 654 (cd. legge Scelba).

La Sezione ha escluso che possa rilevare, in senso contrario, che il movimento non si proponesse esplicitamente il sovvertimento dell'ordine democratico, la soppressione delle libertà costituzionali, l'utilizzo della violenza come metodo di lotta politica, il dileggio dei valori fondanti della Costituzione e della Resistenza, poiché un movimento politico che si ispiri ai principî del disciolto partito fascista deve essere incondizionatamente bandito dalla competizione elettorale, secondo quanto impone la XII disposizione transitoria e finale della Costituzione, il cui precetto, sul piano letterale e teleologico, non può essere applicato solo alla repressione di condotte finalizzate alla ricostituzione di una associazione vietata, come l'appellante principale a torto sostiene, ma deve essere esteso ad ogni atto o fatto che possa favorire la riorganizzazione del partito fascista, per sua essenza stessa antidemocratico, e quindi anche al riferimento inequivoco ai suoi principî fondanti, ai sensi dell'art. 1, l. n. 645 del 1952.

4.2. Soccorso istruttorio nel procedimento elettorale.

Con sentenza 9 aprile 2018, n. 2159 la sez. III ha affermato il principio secondo cui nel procedimento per le elezioni comunali per i Comuni con popolazione fino a diecimila abitanti, disciplinato dagli artt. 28-31 della Sezione II del d.P.R. 16 maggio 1960, n. 570, si applica il principio del soccorso istruttorio, espressamente previsto solo per i Comuni con popolazione superiore a diecimila abitanti dall'art. 33, ultimo comma, d.P.R. n. 570. Da questa premessa il giudice di appello ha fatto conseguire che il candidato che non ha consegnato nei termini il certificato di iscrizione nelle liste elettorali, prescritto dall'art. 32, d.P.R. n. 570 cit., deve essere ammesso ad integrare la documentazione mancante.

Ha chiarito la Sezione che l'art. 30, d.P.R. n. 570 del 1960, pur non menzionando in via esplicita la facoltà ammessa dal successivo art. 33, non detta un divieto di integrazione documentale e va, quindi, interpretato in modo compatibile con il sistema normativo favorevole all'integrazione di lacune meramente formali. Alla stregua di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 30 cit., deve pertanto estendersi anche ai Comuni con popolazione inferiore ai 10.000 abitanti la facoltà, esplicitamente prevista dall'ultimo comma del successivo art. 33 del Testo Unico per i Comuni con popolazione superiore, di produrre "nuovi documenti". Una diversa opzione, che consentisse l'integrazione documentale esclusivamente nell'ambito delle procedure elettorali relative ai Comuni più popolosi, produrrebbe - stante l'assenza di una ragione giustificativa legata a specifiche esigenze organizzative e operative - una non ammissibile diversa conformazione dei diritti politici dei cittadini e dello status di elettore.

La soluzione indicata si rivela, in definitiva, come quella più rispettosa, al contempo, del principio del *favor partecipationis*, inteso come ineludibile declinazione dell'ef-

fettiva garanzia di esercizio dei diritti politici costituzionalmente garantiti, e degli interessi pubblici sottesi alla normativa di riferimento, restando, comunque, salvaguardata l'acquisizione delle certificazioni. Ha aggiunto la Sezione che la conclusione cui è pervenuta trova una indiretta conferma nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 23 del 30 novembre 1999 che, seppure con riferimento alla diversa fattispecie dell'ammissione delle liste elettorali, esprime un favorper la regolarizzazione o integrazione postuma della documentazione, che non può non estendersi al caso in cui a non essere completa è la documentazione relativa all'ammissione dei candidati; la diversa conclusione non troverebbe, infatti, alcuna ratio né logica né tantomeno giuridica.
Infine, la Sezione ha ricordato che l'applicazione del principio del *favor partecipationis* alle competizioni elettorali è corroborata dalle considerazioni della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo: con la sentenza n. 1 del 13 gennaio 2014, la Corte costituzionale ha evidenziato che le disposizioni sui sistemi elettorali sono ragionevoli se stabiliscono "oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento" di obiettivi legittimi, il che comporta che le medesime disposizioni possono comportare l'esclusione delle liste o delle candidature solo quando siano violate chiare previsioni che precisino le formalità da seguire e le conseguenze derivanti nel caso di loro violazione; con la sentenza 16 marzo 2006, n. 58278, la Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Chambre, ha evidenziato che la legislazione elettorale dei singoli Stati deve tendere a procedure volte a determinare l'effettiva volontà del popolo; la Corte europea ha chiarito che "vi sono molti modi per organizzare e gestire i sistemi elettorali e numerose differenze in Europa specie nell'evoluzione storica, nella diversità culturale, nel pensiero politico e spetta ad ogni Stato contraente fondere tali diversità nella sua propria visione della democrazia". Ha aggiunto la Corte che la disciplina nazionale deve comunque consentire che le condizioni, alle quali sono subordinati il diritto di votare o di candidarsi alle elezioni, non riducano i diritti ad un punto tale da pregiudicare la loro essenza e privarli della loro effettività; che perseguano uno scopo legittimo; che i mezzi impiegati non siano, soprattutto, sproporzionati rispetto al fine che la legislazione nazionale persegue, sicché tutte le condizioni imposte da questa devono rispecchiare "la preoccupazione di mantenere l'integrità e l'effettività di una procedura elettorale volta a determinare la volontà del popolo mediante un suffragio universale".

4.3. Sindaci candidati alle elezioni provinciali.

Con sentenza 5 febbraio 2018, n. 744 la sez. III ha affrontato la questione relativa alla candidabilità alle elezioni provinciali dei sindaci con meno di diciotto mesi di mandato residui, concludendo nel senso che l'art. 1, comma 60, l. 7 aprile 2014, n. 56, secondo cui sono eleggibili a presidente della provincia i sindaci della provincia

il cui mandato scada non prima di diciotto mesi dalla data di svolgimento delle elezioni, ha carattere precettivo, con la conseguenza che non è possibile la candidatura di sindaci con meno di diciotto mesi di mandato residui.
La Sezione ha escluso che il cit. comma 60 dell'art. 1, l. n. 56 del 2014 sia sospetto di incostituzionalità.
La *ratio* dell'art. 1, comma 60, l. 7 aprile 2014, n. 56, è di assicurare stabilità all'organo presidente della provincia, il quale è eletto tra i sindaci e cessa con il venir meno del mandato sindacale (comma 65). La finalità che la norma consente di conseguire è di evitare di dover ripetere le elezioni prima che sia trascorso il periodo di diciotto mesi, con ciò contenendo la frequenza delle tornate elettorali e tendenzialmente diminuendo le risorse necessarie allo svolgimento delle competizioni nonché gli eventuali ulteriori inconvenienti che possono presumersi connessi all'esistenza di una campagna elettorale c.d. permanente. In definitiva, la previsione del requisito è orientata dal principio di buon andamento dell'organizzazione amministrativa (art. 97 Cost.). Accanto a questo, va considerato che l'esistenza di un mandato sindacale residuo avente una durata minima costituisce indice presuntivo della permanenza di un legame con l'elettorato locale di cui il presidente è stato espressione, e con esso di rappresentatività politica. Non può negarsi che il requisito possa comportare una compressione della potenziale rappresentatività degli organi di governo delle organizzazioni territoriali locali, che costituisce esplicazione del principio democratico sancito dall'art. 1 Cost.. Tuttavia, sempre ad avviso della Sezione, tale potenziale compressione è il frutto di una scelta del Legislatore, che non risulta irragionevole, alla luce delle finalità suindicate, e considerando che si tratta di eleggere un organo provinciale c.d. di secondo livello e che quindi, in certa misura, l'esplicazione della sovranità popolare e del principio democratico può ritenersi garantita a monte, nel corretto svolgimento delle elezioni degli organi comunali chiamati poi a loro volta a votare quelli provinciali. Riguardo agli ulteriori parametri di costituzionalità invocati, analoghe considerazioni possono svolgersi riguardo al principio del pluralismo, né si comprende come la previsione di un requisito di stabilità dell'organo eletto possa violare quanto sancito dagli artt. 2 e 5 Cost., oppure ledere la libertà di associazione dei partiti, essendo relativa esclusivamente a condizioni di candidabilità/eleggibilità che nulla hanno a che vedere con la possibilità per gli stessi soggetti di aderire a qualsivoglia partito o associazione di sorta.

4.4. Elezioni del consiglio circoscrizionale in Sicilia.

Con ord. n. 374 del 29 giugno 2018 il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana ha rimesso alla Corte costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 101, comma 2, Cost., la questione di legittimità costituzionale del comma 3 dell'art. 3, l. reg. Sicilia 11 agosto 2016, n. 17, nella parte in cui modifica l'art. 4, l. reg.

Sicilia n. 35 del 1997, estendendo le disposizioni in materia di elezione del sindaco e del consiglio comunale alle elezioni dei consigli circoscrizionali

Ha chiarito il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana che le modifiche apportate all'art. 4, l. reg. 15 settembre 1997, n. 35 da ultimo dal comma 2 dell'art. 3, 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 norme in materia di organo di revisione economico-finanziaria degli enti locali e di status degli amministratori locali) investono specificamente le modalità di determinazione dei seggi da attribuire alle liste, ridisegnando il premio di maggioranza, alla lista o al gruppo di liste collegate al candidato proclamato eletto, e introducendo per la prima volta il meccanismo di detrazione di cui si è già discorso, ispirato anch'esso ad una logica di correzione, ovvero di razionalizzazione, del risultato elettorale in chiave maggioritaria.

Si tratta di disposizioni elettorali che presentano immediati e qualificanti riflessi sulla forma di governo (a livello di ente) locale, perseguendo una logica maggioritaria che si ritrova anche, seppure con modalità non coincidenti, nella legislazione statale sull'elezione dei consigli comunali.

Sicché non può dirsi casuale il fatto che l'art. 4 *ter*, l. reg. n. 35 del 1997, nel disciplinare l'elezione del consiglio circoscrizionale, facesse in origine e faccia ancora testualmente rinvio solamente ad alcune (ma non a tutte le) disposizioni dell'art. 4 della medesima legge, non menzionando in particolare il comma 6 sul premio di maggioranza, come anche il comma 3-ter sul meccanismo di detrazione qui in discussione.

Ad avviso del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana sussiste un dubbio sulla ragionevolezza dell'art. 3, comma 3, l. reg. n. 17 del 2016, come anche della sua coerenza con il principio di rappresentatività, nella misura in cui finisce per equiparare, sottoponendoli ad eguale disciplina, senza che se ne colga distintamente la ragione, istituti e realtà disomogenei, quali sono il Consiglio comunale e quello circoscrizionale.

Ha aggiunto il Consiglio di Giustizia che prima ancora, dell'art. 3, comma 3, l. reg. n. 17 del 2016, sfugge la razionalità intrinseca ovvero, in altri termini, la sua stessa intellegibilità e coerenza.

Anche senza interrogarsi *funditus* sulla latitudine, da più parti ritenuta eccessiva, che è in generale andata assumendo la tecnica della interpretazione cd. costituzionalmente orientata o adeguatrice, e che pure trova nella giurisprudenza della Corte costituzionale un indubbio riscontro, in termini di dovere piuttosto che di facoltà del giudice (v., per tutte, l'ordinanza n. 63 del 1989); di questa tecnica reputa il Consiglio di Giustizia. che si debba fare un uso sorvegliato in materia (di legge) elettorale, ribadendo che grava sul legislatore un dovere primario di *clari loqui*. L'art. 3, comma

3, l. reg. n. 17 del 2016 viola questo dovere e pecca per mancanza di proporzione rispetto all'obiettivo che si può supporre possa avere avuto di mira il legislatore.
Assumendo pure che il legislatore siciliano, nell'esercizio della sua potestà primaria in materia di enti locali (art. 14, lett. o, dello Statuto), volesse avvicinare l'elezione del consiglio circoscrizionale a quella del consiglio comunale, avrebbe dovuto seguire un criterio intellegibile di coerenza e di compatibilità. Qualora poi avesse voluto (e potuto) rendere i due consigli del tutto omogenei nelle loro modalità di funzionamento, innovando non di poco rispetto alla storia e rispetto alla disciplina del 2011, avrebbe dovuto farlo in modo inequivoco, meglio ancora se attraverso la modifica ovvero l'aggiornamento dell'art. 4 *ter*, l. reg. n. 35 del 1997. In assenza di questi elementi, non solo la disposizione di rinvio dell'art. 3, comma 3, si dimostra manifestamente inadeguata e arbitraria, ma pone seri dubbi sulla sua conformità anche ad un diverso parametro di costituzionalità, offerto dall'art. 101, comma 2, Cost..
Se infatti il giudice deve essere soggetto soltanto alla legge, quantunque nella più ampia lettura che di questo lemma è venuta offrendo nel tempo la dottrina costituzionalistica, è necessario che la legge sia decifrabile attraverso una funzione (tendenzialmente, soltanto) conoscitiva nel cui esercizio si riaffermi al fondo il legame tra la funzione giurisdizionale e la sovranità popolare. Tanto più al cospetto di una legge elettorale, come nel caso di specie, dove è necessario che quel legame sia più profondo e che il margine di interpretazione sia definito con maggiore certezza. Il che vale a privilegiare il promovimento della questione di legittimità costituzionale della disposizione che non sia razionalmente intellegibile, piuttosto che la ricerca di una interpretazione costituzionalmente orientata, oltre tutto in una direzione non definita e non scevra da valutazioni opinabili che debbono essere lasciate alla volontà politica.

5. Enti pubblici.

5.1. Effetti della fusione di Consorzi extra regionali.

Con ord. 17 maggio 2018, n. la sez. V ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3, comma 2, 24, 41, 113, 117, comma 1, Cost., 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e in relazione ai principi generali della legislazione nazionale di cui all'art. 13, commi 39 e 42, d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (convertito dalla l. 24 novembre 2003, n. 326), la questione di legittimità costituzionale degli artt. 3, commi 10 *bis* e 10 *ter*, l. reg. Valle d'Aosta 18 gennaio 2010, n. 2, come introdotti dall'art. 25, comma 2, l. reg. Valle d'Aosta 11 dicembre 2015, n. 19, e del comma 3 di quest'ultima legge, nella parte in cui disciplinano gli effetti della fusione di Consorzi, in particolare con Consorzi extra-regionali, con prevista entrata in vigore e applicabilità delle nuove disposizioni fin dalle operazioni di fusione deliberate dal 1 gennaio

2015 (conferendo efficacia retroattiva alle disposizioni, cfr. comma 3 dell'art. 25, l. reg. n. 19 del 2015.
Ad avviso della Sezione il comma 10 *bis* dell'art. 3, l. reg. Valle d'Aosta n. 2 del 2010 reca una norma che appare innanzitutto irragionevole e foriera di una ingiustificata equiparazione di situazioni diverse, rilevante ai fini del contrasto con l'art. 3, comma 2, Cost., nella parte in cui, ai fini della restituzione del fondo rischi alimentato da contributi regionali, aggiunge al caso già previsto dal comma 10 della liquidazione del consorzio di garanzia collettiva quello della sua fusione con altri soggetti operanti o aventi sede al di fuori del territorio regionale.
Ha chiarito che l'equiparazione della fusione all'ipotesi della liquidazione si pone in contrasto con la natura di vicenda evolutivo-modificativa della società della prima, quale ricavabile dall'art. 2504 *bis*, comma 1, cod. civ., secondo cui "La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione". Vicenda di carattere evolutivo-modificativo che è antitetica alla natura invece estintiva della liquidazione societaria, per la quale la restituzione dei contributi regionali è dunque pienamente giustificata.
Ha ancora evidenziato la Sezione che le medesime disposizioni dell'art. 13, d.l. n. 269 del 2003 non solo garantiscono che i vincoli di destinazione carattere pubblicistico sulle risorse patrimoniali e finanziarie dei consorzi di garanzia collettiva permangano inalterati nel corso delle vicende modificative interessanti tali soggetti, ma hanno il chiaro scopo di incoraggiare operazioni di queste ed ulteriori forme aggregazione tra consorzi confidi; infatti, il citato comma 39 prevede che alle fusioni tra consorzi della specie abbiano carattere eterogeneo e cioè che possano partecipare anche altri soggetti (società, associazioni, anche non riconosciute, fondazioni e consorzi diversi dai confidi), purché il soggetto risultante dalla fusione sia un confidi o una banca cooperativa; il successivo comma 40, nel richiamare le norme del codice civile sulla fusione, ne semplifica le modalità, attraverso la dispensa dall'obbligo di presentare la relazione degli esperti *ex* art. 2501 *sexies* cod. civ.; il comma 41 prevede deroghe ai quorum assembleari richiesti dal medesimo codice civile per adottare la delibera di fusione.
All'irrazionalità e ingiustificata disparità di trattamento finora evidenziate si aggiunge quindi anche la violazione dei principi generali in materia stabiliti dal legislatore nazionale, nelle disposizioni in esame, per cui anche sotto questo profilo va posta la questione di costituzionalità delle disposizioni di legge regionale in esame. Al medesimo riguardo appare in apice violata la libertà di impresa sancita dall'art. 41 Cost.
La Sezione ha, infine, ritenuto non manifestamente infondati i dubbi di costituzionalità sotto il profilo della violazione del diritto di agire in giudizio a tutela dei propri

interessi legittimi, ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost.. Tale non manifesta infondatezza si desume dalla natura di legge- provvedimento delle disposizioni della l. reg. n. 19 del 2015 e dalla sottostante volontà della Regione Valle d'Aosta di interferire in quest'ultimo e consolidare in via legislativa la lesione arrecata all'odierna appellante attraverso i provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo. Ha chiarito la Sezione che questa volontà si desume in particolare dalla circostanze che la legge in questione, finanziaria per il triennio 2016 – 2018, è destinata ad avere effetti, coerentemente con le relative natura e finalità, per gli anni interessati della manovra di finanza pubblica regionale, tant'è vero che il sopra citato art. 47 ne dispone l'entrata in vigore a decorrere dal 1° gennaio 2016;
Nel contesto di questa legge di bilancio, nondimeno, il parimenti citato art. 25, comma 3, reca una norma dichiaratamente retroattiva, in forza della quale i commi 10 *bis* e 10 *ter* dell'art. 3, l. reg. n. 2 del 2010, aggiunti dai commi precedenti "si applicano alle operazioni di fusioni deliberate a far data dal 1° gennaio 2015".
La volontà della Regione di "legificare" i provvedimenti già adottati ed impugnati appare evidente, in particolare dal carattere estemporaneo di tale norma retroattiva rispetto alla manovra finanziaria, così come è manifesta l'interferenza nel contenzioso, già pendente quando la manovra finanziaria è stata approvata.

6. Sicurezza pubblica.

6.1. Informativa antimafia.

Molte le sentenze della Sezione III in materia di informativa antimafia, che hanno delineato il quadro di sintesi, fissando i principi cardini sui quali si basa tale misura di prevenzione e contrasto con l'infiltrazione della criminalità organizzata nella Pubblica amministrazione.

Ha chiarito la Sezione (tra le tante, 9 ottobre 2018, n. 5784; 30 marzo 2018, n. 2031; 7 febbraio 2018, n. 820) che l'interdittiva antimafia costituisce una misura preventiva, volta a colpire l'azione della criminalità organizzata impedendole di avere rapporti con la Pubblica amministrazione, che prescinde dall'accertamento di singole responsabilità penali nei confronti dei soggetti che, nell'esercizio di attività imprenditoriali, hanno rapporti con l'Amministrazione e si fonda sugli accertamenti compiuti dai diversi organi di polizia valutati, per la loro rilevanza, dal Prefetto territorialmente competente.
Come affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 6 aprile 2018, n. 3, si tratta di provvedimento amministrativo al quale deve essere riconosciuta natura cautelare e preventiva, in un'ottica di bilanciamento tra la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e la libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost.; costituisce una misura volta – ad un tempo – alla salvaguardia dell'ordine pubblico

economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica amministrazione. Tale provvedimento, infatti, mira a prevenire tentativi di infiltrazione mafiosa nelle imprese, volti a condizionare le scelte e gli indirizzi della Pubblica amministrazione e si pone in funzione di tutela sia dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento, riconosciuti dall'art. 97 Cost., sia dello svolgimento leale e corretto della concorrenza tra le stesse imprese nel mercato, sia, infine, del corretto utilizzo delle risorse pubbliche.
L'interdittiva esclude, dunque, che un imprenditore, persona fisica o giuridica, pur dotato di adeguati mezzi economici e di una altrettanto adeguata organizzazione, meriti la fiducia delle istituzioni (sia cioè da queste da considerarsi come "affidabile") e possa essere, di conseguenza, titolare di rapporti contrattuali con le predette amministrazioni, ovvero destinatario di titoli abilitativi da queste rilasciati, come individuati dalla legge, ovvero ancora (come ricorre nel caso di specie) essere destinatario di "contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate".
Va aggiunto che la misura interdittiva, essendo il potere esercitato espressione della logica di anticipazione della soglia di difesa sociale, finalizzata ad assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alle attività della criminalità organizzata, non deve necessariamente collegarsi ad accertamenti in sede penale di carattere definitivo e certi sull'esistenza della contiguità dell'impresa con organizzazione malavitose, e quindi del condizionamento in atto dell'attività di impresa, ma può essere sorretta da elementi sintomatici e indiziari da cui emergano sufficienti elementi del pericolo che possa verificare il tentativo di ingerenza nell'attività imprenditoriale della criminalità organizzata. E', dunque, estranea al sistema delle informative antimafia, non trattandosi di provvedimenti nemmeno latamente sanzionatori, qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio (né – tanto meno – occorre l'accertamento di responsabilità penali, quali il «concorso esterno» o la commissione di reati aggravati ai sensi dell'art. 7, l. n. 203 del 1991), poiché simile logica vanificherebbe la finalità anticipatoria dell'informativa, che è quella di prevenire un grave pericolo e non già quella di punire, nemmeno in modo indiretto, una condotta penalmente rilevante.
Ha ancora affermato la Sezione terza che – pur essendo necessario che siano individuati (ed indicati) idonei e specifici elementi di fatto, obiettivamente sintomatici e rivelatori di concrete connessioni o possibili collegamenti con le organizzazioni malavitose, che sconsigliano l'instaurazione di un rapporto dell'impresa con la Pubblica amministrazione - non è invece necessario un grado di dimostrazione probatoria analogo a quello richiesto per dimostrare l'appartenenza di un soggetto ad associazioni di tipo camorristico o mafioso, potendo l'interdittiva fondarsi su fatti e vicende

aventi un valore sintomatico e indiziario e con l'ausilio di indagini che possono risalire anche ad eventi verificatisi a distanza di tempo.
Il rischio di inquinamento mafioso deve essere valutato in base al criterio del più "probabile che non", alla luce di una regola di giudizio, cioè, che ben può essere integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali, quale è, anzitutto, anche quello mafioso. Pertanto, gli elementi posti a base dell'informativa possono essere anche non penalmente rilevanti o non costituire oggetto di procedimenti o di processi penali o, addirittura e per converso, possono essere già stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o di assoluzione.
Gli elementi raccolti non vanno considerati separatamente, dovendosi piuttosto stabilire se sia configurabile un quadro indiziario complessivo, dal quale possa ritenersi attendibile l'esistenza di un condizionamento da parte della criminalità organizzata.

Sugli effetti dell'interdittiva è intervenuta anche l'Adunanza plenaria (6 aprile 2018, n. 3) che ha chiarito come il provvedimento di interdittiva antimafia determina una particolare forma di incapacità *ex lege*, parziale - in quanto limitata a specifici rapporti giuridici con la Pubblica amministrazione - e tendenzialmente temporanea, con la conseguenza che al soggetto – persona fisica o giuridica – è precluso avere con la Pubblica amministrazione rapporti riconducibili a quanto disposto dall'art. 67, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159. Il provvedimento di interdittiva antimafia determina una particolare forma di incapacità giuridica, e dunque l'insuscettività del soggetto (persona fisica o giuridica), che di esso è destinatario, ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinino (sul proprio cd. lato esterno) rapporti giuridici con la Pubblica amministrazione. Si tratta di una incapacità giuridica prevista dalla legge a garanzia di valori costituzionalmente garantiti e conseguente all'adozione di un provvedimento adottato all'esito di un procedimento normativamente tipizzato e nei confronti del quale vi è previsione delle indispensabili garanzie di tutela giurisdizionale del soggetto di esso destinatario. Essa è: a) parziale, in quanto limitata ai rapporti giuridici con la Pubblica amministrazione, ed anche nei confronti di questa limitatamente a quelli di natura contrattuale, ovvero intercorrenti con esercizio di poteri provvedimentali, e comunque ai precisi casi espressamente indicati dalla legge (art. 67, d.lgs. n. 159 del 2011); b) tendenzialmente temporanea, potendo venire meno per il tramite di un successivo provvedimento dell'autorità amministrativa competente (il Prefetto).
Ha chiarito l'Adunanza plenaria che in relazione al riconosciuto carattere "parziale" dell'incapacità, l'art. 67, d.lgs. n. 159 del 2011 ne circoscrive il "perimetro", definendo le tipologie di rapporti giuridici in ordine ai quali il soggetto, colpito della misura, non può acquistare o perde la titolarità di posizioni giuridiche soggettive e, dunque, l'esercizio delle facoltà e dei poteri ad esse connessi.

Tutto ciò chiarito, l'Adunanza plenaria ha ritenuto che il cit. art. 67 debba essere inteso nel senso di precludere all'imprenditore (persona fisica o giuridica) la titolarità della posizione soggettiva che lo renderebbe idoneo a ricevere somme dovutegli dalla Pubblica amministrazione a titolo risarcitorio in relazione (come nel caso di specie) ad una vicenda sorta dall'affidamento (o dal mancato affidamento) di un appalto.
Ad avviso dell'Adunanza l'espressione usata dal legislatore nell'art. 67, d.lgs. n. 159 del 2011 e concernente il divieto di ottenere (o meglio, l'incapacità a poter ottenere), da parte del soggetto colpito dall'interdittiva antimafia, "contributi, finanziamenti e mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali", ricomprende anche l'impossibilità di percepire somme dovute a titolo di risarcimento del danno patito in connessione all'attività di impresa. In sostanza – ed è questa la ratio della norma – il legislatore intende impedire ogni attribuzione patrimoniale da parte della Pubblica amministrazione in favore di tali soggetti, di modo che l'art. 67, comma 1, lett. g) del Codice delle leggi antimafia non può che essere interpretato se non nel senso di riferirsi a qualunque tipo di esborso proveniente dalla P.A..
E tale finalità – in linea con quanto innanzi affermato in ordine agli effetti della interdittiva antimafia – è perseguita dal legislatore per il tramite di una tendenzialmente (temporanea) perdita, per l'imprenditore, della possibilità di essere titolare, nei confronti della Pubblica amministrazione, delle posizioni giuridiche riferite alle ipotesi puntualmente indicate nell'art. 67 cit.
Viceversa, una volta che venga meno l'incapacità determinata dall'interdittiva, quel diritto di credito, riconosciuto dalla sentenza passata in giudicato, "rientra" pienamente nel patrimonio giuridico del soggetto, con tutte le facoltà ed i poteri allo stesso connessi, ivi compresa l'*actio iudicati* dal quale era temporaneamente uscito, e ciò non in quanto una "causa esterna" (il provvedimento di interdittiva antimafia) ha inciso sul giudicato, ma in quanto il soggetto che è stato da questo identificato come il titolare dei diritti ivi accertati torna ad essere idoneo alla titolarità dei medesimi.
Né la titolarità del diritto ovvero la concreta possibilità di farlo valere, una volta "recuperata" la piena capacità giuridica, potrebbero risultare compromessi, posto che, come è noto, ai sensi dell'art. 2935 cod. civ. "la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere".

Anche le attività soggette al rilascio di autorizzazioni, licenze o a s.c.i.a. soggiacciono alle informative antimafia ed è pertanto superata la rigida bipartizione e la tradizionale alternatività tra comunicazioni antimafia, applicabili alle autorizzazioni, e informazioni antimafia, applicabili ad appalti, concessioni, contributi ed elargizioni (Cons. St., sez. III, 18 aprile 2018, n. 2343). E' stato sul punto richiamato il parere

reso dallo stesso Consiglio di Stato (sez. I, n. 3088 del 17 novembre 2015), secondo cui le perplessità di ordine sistematico e teleologico sollevate in ordine all'applicazione di tale disposizione anche alle ipotesi in cui non vi sia un rapporto contrattuale - appalti o concessioni - con la Pubblica amministrazione non hanno ragion d'essere, posto che anche in ipotesi di attività soggette a mera autorizzazione l'esistenza di infiltrazioni mafiose inquina l'economia legale, altera il funzionamento della concorrenza e costituisce una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica.
Tali conclusioni non sono, ad avviso della Sezione, in contrasto con i principi dettati dalla Carta costituzionale. Non è innanzitutto pertinente il richiamo agli artt. 13 e 25 Cost., in quanto riferiti a profili di libertà personale, in alcun modo pregiudicati dall'istituto dell'informativa (Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2018, n. 1408; id. 3 ottobre 2017, n. 4613); né è profilabile un profilo di contrasto con l'art. 41 Cost. perché il limite all'iniziativa economica privata è giustificato dalla considerazione che il metodo mafioso, per sua stessa ragion di essere, costituisce un "danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana" (art. 41, comma 2, Cost.), già sul piano dei rapporti tra privati (prima ancora che in quello con le pubbliche amministrazioni), oltre a porsi in contrasto, ovviamente, con l'utilità sociale, limite, quest'ultimo, allo stesso esercizio della proprietà privata.
Il metodo mafioso è e resta tale, per un essenziale principio di eguaglianza sostanziale prima ancora che di logica giuridica, non solo nelle contrattazioni con la Pubblica amministrazione, ma anche tra privati, nello svolgimento della libera iniziativa economica.
Ha aggiunto la Sezione, richiamando un proprio precedente in termini (8 marzo 2017, n. 1109) che tra economia pubblica ed economia privata sussista un intreccio tanto profondo, anche nell'attuale contesto di una economia globalizzata, che non è pensabile e possibile contrastare l'infiltrazione della mafia "imprenditrice" e i suoi interessi nell'una senza colpire anche gli altri; tale distinzione, se poteva avere una giustificazione nella società meno complessa di cui la precedente legislazione antimafia era specchio, viene oggi a perdere ogni valore, ed efficacia deterrente, per entità economiche che, sostenute da ingenti risorse finanziarie di illecita origine ed agevolate, rispetto ad altri operatori, da modalità criminose ed omertose, entrino nel mercato con una aggressività tale da eliminare ogni concorrenza e, infine, da monopolizzarlo. La tutela della trasparenza e della concorrenza, nel libero esercizio di una attività imprenditoriale rispettosa della sicurezza e della dignità umana, è un valore che deve essere preservato nell'economia sia pubblica che privata. La stessa Corte di Giustizia UE (sez. X, 22 ottobre 2015, in C-425/14), in riferimento alla prassi dei cc.dd. protocolli di legalità, ha ribadito di recente che "va riconosciuto agli Stati membri un certo potere discrezionale nell'adozione delle misure destinate a garantire il rispetto del principio della parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza, i

quali si impongono alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico» poiché «il singolo Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazioni di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti in grado di provocare violazioni del rispetto del principio e dell'obbligo summenzionati".
In applicazione di questi principi la sez. III (19 dicembre 2018, n. 7151) ha affermato che è legittimo il diniego di iscrizione all'Albo Gestori Ambientali dell'impresa destinataria di interdittiva antimafia, essendo tali informative interdittive sono applicabili anche ai provvedimenti di tipo abilitativo-autorizzativo, nei quali rientra l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali; tale iscrizione abilita, infatti, l'operatore economico allo svolgimento di attività individuate nel d.m. n. 120 del 2014
Le conclusioni alle quali è pervenuta la Sezione terza in ordine all'ambito di applicazione dell'interdittiva sono state confermate dal Giudice delle leggi (sentenza 18 gennaio 2018, n. 4) secondo cui "indipendentemente da quale fosse l'ambito riservato dal legislatore all'informazione e alla comunicazione antimafia anteriormente al d.lgs. n. 159 del 2011, non sussisteva alcun ostacolo logico o concettuale, che imponesse di circoscrivere gli effetti dell'informazione antimafia alle attività contrattuali della pubblica amministrazione. Nel contesto normativo di cui al d.lgs. n. 159 cit. e sulla base della legge delega n. 136 del 2010, nulla autorizza quindi a pensare che il tentativo di infiltrazione mafiosa, acclarato mediante l'informazione antimafia interdittiva, non debba precludere anche le attività ulteriori rispetto ai rapporti contrattuali con la Pubblica amministrazione".

La Sezione (7 febbraio 2018, n. 820) ha ancora chiarito che - quanto ai rapporti di parentela tra titolari, soci, amministratori, direttori generali dell'impresa e familiari che siano soggetti affiliati, organici, contigui alle associazioni mafiose - l'Amministrazione può dare loro rilievo laddove tale rapporto, per la sua natura, intensità o per altre caratteristiche concrete, lasci ritenere, per la logica del "più probabile che non", che l'impresa abbia una conduzione collettiva e una regìa familiare (di diritto o di fatto, alla quale non risultino estranei detti soggetti) ovvero che le decisioni sulla sua attività possano essere influenzate, anche indirettamente, dalla mafia attraverso la famiglia, o da un affiliato alla mafia mediante il contatto col proprio congiunto. Nei contesti sociali, in cui attecchisce il fenomeno mafioso, all'interno della famiglia si può verificare una "influenza reciproca" di comportamenti e possono sorgere legami di cointeressenza, di solidarietà, di copertura o quanto meno di soggezione o di tolleranza; una tale influenza può essere desunta non dalla considerazione (che sarebbe in sé errata e in contrasto con i principi costituzionali) che il parente di un

mafioso sia anch'egli mafioso, ma per la doverosa considerazione, per converso, che la complessa organizzazione della mafia ha una struttura clanica, si fonda e si articola, a livello particellare, sul nucleo fondante della 'famiglia', sicché in una 'famiglia' mafiosa anche il soggetto, che non sia attinto da pregiudizio mafioso, può subire, nolente, l'influenza del 'capofamiglia' e dell'associazione. Hanno dunque rilevanza circostanze obiettive (a titolo meramente esemplificativo, ad es., la convivenza, la cointeressenza di interessi economici, il coinvolgimento nei medesimi fatti, che pur non abbiano dato luogo a condanne in sede penale) e rilevano le peculiari realtà locali, ben potendo l'Amministrazione evidenziare come sia stata accertata l'esistenza – su un'area più o meno estesa – del controllo di una 'famiglia' e del sostanziale coinvolgimento dei suoi componenti (a fortiori se questi non risultino avere proprie fonti legittime di reddito).

E' stato ancora evidenziato (14 settembre 2018, n. 5410) che il condizionamento mafioso, che porta all'interdittiva, può derivare dalla presenza di soggetti che non svolgono ruoli apicali all'interno della società, ma siano o figurino come meri dipendenti, entrati a far parte dell'impresa senza alcun criterio selettivo e filtri preventivi; il condizionamento mafioso si può desumere anche dalla presenza di un solo dipendente "infiltrato", del quale la mafia si serva per controllare o guidare dall'esterno l'impresa, nonché dall'assunzione o dalla presenza di dipendenti aventi precedenti legati alla criminalità organizzata, nonostante non ermergano specifici riscontri oggetti sull'influenza nelle scelte dell'impresa; le imprese possono effettuare liberamente le assunzioni quando non intendono avere rapporto con le Pubbliche amministrazioni: ove intendano avere, invece, tali rapporti devono vigilare affinché nella loro organizzazione non vi siano dipendenti contigui al mondo della criminalità organizzata.
La Sezione (25 maggio 2018, n. 3138) ha però avvertito che, ai fini dell'adozione di una informativa antimafia, non sussiste alcun automatismo fra presenza di dipendenti controindicati e tentativo di infiltrazione mafiosa; a rilevare non è il dato in sé che un'impresa possa avere alle proprie dipendenze soggetti pregiudicati oppure sospettati di essere contigui ad ambienti mafiosi, quanto piuttosto che la presenza degli stessi possa essere ritenuta indicativa, alla luce di una quadro indiziario complessivo, del potere della criminalità organizzata di incidere sulle politiche assunzionali dell'impresa e, mediante ciò, di inquinarne la gestione a propri fini.
Del resto, se così non fosse, se ne ricaverebbe che un soggetto pregiudicato non possa mai essere assunto da alcuna impresa, non solo se attiva nel mercato delle commesse pubbliche (e, più in generale, dell'economia pubblica), ma anche se operante nell'economia privata. Ma così evidentemente non è. Se ne ricaverebbe, altresì, che il dipendente controindicato possa essere, qualora già assunto, immediatamente e

legittimamente licenziato, ma ciò non sembra in linea con i più recenti approdi ermeneutici del giudice del lavoro, che invece sembrano inclinare per una maggior cautela prima di risolvere il rapporto. Giova, inoltre, osservare che il giudizio sulla permeabilità dell'impresa non può prescindere dalla disamina degli strumenti che l'ordinamento mette ordinariamente e concretamente a disposizione degli operatori economici per evitare di assumere soggetti controindicati (essenzialmente, certificato del casellario e dei carichi penali pendenti).

Si vuole cioè dire che la circostanza che un'impresa abbia assunto persone controindicate, nell'assenza di ulteriori elementi, può avere in sé valore sintomatico della contiguità con gli ambienti della criminalità organizzata a condizione che gli operatori economici - soprattutto nei settori "a rischio" di cui all'art. 1, comma 52, l. 6 novembre 2012, n. 190 in cui la pervasività del fenomeno mafioso è statisticamente più evidente - siano dotati dal legislatore di adeguati meccanismi preventivi per venire a conoscenza della possibile sussistenza di ragioni di controindicazione a fini antimafia, pur genericamente formulate, vieppiù nell'ipotesi in cui l'imprenditore sia già iscritto alla c.d. *white list* di cui al d.P.C.M. 18 aprile 2013 (equipollente all'informativa antimafia liberatoria) e le plurime e contestuali nuove assunzioni conseguano all'adempimento di un obbligo giuridico, come nel caso della cd clausola sociale.

E' noto che la clausola sociale, volta a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato presso il gestore uscente, è imposta, nella formulazione dei bandi di gara, dall'art. 50 del vigente codice dei contratti pubblici "per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera…". Essa deve essere incondizionatamente accettata dal subentrante, pena l'esclusione dalla gara, salva la possibilità di quest'ultimo di armonizzare l'indiscriminato dovere di assorbimento del personale dell'impresa uscente con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione del lavoro propria del subentrante. Dinanzi a questo obbligo giuridico, temperato - all'attuale stato della giurisprudenza – dai soli aspetti organizzativi e oggettivi peculiari del subentrante, non è seriamente esigibile dall'imprenditore un controllo personale, e un giudizio, altrettanto personale, sull'esistenza e influenza delle parentele dell'assumendo, sulle sue frequentazioni, o sulle indagini non ancora giunte ad un rinvio a giudizio (evento a seguito del quale la notizia è evincibile dal certificato dei carichi penali pendenti), e soprattutto, non è esigibile che esso imprenditore si sottragga agli obblighi assunzionali per ragioni soggettive (e non oggettive) in assenza di previsioni di legge che vietino l'instaurazione o la prosecuzione del rapporto, o comunque di informazioni qualificate, in quanto provenienti dalla Prefettura o dagli organi di Polizia, che rendano verosimile la sussistenza del rischio

che l'assumendo possa essere un "cavallo di Troia" delle associazioni mafiose o anche semplicemente un soggetto "controindicato" ai fini antimafia, avuto riguardo al tipo di attività e al luogo di svolgimento della stessa.
La sez. III, con sentenza 26 marzo 2018, n. 1882, ha affermato che la mancata stipula di un contratto per lavori conseguente a richiesta di informativa antimafia, successivamente intervenuta, non è produttiva di danno risarcibile stante la possibilità dell'Amministrazione di acquisire l'informativa prefettizia al fine di evitare di stipulare il contratto con un soggetto che poteva presentare controindicazioni secondo la normativa antimafia; né il mancato rispetto del termine di sessanta giorni per la stipulazione negoziale integra di per sé un'ipotesi di responsabilità precontrattuale, spettando al presunto danneggiato dimostrare che il ritardo nella stipulazione sia manifestazione di una condotta antigiuridica dell'amministrazione lesiva del proprio legittimo affidamento
Ha chiarito la Sezione che trattandosi di impresa operante in un ambito territoriale ad alta incidenza da parte della criminalità organizzata, la valutazione operata dalla stazione appaltante non si appalesa illogica o irragionevole, ma anzi risulta pienamente condivisibile, atteso che – ove l'impresa fosse stata interdetta – il Comune avrebbe dovuto procedere alla revoca dell'aggiudicazione e alla risoluzione del contratto con effetti negativi sulla realizzazione dell'opera pubblica.
Ne consegue che la scelta di acquisire in via facoltativa il provvedimento prefettizio non può costituire comportamento illecito produttivo di danno.
Ovviamente l'acquisizione dell'informativa antimafia ha comportato un ritardo nella stipulazione del contratto, tenuto conto dei termini necessari per lo svolgimento della complessa istruttoria da parte del Prefetto.
Tale circostanza non integra però di per sé fonte di responsabilità risarcibile atteso che il termine di sessanta giorni, previsto dall'art. 11, comma 9, d.lgs. n. 163 del 2006 per la stipula del contratto non ha natura perentoria, né alla sua inosservanza può farsi risalire *ex se* un'ipotesi di responsabilità precontrattuale *ex lege* della Pubblica amministrazione, se non in costanza di tutti gli elementi necessari per la sua configurabilità. Infatti, le conseguenze che derivano in via diretta dall'inutile decorso del detto termine sono: da un lato, la facoltà dell'aggiudicatario, mediante atto notificato alla stazione appaltante, di sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto; dall'altro, il diritto al rimborso delle spese contrattuali documentate, senza alcun indennizzo.
E' noto, infatti, che la responsabilità precontrattuale ricorre nel caso in cui prima della stipulazione contrattuale il presunto danneggiante, violando il principio di correttezza e buona fede, leda il legittimo affidamento maturato da controparte nella conclusione del contratto. In tal caso però il mancato rispetto del termine risulta pienamente giustificato dalle esigenze antimafia, e dunque non può integrare gli estremi

di una condotta illecita.

7. Sanità.

Molte le sentenze di rilevante impatto sociale e comunque di estremo interesse della Sezione III in materia di sanità.

7.1. Diniego di rimborso di cure all'estero.

Nel giudicare la legittimità del diniego di autorizzazione ad effettuare cure all'estero ed al successivo rimborso delle cure comunque effettuate, la sez. III, con sentenza 11 ottobre 2018, n. 5861, ha preliminarmente riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo nella controversia promossa avverso il diniego di autorizzazione per l'erogazione di prestazioni per la procreazione medicalmente assistita presso un Centro estero e di rimborso a posteriori delle spese sostenute per tali prestazioni.

Richiamando l'*iter* argomentativo di un proprio precedente (n. 4460 del 2 settembre 2014, reso sul diniego opposto dalla Regione Lombardia alla richiesta di un genitore, nella sua veste di tutore della figlia, a mettere a disposizione una struttura per il distacco del sondino naso-gastrico che la alimentava e idratava artificialmente da molti anni) la Sezione ha affermato la proprio giurisdizione rientrando la controversia in materia di "pubblico servizio" sanitario nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, indipendentemente dalla natura, pur complessa e variabile, della situazione giuridica dedotta.

Per spiegare tale conclusione la Sezione ha ripercorso i diversi orientamenti delle Sezioni Unite nella materia dei cc.dd. diritti assoluti, incomprimibili e inaffievolibili.

Con la sentenza 6 settembre 2013, n. 20577 la Suprema Corte (richiamando, peraltro, la precedente n. 2867 del 2009) ha stabilito che la controversia relativa al diniego dell'autorizzazione ad effettuare cure specialistiche presso centri di altissima specializzazione all'estero appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario.

A tale orientamento si contrappone il diverso avviso manifestato dalle stesse Sezioni Unite (28 dicembre 2007, n. 27187 e poi 5 marzo 2010, n. 5290), che non condivide la teoria della indegradabilità ad interessi legittimi dei diritti fondamentali protetti dalla Costituzione, trattandosi di tesi sostenibile allorché il riparto di giurisdizione si fondava esclusivamente sulla tradizionale bipartizione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, ma non più sostenibile dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come modificato dalla l. 21 luglio 2000, n. 205 e ridisegnato dalle sentenze della Corte costituzionale del 28 aprile 2004, n. 204 e dell'8 marzo 2006, n. 191. Ha chiarito la Cassazione con la sentenza n. 27187 del 2007 che a seguito della entrata in vigore di detta normativa in materia di giurisdizione esclusiva non rileva più, al fine del riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, anche se vengono in

considerazione diritti costituzionalmente protetti e non suscettibili di affievolimento ad interessi legittimi, ma la distinzione tra comportamenti riconducibili all'esercizio di pubblici poteri e meri comportamenti, identificabili questi in tutte quelle situazioni in cui la Pubblica amministrazione non esercita - nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici - alcun pubblico potere.
Ha chiarito la Sezione III che tale secondo orientamento è avvalorato anche dal Codice del processo amministrativo, il cui art. 7, comma 1, radica la giurisdizione, di legittimità ed esclusiva, del giudice amministrativo nelle controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Ne consegue che il giudice amministrativo ha giurisdizione esclusiva, in materia di pubblici servizi, allorché l'amministrazione rifiuti la prestazione sanitaria richiesta dal privato mediante l'esercizio di un potere autoritativo e all'esito di un procedimento iniziatosi ad istanza di parte; ciò in quanto la situazione del privato che "dialoga" con il potere e vi si contrappone assume la configurazione dell'interesse legittimo, tutelabile avanti al giudice amministrativo. Viceversa, laddove l'Amministrazione vulneri la situazione giuridica soggettiva del privato con un mero comportamento materiale o con una mera inerzia, non legati in alcun modo, nemmeno mediato, all'esercizio di tale potere, tale situazione di diritto soggettivo rientra nella cognizione del giudice ordinario, al quale compete la tutela di tutti i rapporti tra il privato e l'Amministrazione, nei quali quest'ultima non abbia assunto la veste di autorità, bensì abbia svolto un ruolo paritetico, a seconda dei casi, di contraente o di danneggiante o, comunque, di soggetto assimilabile a qualsivoglia parte di un normale rapporto giuridico *iure privatorum*.
In definitiva, ha affermato la Sezione, l'ordinamento disegna la medesima situazione secondo "geometrie variabili", pur nella garanzia di uno stesso "nucleo" irriducibile, e ciò perché esso, nella sua totalità e nella sua complessità, deve contemperare, su diversi e spesso interferenti livelli, molteplici esigenze e proteggere, in un difficile bilanciamento, gli interessi di diversi attori, pubblici e privati, sacrificando ora gli uni ora gli altri alla luce di difficili e molteplici valutazioni, anzitutto di rilievo e di impatto costituzionale. La variabilità di tali situazioni si rivela proprio nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva e, in particolare, in quelle materie nelle quali la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, proprio per l'intima compenetrazione e "convertibilità" tra tali situazioni, è così inestricabile che, per ragioni di effettività e di concentrazione della tutela giurisdizionale, il legislatore ha ritenuto di doverne affidare la cognizione ad un solo giudice, quello amministrativo, a condizione però,

come ha ben chiarito la Corte costituzionale, che tale cognizione si fondi sull'esercizio, seppur in forma mediata, del potere, ragione vera, prima ed ultima, che giustifica la giurisdizione del giudice amministrativo chiamato a garantire la legalità nell'azione amministrativa.
E', dunque, il concreto esercizio del potere pubblico a connotare la correlativa situazione del privato e non viceversa. Corollario obbligato di tale premessa è che a fronte di tale spendita del pubblico potere, teso a negare una pretesa afferente al diritto alla salute, non può che radicarsi la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di un pubblico servizio come quello sanitario, indipendentemente dalla natura, pur complessa e variabile, della situazione giuridica dedotta.
Nel merito la Sezione ha confermato la sentenza di accoglimento del giudice di primo grado ravvisando negli impugnati dinieghi la carenza di motivazione e la violazione dei commi 5 e 6 dell'art. 9, d.lgs. 4 marzo 2014, n. 38, per non aver gli stessi indicato il termine ragionevole entro cui l'assistenza sanitaria in questione avrebbe potuto essere prestata sul territorio nazionale. Si tratta di motivazione espressamente richiesta, oltre che dal citato art. 9, dall'art. 8, comma 6, lett. d) della Direttiva 9 marzo 2011, n. 24/UE, di cui il d.lgs. n. 38 del 2014 costituisce attuazione.
L'art. 8 della Direttiva n. 2011/24 contempla una deroga al principio generale di libero accesso alle cure e a tal fine dispone espressamente, al primo periodo del suo comma 1, che gli Stati membri possano, sì, prevedere un sistema di autorizzazione preventiva per il rimborso dei costi dell'assistenza transfrontaliera; precisando, tuttavia, subito dopo che tale "sistema di autorizzazione preventiva, compresi i criteri e l'applicazione di tali criteri, e le singole decisioni di rifiuto di concedere un'autorizzazione preventiva, è limitato a quanto necessario e proporzionato all'obiettivo da raggiungere, e non può costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o un ostacolo ingiustificato alla libera circolazione dei pazienti". In particolare, il comma 4 del successivo art. 9 stabilisce che "gli Stati membri garantiscono che le singole decisioni relative alla fruizione dell'assistenza sanitaria transfrontaliera e al rimborso dei costi di assistenza sanitaria sostenuti in un altro Stato membro siano debitamente motivate".
Sia la natura derogatoria ed eccezionale delle norme euro-unitarie trasposte nell'ordinamento interno sia il loro tenore letterale impongono, dunque, un supplementare onere motivazionale in caso di rifiuto di autorizzazione preventiva in materia di assistenza sanitaria transfrontaliera, al fine di esplicitare la ricorrenza, nella fattispecie concreta, delle ipotesi tassative di diniego, previste tanto dalla normativa eurounitaria, quanto da quella interna di attuazione.

7.2. Prestazioni sanitarie in regime di accreditamento *extra* Regione.

Con riferimento alla problematica connessa alla possibilità di ottenere prestazioni

accreditate anche fuori la regione di residenza, la Sezione (10 agosto 2018, n. 4903) ha affermato che è ragionevole stabilire un tetto alle prestazioni extraregionali, non potendosi ritenere irrilevante per una Regione che le prestazioni sanitarie siano erogate in favore dei residenti nella stessa Regione ovvero in favore dei residenti di altre Regioni, tenuto conto dell'interesse, proprio di ogni Regione, di soddisfare innanzitutto le esigenze sanitarie dei propri residenti. L'erogazione di prestazioni in favore di cittadini residenti in altre Regioni incide sicuramente, infatti, seppure in maniera indiretta, "sul piano della fiscalità regionale, con la conseguenza che tutto il sistema dei tetti di spesa regionali risulterebbe vanificato se non venissero limitate anche le prestazioni erogabili in favore di soggetti residenti in Regioni diverse. (Cons. Stato, sez. II, 1° febbraio 2012, n. 495).
Né può fondatamente sostenersi che le prestazioni socio-assistenziali ai cittadini *extra* Regione, sfuggano, per natura, a qualsiasi limitazione in termini di spesa e di volume di prestazioni. Infatti, tutte le prestazioni erogate dal servizio pubblico incontrano un limite, determinato discrezionalmente dall'autorità pubblica nell'esercizio del potere di allocazione delle limitate risorse finanziarie: tale potere è sindacabile nei limiti propri del giudizio di legittimità, ma non se ne può radicalmente contestare il fondamento.

8. Sanitaria veterinaria.

8.1. Controlli sanitari veterinari.

La sez. III, con ord. 13 febbraio 2018, n. 938, ha rimesso alla Corte di giustizia le questioni: a) se l'art. 27 del Regolamento CE, nel prevedere che per le attività di cui all'allegato IV, sezione A, e all'allegato V, sezione A, gli Stati membri assicurano la riscossione di una tassa, deve essere interpretato nel senso di imporre l'obbligo di pagamento a tutti gli imprenditori agricoli anche laddove "svolgono le attività di macellazione e sezionamento delle carni in via strumentale e connessa all'attività di allevamento degli animali"; b) se può uno Stato escludere dal pagamento dei diritti sanitari alcune categorie di imprenditori pur avendo predisposto un sistema di riscossione dei tributi idoneo, nel suo complesso, a garantire la copertura dei costi sostenuti per i controlli ufficiali o applicare tariffe inferiori rispetto a quelle previste dal Regolamento CE n. 822/2004.
Ha chiarito la Sezione che nell'interpretazione della normativa nazionale in un'ottica eurounitaria non si può prescindere dalla esatta individuazione degli obblighi imposti agli Stati dalla normativa comunitaria, e segnatamente della possibilità di prevedere esenzioni, e della puntuale individuazione della categoria dell'imprenditore agricolo.
A riguardo non può ignorarsi che la Corte di cassazione con la sentenza, sez. VI, 10 novembre 2016, n. 22978 ha evidenziato che l'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 228 del 2001

prevede che “si considerano imprenditori agricoli le cooperative di imprenditori agricoli ed i loro consorzi quando utilizzano per lo svolgimento delle attività di cui all'art. 2135 cod. civ., come sostituito dal comma 1 del presente articolo, prevalentemente prodotti dei soci, ovvero forniscono prevalentemente ai soci beni e servizi diretti alla cura ed allo sviluppo del ciclo biologico”. Ha precisato, tuttavia, che il richiamo alle attività di cui all'art. 2135 cod. civ., ovvero alla cura e sviluppo del ciclo biologico, esclude che possa essere qualificato imprenditore agricolo la cooperativa che svolga "solo" attività agricole per connessione.
È, dunque, necessario – ad avviso della Sezione – individuare se la previsione di cui al d.lgs. n. 194 del 2008, per come modificata nel 2010, abbia inteso escludere dall’applicazione della tariffa tutti gli imprenditori agricoli, e se nel novero di tale categoria possano comprendersi anche le cooperative che svolgano le attività d’interesse per i controlli per cui è causa, per i soci.
In effetti, nel senso più ampio dell’esclusione depone proprio la circostanza – diversamente da quanto ritenuto dal primo giudice – che il d.l. n. 158 del 2012, sopra richiamato abbia inteso restringere l’ambito della predetta esclusione, come sopra riferito.
Tuttavia, sia la disposizione nazionale del 2010 che quella del 2012 lasciano intendere la possibilità per il legislatore nazionale di introdurre alcune esenzioni all’indicazione contenuta nel regolamento, sicuramente tesa alla massima diffusione dei controlli veterinari finalizzati alla sicurezza dello scambio intracomunitario dei prodotti di origine animale e di introduzione nella comunità di prodotti ed animali vivi.
Sostanzialmente risulta che il d.lgs. n. 194 del 2012, con decorrenza dalla sua entrata in vigore (13 settembre 2012) ha qualificato normativamente cosa debba intendersi per attività accessoria dell’attività agricola per porre fine alle incertezze della materia. Ma tale definizione da parte del legislatore nazionale non elimina di per sé l’applicabilità alla fattispecie dell’opzione interpretativa in forza della quale, prima della sua entrata in vigore, si potessero considerare agricole – ove consentito dalla normativa sovranazionale – anche le ulteriori attività ‘accessorie’ richiamate dagli appellanti. È pur vero che l’ulteriore passo dell’indagine richiesta a questo giudice concernerebbe nello stabilire se al d.l. n. 158 del 2012 debba essere assegnata una valenza innovativa (nel senso sopra indicato) o meramente interpretativa.
Ne discende che rispetto a tale operazione ermeneutica assume valore assolutamente preliminare l’esatta individuazione della portata della disciplina sovranazionale.

9. Farmacie.

9.1. Diritto di prelazione dei dipendenti della farmacia comunale in caso di trasferimento della sua titolarità.

Con ord. n. 4102 del 4 luglio 2018 la sez. III ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue la

questione se i principi di libertà di stabilimento, di non discriminazione, di parità di trattamento, di tutela della concorrenza e di libera circolazione dei lavoratori, di cui agli artt. 45, da 49 a 56, e 106 del TFUE e agli artt. 15 e 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'U.E., ed il canone di proporzionalità e ragionevolezza in essi racchiuso, ostano ad una normativa nazionale, quale quella di cui all'art. 12, comma 2, l. 8 novembre 1991, n. 362 che, in caso di trasferimento della titolarità della farmacia comunale, assegna il diritto di prelazione ai dipendenti della farmacia medesima.
Ha ricordato la Sezione che per "prelazione legale" si intende il diritto, acquisito in virtù della legge o di un atto di autonomia privata, ad essere preferito ad altri, a parità di condizioni da questi offerte, nella conclusione di un determinato contratto o, più specificamente, nella trasmissione del diritto di proprietà di una cosa determinata. La prelazione legale risponde - nell'ordinamento nazionale italiano - ad una logica di tutela preferenziale dell'interesse pubblico sulle istanze di libertà e di autonomia negoziale. Il meccanismo della prelazione conferisce, infatti, un diritto preferenziale alla stipula del contratto a determinate categorie di soggetti, e per tale via, in coincidenza con l'interesse privato del prelazionario, essa realizza il perseguimento di interessi di portata più generale. Dunque, in tutte le prelazioni legali previste nell'ordinamento è comunque tutelato, sia pure mediatamente, l'interesse dell'intera collettività, in quanto, anche laddove la singola ipotesi di prelazione legale appare giustificata dall'attenzione del legislatore a una determinata categoria di soggetti, e quindi dall'interesse di un gruppo ristretto, la concreta scelta di politica legislativa risulta sempre riconducibile al fine ultimo di attuare un'equilibrata organizzazione dell'intera comunità sociale e, quindi, di tutelare l'interesse generale a una convivenza pacifica e produttiva. Nel caso della cessione di farmacia comunale (art. 12, l. n. 362 del 1991), la preferenza accordata al dipendente mette in moto interessi che la giurisprudenza ha ritenuto essere riconducibili ad una esigenza di migliore gestione dell'esercizio farmaceutico: sottesa alla previsione normativa vi sarebbe la presunzione che il farmacista già dipendente del presidio ceduto offra una garanzia di continuità e di proficua valorizzazione della esperienza già accumulata nella gestione del presidio. Il Consiglio di Stato, tuttavia, dubita che un siffatto diritto di prelazione sia giustificato dalla sussistenza di un interesse pubblico prevalente realmente apprezzabile. Dubita, in particolare, che l'esperienza professionale pregressa alle dipendenze della farmacia comunale sia meritevole di specifica valorizzazione. La pregressa dipendenza lavorativa presso la farmacia comunale nulla dice circa la conduzione più o meno positiva del presidio farmaceutico oggetto di cessione e sulla conseguente opportunità di garantirne la continuità. Nondimeno, il meccanismo preferenziale conferisce una preferenza incondizionata, che non tiene conto degli effettivi indici di buona conduzione dell'esercizio farmaceutico e che non si preoccupa di

valutare se la concreta esperienza pregressa sia realmente meritevole di essere preservata. Ha aggiunto la Sezione che il soggetto beneficiario della prelazione vanta una esperienza di "dipendente" della farmacia, che non coincide con quella del "titolare" della farmacia, sicché la stessa non offre garanzie circa la "conduzione imprenditoriale" dell'azienda, di cui il dipendente non ha mai assunto il più ampio governo e la diretta responsabilità.
La Corte di Giustizia europea ha sì asserito che rientra nella discrezionalità di uno Stato membro l'opzione di rimettere la gestione degli esercizi farmaceutici in favore di soggetti dotati di comprovata qualificazione; e che disposizioni interne, che introducono limitazioni al management degli esercizi farmaceutici, in virtù delle peculiarità del prodotto dispensato, non contrastano con le libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi. I casi esaminati riguardavano, tuttavia, restrizioni limitative giustificate da esigenze di qualificazione professionale e di garanzia del buon espletamento del servizio (Corte giust. UE, grande sez., 10 marzo 2009, n. 169 e 19 maggio 2009, nn. 171 e 171). Ha affermato la Sezione che rispetto al caso sottoposto al proprio esame, suscita perplessità, in relazione ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità, il conferimento di specifica rilevanza alla pregressa esperienza professionale del dipendente della farmacia comunale, secondo un meccanismo svincolato da accertati criteri di merito ed in una misura, peraltro, così accentuata e pervasiva, quale quella che si realizza attraverso lo strumento della prelazione legale.

9.2. Vendita all'ingrosso di medicinali.

In occasione dell'esame della questione relativa alla vendita all'ingrosso di medicinali, la sez. III, con sentenza 21 settembre 2018, n. 5486 ha affermato il principio secondo cui anche dopo il processo di liberalizzazione del settore farmaceutico, il farmacista, una volta autorizzato al commercio all'ingrosso può ritenersi legittimato ad operare nella duplice veste di grossista e di dettagliante ma utilizzando codici diversi a garanzia della trasparenza delle vendite per evitare vendite su mercati paralleli e a garanzia anche della salute pubblica.
Ha ricordato la Sezione che alla luce del d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219 (Codice comunitario concernente i medicinali per uso umano), chiunque intenda svolgere attività di distribuzione all'ingrosso di medicinali deve possedere un'autorizzazione rilasciata dalla regione o dalla provincia autonoma ovvero dalle altre autorità competenti, individuate dalla legislazione delle regioni o delle province autonome, nella quale sono indicati i locali oggetto dell'attività (art. 100).
Ha aggiunto che ai sensi degli artt. 104 e 105 dello stesso d.lgs. n. 219 del 2006 è necessario garantire il servizio pubblico, ovvero la permanenza di un assortimento di medicinali sufficiente a rispondere alle esigenze di un territorio geograficamente determinato, nei limiti di cui i predetti medicinali siano forniti dai titolari di AIC, e

di provvedere alla consegna delle forniture richieste in tempi brevissimi su tutto il territorio in questione; a tal fine, non possono essere sottratti, alla distribuzione e alla vendita per il territorio nazionale, i medicinali per i quali sono stati adottati specifici provvedimenti al fine di prevenire o limitare stati di carenza o indisponibilità, anche temporanee, sul mercato o in assenza di valide alternative terapeutiche.

10. Farmaci.

Molte le sentenze di interesse della sez. III in materia di farmaci.

10.1. Prezzo dei farmaci generici.

In relazione alla determinazione dei farmaci generici la Sezione, con sentenza 27 novembre 2018, n. 6716, ha affermato che l'art. 12, comma 5, d.l. 13 settembre 2012, n. 158 ha escluso la contrattazione per i prezzi dei farmaci generici solo per l'ipotesi in cui l'Azienda produttrice indichi un prezzo "conveniente"; si fa invece ricorso alla contrattazione se il prezzo proposto per il generico è superiore alle percentuali introdotte dal cd. decreto scaglioni, applicando i criteri dettati dalla delibera Cipe n. 3 del 2001, salvo il limite di un prezzo che sia almeno del 20% inferiore a quello del farmaco originatore, previsto dalla norma speciale sui generici, introdotta dal comma 130 dell'art. 3, l. 28 dicembre 1995, n. 549.

Ha chiarito la Sezione che il decreto Balduzzi per i farmaci generici ha escluso la contrattazione del prezzo nel caso in cui l'Azienda produttrice indichi un prezzo "conveniente", secondo i parametri indicati dal decreto del Ministero della salute, adottato ai sensi del citato comma 5, il quale prevede, come ribassi percentuali rispetto al prezzo delle confezioni in classe A, gli scaglioni del 45%; 47,5%; 50%; 55%; 60%; 65%; 70% e 75% nonché, come ribassi percentuali rispetto al prezzo delle confezioni in classe H, gli scaglioni del 30%; 31,7%; 33,3%; 36,7%; 40%; 43,3%; 46,7% e 50%.

Tale ultimo decreto (c.d. decreto scaglioni), approvato dal Ministro della salute il 4 aprile 2013, è stato oggetto di contenzioso dinanzi al giudice amministrativo che, in secondo grado, ha dichiarato la legittimità del decreto.

Il d.m. 4 aprile 2013, al comma 4 dell'art. 1 rinvia nuovamente alla negoziazione ove il titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio del medicinale generico proponga un prezzo superiore a quello di evidente convenienza per il Servizio sanitario nazionale, secondo la procedura dettata dalla delibera del Comitato interministeriale per la programmazione economica 1° febbraio 2001, n. 3.

L'art. 12, comma 5, d.l. n. 158 del 2012 ha escluso la contrattazione per i prezzi dei farmaci generici solo per l'ipotesi in cui l'Azienda produttrice indichi un prezzo "conveniente". Si fa invece ricorso alla contrattazione se il prezzo proposto per il generico è superiore alle percentuali introdotte dal cd. decreto scaglioni, applicando

i criteri dettati dalla delibera Cipe n. 3 del 2001.
Il d.l. n. 158 recupera pertanto la contrattazione introdotta dalla norma generale del 2003 per "calmierare" il prezzo del medicinale, se quello offerto non è conveniente. Resta però fermo il limite di un prezzo che sia almeno del 20% inferiore a quello del farmaco originatore, previsto dalla norma speciale sui generici, introdotta dal comma 130 dell'art. 3, l. n. 549 del 1995.

10.2. Lista di trasparenza.
E' illegittimo l'inserimento nella lista di trasparenza di un medicinale autorizzato ex art. 12, d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219, in mancanza di una verifica di bioequivalenza con il farmaco di riferimento, avente la medesima base legale. Lo ha affermato la sez. III con la sentenza 24 maggio 2018, n. 3129, ricordando preliminarmente il tenore dell'art. 12, d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219, secondo cui "nel caso di medicinali contenenti sostanze attive presenti nella composizione di medicinali autorizzati ma non ancora utilizzati in associazione a fini terapeutici, sono presentati i risultati delle nuove prove precliniche e delle nuove sperimentazioni cliniche relative all'associazione a norma dell'articolo 8, comma 3, lettera l); il richiedente non è tenuto a fornire la documentazione scientifica relativa a ciascuna singola sostanza attiva".
La Sezione ha tra l'altro chiarito che se un medicinale generico è per definizione un farmaco equivalente, agli effetti dell'inclusione nella lista di trasparenza, e la qualificazione come generico presuppone una verifica di bioequivalenza rispetto al farmaco di riferimento, la qualificazione di un farmaco come equivalente, a prescindere dalla base legale sulla scorta della quale è stata autorizzata la sua immissione in commercio, presuppone appunto che sia dimostrata la sua bioequivalenza rispetto al farmaco di riferimento: né del resto sono indicate dalle parti resistenti le eventuali ragioni tecnico-scientifiche per le quali siffatta conclusione non dovrebbe valere nell'ipotesi in cui i farmaci a confronto siano associazioni fisse di cd. sostituzione, autorizzate ai sensi dell'art. 12, d.lgs. d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219. In tale prospettiva, se un'azienda farmaceutica non ritiene di (o non può) avvantaggiarsi della semplificazione procedimentale contemplata dall'art. 10, d.lgs. n. 219 del 2006 per i farmaci generici, sottraendosi conseguentemente all'onere di dimostrare la bioequivalenza rispetto al medicinale originatore, ciò non toglie che essa debba sottostare a tale onere laddove intenda ugualmente conseguire il vantaggio - proprio dei farmaci generici - connesso alla possibilità di competere, sul piano del costo del prodotto, con il farmaco di riferimento sulla scorta del loro comune inserimento nella lista di trasparenza.

10.3. Equivalenza terapeutica tra farmaci con principi attivi diversi.
Con sentenza 13 aprile 2018, n. 2229 la sez. III si è occupata della questione relativa

all’equivalenza terapeutica tra farmaci con principi attivi diversi. Ha premesso che il complesso delle disposizioni legislative dedicate a regolare la materia affida all’Aifa le funzioni relative al rilascio dell’autorizzazione all’immissione in commercio di medicinali, alla loro classificazione, alle relative indicazioni terapeutiche (e, quindi, all’equivalenza terapeutica con altri farmaci), ai criteri delle pertinenti prescrizioni, alla determinazione dei prezzi, al regime di rimborsabilità ed al monitoraggio del loro consumo. Tali competenze sono state ripetutamente ed univocamente qualificate come esclusive - nel senso che le suddette funzioni (legislative ed amministrative) spettano solo all’autorità statale - sia dalla giurisprudenza costituzionale (Corte cost. 29 maggio 2014, n. 151; 12 gennaio 2011, n. 8; 11 febbraio 2010, n. 44) che da quella amministrativa (Cons. St., sez. III, 8 settembre 2014, n. 4538), là dove hanno precisato che resta preclusa alle Regioni la previsione di un regime di utilizzabilità e di rimborsabilità contrastante ed incompatibile con quello stabilito in via generale (e sulla base dei pareri emessi dalla competente Commissione Consultiva Tecnico Scientifica) dall’Aifa a livello nazionale. E’ stato ancora chiarito, con riferimento ai poteri in materia farmaceutica delle Regioni, che nell'ambito della competenza regionale concorrente in materia di tutela della salute, esse hanno discrezionalità organizzativa e di scelta, pur nei limiti imposti dal rispetto dei principi posti delle norme nazionali, nonché precisi obblighi di monitoraggio e contenimento della spesa pubblica. In questo quadro ben può, ad esempio, la Regione - nell'individuare i farmaci da inserire nel prontuario ospedaliero - orientare i medici all'utilizzo dei farmaci nelle condizioni cliniche per le quali risultano migliori evidenze di efficacia, richiamando altresì l'attenzione sul rapporto costo/benefici. Più in generale la Regione ben può prevedere misure di razionalizzazione della spesa farmaceutica, sia per contenerla sia per impegnare le somme limitate a sua disposizione nel modo ritenuto più congruo alle esigenze della popolazione. Ed invero, è stato proprio il legislatore che, nel tempo, ha previsto tali tipi di interventi, seppure dettando alcune prescrizioni da seguire al fine di garantire il giusto equilibrio tra la tutela della salute e la sostenibilità per il bilancio pubblico della relativa spesa.
E’ il caso della preferenza accordata dall’art. 15, comma 11 *bis*, d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (convertito in l. 7 agosto 2012, n. 135, come inserito dall’art. 13 *bis*, comma 1, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221) ai farmaci generici (che, a differenza di quelli ad “equivalenza terapeutica”, contiene gli stessi principi attivi del brevettato) rispetto agli originator, la cui prescrizione da parte del medico deve essere espressa e motivata; o, ancora, della previsione dell’art. 11, comma 12, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, secondo cui “Il medico, nel prescrivere un farmaco, é tenuto, sulla base della sua specifica competenza professionale, ad informare il paziente dell'eventuale presenza in commercio di medicinali aventi uguale composizione in principi attivi, nonché forma farmaceutica, via di somministrazione,

modalità di rilascio e dosaggio unitario uguali. Il farmacista, qualora sulla ricetta non risulti apposta dal medico l'indicazione della non sostituibilità del farmaco prescritto, dopo aver informato il cliente e salvo diversa richiesta di quest'ultimo, è tenuto a fornire il medicinale prescritto quando nessun medicinale fra quelli indicati nel primo periodo del presente comma abbia prezzo più basso ovvero, in caso di esistenza in commercio di medicinali a minor prezzo rispetto a quello del medicinale prescritto, a fornire il medicinale avente prezzo più basso". E', ancora, il caso del più volte invocato comma 11 *ter* del cit. art. 15, d.l. n. 95 del 2012 che, nel dettare disposizioni per l'equilibrio del settore sanitario e misure di governo della spesa farmaceutica e, dunque, nell'introdurre misure di contenimento della spesa nel settore dei farmaci, ha previsto che "nell'adottare eventuali decisioni basate sull'equivalenza terapeutica fra medicinali contenenti differenti princìpi attivi, le regioni si attengono alle motivate e documentate valutazioni espresse dall'Agenzia italiana del farmaco". Infatti, trattandosi di principi attivi diversi è ben possibile che la farmacocinetica e la farmacodinamica non siano identiche per i due prodotti, e spetta quindi all'organismo tecnico competente valutare se dette differenti modalità di azione dei due prodotti farmaceutici possano incidere in modo considerevole ai fini del riconoscimento dell'equivalenza terapeutica. Corollario di tale premessa è che le prescrizioni regionali dettate per esigenze di razionalizzazione della spesa sanitaria non possono integrare, di per se stesse, il vizio di eccesso o, addirittura, di sviamento di potere, ma risultano illegittime solo se, e nella misura in cui, per raggiungere tale obiettivo di contenimento della spesa finiscono per essere violate disposizioni normative a tutela della salute, come ad esempio la necessità della previa acquisizione della valutazione dell'Aifa per stabilire l'equivalenza terapeutica tra farmaci contenenti principi attivi diversi.
Fatta questa premessa, la Sezione ha affermato che nel caso sottoposto al proprio esame dalla delibera di Giunta regionale impugnata dinanzi al Tar non si evince in alcun modo che i farmaci non coperti da brevetto, sui quali deve ricadere, ove possibile, la preferenza del medico in sede di prescrizione, sono quelli con "equivalenza terapeutica" e non, invece, i "medicinali equivalenti", e cioè i medicinali contenenti gli stessi principi attivi dell'originator. La Regione ha, infatti, sempre fatto generico riferimento ai farmaci "con brevetto scaduto" e, dunque, in piena adesione a quanto già previsto dal legislatore nazionale, che accorda preferenza a questi rispetto agli *originator*.

11. Edilizia residenziale pubblica.

11.1. Limiti alla vendita di alloggio di edilizia residenziale pubblica introdotti con la Convenzione comunale.

Con sentenza 10 settembre 2018, n. 5300 la sez. IV, occupandosi della vendita di

alloggio di edilizia residenziale pubblica, ha affermato che anche se l'art. 35, l. 22 ottobre 1971, n. 865, nel testo modificato l. 17 febbraio 1992, n. 179, ha ridotto da 20 a 5 anni - decorrenti dalla data del rilascio della licenza di abitabilità - i limiti inderogabili all'alienazione successiva dell'immobile di edilizia residenziale pubblica sovvenzionato, con la convenzione il comune, potendo pattuire che dopo i 5 anni l'immobile sia venduto solo a chi ha i requisiti per ottenere un alloggio agevolato, può di fatto introdurre limiti convenzionali alla successiva alienazione da parte dell'assegnatario.

Ha chiarito la Sezione che la convenzione di edilizia residenziale pubblica, *ex* art. 35, l. n. 865 del 1971, avente ad oggetto il diritto di proprietà, è uno strumento di regolazione urbanistica di lunga durata esteso anche alla fissazione, con modalità normativamente predeterminate, dell'iniziale prezzo di cessione i vincoli all'alienazione contenuti nelle convenzioni *ex* art. 35, l. n. 865 del 1971 stipulate anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 179 del 1992 hanno piena efficacia nel primo quinquennio; nel prosieguo, possono essere rimossi, a titolo oneroso, previa stipula di un'ulteriore convenzione con il Comune, cui peraltro spetta di individuare gli elementi di calcolo della misura del corrispettivo che l'interessato deve versare; i vincoli all'alienazione contenuti nelle convenzioni ex art. 35, l. n. 865 stipulate posteriormente all'entrata in vigore della l. n. 179 del 1992 hanno efficacia limitata solamente al primo quinquennio e, comunque, sono superabili "previa autorizzazione della regione, quando sussistano gravi, sopravvenuti e documentati motivi".

A tale alleggerimento dei vincoli normativi, tuttavia, non si accompagna la previsione della nullità di pattuizioni convenzionali che introducano, in varia forma, vincoli ulteriori a quelli contemplati dalla legislazione vigente. In altri termini, il tessuto ordinamentale ha registrato sì un oggettivo arretramento dei vincoli imposti *ex lege*, come tali imperativi ed assoluti, ma non ha contestualmente recato il divieto della previsione convenzionale di limiti all'alienazione diversi e ulteriori rispetto allo standard vincolistico attualmente stabilito.

Ha aggiunto la Sezione che la *ratio legis* non deve essere individuata nella volontà di impedire tout court vincoli alla disponibilità degli alloggi diversi da quelli imposti per legge: se così fosse stato, infatti, vi sarebbe stata l'apposita previsione della nullità di clausole convenzionali recanti vincoli ulteriori rispetto a quelli stabiliti dalla legge. Al contrario, la finalità delle modifiche succedutesi nel tempo è con ogni ragionevolezza rappresentata dall'enucleazione di un più ampio margine di libertà operativa per lo strumento convenzionale: l'eliminazione del pesante apparato vincolistico in precedenza stabilito dalla legge, invero, rende l'istituto oggettivamente più agile, duttile e modulabile in base alle varie esigenze proprie dei diversi contesti urbani del Paese.

Del resto, la convenzione *ex* art. 35, l. n. 865 non può avere durata inferiore ai

vent'anni e deve prevedere, tra l'altro, "la determinazione dei prezzi di cessione degli alloggi, sulla base del costo delle aree": vale, in proposito, il richiamo operato dal novellato comma 13 all'art. 8, comma 1, l. n. 10 del 1977 (oggi confluito nell'art. 18, comma 1, d.P.R. n. 380 del 2011).

12. Contratti della Pubblica amministrazione.

Molte le sentenze del Consiglio di Stato su importanti tematiche legate alle procedure di evidenza pubblica. Molte anche le pronunce dell'Adunanza Plenaria in funzione nomofilattica e le rimessioni alla Corte di Giustizia per la verifica della compatibilità con la normativa eurounitaria della normativa italiana dettata per disciplinare i contratti della Pubblica amministrazione.

12.1. Servizio di trasporto sanitario ordinario di pazienti in ambulanza.

Con ord. 5 novembre 2018, n. 6264 la sez. V ha rimesso alla Corte di Giustizia le questioni: a) se, nel caso in cui le parti sono entrambi enti pubblici, il 28° considerando, l'art. 10 e l'art. 12, par. 4, della direttiva 2014/24/UE ostino alla applicabilità dell'art. 5, in combinato disposto con gli artt. 1, 2, 3 e 4, l. reg. Veneto n. 26 del 2012, sulla base del partenariato pubblico-pubblico di cui al predetto art. 12, par. 4, ed agli artt. 5, comma 6, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e 15, l. n. 241 del 1990; b) se, nel caso in cui le parti sono entrambi enti pubblici, il 28° considerando, l'art. 10 e l'art. 12, par. 4, della direttiva 2014/24/UE ostino alla applicabilità delle disposizioni della l. reg. Veneto n. 26 del 2012, sulla base del partenariato pubblico-pubblico di cui al predetto art. 12, par. 4, ed agli artt. 5, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 e 15, l. n. 241 del 1990, nel limitato senso di obbligare la stazione appaltante ad esternare la motivazioni della scelta di affidare il servizio di trasporto sanitario ordinario mediante gara, anziché mediante convenzionamento diretto.

Ha ricordato la Sezione che la normativa regionale, qualora intesa nel senso di imporre per il trasporto sanitario c.d. ordinario il convenzionamento diretto, relegando all'impossibilità di esso il ricorso all'evidenza pubblica, si pone in aperto contrasto con la normativa europea e nazionale di recepimento. Infatti, si potrebbe attribuire alla normativa sul partenariato pubblico-pubblico il significato di consentire motivatamente l'affidamento diretto in convenzione, ma non certo di imporlo, e ciò, comunque, tenendo ferma per la stazione appaltante l'opzione prioritaria di effettuare una gara.

Ha aggiunto la Sezione che l'accordo tra amministrazioni rappresenta lo strumento utile per soddisfare il pubblico interesse, il coordinamento, in un quadro unitario, di interessi pubblici di cui ciascuna amministrazione è portatrice. Del resto, in materia di accordi tra Pubbliche amministrazioni, al di fuori dell'ipotesi più ricorrente di svolgimento di funzioni comuni (quali, ad esempio, la costituzione di un consorzio

tra enti per la gestione tecnica ed amministrativa di aree industriali o la gestione di un servizio comune), è possibile ricorrere all'art. 15 della legge 241/1990 quando una Pubblica amministrazione intenda affidare a titolo oneroso ad altra Amministrazione un servizio, ove questo ricada tra i compiti dell'ente. In tale quadro è stato, ad esempio, ritenuto legittimo l'affidamento del servizio di trasporti intra – inter ospedalieri da parte di un'azienda ospedaliera alla Croce Rossa Italiana, ente di diritto pubblico avente, tra i propri compiti, quello di effettuare, con propria organizzazione, il servizio di pronto soccorso e trasporto infermi, concorrendo all'adempimento delle finalità del Servizio sanitario nazionale attraverso apposite convenzioni.
Alla luce, quindi, della valenza generale rivestita dagli accordi organizzativi di cui al citato art. 15, gli enti pubblici possono "sempre" utilizzare lo strumento convenzionale per concludere tra loro accordi organizzativi volti a disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune e in particolare, per quanto qui interessa, al fine di programmare e di realizzare un servizio pubblico di soccorso alla persona in situazioni di emergenza.
La giurisprudenza ha chiarito che una cooperazione del genere tra autorità pubbliche non può interferire con l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, poiché l'attuazione di tale cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico e poiché viene salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati di cui alla direttiva 92/50, cosicché nessun impresa privata viene posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.
L'art. 5, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 ha confermato l'esclusione dall'applicazione della disciplina dei contratti pubblici, in presenza delle condizioni ivi indicate, e rappresenta una disposizione ricognitiva di un quadro normativo e giurisprudenziale già pienamente consolidato.
Tuttavia dette disposizioni, che prevedono gli accordi tra pubbliche amministrazioni come modulo procedimentale di generale applicazione per lo svolgimento di attività di interesse comune, lo considerano una modalità alternativa all'affidamento delle attività stesse a operatori individuati sul mercato. Ma non lo impongono come modalità prioritaria.
L'accordo tra amministrazioni aggiudicatrici è un'opzione che implica la formazione di un'intesa (bilaterale) tra le parti, ma soprattutto – e preliminarmente – la volontà o impulso (unilaterale) di adottare tale schema, il quale, lungi dal ricondursi ad una norma impositiva di un obbligo cogente, esprime una facoltà di cui l'amministrazione non ha inteso avvalersi nel caso oggetto del presente giudizio, avendo deciso di utilizzare il modello procedimentale dell'evidenza pubblica quale principio di ordine generale. Pertanto, ad avviso della Sezione, l'art. 5, l. reg. Veneto n. 26 del 2012,

nella parte riferibile al servizio di trasporto non di emergenza, non può trovare la sua giustificazione nelle disposizioni sul partenariato pubblico-pubblico.

12.2. Raggruppamento temporaneo di imprese.

La sez. V, con ord. 18 ottobre 2018, n. 5957, ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione se è consentito ad un'impresa componente raggruppamento temporaneo di imprese, che possegga il requisito di qualificazione in misura insufficiente per la quota di lavori dichiarata in sede di presentazione dell'offerta, di ridurre la propria quota di esecuzione, così da renderla coerente con il requisito di qualificazione effettivamente posseduto, nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso di requisiti di qualificazione sufficienti a coprire l'intera quota di esecuzione dei lavori.

Ha ricordato la Sezione che sul punto si sono registrati diversi orientamenti.

Secondo un primo orientamento la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota di lavori cui si era impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento in sede di presentazione dell'offerta è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se, per ipotesi, il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota dei lavori.

Tale orientamento muove dalla distinzione tra requisiti di qualificazione, quote di partecipazione e quote di esecuzione.

I requisiti di qualificazione attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che aspira all'aggiudicazione e consentono alla stazione appaltante di valutare la capacità imprenditoriale del concorrente a realizzare quella parte di lavoro che gli sarà poi eventualmente aggiudicata. La quota di partecipazione, invece, altro non è che la percentuale di "presenza" all'interno del raggruppamento e ha riflessi sulla responsabilità del componente all'interno del raggruppamento stesso. La quota di esecuzione è infine la parte di lavoro, servizio o fornitura che verrà effettivamente realizzata nel caso di affidamento.

Così definiti questi tre elementi, si esclude che il requisito di qualificazione possa essere preso in considerazione per il raggruppamento nel suo complesso, dovendo necessariamente riguardare il singolo componente del raggruppamento. Si precisa peraltro che questo non significa reintrodurre surrettiziamente il principio della triplice corrispondenza, ma soltanto rendere necessaria la corrispondenza tra la quota di esecuzione e quella di qualificazione, in applicazione del dettato normativo.

Secondo altro orientamento non è consentita l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura, in presenza di tre condizioni: che lo scostamento tra il requisito di qualificazione dichiarato e la quota di lavori per la quale l'operatore si è impegnato

non sia eccessivo; che il raggruppamento nel suo complesso sia comunque in possesso dei requisiti sufficienti a coprire l'intero ammontare dell'appalto; che il raggruppamento abbia la forma di raggruppamento orizzontale. A sostegno della tesi della non esclusione del raggruppamento, è stato addotto, prima di tutto, il principio del *favor partecipationis*, che risulterebbe frustrato dall'esclusione di un raggruppamento che, nel suo complesso, possegga i requisiti di partecipazione.
Ha quindi chiarito il Tar che i due orientamenti richiamati accolgono una diversa concezione del requisito di qualificazione.
Il primo orientamento lo ritiene "personale", ossia riferito alla singola impresa facente parte del raggruppamento; il secondo orientamento invece lo ritiene riferibile al raggruppamento nel suo complesso, con la conseguenza che non costituisce motivo di esclusione il caso in cui il singolo componente non possieda un requisito di qualificazione sufficiente per l'esecuzione della propria quota di lavori, se il raggruppamento nel suo complesso è "sovrabbondante" rispetto al requisito richiesto dal bando.
Ha quindi rilevato la Sezione che a seconda della soluzione che si intenda dare al contrasto tra opposti orientamenti sottoposto all'Adunanza plenaria, altra questione viene a porsi in via subordinata.
Qualora si consenta all'impresa, che ha assunto una quota di lavori eccessiva rispetto al requisito di qualificazione posseduto, la modifica in corso di procedura (per essere nella fase successiva a quella di presentazione delle offerte) della quota di esecuzione dei lavori, così da impedire l'esclusione del raggruppamento, occorre definire le condizioni in presenza delle quali detta modifica può ammettersi. Le sentenze richiamate nel secondo orientamento, infatti, hanno posto la condizione che lo scostamento (tra quota di esecuzione assunta e requisito di qualificazione posseduto) sia minimo, al punto da poter qualificare lo stesso alla stregua di un errore materiale.
Ove si voglia dar seguito a tale impostazione, sarà necessario determinare la soglia, superata la quale, lo scostamento non possa più essere considerato "minimo".
Sempre nell'ipotesi in cui si sposi il secondo orientamento che, mediante la modifica della quota di esecuzione dichiarata, evita l'esclusione del raggruppamento, è opportuno chiarire se la stazione appaltante, che lo scostamento riconosca, debba ricorrere al soccorso istruttorio per concedere al raggruppamento di operare la modifica consentita, o possa farne a meno procedendo direttamente alla valutazione dell'offerta, per avere essa stessa – si potrebbe dire "d'ufficio" – accertato che la riduzione della quota di esecuzione in capo ad una delle imprese è compensata dal maggior requisito di qualificazione posseduto da altro componente.

12.3. Contributo a favore dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Il tardivo pagamento del contributo all'Anac non comporta la revoca dell'aggiudicazione. Lo ha affermato la sez. V, 19 aprile 2018, n. 2386, secondo cui è illegittima la revoca dell'aggiudicazione disposta a causa del tardivo pagamento – in data successiva a quella di scadenza delle offerte - del contributo *ex* art. 1, comma 67, l. 23 dicembre 2005, n. 266 a favore dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.
Ha ricordato la Sezione che la Corte di giustizia UE (2 giugno 2016, C 27/15) ha chiarito che i principi di tutela del legittimo affidamento, certezza del diritto e proporzionalità ostano ad una regola dell'ordinamento di uno Stato membro che consenta di escludere da una procedura di affidamento di un contratto pubblico l'operatore economico non avvedutosi di una simile conseguenza, perché non espressamente indicata dagli atti di gara. Il giudice europeo ha in particolare ritenuto contrario ai principi dallo stesso posti a base della propria pronuncia l'operazione attraverso cui la causa di esclusione dalla gara è ricavata sulla base di un'interpretazione estensiva di talune previsioni dell'ordinamento positivo dello stesso Stato membro e, poi, di una etero-integrazione sotto questo profilo degli atti di gara.
Ad avviso della Sezione il caso esaminato dalla Corte di giustizia appare dunque in termini con quello oggetto del presente giudizio, dal momento che, in primo luogo, esso verte appunto sul medesimo contributo di cui all'art. 1, comma 67, l. n. 266 del 2005, e in secondo luogo che la lettera di invito con cui la procedura di affidamento è stata indetta non prevedeva in modo espresso l'esclusione per il caso di mancato versamento di tale somma.
Quanto al ricorso al c.d. soccorso istruttorio la Sezione ha ricordato che il giudice europeo (28 febbraio 2018, C 523/16 e C 536/16) ha ritenuto conforme ai principi di parità di trattamento e di trasparenza nella materia dei contratti pubblici un meccanismo di soccorso istruttorio (allora previsto dall'art. 38, comma 2 *bis*, del previgente Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006) inteso a salvaguardare la partecipazione alla procedura di affidamento in caso di irregolarità essenziali, purché ciò non avvenga in caso di carenze documentali sanzionate in modo espresso con l'esclusione o sia così consentito all'operatore economico di formulare nella sostanza una nuova offerta.
Ebbene, simili evenienze non sono configurabili nel caso di mancato versamento del contributo ai favore dell'Anac, laddove non richiesto a pena di esclusione dalla normativa di gara, dal momento che tale adempimento non inerisce "all'offerta economica e all'offerta tecnica", per il quale la regolarizzazione della domanda di partecipazione alla gara ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 è preclusa (nella versione risultante dalle modifiche introdotte con il correttivo al Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 56 del 2017, con funzione di chiarificazione rispetto alla versione originaria).

12.4. Commissione di gara.

La sez. III, con sentenza 7 novembre 2018, n. 6299 ha affermato che la disciplina dell'incompatibilità dei componenti la Commissione di gara è, nel nuovo Codice dei contratti pubblici, arricchita di quei profili (già presenti, nell'ordinamento, con riguardo alla magistratura) tendenti alla salvaguardia dell'immagine di imparzialità ed ad evitare che possa determinarsi un'oggettiva 'confusione' tra valutatore e concorrente, di per sé idonea ad appannare l'immagine di imparzialità e di buona amministrazione

La Sezione, con riferimento al caso sottoposto al suo esame, ha chiarito che l'esperienza professionale rispetto alla quale si radicherebbe l'incompatibilità di un componente la Commissione non è diretta, ma riguarda il figlio che, sebbene distaccato presso l'impresa concorrente, era in realtà dipendente di una società di lavoro interinale che è estranea alla gara con incarico cessato prima della gara stessa.

Con riferimento a tale posizione, la Sezione ha ritenuto che la natura c.d. 'triangolare' del rapporto di lavoro, che coinvolge il somministratore, l'utilizzatore e il lavoratore, e si caratterizza per la scissione tra la titolarità del rapporto di lavoro (che fa capo all'agenzia somministratrice) e l'effettiva utilizzazione del lavoratore che compete all'utilizzatore, tuttavia non sottrae il dipendente dal diretto controllo dell'utilizzatore medesimo ed in ogni caso, non è idonea ad eliminare quella 'confusione' di ruoli di cui si è detto.

Con riguardo alla posizione di altro componente la Commissione, risulta che lo stesso avesse svolto attività lavorativa personalmente presso lo stesso concorrente, sia pur quattordici anni addietro.

Ciò non di meno, da un lato, tale lasso temporale non costituiva motivo di esonero dalla dichiarazione da parte del commissario del predetto rapporto, mentre la compresenza nella medesima Commissione di due commissari legati (seppure in passato o indirettamente per tramite del figlio) alle imprese concorrenti rafforza la percezione di compromissione dell'imparzialità che, invece la disciplina vuole garantire al massimo livello, al fine di scongiurare il ripersi nelle gare pubbliche di fenomeni distorsivi della par condicio e di una 'sana' concorrenza tra gli operatori economici.

Ed ancora, va rilevato che il fatto che il rilievo di eventuali legami sia rimesso alla autodichiarazione dei commissari medesimi, non rende il motivo di incompatibilità meno stringente o vincolante per l'Amministrazione, cui comunque è rimesso il controllo.

La Sezione si è quindi richiamata ad un proprio precedente (sentenza n. 4830 del 2018), secondo cui: "ogni qualvolta emergano elementi che siano idonei, anche soltanto sotto il profilo potenziale, a compromettere tale delicato e cruciale ruolo di garante di imparzialità delle valutazioni affidato alle commissioni di gara, la sem-

plice sostituzione di un componente rispetto al quale sia imputabile la causa di illegittimità dovrebbe dunque ritenersi né ammissibile, né consentita, in particolare nelle ipotesi in cui la commissione abbia già operato; il rischio che il ruolo e l'attività di uno dei commissari, dichiarato incompatibile, possano avere inciso nei confronti anche degli altri commissari durante le operazioni di gara, influenzandoli verso un determinato esito valutativo, impedisce la sua semplice sostituzione ed implica la decadenza e la necessaria sostituzione di tutti gli altri commissari; la sostituzione totale di tutti i commissari (in luogo del solo commissario designato in modo illegittimo) garantisce maggiormente il rispetto del principio di trasparenza nello svolgimento delle attività di gara; non è possibile estendere gli effetti dell'invalidità derivante dalla nomina di una commissione illegittima (…) anche a tutti gli altri atti anteriori, disponendo la caducazione radicale dell'intera gara, atteso che la stessa pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 maggio 2013, n. 13, ha stabilito inequivocabilmente e perentoriamente che "secondo i principi generali, la caducazione della nomina, ove si accerti, come nella specie, essere stata effettuata in violazione delle regole (…) comporterà in modo caducante il travolgimento per illegittimità derivata di tutti gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio ed impone quindi la rinnovazione dell'intero procedimento"; vengono travolti per illegittimità derivata tutti gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio, ma non certo gli atti anteriori, anche in ossequio al principio generale per il quale l'invalidità ha effetti nei confronti degli atti a valle, non certo degli atti a monte".
La Sezione ha quindi concluso nel senso che, nella specie, la concomitante presenza in commissione di ben due commissari che hanno avuto rapporti – direttamente o indirettamente – con uno dei concorrenti appare integrare l'ipotesi di conflitto di interessi di cui all'art. 42 del Codice dei contratti, che, per come è formulata la norma, include anche la percezione di un pericolo di imparzialità.

La sez. III, con sentenza 26 ottobre 2018, n. 6082 ha affermato che nella vigenza del nuovo Codice dei contratti, ai sensi dell'art. 77, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, nelle procedure di evidenza pubblica, il ruolo di Rup può coincidere con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice, a meno che non sussista la concreta dimostrazione dell'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi.
Ha premesso la Sezione che sul punto si sono formati due orientamenti.
Infatti, ad un primo orientamento al quale aderisce se ne contrappone un secondo che ha inteso il comma 4 dell'art. 77, d.lgs. n. 50 del 2016, cogliendone il portato innovativo, rispetto alle corrispondenti e previgenti disposizioni del d.lgs. n. 163 del

2006, proprio nella scelta di introdurre una secca incompatibilità tra le funzioni tipiche dell'ufficio di RUP (o ruoli equivalenti) e l'incarico di componente e finanche di presidente della commissione.
Ad integrazione e supporto di questa impostazione si è altresì evidenziato che la nuova regola del comma 4 è di immediata applicazione, non essendo condizionata dall'istituzione dell'albo dei commissari previsto dall'art. 77, comma 2. Per meglio intendere l'effetto innovativo dell'art. 77, comma 4, si consideri che l'art. 84, comma 4, dell'abrogato d.lgs. n. 163 del 2006 si limitava a sanzionare le situazioni di incompatibilità dei soli membri della commissione di gara diversi dal presidente ("i commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta"); viceversa, l'incompatibilità prevista dall'art. 77, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 - discendente anch'essa dall'aver svolto in passato o dallo svolgere "alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta" - non fa distinzione tra i componenti della commissione di gara implicati nel cumulo di funzioni e, pertanto, si estende a tutti costoro indistintamente.
In favore di una lettura preclusiva del cumulo di funzioni si era espressa anche l'Anac nel primo schema delle Linee guida n. 3 che così recitava: "il ruolo di RUP è incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4, del Codice)". L'indirizzo dell'Anac è mutato nel testo definitivo delle Linee Guida (poi approvate con determinazione dell'Anac n. 1096 del 26 ottobre 2016) rielaborato, alla luce del parere del Consiglio di Stato n. 1767 del 2016, nel senso che "Il ruolo di RUP è, di regola, incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4, del Codice), ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza" (punto 2.2., ultimo periodo).
A supporto della tesi affermata dalla Sezione milita l'indicazione successivamente fornita dal legislatore con il correttivo approvato con 19 aprile 2017, n. 56, il quale, integrando il disposto dell'art. 77 comma 4, ha escluso ogni effetto di automatica incompatibilità conseguente al cumulo delle funzioni, rimettendo all'amministrazione la valutazione della sussistenza o meno dei presupposti affinché il RUP possa legittimamente far parte della commissione gara.
Sembra difficile negare che il correttivo normativo introdotto nel 2017 abbia svolto una funzione di ausilio ad una esegesi della disposizione che era già emersa alla luce della prima versione dell'art. 77.

12.5. Esclusione dalla gara.
- Dichiarazione mendace presentata dall'operatore economico con riguardo alla

posizione dell'impresa ausiliaria.
Con sentenza 19 novembre 2018, n. 6529 la sez. V ha affermato che ai sensi del combinato disposto dell'art. 80, comma 5, lett. f *bis* e dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 la dichiarazione mendace presentata dall'operatore economico, anche con riguardo alla posizione dell'impresa ausiliaria, comporta l'esclusione dalla gara.
Ha chiarito la Sezione che la dichiarazione non veritiera è sanzionata in quanto circostanza che rileva nella prospettiva dell'affidabilità del futuro contraente, a prescindere dalla gravità, fondatezza e pertinenza degli episodi non dichiarati, e dunque anche a prescindere dal fatto che il precedente penale non influisca sulla moralità professionale dell'impresa ausiliaria.
La condanna penale, quand'anche non rilevi di per sé, per non essere contemplata tra quelle previste dal comma 1 dell'art. 80, assume valore quale "grave illecito professionale" ai sensi del comma 5, lett. c), dello stesso art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016, con conseguente configurabilità dell'obbligo dichiarativo al riguardo.
C'è una differenza però sotto il profilo degli effetti, in quanto, ove la condanna rientri tra quelle previste dall'art. 80, comma 1, l'esclusione è atto vincolato, mentre nell'ipotesi dell'art. 80, comma 5, lett. c), la valutazione è rimessa alla stazione appaltante.

Con sentenza 23 agosto 2018, n. 5040, la sez. III ha affermato che le ipotesi espulsive individuate dalle lett. c) e f *bis*) del comma 5 dell'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 si differenziano in senso sostanziale, atteso che nell'ipotesi di cui al comma 5, lett. c), la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto ai fini dell'esclusione dei comportamenti accertati è rimessa alla stazione appaltante, mentre nel caso del comma 5, lett. f *bis*), l'esclusione dalla gara è atto vincolato, discendente direttamente dalla legge, che ha la sua fonte nella mera omissione da parte dell'operatore economico.
Ha premesso la Sezione che all'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 l'adozione di una misura espulsiva è prevista qualora "la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione".

La successivo lett. f *bis* dello stesso comma 5 correla l'applicazione della suddetta sanzione dell'esclusione della gara al fatto de "l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere".
Ha chiarito la Sezione che fermo restando che, da un punta di vista strutturale, anche l'omessa dichiarazione può concretare un'ipotesi di dichiarazione non veritiera, il *discrimen* tra le due fattispecie sembra doversi incentrare sull'oggetto della dichiarazione, che assumerà rilievo, ai sensi e per gli effetti di cui alla lett. f *bis*), nei soli casi di mancata rappresentazione di circostanze specifiche, facilmente e oggettivamente individuabili e direttamente qualificabili come cause di esclusione a norma della disciplina in commento, ricadendosi altrimenti – alle condizioni previste dalla corrispondete disposizione normativa - nella previsione di cui alla fattispecie prevista al comma 5, lett. c).

- Grave illecito professionale.
Con ord. n. 5033 del 23 agosto 2018 la sez. V ha rimesso alla Certe di Giustizia la questione se il diritto dell'Unione europea e, precisamente, l'art. 57, par. 4, della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, unitamente al Considerando 101 della medesima Direttiva e al principio di proporzionalità e di parità di trattamento ostano ad una normativa nazionale, quale l'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, che, definita quale causa di esclusione obbligatoria di un operatore economico il "grave illecito professionale", stabilisce che, nel caso in cui l'illecito professionale abbia causato la risoluzione anticipata di un contratto d'appalto, l'operatore può essere escluso solo se la risoluzione non è contestata o è confermata all'esito di un giudizio.
Ha chiarito la Sezione che la norma interna fa dipendere dalla scelta dell'operatore economico – se impugnare la risoluzione in giustizia – la decisione dell'amministrazione; a fronte di "gravi illeciti professionali" simili, allora, un operatore sarà escluso in quanto non ha proposto impugnazione giurisdizionale della risoluzione e l'altro, per averla proposta, non potrà essere escluso.
I principi di proporzionalità e di parità di trattamento sono principi dei quali gli Stati membri devono tener conto nell'aggiudicazione degli appalti pubblici (Considerando n. 1 e 2 della Direttiva 2014/24/UE; sul principio di parità di trattamento, cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea sentenza 16 dicembre 2008 in causa C-213/07, Michaniki AE).
Ha ricordato la Sezione che nella sentenza relativa alla causa C-171/15, Connexxition taxi service in cui la normativa europea rilevante era l'art. 45, par. 2, della Direttiva, 2004/18/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004 la Corte di Giustizia dell'Unione europea, la Corte di Giustizia dell'Unione europea

ha affermato: “il diritto dell’Unione, in particolare era l’art. 45, par. 2, della direttiva 2004/18, non osta a che una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, obblighi un’amministrazione aggiudicatrice a valutare, applicando il principio di proporzionalità, se debba essere effettivamente escluso un offerente in una gara d’appalto pubblico che ha commesso un grave errore nell’esercizio della propria attività professionale”. L’art. 45, par. 2 non era distante dall’attuale formulazione dell’art. 57, par. 4 della Direttiva 2014/24/UE perché prevedeva l’esclusione facoltativa dell’operatore economico “che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice”.

Analoga questione era stata rimessa dalla sez. V con ord. 3 maggio 2018, n. 2638, secondo cui tra l’art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 e la norma euro - unitaria non vi è omogeneità.
L’art. 57, par. 4 della Direttiva 2014/24/UE stabilisce che le amministrazioni appaltanti possono escludere gli operatori economici “se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità”. Tale disposizione deve essere letta contestualmente all’indicazione contenuta nel Considerando 101 della Direttiva: “È opportuno chiarire che una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto. Tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi, inclusi quelli relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, salvo disposizioni contrarie del diritto nazionale.”.
Dalla lettura della disposizione risulta chiaro che il legislatore europeo ha ritenuto di consentire l’esclusione dell’operatore economico se la stazione appaltante è in condizione di dimostrare la sussistenza di un grave illecito professionale “anche prima che sia adottata una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori”.
In questo senso, del resto, ben si comprende il richiamo alla responsabilità dell’amministrazione per una sua eventuale decisione erronea. Il legislatore interno, al contrario, ha stabilito che l’errore professionale, passibile di risoluzione anticipata (per

definizione “grave” *ex* art. 1455 cod. civ. nonché *ex* art. 108, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016) non comporta l’esclusione dell’operatore in caso di contestazione in giudizio. La conseguenza è la necessaria subordinazione dell’azione amministrativa agli esiti del giudizio; ciò è astrattamente possibile, essendo comprensibile che la scelta dell’amministrazione sia vincolata agli esiti di un giudizio, ma è incompatibile con i tempi dell’azione amministrativa.
Ciò in quanto, risolto il contratto per grave inadempimento dell’operatore economico, l’amministrazione dovrà indire una nuova procedura di gara per concludere un nuovo contratto; all’operatore economico inadempiente sarà sufficiente contestare in giudizio la risoluzione per ottenere l’ingresso nella nuova procedura, dovendo l’amministrazione attendere l’esito del giudizio per poter procedere legittimamente alla sua esclusione.

L’elencazione contenuta nell’art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 (rimasto invariato dopo l’entrata in vigore del d.lgs. n. 56 del 2017) – nella parte in cui fa rientrare tra i “gravi illeciti professionali”, dei quali la stazione appaltante deve dimostrare “con mezzi adeguati” che l’operatore economico si sia reso colpevole, anche “le significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all’esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni” – ha carattere meramente semplificativo. Lo ha affermato la sez. V (2 marzo 2018, n. 1299) chiarendo che l’elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella lett. c) del comma 5 dell’art. 80 è meramente esemplificativa, per come si evince sia dalla possibilità della stazione appaltante di fornirne la dimostrazione “con mezzi adeguati”, sia dall’incipit del secondo inciso (“Tra questi - (id est, gravi illeciti professionali - rientrano: […]”) che precede l’elencazione. La norma, oltre ad individuare, a titolo esemplificativo, gravi illeciti professionali rilevanti, ha anche lo scopo di alleggerire l’onere della stazione appaltante di fornirne la dimostrazione con “mezzi adeguati”.

Ha aggiunto la Sezione che “le significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione” rilevano “[…] se anche singolarmente costituiscono un grave illecito professionale ovvero se sono sintomatici di persistenti carenze professionali”, come specificato al punto 2.2.1.2 e delle linee guida Anac n. 6 del 2016/2017; il successivo punto 2.2.1.3 delle stesse linee guida comprende nell’elencazione delle significative carenze rilevanti, tra le altre, il singolo inadempimento di una obbligazione contrattuale o l’adozione di comportamenti scorretti o il ritardo nell’adempimento.

La sussistenza e la gravità dell'inadempimento o del ritardo ovvero del comportamento scorretto ai fini dell'esclusione dalla gara sono dimostrate, *per tabulas*, ed obbligano all'esclusione, ogniqualvolta essi abbiano prodotto gli effetti tipizzati dalla norma; con la precisazione – contenuta al punto 2.2.1.1 delle dette linee guida - che costituisce mezzo adeguato di dimostrazione (da valutarsi a cura della stazione appaltante, ma non automaticamente escludente) anche il provvedimento esecutivo di risoluzione o di risarcimento, prima che esso sia passato in giudicato. Siffatta ricostruzione della portata della norma, tuttavia, non comporta, a parere del Collegio, una preclusione automatica della valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante della gravità di inadempienze che, pur non immediatamente riconducibili a quelle tipizzate, quanto agli effetti prodotti, siano tuttavia qualificabili come "gravi illeciti professionali" e siano perciò ostative alla partecipazione alla gara perché rendono dubbie l'integrità o l'affidabilità del concorrente. Piuttosto, in tale eventualità – vale a dire quando esclude dalla partecipazione alla gara un operatore economico perché considerato colpevole di un grave illecito professionale non compreso nell'elenco dell'art. 80, comma 5, lett. c) - la stazione appaltante dovrà adeguatamente motivare in merito all'esercizio di siffatta discrezionalità (che concerne la gravità dell'illecito, non la conseguenza dell'esclusione, che è dovuta se l'illecito è considerato grave) e dovrà previamente fornire la dimostrazione della sussistenza e della gravità dell'illecito professionale contestato con "mezzi adeguati".
La Sezione ha escluso un contrasto di tale interpretazione con i principi comunitari. Ha affermato che la Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici, recepita con il nuovo codice dei contratti pubblici, all'art. 57, comma 4, nel prevedere le cause di esclusione facoltative di un concorrente, distingue diverse ipotesi, disponendo che: "4. Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici, di escludere dalla partecipazione alla procedura di appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: […omissis…] c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità; […omissis…]; g) se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore, o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili; [...]".
Sebbene con la direttiva siano state delineate due distinte cause di esclusione facoltative, assoggettate a due differenti regimi probatori, non appare incompatibile la scelta compiuta dal legislatore italiano che ha disciplinato l'esclusione per grave illecito professionale in termini di obbligatorietà ed ha costruito la figura come un

genus (pressoché coincidente con la causa di esclusione individuata dall'art. 57, comma 4, lett. c), della direttiva) all'interno della quale è possibile collocare le più diverse fattispecie, alcune delle quali sono esemplificate nello stesso art. 80, comma 5 (con inclusione nell'elenco di ipotesi che la direttiva ha considerato separatamente).
La scelta del Codice dei contratti pubblici, oltre a non contrastare con la previsione dell'art. 57, comma 4, della direttiva (che, d'altronde, contempla ipotesi escludenti facoltative) è conforme ai principi desumibili dal considerando 101 della stessa direttiva.
In particolare, rileva l'indicazione ivi contenuta che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, tra l'altro a causa di grave violazione dei doveri professionali (col chiarimento che "una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto") e rileva altresì il riconoscimento alle amministrazioni aggiudicatrici della "facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi".
In coerenza con la giurisprudenza della Corte di Giustizia formatasi sulla previgente direttiva del 2004/18/UE, del 31 marzo 2004, art. 45 (cfr., per tutte, la sentenza 14 dicembre 2016, in causa C-171/15) il considerando 101 si conclude con esplicito richiamo del principio di proporzionalità, al fine di escludere qualsivoglia automatismo nei confronti della stazione appaltante, consentendole di esercitare, sia pure entro limiti definiti, i propri poteri discrezionali nella valutazione della sussistenza dell'elemento fiduciario nella controparte contrattuale.

- Risoluzione del contratto di appalto per inadempimento.
La sez. V, con sentenza 3 aprile 2018, n. 2063 ha affermato che l'art. 80, comma 5, lett. c), del nuovo Codice dei contratti pubblici, non è disposizione riproduttiva dell'art. 38, comma 1, lett. f), dell'abrogato Codice e, dunque, non consente alle stazioni appaltanti di valutare discrezionalmente ed in modo autonomo la risoluzione disposta da altra stazione appaltante.
Ha ricordato la Sezione che l'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 consente alle stazioni appaltanti di escludere da una procedura di affidamento di contratti pubblici i concorrenti in presenza di "gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità", con la precisazione che in tali ipotesi rientrano, tra

l'altro, "significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata", la quale alternativamente non sia stata contestata in giudizio dall'appaltatore o - per venire al caso che interessa nel presente giudizio - sia stata "confermata all'esito di un giudizio".
L'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 non è da ritenersi riproduttiva dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006 e, dunque, non consente alle stazioni appaltanti di valutare discrezionalmente ed in modo autonomo la risoluzione disposta da altra stazione appaltante.
L'elencazione dei gravi illeciti professionali contenuta nell'art. 80, comma 5, lett. c), non è tassativa, ma esemplificativa, come si evince dalla formula di apertura del periodo ("Tra questi rientrano...") recante l'elenco dei casi rientranti in questa nozione (in tal senso si è del resto espresso questo Consiglio di Stato, nel parere del 3 novembre 2016, n. 2286, numero affare 1888 del 2016, reso sulle linee guida dell'Anac recenti l'indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto d'appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice).
Ma lo stesso ragionamento non può essere seguito nelle conseguenze finali che si pretende di trarre dalla natura esemplificativa delle ipotesi contemplate nell'elenco in questione; infatti, in base al criterio di interpretazione letterale della norma (*ex* art. 12 delle preleggi), si osserva che la disposizione in esame richiede espressamente ed esplicitamente che al provvedimento di risoluzione sia stata prestata acquiescenza o che lo stesso sia stato confermato in sede giurisdizionale.
Pertanto, la risoluzione rilevante ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale *ex* art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 non può che derivare da una pronuncia di rigetto nel merito della relativa impugnazione divenuta inoppugnabile, come si evince dalla locuzione (ancorché atecnica) "all'esito di un giudizio".

Sempre in tema di risoluzione del contratto di appalto per inadempimento ha affermato il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana (sentenza 30 aprile 2018, n. 252) che anche in presenza di una risoluzione *sub iudice*, alla Stazione appaltante non è precluso applicare ugualmente la causa di esclusione *ex* art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2018, valorizzando la clausola normativa di chiusura sulla possibilità di dimostrare comunque "con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità"; è però necessario che la stazione appaltante dimostri con elementi probatori e motivi adeguatamente, l'effettività, gravità e inescusabilità degli inadempimenti dell'impresa.
La questione attiene all'interpretazione della lett. c) del comma 5 dell'art. 80, d.lgs.

n. 50 del 2018, che per quanto qui rileva stabilisce: “Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni … qualora: … c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni…”.
La norma in questione, la cui elencazione è meramente esemplificativa, consente l’esclusione, invero, al di là delle tipizzazioni che pur ne costituiscono il nucleo (al cospetto delle quali opera un meccanismo di tipo presuntivo), anche in tutti i casi in cui “la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”. Ne consegue che a un’impresa non basta aver contestato in giudizio la risoluzione contrattuale subìta per porsi completamente al riparo, per tutta la durata – per giunta, prevedibilmente cospicua - del processo, dal rischio di esclusioni da gare d’appalto indotte dalla relativa vicenda risolutoria.
Anche in presenza di una risoluzione per inadempimento che si trovi *sub iudice*, infatti, alla Stazione appaltante non è precluso applicare ugualmente la causa di esclusione in discussione, valorizzando la clausola normativa di chiusura sulla possibilità di dimostrare comunque “con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”. All’uopo occorre, però, che essa sia appunto in grado di far constare con i necessari supporti probatori, e con motivazione adeguata, la effettività, gravità e inescusabilità degli inadempimenti dell’impresa, e perciò, correlativamente, la mera pretestuosità delle contestazioni da questa sollevate in giudizio avverso la misura risolutoria, oltre che, naturalmente, la dubbia “integrità o affidabilità” del medesimo operatore.
Su una lunghezza d’onda simile, del resto, il Cons. St., sez. V, con la sentenza 2 marzo 2018, n. 1299 ha già osservato che il pregresso inadempimento, anche se non abbia prodotto gli effetti risolutivi, risarcitori o sanzionatori tipizzati dal legislatore, può rilevare comunque a fini escludenti qualora assurga al rango di “grave illecito professionale”, tale da rendere dubbia l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico, e deve pertanto ritenersi rimessa alla discrezionalità della Stazione appaltante la valutazione della portata di “pregressi inadempimenti che non abbiano (o non abbiano ancora) prodotto” simili effetti specifici, fermo restando che in tale eventualità i correlativi oneri di prova e motivazione incombenti sull’Amministrazione sono ben

più rigorosi e impegnativi rispetto a quelli operanti in presenza delle particolari ipotesi esemplificate dal testo di legge.

- Irregolarità contributiva del locatore il ramo di azienda.
Con sentenza 12 dicembre 2018, n. 7022 la sez. III ha affermato che è legittima l'esclusione dalla gara di un concorrente, che aveva affittato il ramo di azienda, per irregolarità contributiva del cedente.
Ha ricordato la Sezione che la responsabilità per fatto di soggetto giuridico terzo a cui soggiace il cessionario trova risposta nel principio *ubi commoda, ibi incommoda*: il cessionario, come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente" (Adunanza plenaria n. 10 del 4 maggio 2012). In particolare, con riferimento al contratto di affitto di azienda, è stato affermato che "non soltanto l'affittuario è in condizione di utilizzare mezzi d'opera e personale facenti capo all'azienda affittata ma, soprattutto, si mette in condizione di avvantaggiarsi anche dei requisiti di ordine tecnico organizzativo ed economico finanziario facenti capo a tale azienda, per quanto ciò avvenga per un periodo di tempo determinato e malgrado la reversibilità degli effetti una volta giunto a scadenza il contratto di affitto d'azienda, con l'obbligo di restituzione del complesso aziendale".
La Sezione ha altresì escluso che potesse applicarsi la procedura di preavviso di Durc negativo, ai sensi dell'art. 31, comma 8, d.l. 21 giugno 2013, n. 69 convertito nella l. 9 agosto 2013, n. 98, che si applica solo al Durc richiesto dalla impresa e non al Durc richiesto dalla stazione appaltante nella successiva fase di verifica dei requisiti. Tale conclusione deriva dalla applicazione del principio per cui tutti i requisiti di partecipazione devono essere posseduti alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte e rimanere per tutta la durata della procedura di gara, con la conseguenza di escludere una regolarizzazione successiva al termine di presentazione delle domande di partecipazione alla gara, momento in cui devono essere posseduti i requisiti di partecipazione, compresa la regolarità contributiva.
Tale orientamento è stato ribadito anche a seguito della modifica dell'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, che consente – nel testo vigente a seguito delle modifiche introdotte con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 – la partecipazione alle gare qualora l'operatore "ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande". La norma aggiunta al comma 4 consente all'impresa che intenda partecipare alla gara di aderire all'invito alla regolarizzazione fino al momento di presentazione dell'offerta, potendo perciò autocertificare il possesso del requisito a tale momento anche se non abbia ancora

pagato le somme dovute agli enti di previdenza ed assistenza, ma purché a tale data si sia formalmente impegnata al pagamento. Non supera, quindi, il disposto del comma 6 dell'art. 80 per cui " le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5", che non consente di distinguere tra omissioni di pagamenti di contributi precedenti o sopravvenute all'inizio della procedura; né consente di distinguere, ai fini dell'emissione del provvedimento di esclusione, i diversi momenti della procedura di gara, imponendo perciò l'esclusione anche successivamente, a meno che l'operatore economico abbia pagato o si sia impegnato a pagare "prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande".
L'irrilevanza della regolarizzazione successivamente al termine di presentazione delle offerte è stata ritenuta conforma all'ordinamento comunitario dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, con sentenza 10 novembre 2016, n. C-199/15, in cui ha affermato, con riferimento all'art. 45 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che "non osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che obbliga l'amministrazione aggiudicatrice a considerare quale motivo di esclusione una violazione in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, qualora tale violazione sussistesse alla data della partecipazione ad una gara d'appalto, anche se non sussisteva più alla data dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice". E ciò anche nel caso in cui "l'importo dei contributi sia poi stato regolarizzato, prima dell'aggiudicazione o prima della verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice". La Corte ha inoltre aggiunto che non sussiste violazione della disposizione innanzi citata anche nel caso in cui la disciplina nazionale preveda "quale motivo di esclusione una violazione in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, qualora tale violazione sussistesse alla data della partecipazione ad una gara d'appalto, escludendo così ogni margine di discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici a tale riguardo".
Anche l'art. 57, par. 3, della direttiva 2014/24 si riferisce in via generale al limite massimo del termine di presentazione delle offerte, attribuendo agli Stati membri la facoltà di prevedere una deroga alle esclusioni obbligatorie di cui al par. 2 (tra cui il mancato pagamento di imposte o contributi previdenziali) "nei casi in cui un'esclusione sarebbe chiaramente sproporzionata, in particolare qualora non siano stati pagati solo piccoli importi di imposte o contributi previdenziali o qualora l'operatore

economico sia stato informato dell'importo preciso dovuto a seguito della sua violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte o di contributi previdenziali in un momento in cui non aveva la possibilità di prendere provvedimenti in merito, come previsto al par. 2, terzo comma, (pagamento o impegno vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe) prima della scadenza del termine per richiedere la partecipazione ovvero, in procedure aperte, del termine per la presentazione dell'offerta".

- Procedimento concorsuale in corso.

Con ord. n. 686 del 2 febbraio 2018 la sez. V ha rimesso alla Corte di Giustizia le questioni pregiudiziali: a) se sia compatibile con l'art. 45, comma 2, lett. a) e b), della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, considerare "procedimento concorsuale in corso" la mera istanza, presentata all'Organo giudiziario competente, di concordato preventivo da parte del debitore; b) se sia compatibile con la predetta normativa, considerare la confessione del debitore di trovarsi in stato di insolvenza e di volere presentare istanza di concordato preventivo "in bianco" (le cui caratteristiche sono state sopra precisate) quale causa di esclusione dalla procedura d'appalto pubblico, interpretando così estensivamente il concetto di "procedimento in corso" sancito dalla normativa comunitaria (art. 45 Direttiva) e nazionale (art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006) citate.

Ha ricordato che Sezione che con riferimento al problema di quando possa dirsi "in corso" una procedura concorsuale, si è ritenuto che non sia sufficiente una mera istanza creditoria (la quale potrebbe essere proposta strumentalmente o comunque infondatamente), occorrendo quanto meno un pronunciamento istruttorio del giudice che accerti oggettivamente lo stato di insolvenza dell'impresa.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha, tuttavia, affermato, nella sentenza 15 aprile 2010, n. 1, che nell'ipotesi di concordato preventivo le evidenziate preoccupazioni possano dirsi superate se è lo stesso imprenditore a chiedere l'ammissione alla procedura concorsuale, con una condotta che ben può ritenersi confessoria della consapevolezza del proprio stato di dissesto;

La Sezione ha però dubitato che la disciplina nazionale indicata, così come interpretata, sia compatibile con la pertinente normativa comunitaria. Ha, in particolare, rilevato, in particolare, che secondo l'art. 45, comma 2, lett. a) e b) della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, applicabile *ratione temporis*, "Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico: a) che si trovi in stato di fallimento, di liquidazione, di cessazione d'attività, di amministrazione controllata o di concordato preventivo o in ogni altra analoga situazione risultante da una procedura della stessa natura prevista da leggi e regolamenti

nazionali; b) a carico del quale sia in corso un procedimento per la dichiarazione di fallimento, di amministrazione controllata, di liquidazione, di concordato preventivo oppure ogni altro procedimento della stessa natura previsto da leggi e regolamenti nazionali. La Sezione ha quindi ritenuto di dover chiedere alla Corte di Giustizia se sia compatibile con la predetta normativa, considerare: a) "procedimento in corso" la mera istanza di concordato preventivo da parte del debitore, come accade nel caso di specie, così come statuito dalla predetta sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 15 aprile 2010, n. 2155; b) la confessione del debitore di trovarsi in stato di insolvenza e di volere presentare istanza di concordato preventivo "in bianco" (le cui caratteristiche sono state sopra precisate), così come ha fatto la società nella gara di cu la sezione si occupa quale causa di esclusione dalla procedura d'appalto pubblico, interpretando così estensivamente il concetto di "procedimento in corso" sancito dalla normativa comunitaria (art. 45 Direttiva) e nazionale (art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006) citate, interpretazione giustificata dalla medesima ratio di non consentire la partecipazione alla gara d'appalto da parte delle imprese che hanno confessato inequivocamente il loro conclamato stato di insolvenza)

12.6. Iscrizione nel casellario informatico.

Con sentenza n. 4427 del 23 luglio 2018 la sez. V ha affermato che l'iscrizione al casellario informatico postula da parte dell'Anac una valutazione in concreto della rilevanza dell'omissione di segnalazione di condanne penali.

Ha chiarito la Sezione che la segnalazione alle stazioni appaltanti delle condanne penali a carico di soggetti esponenziali delle concorrenti è per queste obbligatoria. Ma la legge poi non prevede un automatismo nell'esercizio dei conseguenti poteri dell'Anac, tale per cui questa, ricevuta la segnalazione, debba sempre e comunque procedere all'irrogazione di sanzioni, soprattutto se di natura "reale" ovverosia inibitorie dell'attività di impresa.

Occorre invero – come del resto nello Stato di diritto è proprio di ogni procedimento autoritativo restrittivo – un'autonoma e motivata attività valutativa, di ordine tecnico-discrezionale, che - sulla base delle caratteristiche del fatto come accertato in sede penale in rapporto alla mancata sua esternazione in sede di gara - stimi se ciò debba comportare verso ogni pubblica amministrazione appaltante l'inaffidabilità morale dell'impresa: e su tale seria stima, stabilisca proporzionatamente i termini in cui applicare la misura.

Dice infatti l'art. 38, comma 1 *ter*: "In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti og-

getto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lett. h), fino ad un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia". Si tratta, dunque, di applicare una misura restrittiva che riguarda non il micro-mercato della singola gara e del figurato conseguente contratto, dove l'omissione è avvenuta (e rispetto alla quale già l'esclusione disposta dalla stazione appaltante ha raggiunto l'effetto impeditivo), bensì il ben più ampio mercato generale di tutte le gare per contratti pubblici, in atto o future e per quel certo stabilito tempo. Il che è come dire che si incide sulla capacità settoriale di agire dell'impresa perché comunque presunta sospettabile di inaffidabilità morale in tema di gare pubbliche.
A ben vedere, è una seria misura di prevenzione settoriale e generale de futuro, non già – malgrado l'invalso uso del termine - una vera e propria "sanzione" e *de praeterito* (che si aggiunge a quella irrogata nella giusta sede penale): in quanto tale, è coerente e proporzionato – e condizione di legittimità della stessa misura - che l'Anac, in relazione alle sue funzioni istituzionali, valuti in concreto i ponderati termini per cui, in forza dei fatti accertati correlati all'omissione e in genere alle finalità proprie degli appalti pubblici, l'impresa va collocata in condizione presuntiva di indegnità a competere per ottenere comunque commesse pubbliche.
Proprio perché è misura *de futuro* e in via generale, non si tratta della medesima valutazione che presiede all'omissione in sede di gara, dove opera l'automatismo escludente dell'art. 38, comma 1, lett. c); ma di distinta fattispecie, benché conseguenziale, cioè quella dell'art. 38, comma 1 *ter*. Nel primo caso le conseguenze dell'omissione sono relative a quella singola gara; nel secondo al mercato in generale delle gare pubbliche. E se alla luce del primo aspetto l'omissione comporta senz'altro l'esclusione dalla gara, non è detto anche che alla luce del secondo debba sempre e comunque comportare l'iscrizione nel casellario informatico con le inerenti conseguenze escludenti.

12.7. Soccorso istruttorio.

Molte le sentenze in materia di soccorso istruttorio.
La sez. V, con sentenza 20 agosto 2018, n. 4059 ha affermato che ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, l'omessa allegazione alla dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà – che, in applicazione della *lex specialis* di gara, doveva essere allegata all'offerta tecnica per attestarne un requisito - della copia fotostatica del documento di identità del dichiarante determina l'esclusione dalla gara del concorrente, perchè non può essere sanata né con l'utilizzo del documento depositato nella busta contenente la documentazione amministrativa né con il soccorso istruttorio, essendo volta a dare legale autenticità alla sottoscrizione apposta in calce alla

dichiarazione e giuridica esistenza ed efficacia all'autocertificazione.
Ha chiarito la Sezione che l'allegazione della copia fotostatica del documento del sottoscrittore della dichiarazione sostitutiva, prescritta dal comma 3 dell'art. 38, d.P.R. n. 445 del 2000, è adempimento inderogabile, atto a conferire – in considerazione della sua introduzione come forma di semplificazione – legale autenticità alla sottoscrizione apposta in calce alla dichiarazione e giuridica esistenza ed efficacia all'autocertificazione.
Si tratta pertanto di un elemento integrante della fattispecie normativa, teso a stabilire, data l'unità della fotocopia sostitutiva del documento di identità e della dichiarazione sostitutiva, un collegamento tra la dichiarazione ed il documento ed a comprovare, oltre alle generalità del dichiarante, l'imputabilità soggettiva della dichiarazione al soggetto che la presta. L'assenza della copia fotostatica del documento di identità non determina, dunque, una mera incompletezza del documento, idonea a far scattare il potere di soccorso della stazione appaltante tramite la richiesta di integrazioni o chiarimenti sul suo contenuto, bensì la sua giuridica inesistenza, con la conseguenza che, in ossequio al principio della par condicio e della parità di trattamento tra le imprese partecipanti, l'impresa deve essere esclusa per mancanza della prescritta dichiarazione.

12.8. Offerta.
- Costo della manodopera.
Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con ord. n. 772 del 20 novembre 2018, ha rimesso all'Adunanza plenaria, stante il contrasto di giurisprudenza, le questioni 1) se, per le gare bandite nella vigenza del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la mancata indicazione separata del costo della manodopera (e degli oneri di sicurezza) determini immediatamente e incondizionatamente l'esclusione del concorrente, senza possibilità di soccorso istruttorio, anche quando non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi costi e oneri nella formulazione dell'offerta, né vengono in rilievo profili di anomalia dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti costi oneri; 2) se, ai fini della eventuale operatività del soccorso istruttorio, assuma rilevanza la circostanza che la *lex specialis* taccia sull'onere di indicazione del costo della manodopera e degli oneri di sicurezza ovvero richiami espressamente l'obbligo di dichiarare il costo della manodopera e gli oneri di sicurezza.
Il primo indirizzo interpretativo fa capo alla sentenza della sez. V, 7 febbraio 2017, n. 815. In tale occasione la Sezione ha ritenuto che, per ciò che attiene l'obbligo di indicare puntualmente l'ammontare degli oneri per la sicurezza c.d. interni o aziendali, trova applicazione l'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 che, superando

legislativamente le precedenti incertezze, ha statuito la necessità dell'indicazione di tale oneri per le gare indette nella vigenza del nuovo Codice dei contratti pubblici, per le quali non troverebbero dunque applicazione i principi di diritto formulati dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 27 luglio 2016, n. 19, in tema di ammissibilità del soccorso istruttorio per il caso di mancata separata indicazione. Non sarebbe infatti possibile utilizzare l'istituto del soccorso istruttorio nel caso di incompletezze e irregolarità relative all'offerta economica anche al fine di "evitare che il rimedio… che corrisponde al rilievo non determinante di violazioni meramente formali possa contrastare il generale principio della par condicio concorrenziale, consentendo in pratica ad un concorrente (cui è riferita l'omissione) di modificare ex post il contenuto della propria offerta economica".

Il secondo indirizzo interpretativo è stato, invece, espresso da Cons. St., sez. III, 27 aprile 2018, n. 2554 e dal Consiglio di Giustizia con la sentenza 7 giugno 2018, n. 344. Tale indirizzo qui in esame fa leva essenzialmente sulla (disciplina e sulla) giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare sulle pronunce 2 giugno 2016, in C- 27/15 e 10 novembre 2016, in C- 140/2016, e sul ricordato precedente dell'Adunanza plenaria del 2016, ispirato ad una visione e ad una soluzione sostanzialista del problema.

Tanto premesso, non è dubitabile che il legislatore del 2016 prescriva adesso che "Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro".

Si tratta piuttosto di stabilire quali siano le conseguenze nel caso in cui un simile obbligo non sia adempiuto e, in particolare, se ciò debba determinare in via automatica l'esclusione del concorrente dalla gara tanto più in un caso, come quello odierno, in cui la *lex specialis* nulla indicava in tema di oneri di sicurezza e costi della manodopera.

A questa domanda il precedente del Consiglio di Giustizia n. 344 del 2018 ha ritenuto che si debba rispondere muovendo da due considerazioni.

La prima è che testualmente il codice non commina alcun effetto espulsivo per l'inadempimento di tale obbligo.

La seconda considerazione ha a che vedere con la finalità di questo obbligo di legge, che è in funzione della verifica della congruità dell'offerta economica, fase per la quale, ove si dubiti di tale serietà, è previsto, in primo luogo dal diritto euro-unitario, un vero e proprio subprocedimento, da svolgersi in contraddittorio con l'offerente.

Il Consiglio di Giustizia ha così disatteso un'interpretazione della nuova normativa sui contratti pubblici, quale quella seguita nella sentenza qui impugnata, che faccia discendere dall'omessa indicazione dei costi per la sicurezza un effetto automaticamente espulsivo, in quanto tale approdo ermeneutico si porrebbe in contrasto con il

quadro del diritto euro-unitario (v. art. 57, par. 6, della direttiva 24/2014), per come interpretato costantemente dalla Corte di giustizia UE; in precedenti in cui la Corte ha più volte ribadito che non è legittimo escludere il concorrente solo per un vizio formale della domanda o dell'offerta, a condizione che - nel caso degli oneri per la sicurezza – gli stessi siano stati sostanzialmente ricompresi nel prezzo dell'offerta, pur in difetto della loro preventiva specificazione. Con ciò avvalorando la bontà della soluzione già fatta propria dalla Plenaria n. 19 del 2016, nella vigenza del codice del 2006, nel senso che la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza interna non giustifica l'immediata esclusione dalla gara o l'annullamento dell'aggiudicazione.
Nell'ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria il Consiglio di Giustizia ha dichiarato di propendere per la tesi che consente il soccorso istruttorio.
Oltre agli argomenti già esposti dal precedente n. 344 del 2018, aggiunge che: a) consentire il soccorso istruttorio in presenza di una omissione formale non significa affatto consentire che l'operatore economico possa comprimere la tutela dei lavoratori; non è in discussione che gli oneri di sicurezza e il costo della manodopera vadano giustificati e debbano rispettare tutte le norme vigenti; b) trasformare in elemento costitutivo dell'offerta un elemento che è invece una giustificazione dell'offerta (attesa la diretta incidenza causale del costo della manodopera e degli oneri di sicurezza sull'importo finale dell'offerta), si traduce in un contrasto con il diritto europeo, per come interpretato dalla Corte di giustizia, che ha sempre ritenuto che le giustificazioni dell'offerta debbano essere successive e non preventive.
Analoga rimessione è stata disposta dal Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, ord., 20 novembre 2018, n. 773, nonché dalla sez. V, ord., 25 ottobre 2018, n. 6069 e 26 ottobre 2018, n. 6122.
L'Adunanza plenaria, con ordinanze 24 gennaio 2019, nn. 1, 2 e 3, ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue la questione se il diritto dell'Unione europea (e, segnatamente, i princìpi di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi) ostino a una disciplina nazionale (quale quella di cui agli artt. 83, comma 9, 95, comma 10 e 97, comma 5, del Codice dei contratti pubblici italiano) in base alla quale la mancata indicazione da parte di un concorrente a una pubblica gara di appalto dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori comporta comunque l'esclusione dalla gara senza che il concorrente stesso possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del cd. 'soccorso istruttorio', pur nell'ipotesi in cui la sussistenza di tale obbligo dichiarativo derivi da disposizioni sufficientemente chiare e conoscibili e indipendentemente dal fatto che il bando di gara non richiami in modo espresso il richiamato obbligo legale di puntuale indicazione.

12.9. Computo del cd. "fattore di correzione".

L'Adunanza plenaria, con sentenza n. 13 del 30 agosto 2018, ha pronunciato sulla corretta applicazione del computo del cd. "fattore di correzione" affermando che l'art. 97, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016 si interpreta nel senso che la locuzione "offerte ammesse" (al netto del c.d. 'taglio delle ali') da prendere in considerazione ai fini del computo della media aritmetica dei ribassi e la locuzione "concorrenti ammessi" da prendere in considerazione al fine dell'applicazione del fattore di correzione fanno riferimento a platee omogenee di concorrenti; conseguentemente, la somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi (finalizzata alla determinazione del fattore di correzione) deve essere effettuata con riferimento alla platea dei concorrenti ammessi, ma al netto del c.d. 'taglio delle ali'".
Ha chiarito l'Adunanza plenaria che la previsione di cui all'art. 97, comma 2, lett. b) del nuovo Codice dei contratti ha dato luogo ad interpretazioni contrastanti.
Secondo un primo orientamento (condiviso dalla Sezione remittente) le due parti di cui si compone la disposizione in esame dovrebbero essere interpretate ed applicate secondo un criterio di carattere – per così dire – 'dissociativo'. In base a tale opzione interpretativa, il Legislatore avrebbe consapevolmente tenuto distinte: a) (da un lato) la platea dei concorrenti in relazione ai quali determinare la media aritmetica dei ribassi (platea che andrebbe individuata previo il 'taglio delle ali') e b) dall'altro, la platea dei concorrenti da prendere in considerazione al fine della determinazione del c.d. 'fattore di correzione' (platea che andrebbe identificata con l'intero novero dei concorrenti ammessi, senza 'taglio delle ali').
In base a un secondo orientamento la disposizione in esame dovrebbe invece essere intesa secondo un criterio di carattere – per così dire – 'associativo'. Secondo tale opzione la locuzione 'offerte ammesse' (al netto del 'taglio delle ali') di cui alla prima parte del comma 2, lett. b) e la locuzione 'concorrenti ammessi' di cui alla seconda parte della disposizione farebbero riferimento a platee omogenee (ambedue da individuare previo il 'taglio delle ali').
L'Adunanza plenaria ritiene che prevalenti ragioni inducano a propendere per la seconda delle richiamate opzioni, alla quale aderisce la prevalente giurisprudenza di secondo grado.
Elementi di carattere teleologico e sistematico militino nel senso di "[ritenere] corretta l'interpretazione secondo cui la previa esclusione (c. d. taglio delle ali) va inclusa anche nel calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali superiori alla media". Non emergono valide ragioni per cui, una volta eliminate alcune offerte dal criterio di calcolo, le stesse possano successivamente rientrare a farne parte. In modo parimenti condivisibile si è escluso che il Legislatore abbia inteso applicare il calcolo della media limitatamente ai ribassi ammessi dopo il taglio delle ali per poi successivamente calcolare, all'opposto, la somma dei ribassi prendendo in considerazione tutti i ribassi originali, seppur già esclusi.

Ragioni di coerenza sistematica inducono a ritenere che la sostanziale presunzione su cui si fonda lo stesso meccanismo del 'taglio delle ali' è tale da non soffrire eccezioni o intermittenze nello sviluppo logico ed aritmetico della determinazione della soglia di anomalia. Ne consegue che un metodo di calcolo il quale prendesse in considerazione tale presunzione ai fini della prima operazione, ma la escludesse dalla seconda, risulterebbe intrinsecamente contraddittorio.

12.10. Calcolo dell'anomalia dell'offerta e taglio delle ali.

La sez. V si è occupata del calcolo dell'anomalia dell'offerta con sentenza 6 agosto 2018, n. 4821 affermando che anche con la nuova disciplina dettata dall'art. 97, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016 nel caso in cui il sistema di aggiudicazione è quello del prezzo più basso il taglio delle ali per verificare l'anomalia dell'offerta va effettuato secondo il c.d. criterio del blocco unitario (detto anche criterio relativo), cioè procedendo all'accorpamento delle offerte di egual valore vuoi che si collochino al margine delle ali, vuoi che si collochino all'interno delle stesse, e non con il cd. criterio assoluto, tenendo cioé conto di tutte le offerte presenti all'interno delle ali singolarmente considerate.

La Sezione ha ritenuto estensibili i principi, espressi dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 19 settembre 2017, n. 5 in vigenza della pregressa disciplina dettata.

Ha chiarito che l'introduzione di altri strumenti anticollusivi non vale a dare per superate le esigenze a suo tempo ritenute da Cons. Stato, A.P., 19 settembre 2017, n. 5 che privilegiano, perché più confacente allo scopo, il c.d. criterio assoluto. Per quanto alla luce della normativa sopravvenuta, appaia meno facile figurare – mediante l'indebito concordamento delle modalità di formalizzazione delle offerte – un'alterazione anticoncorrenziale della determinazione della soglia di anomalia, resta comunque che il criterio del blocco unitario appare convergente al medesimo scopo, la cui rilevanza non è diminuita nel nuovo contesto (nel senso che "la condivisibile ratio 'antiturbativa' non [possa] considerarsi venuta meno solo per effetto del complesso meccanismo introdotto dalla novellata disciplina dell'art. 97 del Codice in tema di esclusione automatica", cfr., parere n. 361 del 2018 della Commissione speciale di questo Consiglio di Stato sull'aggiornamento, in parte qua, delle linee guida Anac).

Piuttosto – nel silenzio del d.lgs. n. 50 del 2016 – miglior criterio ermeneutico, anche per basilari esigenze di sicurezza giuridica, appare il mantenere, fino a dimostrazione di una volontà contraria del legislatore, l'orientamento della consolidata giurisprudenza e con essa gli acquisiti presidi di funzionalità, di efficienza, di trasparenza e concorrenzialità dei procedimenti di evidenza pubblica.

12.11. Invarianza della soglia.

La sentenza della sez. III n. 2579 del 27 aprile 2018 si è soffermata ad analizzare il principio della cd. "invarianza della soglia".

Lo sbarramento dell'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016 (principio della c.d. invarianza della soglia) non si può applicare nel caso in cui il concorrente abbia tempestivamente impugnato l'atto di ammissione, nelle forme e nei termini di cui all'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., in assenza, al momento, di qualsivoglia "cristallizzazione" della soglia per effetto di una graduatoria formata sulla base di ammissioni o esclusioni divenute inoppugnabili e immodificabili – per il rapidissimo susseguirsi degli atti di gara – e, anzi, in pendenza di un subprocedimento per la verifica dell'anomalia dell'offerta risultata prima graduata ancora aperto.

Ha chiarito la Sezione che il coordinamento dell'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016 (che ha recepito l'analoga previsione dell'art. 38, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006 introdotta nel 2014) – secondo cui "Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte" – con la disposizione dell'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. esige anzitutto che il concorrente, il quale intenda contestare l'ammissione (o l'esclusione) di un altro concorrente – laddove ovviamente, come nel caso di specie, tale interesse sia attuale, immediato e concreto, per essere stata la determinazione della soglia immediatamente successiva all'ammissione dei concorrenti – debba farlo immediatamente, a nulla rilevando la finalità per la quale intenda farlo, come, appunto, per l'ipotesi in cui egli persegua, così facendo, l'interesse – in sé del tutto legittimo – di potere incidere sul calcolo delle medie e della soglia di anomalia, erroneamente determinato sulla base di una ammissione – o di una esclusione – illegittima. Anzi, proprio in questa ipotesi, l'immediata impugnativa dell'ammissione appare necessaria, perché l'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016 ha inteso evitare che, a soglia già cristallizzatasi (c.d. blocco della graduatoria), un concorrente possa insorgere contro l'ammissione di un altro non già *principaliter* per contestarne la legittima ammissione alla gara, in assenza di un valido requisito, ma solo per rimettere in discussione il calcolo delle medie e la soglia di anomalia effettuato sulla platea dei concorrenti, spesso molto ampia, ponendo i risultati della gara in una situazione di perenne incertezza e determinando, così, la caducazione, a distanza di molto tempo trascorso e in presenza di molte risorse impiegate, dell'aggiudicazione già intervenuta. Proprio per questo l'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016, infatti, ha previsto l'immutabilità o invarianza della soglia, una volta cristallizzatasi, e cioè – al pari del suo diretto antecedente storico, l'art. 38, comma 2 *bis*, d.lgs. n. 163 del 2006, di cui ricalca la formulazione – al fine di scoraggiare impugnazioni sui provvedimenti di ammissione o esclusione

che avessero come obiettivo soltanto quello di modificare la media delle offerte.
Ha aggiunto la Sezione che la fase di ammissione e di esclusione delle offerte non possa sicuramente dirsi conclusa, anche nel vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, almeno finché non sia spirato il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni, in modo da consentire alle imprese partecipanti di potere contestare immediatamente dette ammissioni ed esclusioni, laddove esse immediatamente incidano sulla determinazione della soglia e siano, quindi, immediatamente lesive per il concorrente interessato (come è nel caso di specie per il brevissimo tempo intercorso tra la fase dell'ammissione e quella di determinazione della soglia), e comunque, laddove le ammissioni e le esclusioni di altri partecipanti non assumano immediata efficacia lesiva, ai fini della determinazione della soglia, con la conseguente impossibilità di impugnare un atto non immediatamente lesivo per il concorrente interessato (essendosi la soglia venuta a determinare, nel corso della gara, in un momento successivo a quello in cui è spirato il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni), finché la stessa stazione appaltante non possa esercitare il proprio potere di intervento di autotutela ed escludere "un operatore economico in qualunque momento della procedura" (art. 80, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016) e, quindi, sino all'aggiudicazione (esclusa, quindi, l'ipotesi di risoluzione "pubblicistica" di cui all'art. 108, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, successiva alla stipula del contratto).
Un diverso orientamento, che non considerasse tale potere di intervento in autotutela a procedura ancora aperta, da parte dell'amministrazione, e di esclusione dei concorrenti in qualunque momento della gara (art. 80, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016), creerebbe un irrigidimento non conforme ai principî costituzionali ed europei, prima ancora che alle disposizioni del codice, determinando una cristallizzazione della soglia insensibile a qualsivoglia illegittimità riscontrata in corso di gara persino dalla stessa stazione appaltante, e, come ogni automatismo che non consenta alla stessa di valutare in concreto le offerte presentate, sarebbe contrario all'interesse stesso delle amministrazioni aggiudicatrici, in quanto queste ultime non sono in grado di valutare le offerte loro presentate in condizioni di concorrenza effettiva e quindi di assegnare l'appalto in applicazione dei criteri, anch'essi stabiliti nell'interesse pubblico, del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

12.12. Doppia riparametrazione dei punteggi dell'offerta tecnica.
Per le gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta più vantaggiosa nessuna norma di carattere generale impone alle stazioni appaltanti di attribuire alla migliore offerta tecnica in gara il punteggio massimo previsto dalla *lex specialis* mediante il criterio della c.d. doppia riparametrazione, la quale deve essere espressamente prevista dalla legge di gara. Lo ha affermato la sez. V (23 marzo 2018, n.1845) sul rilievo che il

principio enunciato è quello prevalente nella giurisprudenza del giudice amministrativo e fermo nel superamento di quello seguito dalla decisione della sez. III dello stesso Consiglio di Stato (16 marzo 2016, n. 1048, pronunciata, peraltro, in un caso in cui la doppia parametrazione era prevista nella legge di gara).
Anche le Linee guida n. 2 di attuazione del d.lgs. n. 50 del 2016 recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", approvate dal Consiglio Anac con delibera n. 1005 del 21 settembre 2016, hanno previsto la mera facoltà per la stazione appaltante di procedere alla riparametrazione dei punteggi, a condizione che la stessa sia prevista nel bando di gara, in conformità a quanto affermato da questo Consiglio di Stato nel parere preventivo sulle linee guida (Cons. St., sez. consultiva, 2 agosto 2016, parere n. 1767), in dichiarata continuità con la giurisprudenza prevalente.

12.13. Subappalto.
La sez. VI, con ord. n. 3553 dell'11 giugno 2018 ha rimesso alla Corte di giustizia la questione se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), gli artt. 25 della Direttiva 2004/18 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 e 71 della Direttiva 2014//24 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, che non contemplano limitazioni per quanto concerne la quota subappaltatrice ed il ribasso da applicare ai subappaltatori, nonché il principio eurounitario di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'art. 118, commi 2 e 4, d.lgs. n. 163 del 2006, secondo la quale il subappalto non può superare la quota del trenta per cento dell'importo complessivo del contratto e l'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con un ribasso non superiore al venti per cento.
Ad avviso della Sezione la previsione, contenuta nell'art. 118, commi 2 e 4, d.lgs. n. 163 del 2006, dei limiti generali dettati dai due commi dell'art. 118 in questione (contenenti rispettivamente un limite generale del 30% per il subappalto, con riferimento all'importo complessivo del contratto, impedendo agli operatori economici di subappaltare a terzi una parte cospicua delle opere, pari al 70%, nonché un limite del 20% al ribasso da applicare ai subappaltatori), può rendere più difficoltoso l'accesso delle imprese, in particolar modo di quelle di piccole e medie dimensioni, agli appalti pubblici, così ostacolando l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi e precludendo, peraltro, agli stessi acquirenti pubblici l'opportunità di ricevere offerte più numerose e diversificate; tale limite, non previsto dalla direttiva 2004/18, impone una restrizione alla facoltà di ricorrere al subappalto per una parte del contratto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello

stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe, in contrasto con gli obiettivi di apertura alla concorrenza e di favore per l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.

12.14. Avvalimento.

Molte le sentenze in materia di avvalimento.

La sez. V, con sentenza n. 1216 del 28 febbraio 2018 ha tratteggiato la differenza tra avvalimento di garanzia e tecnico/operativo. Ricorre l'avvalimento c.d. di garanzia nel caso in cui l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata la propria solidità economica e finanziaria, rassicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento: tale è l'avvalimento che abbia ad oggetto i requisiti di carattere economico – finanziario e, in particolare, il fatturato globale o specifico; ricorre, invece, l'avvalimento c.d. tecnico od operativo nel caso in cui l'ausiliaria si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata le proprie risorse tecnico – organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto: tale è l'avvalimento che abbia ad oggetto i requisiti di capacità tecnico – professionale tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale.

Ha chiarito la Sezione che la rilevanza della distinzione va rinvenuta in ciò, che nel primo caso (in cui l'impresa ausiliaria si limita a "mettere a disposizione" il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore), non è, in via di principio, necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una certa e determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, ma è sufficiente che dalla ridetta dichiarazione emerga l'impegno contrattuale a prestare ed a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio esperienziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità.

Ha ricordato la Sezione che l'Adunanza plenaria (4 novembre 2016, n. 23), ha formulato il principio di diritto secondo cui 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 n. 2004/18/CE, vanno interpretati nel senso che essi ostano a un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento nei casi in cui una parte dell'oggetto del contratto stesso, pur non essendo puntualmente determinata, sia, tuttavia, agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 cod. civ.. In dette ipotesi, neppure sussistono i presup-

posti per fare applicazione della teorica del "requisito della forma/contenuto" (relativa alle fattispecie in cui la forma non rappresenta soltanto il mezzo di manifestazione della volontà contrattuale, ma reca anche l'incorporazione di un contenuto minimo di informazioni, che, attraverso il contratto, devono essere fornite): ciò, perché non viene in rilievo l'esigenza, tipica dell'enucleazione di tale figura, di assicurare una particolare tutela al contraente debole tramite l'individuazione di una specifica forma di cd. nullità di protezione.
La Plenaria ha aggiunto, ancora, che nessuna variazione al principio di diritto sopra enunciato può desumersi dalle sopravvenute disposizioni di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 (di attuazione delle direttive nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE). Pertanto, ai fini della determinazione del contenuto necessario per il contratto di avvalimento, allorché si tratti di "mettere a disposizione" (come, appunto, nell'avvalimento di garanzia) requisiti generali (di carattere economico, finanziario, tecnico-organizzativo, ad es. il fatturato globale o la certificazione di qualità), non sussiste l'esigenza di una indicazione puntuale e specifica, non trattandosi di beni in senso tecnico-giuridico (*id est* di "cose che possono formare oggetto di diritti" *ex* art. 821 cod. civ.), per i quali sussiste la necessità di sufficiente determinazione.
Per contro, nel caso di avvalimento c.d. tecnico od operativo (che ha ad oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria) sussiste sempre l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di risorse determinate: onde è imposto alle parti di indicare con precisione i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto.

Il Consiglio di Giustizia amministrativo della Regione siciliana, con sentenza n. 701 del 5 novembre 2018, ha affermato che in materia di avvalimento, è suscettibile di soccorso istruttorio l'incompletezza dell'elenco dei pregressi lavori e servizi nel triennio anteriore a bando, fornito dall'ausiliaria che prestava al concorrente il relativo requisito di capacità tecnico-professionale (nella specie l'elenco risultava manchevole sotto l'aspetto dell'omessa indicazione – prescritta - de "gli importi ed il periodo delle attività svolte di consulenza nel settore delle tecnologie informatiche"), e tanto sia con riguardo alle lacune testuali della dichiarazione dell'ausiliaria che avuto riguardo alle omissioni documentali.
Ha chiarito il Consiglio di Giustizia che da un lato, l'art. 83 del Codice dei contratti è "di latitudine tale da far rientrare nell'ambito operativo del relativo istituto, ben al di là delle mere operazioni di formale completamento o chiarimento cui aveva riguardo l'art. 46, d.lgs. n. 163 del 2006, le carenze di "qualsiasi elemento formale della domanda", ossia la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità, quand'anche di tipo "essenziale", purché non involgente l'offerta economica o tecnica in sé considerata"; dall'altro lato, avuto riguardo al caso specifico, il bando era

stato pubblicato nel mese di agosto, gravando i concorrenti di corposi oneri documentali, creando un vantaggio competitivo per l'unico altro concorrente in gara, poi risultato aggiudicatario, che già aveva in corso una analoga commessa per la medesima stazione appaltante. Dunque l'applicazione del soccorso istruttorio in una simile evenienza "lungi dal poter risultare lesiva della par condicio tra i due concorrenti indicati, vale semmai proprio a consentire il sostanziale rispetto di tale valore, rimediando alla distorsione fondatamente denunciata".

La sentenza della sez. III 4 aprile 2018, n. 2102 ha affermato che gli impegni assunti dall'impresa ausiliaria, al fine di corroborare sul piano sostanziale il prestito del requisito (ed evitare che lo stesso si riduca ad una dichiarazione di impegno meramente formale ed inidonea a garantire la stazione appaltante in ordine alla solidità economico-finanziaria del concorrente ausiliato), devono essere, se non determinati, quantomeno determinabili, ovvero ricostruibili attraverso una lettura complessiva del contratto di avvalimento.
Ha chiarito la Sezione - nel richiamare i principi espressi da Cons. St., A.P., 4 novembre 2016, n. 23 - che si presta allo scopo il contratto che contenga clausole atte univocamente a fondare il "trasferimento", in capo all'impresa ausiliata (e quindi, di riflesso, a vantaggio della stazione appaltante, a soddisfacimento delle sue esigenze di garanzia in ordine alla affidabilità economico-finanziaria dell'esecutore del servizio), degli elementi che costituiscono il sostrato sostanziale ed, insieme, la ratio del requisito in discorso, quali il richiamo alla responsabilità solidale assunta dall'impresa ausiliaria e da quella ausiliata "in relazione alle prestazioni oggetto dell'appalto", a garanzia della quale sovviene, appunto, la solidità finanziaria "cumulata" delle medesime imprese, così come attestata, pro quota, dal fatturato specifico di cui esse hanno il rispettivo possesso.
Ha aggiunto la Sezione che non rileva, da questo punto di vista, che la responsabilità solidale delle imprese sottoscrittrici del contratto di avvalimento costituisca l'effetto tipico dell'istituto, ai sensi dell'art. 89, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 ("il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto"), con il conseguente carattere apparentemente ridondante della clausola suindicata. La responsabilità solidale delle due imprese viene infatti in rilievo, per i presenti fini, quale strumento di realizzazione della "comunione" delle risorse finanziarie di cui è in possesso l'impresa ausiliaria e della quale il requisito del fatturato è espressione, appartenendo quindi al piano della fattispecie, prima ancora che a quello degli effetti, dell'avvalimento, ergo alla sfera dei presupposti costitutivi dell'istituto.
Ha osservato infine la Sezione che quanto invece alla componente "curriculare" del

requisito in discorso, ovvero alla sua capacità espressiva dell'esperienza che l'impresa ha maturato nel settore, deve osservarsi che essa non si presta ad essere tradotta in impegni specifici alla prestazione di determinate risorse, come il "patrimonio esperenziale" menzionato dalla parte appellante: patrimonio che, in quanto intrinseco all'impresa, non può esserne tout court estrapolato per essere messo a disposizione dell'impresa ausiliata.
Da questo punto di vista, la garanzia che riceve l'Amministrazione dall'avvalimento si correla all'affiancamento, all'impresa concorrente e priva (in parte) dell'esperienza necessaria a garantire la piena affidabilità in ordine alla corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali, di altra impresa, in possesso del fatturato specifico (quindi dell'esperienza) di cui quella concorrente è manchevole, la quale, mediante la stipulazione del contratto di avvalimento, si obbliga ad assicurare all'impresa ausiliata l'assistenza e la cooperazione necessarie a garantire il buon esito dell'appalto: obblighi che, anche se non esplicitati in una clausola ad hoc, si ricavano agevolmente dai doveri di buona fede e cooperazione che innervano qualunque rapporto contrattuale, tanto più in presenza della responsabilità solidale in ordine all'esecuzione delle prestazioni contrattuali che le due imprese hanno espressamente assunto con la stipulazione del contratto di avvalimento.

12.15. Revisione prezzi.
Con sentenza n. 3827 del 22 giugno 2018 la sez. III ha affermato che la domanda giudiziale avente ad oggetto la revisione prezzi di un contratto di appalto deve essere definita, sul piano processuale, secondo un'indagine di tipo bifasico, volta dapprima all'accertamento dei presupposti per il riconoscimento del compenso revisionale - aspetto per il quale è consentito il giudizio impugnatorio riferito all'atto autoritativo della P.A. e al suo surrogato costituito dal silenzio rifiuto; e solo in un momento successivo alla verifica del *quantum debeatur*, secondo meccanismi propri della tutela delle posizioni di diritto soggettivo; ne consegue che qualunque provvedimento espresso o tacito che, collocandosi nella prima fase, espressamente neghi la revisione o non dia seguito all'istanza dell'appaltatore, involge posizioni di interesse legittimo e come tale va impugnato nei termini di rito, indipendentemente dalle ragioni sulla cui base la posizione di diniego venga assunta.
Ha chiarito la Sezione che l'istituto della revisione prezzi si atteggia secondo un modello procedimentale volto al compimento di un'attività di preventiva verifica dei presupposti necessari per il riconoscimento del compenso revisionale, al quale è sotteso l'esercizio di un potere autoritativo tecnico-discrezionale nei confronti del privato contraente. Di conseguenza, la posizione di quest'ultimo si articola nella titolarità di un interesse legittimo con riferimento all'an della pretesa ed eventualmente in una situazione di diritto soggettivo solo con riguardo a questioni involgenti l'entità

della pretesa, una volta risolto in senso positivo il riconoscimento della spettanza del compenso revisionale.
Il descritto schema procedimentale comporta altresì che il privato contraente, in relazione all'esercizio di tale potere, potrà avvalersi unicamente dei rimedi e delle forme tipiche di tutela dell'interesse legittimo, e quindi con strumenti di carattere impugnatorio esperibili nei tradizionali termini decadenziali.
La consistenza di interesse legittimo della situazione soggettiva tutelata non muta per la previsione di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva per le questioni relative "alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo" nonché "ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento prezzi ai sensi dell'art. 133, commi 3 e 4", d.lgs. n. 163 del 2006. E' chiaro, infatti, che la cognizione esclusiva del giudice amministrativo presuppone necessariamente il concorso per determinate materie di situazioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo agli effetti della tutela giurisdizionale, che il legislatore risolve con l'individuazione del giudice competente, senza che ciò incida sui mezzi di tutela, scriminabili a seconda della natura della posizione soggettiva che si assume lesa.
Nel diverso caso in cui il contratto rechi un'apposita clausola che preveda il puntuale obbligo dell'Amministrazione di dar luogo alla revisione dei prezzi: in tale ipotesi, la richiesta sottoposta all'esame del giudice, risolvendosi in una mera pretesa di adempimento contrattuale, non può che intendersi come volta all'accertamento dell'esistenza di un diritto soggettivo, come tale rimesso alla cognizione del giudice ordinario. Nel caso, al contrario, di denuncia della nullità delle clausole limitative contenute nel bando e nel capitolato speciale, che è strumentale all'esclusione dell'operatività delle previsioni contrattuali, si determina per conseguenza l'accesso ad un'area contrassegnata dall'esercizio di poteri pubblicistici.
D'altra parte, la nullità delle clausole contrattuali che escludono la revisione del canone - se può originare l'eterointegrazione della disciplina di gara con le norme imperative violate, ai sensi degli artt. 1339 e 1419 cc. - non manifesta, invece, alcun riflesso sulla caratterizzazione in termini provvedimentali dell'attività che l'amministrazione compulsata da una istanza di revisione è chiamata a svolgere nella fase di verifica dei relativi presupposti; né può confondersi il piano della invalidità delle determinazioni in tal senso assunte, con quello della insussistenza del potere ad assumerle. In altri termini, l'amministrazione è pienamente investita, in astratto e in concreto, del potere di verificare i presupposti della revisione, sicché gli atti dalla stessa adottati, in disparte ogni loro eventuale illegittimità, non possono ritenersi offesi da alcun limite di nullità.
La qualificazione in termini autoritativi del potere di verifica dei presupposti per il riconoscimento della revisione prezzi comporta - in ipotesi di condotta inerte

dell’amministrazione compulsata - la necessità di avvalersi dei rimedi previsti a tutela dell'interesse legittimo nella forma del silenzio - rifiuto conseguente ad istanza formale. Tale conclusione è figlia della considerazione che il diritto soggettivo alla revisione dei prezzi non discende direttamente dalla legge, ma deve trovare riconoscimento in un procedimento amministrativo, come del resto palesato dalla circostanza che l’art. 115 del Codice dei contratti innanzi richiamato rinvia ad un’istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell’acquisizione di beni e servizi e, pertanto, ad un’attività procedimentalizzata, avviabile ad impulso della parte.

13. Beni ambientali.

13.1. Compatibilità ambientale dei permessi di prospezione di porzioni del mare Adriatico prospicienti le coste delle Regioni Emilia Romagna, Marche, Abruzzo, Molise, Puglia.

Con sentenza 8 marzo 2018, n. 1487 la sez. IV ha permesso che ai sensi l’art. 5, comma 1, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, modificando l’art. 6, comma 17, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, ha previsto che tutte le attività di prospezione di porzioni di mare geofisica dovevano essere eseguite all'esterno di una fascia di rispetto di 12 miglia marine da tutte le aree marine e costiere protette, Ha aggiunto che l’art. 6, comma 2, l. 9 gennaio 1991, n. 9 – secondo cui nelle porzioni di mare “l'area del permesso di ricerca deve essere tale da consentire il razionale sviluppo del programma di ricerca e non può comunque superare l'estensione di 750 chilometri quadrati” – non si estende all’”attività di prospezione”, stante la netta differenza tra le due attività. Ha chiarito la Sezione che l’”attività di prospezione” consistono in rilievi geografici, geologici, geochimici e geofisici eseguiti con qualunque metodo e mezzo, escluse le perforazioni meccaniche di ogni specie, ad eccezione dei sondaggi geotecnici e geognostici, intese ad accertare la natura del sottosuolo e del sottofondo marino; l’«attività di ricerca» è, invece, insieme delle operazioni volte all'accertamento dell'esistenza di idrocarburi liquidi e gassosi, comprendenti le attività di indagini geologiche, geotecniche, geognostiche, geochimiche e geofisiche, eseguite con qualunque metodo e mezzo, nonché le attività di perforazione meccanica, previa acquisizione dell'autorizzazione di cui all'art. 1, commi 78 e 80, l. 23 agosto 2004, n. 239, come sostituiti dall'art. 27, l. 23 luglio 2009, n. 99”.
Infine, la Sezione ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 6, comma 2, e 3, l. 9 gennaio 1991, n. 9, nella parte in cui il primo non estende il limite spaziale di 750 kmq anche ai permessi di prospezione di cui all’art. 3 e quest’ultimo non prevede il medesimo limite indicato per la ricerca. Ad avviso della Sezione le attività di prospezione e ricerca presentano una distinzione determinante laddove quest’ultima, a differenza della prima, implica potenzialmente l’esercizio di attività di perforazioni meccaniche. La possibile incidenza

della perforazione sul territorio, e la rilevanza delle relative conseguenze su di esso, dunque, legittimano e fanno ritenere pienamente giustificato il differente trattamento normativo rispetto all'attività di mera prospezione.

14. Beni culturali.

14.1. Bene immobile soggetto a prelazione storico-artistica.

La sez. VI si è occupata di beni immobili soggetti a prelazione storico-artistica con la sentenza 3 ottobre 2018, n. 5671, chiarendo che il possesso ventennale *ad usucapionem* di tale bene non estingue il diritto di prelazione spettante allo Stato in base ad un precedente atto di alienazione non denunciato, se non sia stato esercitato secondo modalità confliggenti con il diritto di prelazione stesso.

Ha premesso la Sezione che ai sensi degli artt. 1158 cod. civ. e seguenti, la proprietà di un bene si acquista a titolo originario in forza del possesso pubblico, pacifico, continuato e non interrotto del bene stesso per un periodo variabile, nella specie ventennale, trattandosi di un bene immobile; ha però puntualizzato che, nel silenzio della legge in proposito, non esiste una logica incompatibilità fra l'usucapione di un bene e l'eventuale permanenza sullo stesso di pretese altrui genericamente intese, fra le quali potrebbe rientrare anche la prelazione per cui è causa. Il problema si pone specificamente per i beni immobili, per i quali non esiste una norma analoga all'art. 1153, comma 2, cod. civ. per cui la proprietà di un bene mobile acquistata in buona fede da chi non sia proprietario si acquista libera da diritti altrui sulla cosa che non risultino dal titolo.

La problematica, cui ci si riferisce parlando di ammissibilità dell'*usucapio libertatis*, ovvero di presunta retroattività dell'usucapione, non ha trovato una compiuta analisi in giurisprudenza, affermando alcuni (Cass. civ., sez. II, 27 marzo 2001, n. 4412) che nel nostro ordinamento la *usucapio libertatis* non esisterebbe, ed altri (Cass. civ., sez. II, 28 giugno 2000, n. 8972) che l'usucapione avrebbe invece effetto retroattivo, e quindi le pretese altrui sul bene si estinguerebbero.

Un'analisi più approfondita viene, invece, dalla prassi notarile, la quale sottolinea la necessità di risolvere caso per caso l'interrogativo, avuto riguardo da un lato alle caratteristiche del possesso esercitato e dall'altra alla natura della pretesa altrui che si vorrebbe estinta: l'estinzione si verificherà tutte le volte in cui, in generale, il possesso ventennale sia stato esercitato in modo confliggente con la pretesa in esame. Si fa l'esempio di una servitù di passaggio sul fondo usucapito, che non si estingue se, nel periodo dell'usucapione, il titolare di essa ha potuto continuare a passare sul fondo interessato così come la servitù gli permette.

La Sezione, applicando tale principio al caso concreto, conclude nel senso che mancano gli elementi per ritenere che il possesso ventennale, in sé non controverso, da

parte dei ricorrenti appellanti sia stato esercitato in modo confliggente con la prelazione sì da estinguerla; in altri termini, costoro hanno continuato a possedere un bene soggetto a prelazione con tale caratteristica.

15. Edilizia.

Molte le sentenze di interesse pronunciate dal Consiglio di Stato in materia edilizia.

15.1. Titoli edilizi.

La sez. IV, con la sentenza 19 aprile 2018, n. 2366, ha affermato l'importante principio secondo cui il permesso di costruire non può essere sottoposto a condizione, sia essa sospensiva o risolutiva, stante la natura di accertamento costitutivo a carattere non negoziale del provvedimento, con la conseguenza che tale titolo, una volta riscontratane la conformità alla vigente disciplina urbanistica, deve essere rilasciata dal Comune senza condizioni che non siano espressamente previste da una norma di legge. Ha ricordato che solo con specifico e limitato riferimento all'ipotesi del permesso condizionato all'acquisizione di un atto da altra Pubblica amministrazione la modalità procedurale di rilasciare permessi di costruire condizionati deve considerarsi legittima, avuto riguardo alle esigenze generali di complessiva speditezza ed efficienza dell'azione amministrativa, nonché per l'effetto non neutro del passaggio del tempo per i destinatari dell'atto. Infatti, in applicazione del generale principio di proporzionalità, implicante minimo possibile sacrificio degli interessi coinvolti, l'amministrazione pubblica deve responsabilmente scegliere, nell'esercizio delle proprie funzioni, il percorso - ove necessario coordinato con quello di altre amministrazioni - teso a non aggravare inutilmente la situazione dei destinatari dell'azione amministrativa, come prescritto anche dall'art. 1, comma 2, l. 7 agosto 1990, n. 241; mentre, costituisce inutile aggravio procedurale (perché non bilanciato da una sufficiente ragione di interesse pubblico) l'arresto di un procedimento, che può invece proseguire sotto la condizione sospensiva del perfezionamento di altra procedura presupposta.

15.2. Liberalizzazione dell'attività edilizia.

Con sentenza 13 novembre 2018, n. 6403 la sez. IV ha affermato il principio secondo cui la liberalizzazione dell'attività edilizia contenuta nel testo unico dell'edilizia semplifica gli adempimenti posti a carico del proprietario e lo esonera dalla necessità di acquisire il preventivo atto autorizzativo da parte del Comune, essendo sufficiente la comunicazione inizio lavori asseverata (Cila), ma non lo abilita ad effettuare interventi preclusi dalla strumentazione urbanistica o dalla normativa edilizia di settore; pertanto, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. c), d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222

e attività di manutenzione straordinaria, e dunque anche il frazionamento, sono subordinate (art. 6 *bis* t.u. edilizia) a comunicazione di inizio dei lavori.
Ha ricordato la Sezione che ai sensi del citato art. 3, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 222 del 2016 le attività di manutenzione straordinaria, e dunque anche il frazionamento, sono subordinate (art. 6 *bis*, t.u. edilizia) a comunicazione di inizio dei lavori asseverata (Cila) da un tecnico abilitato, il quale attesta, sotto la propria responsabilità, che i lavori sono conformi agli strumenti urbanistici approvati e ai regolamenti edilizi vigenti.
Non c'è quindi alcun dubbio che ad oggi l'attività di manutenzione straordinaria (e con essa il frazionamento) può essere attuata solo in modo conforme a tutta la strumentazione urbanistica applicabile e cioè solo se non preclusa dal piano o dal regolamento edilizio.
In sostanza, ha chiarito la Sezione, il nuovo art. 6 *bis* ha sottratto il frazionamento al novero delle attività di edilizia libera disciplinate dall'art. 6. Ha ancora ricordato che all'epoca del d.l. n. 133 del 2014 gli interventi di manutenzione straordinaria di cui all'art. 3, comma 1, lett. b) (e quindi anche il frazionamento) erano invece appunto disciplinati dall'art. 6 del testo unico edilizia. Tale articolo (rubricato: Attività edilizia libera) prevedeva, appunto, la possibilità di effettuare questi interventi di manutenzione straordinaria senza alcun titolo abilitativo ma solo previa comunicazione di inizio lavori all'amministrazione comunale. Ciò però non sta a significare che all'epoca il proprietario fosse libero *uti dominus* di effettuare tali interventi anche in contrasto con la disciplina urbanistica applicabile all'immobile. In primo luogo infatti, già sul piano letterale l'art. 6 faceva salve le prescrizioni degli strumenti urbanistici comunali e il rispetto delle altre normative di settore incidenti sull'attività edilizia (art. 6, comma 1, richiamato per i frazionamenti dal comma 2).
In secondo luogo, e soprattutto, sul piano sistematico la liberalizzazione dell'attività edilizia di cui si discute semplifica gli adempimenti posti a carico del proprietario e soprattutto lo esonera dalla necessità di acquisire il preventivo atto autorizzativo da parte del comune, ma non lo abilita ad effettuare interventi preclusi dalla strumentazione urbanistica o dalla normativa edilizia di settore.
In altri termini, il frazionamento costituiva attività edilizia libera solo dal punto di vista procedimentale, essendo attuabile senza attendere la previa autorizzazione comunale, ma tale tipologia di intervento non poteva essere effettuata dal proprietario ove difforme dal punto di vista sostanziale rispetto alla normativa sovraordinata.

15.3. Ristrutturazione edilizia.

La sez. VI, con sentenza 31 luglio 2018, n. 4718 ha rimesso alla Corte costituzionale la norma della Regione Emilia Romagna che limita le eccezioni all'insanabilità di interventi di ristrutturazione. Ha, in particolare, giudicato rilevante e non manifesta

mente infondata, in relazione all'art. 3 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, lett. a), l. reg. Emilia-Romagna 21 ottobre 2004, n. 23, nella parte in cui limita le eccezioni al principio dell'insanabilità di interventi di ristrutturazione (conformi alla legislazione urbanistica, ma in contrasto con le prescrizioni degli strumenti urbanistici vigenti alla data del 31 marzo 2003), che comportino un aumento delle unità immobiliari, all'ipotesi delle sole unità immobiliari "ottenute attraverso il recupero ai fini abitativi dei sottotetti, in edifici residenziali bifamiliari e monofamiliari".

Ad avviso della Sezione l'art. 34, comma 2, lett. a), l. reg. Emilia-Romagna 21 ottobre 2004, n. 23, nella parte in cui limita le eccezioni all'ivi affermato principio dell'insanabilità di interventi di ristrutturazione (conformi alla legislazione urbanistica, ma in contrasto con le prescrizioni degli strumenti urbanistici vigenti alla data del 31 marzo 2003), che comportino un aumento delle unità immobiliari – quale l'intervento in esame, costituito dalla realizzazione del nuovo elemento strutturale del solaio intermedio con la creazione di due unità immobiliari –, all'ipotesi delle sole unità immobiliari «ottenute attraverso il recupero ai fini abitativi dei sottotetti, in edifici residenziali bifamiliari e monofamiliari», non si sottragga a seri dubbi di costituzionalità.

Tale limitazione appare, segnatamente, in contrasto con i principi di ragionevolezza e di parità di trattamento sanciti dall'art. 3, comma 1, Cost., in quanto, in tal modo, finiscono per essere trattati in modo diverso ipotesi del tutto assimilabili, quale quello dell'aumento delle unità abitative in edifici residenziali bifamiliari e monofamiliari, ottenute attraverso il recupero a fini abitativi di spazi interni preesistenti diversi dai sottotetti, non accompagnati da un mutamento di destinazione d'uso urbanisticamente rilevante (peraltro, nella specie non contestato alla ricorrente come motivo ostativo al condono, ma richiamato, ad altri fini, nel provvedimento di demolizione) ed a carico urbanistico immutato (come nel caso di specie, in cui trova applicazione la disciplina urbanistica del piano regolatore generale di Cesena relativa alla zona di 'Ambito rurale della Collina', dettata dall'art. 69 delle norme tecniche di attuazione, con particolare riguardo agli usi consentiti 'U5/1 abitazioni rurali' e 'U5/2 annessi agricoli').

Appare, infatti, priva di adeguata *ratio* giustificatrice la limitazione della condonabilità di interventi edilizi, comportanti un aumento delle unità immobiliari ubicate in edifici residenziali bi- o monofamiliari (quale l'immobile di proprietà dell'odierna appellante), alle unità recuperate dalla trasformazione abitativa solo dei sottotetti, e non anche di altri spazi interni, ad organismo edilizio rimasto invariato per sagoma e volumetria, attesa la sostanziale omogeneità delle situazioni messe a confronto (sia sotto il profilo dell'incidenza sul carico urbanistico, sia sotto il profilo del risparmio di aree edificabili, costituenti notoriamente una risorsa scarsa).

Siffatta disciplina differenziata appare, dunque, ad avviso della Sezione, essere il frutto di una scelta legislativa arbitraria e ingiustificata, in contrasto con i principi di eguaglianza e di ragionevolezza, inficiante l'esercizio della discrezionalità del legislatore

15.4. Rideterminazione del contributo di costruzione.

L'Adunanza plenaria 30 agosto 2018, n. 12 ha pronunciato importanti principi in tema di determinazione del contributo di costruzione.

Ha affermato che gli atti con i quali la Pubblica amministrazione determina e liquida il contributo di costruzione, previsto dall'art. 16, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, non hanno natura autoritativa, non essendo espressione di una potestà pubblicistica, ma costituiscono l'esercizio di una facoltà connessa alla pretesa creditoria riconosciuta dalla legge al Comune per il rilascio del permesso di costruire, stante la sua onerosità, nell'ambito di un rapporto obbligatorio a carattere paritetico e soggetta, in quanto tale, al termine di prescrizione decennale, sicché ad essi non possono applicarsi né la disciplina dell'autotutela dettata dall'art. 21 *nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241 né, più in generale, le disposizioni previste dalla stessa legge per gli atti provvedimentali manifestazioni di imperio.

Ha chiarito l'Alto Consesso che la peculiare natura del titolo edilizio – la concessione edilizia della l. n. 10 del 1977 e, ora, il permesso di costruire del d.P.R. n. 380 del 2001 – induce a ritenere che esso, al di là del suo carattere sostanzialmente autorizzatorio, sia comunque, direttamente o indirettamente, attributivo, per il privato, di rilevanti benefici economici, a fronte dei quali è previsto in termini di controprestazione il pagamento di una somma di danaro, appunto il contributo di costruzione (sulla cui natura v. Cons. St., A.P., 7 dicembre 2016, n. 24), non altrimenti qualificabile che come corrispettivo di diritto pubblico.

L'Adunanza plenaria ha quindi affermato che al quesito inerente alla natura, privatistica o pubblicistica, degli atti con i quali l'amministrazione comunale determina o ridetermina il contributo di costruzione, di cui all'art. 16, d.P.R. n. 380 del 2001, debba rispondersi con la riaffermazione della loro natura privatistica.

Il contributo per gli oneri di urbanizzazione è un corrispettivo di diritto pubblico, di natura non tributaria, posto a carico del concessionario a titolo di partecipazione ai costi delle opere di urbanizzazione e in proporzione dell'insieme dei benefici che la nuova costruzione acquista, senza alcun vincolo di scopo in relazione alla zona interessata alla trasformazione urbanistica e indipendentemente dalla concreta utilità che il concessionario può conseguire dal titolo edificatorio e dall'ammontare delle spese effettivamente occorrenti per la realizzazione delle opere. L'obbligazione di corrispondere il contributo nasce nel momento in cui viene rilasciato il titolo ed è a tale momento che occorre aver riguardo per la determinazione dell'entità del contributo.

L'atto di imposizione e di liquidazione del contributo, quale corrispettivo di diritto pubblico richiesto per la compartecipazione ai costi delle opere di urbanizzazione, non ha natura autoritativa né costituisce esplicazione di una potestà pubblicistica, ma si risolve in un mero atto ricognitivo e contabile, in applicazione di rigidi e prestabiliti parametri regolamentari e tabellari. Gli oneri di urbanizzazione, ai sensi dell'art. 16, comma 3, d.P.R. n. 380 del 2001, sono corrisposti sulla base delle tabelle parametriche, predisposte dalle Regioni, tabelle che devono essere recepite dal Comune in una propria deliberazione, atto amministrativo generale impugnabile solo con il concreto provvedimento applicativo.
La costante giurisprudenza del Consiglio di Stato ha sempre ribadito che il contributo per gli oneri di urbanizzazione, per quanto non abbia natura tributaria, costituisce, comunque, un corrispettivo di diritto pubblico posto a carico del costruttore, connesso al rilascio della concessione edilizia, a titolo di partecipazione del concessionario ai costi delle opere di urbanizzazione in proporzione all'insieme dei benefici che la nuova costruzione ne ritrae, e che «per la determinazione di esso deve essere fatto necessario ed esclusivo riferimento alle norme di legge che regolano i relativi criteri di conteggio, norme che vanno rigorosamente rispettate anche in osservanza del principio di cui all'art. 23 Cost., secondo il quale nessuna prestazione patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge» (Cons. St., sez. V, 21 aprile 2006, n. 2228).
L'affermazione secondo cui il contributo di costruzione costituisce una prestazione patrimoniale imposta e rientra a tale titolo nell'ambito dei rapporti di diritto pubblico in quanto necessariamente legata al rilascio del titolo edilizio, tuttavia, non comporta *ex se* che i relativi atti di determinazione abbiano necessariamente carattere autoritativo, si colorino, per così dire, di imperatività e siano espressione di potestà pubblicistica. Il privato che intende ottenere il permesso di costruire ha avanti a sé la scelta di corrispondere il contributo di costruzione o di rinunciare al rilascio del titolo. Effettuata questa scelta, che comporta la necessaria corresponsione del corrispettivo di diritto pubblico, il pagamento di questo, esclusa pacificamente la sua natura tributaria, non può che costituire l'oggetto di un ordinario rapporto obbligatorio, disciplinato dalle norme di diritto privato, come prescrive l'art. 1, comma 1 *bis*, l. n. 241 del 1990, salvo che la legge disponga diversamente. È vero che il credito dell'amministrazione, per la sua particolare finalità, è assistito da particolari sanzioni e da speciali procedure coattive di riscossione, come ha pure ricordato la stessa Adunanza plenaria nella sentenza n. 24 del 2016 richiamando le disposizioni di cui agli artt. 42 e 43, d.P.R. n. 380 del 2001, ma ciò non contrasta con la fondamentale natura del rapporto obbligatorio paritetico inerente al pagamento del contributo e accessorio al rilascio del permesso di costruire. Anche la disciplina degli atti non autoritativi della pub-

blica amministrazione può conoscere, infatti, previsioni derogatorie rispetto alla ordinaria disciplina privatistica, come prevede chiaramente l'art. 1, comma 1 *bis*, l. n. 241 del 1990, senza che ciò comporti lo snaturamento del rapporto paritetico che ne è alla base, la loro integrale attrazione alla sfera pubblicistica o, nel caso di specie, l'assimilazione ad una fattispecie paraimpositiva di stampo tributario.
L'Adunanza plenaria ha quindi escluso che a tali rapporti di natura meramente obbligatoria e agli atti *iure gestionis*, di carattere contabile e aventi finalità liquidatoria, adottati dal Comune, si applichi la disciplina dell'autotutela di cui all'art. 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990 o, più in generale, la disciplina dettata dalla stessa l. n. 241 del 1990 per gli atti provvedimentali espressivi di potestà pubblicistica
Il carattere paritetico del rapporto non esclude la doverosità della rideterminazione quante volte la Pubblica amministrazione si accorga che l'iniziale determinazione degli oneri di urbanizzazione sia dipesa da un'inesatta applicazione delle tabelle o anche da un semplice errore di calcolo.
Il Comune è pur sempre, infatti, titolare del potere-dovere di richiedere il contributo di costruzione secondo i parametri e nei limiti fissati dalla legge e dalle disposizioni regolamentari integrative fissate dalle Regioni, facendone una applicazione vincolata alla predeterminazione di coefficienti, che il privato deve conoscere e ben può verificare. Discende da quanto detto che gli atti con i quali la pubblica amministrazione determina e liquida il contributo di costruzione, previsto dall'art. 16, d.P.R. n. 380 del 2001, non hanno natura autoritativa, non essendo espressione di una potestà pubblicistica, ma costituiscono l'esercizio di una facoltà connessa alla pretesa creditoria riconosciuta dalla legge al Comune per il rilascio del permesso di costruire, stante la sua onerosità, nell'ambito di un rapporto obbligatorio a carattere paritetico e soggetta, in quanto tale, al termine di prescrizione decennale, sicché ad essi non possono applicarsi la disciplina dell'autotutela dettata dall'art. 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990 né, più in generale, le disposizioni previste dalla stessa legge per gli atti provvedimentali manifestazioni di imperio. Si è cioè al cospetto di un rapporto obbligatorio, di contenuto essenzialmente pecuniario (salva l'ipotesi di opere a scomputo di cui all'art. 16, comma 1, d.P.R. n. 380 del 2001), al quale si applicano le disposizioni di diritto privato, salve le specifiche disposizioni previste dalla legge (come, ad esempio, i già citati artt. 42 e 43, d.P.R. n. 380 del 2001) per la peculiare finalità del credito vantato dall'amministrazione comunale in ordine al pagamento del contributo (oneri di urbanizzazione e costo di costruzione).
L'Alto Consesso ha affermato anche il principio di diritto secondo cui la Pubblica amministrazione, nel corso del rapporto concessorio, può sempre rideterminare, sia a favore che a sfavore del privato, l'importo del contributo di concessione, in principio erroneamente liquidato, richiedendone o rimborsandone a questi la differenza nell'ordinario termine di prescrizione decennale (art. 2946 cod. civ.) decorrente dal

rilascio del titolo edilizio, senza incorrere in alcuna decadenza, mentre per parte sua il privato non è tenuto ad impugnare gli atti determinativi del contributo nel termine di decadenza, potendo ricorrere al giudice amministrativo, munito di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a., nel medesimo termine di dieci anni, anche con un'azione di mero accertamento.
Ha ricordato l'Adunanza plenaria che la natura paritetica dell'atto di determinazione consente che la Pubblica amministrazione possa apportarvi modifiche, sia in favore del privato che in senso contrario, purché ciò avvenga nei limiti della prescrizione decennale del relativo diritto di credito (Cons. St., sez. IV, 28 novembre 2012, n. 6033; id. 17 settembre 2010, n. 6950). Si tratta, infatti, di una determinazione che obbedisce a prescrizioni desumibili da tabelle, in ordine alla quale l'amministrazione comunale si limita ad applicare dei parametri, aventi per la stessa natura cogente, laddove è esclusa qualsivoglia discrezionalità applicativa (Cons. St., sez. IV, 28 novembre 2012, n. 6033). Ha ancora ricordato l'Alto Consesso come la giurisprudenza è consolidata nell'affermare che la controversia in ordine alla spettanza e alla liquidazione del contributo per gli oneri di urbanizzazione, riservata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a norma dell'art. 16, l. n. 10 del 1977 e, oggi, dell'art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a., ha ad oggetto l'accertamento di un rapporto di credito a prescindere dall'esistenza di atti della pubblica amministrazione e non è soggetta alle regole delle azioni impugnatorie-annullatorie degli atti amministrativi e ai rispettivi termini di decadenza.
L'Alto Consesso ha ancora affermato che l'amministrazione comunale, nel rideterminare l'importo del contributo di concessione con atti non aventi natura autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, ai sensi dell'art. 1, comma 1 *bis*, l. n. 241 del 1990, senza che sia applicabile la disciplina dell'errore riconoscibile di cui all'art. 1431 cod. civ., in quanto l'errore nella liquidazione del contributo, compiuto dalla Pubblica amministrazione, non attiene ad elementi estranei o ignoti alla sfera del debitore ed è quindi per lui in linea di principio riconoscibile, in quanto o riguarda l'applicazione delle tabelle parametriche, che al privato sono o devono essere ben note, o è determinato da un mero errore di calcolo, ben percepibile dal privato, errore che dà luogo alla semplice rettifica.
L'Adunanza plenaria ha escluso che in caso di rideterminazione del *quantum* del contributo di costruzione sia applicabile la disciplina dell'errore riconoscibile, di cui all'art. 1431 cod. civ.. l'applicazione delle tabelle parametriche da parte dell'amministrazione comunale, per quanto complessa, costituisce comunque una operazione contabile che, essendo al privato ben note dette tabelle, questi può verificare nella sua esattezza, anzitutto con l'ausilio del progettista che l'assiste nella presentazione della propria istanza, con un ordinario sforzo di diligenza, richiedibile secondo il canone della buona fede al debitore già solo, e anzitutto, nel suo stesso interesse, per

evitare che gli venga richiesto meno o più del dovuto. La complessità delle operazioni di calcolo o l'eventuale incertezza nell'applicazione di alcune tabelle o coefficienti determinativi, dovuti a ragioni di ordine tecnico, non sono eventi estranei o ignoti alla sfera del debitore, che invece con l'ordinaria diligenza, richiesta dagli artt. 1175 e 1375 cod. civ., può e deve controllarne l'esattezza sin dal primo atto di loro determinazione.
Certamente, e a sua volta, il Comune ha l'obbligo di adoperarsi affinché la liquidazione del contributo di costruzione venga eseguita nel modo più corretto, sollecito, scrupoloso e preciso, sin dal principio, ma la collaborazione tra l'autorità comunale e il privato richiedente, in una visione del diritto amministrativo improntata al principio di buon andamento e alla legalità sostanziale, è imprescindibile in questa materia, già solo sul piano dell'interlocuzione procedimentale, e non può certo affermarsi, proprio per questo, una incomunicabilità o inconoscibilità tra la sfera dell'una e quella dell'altro che porti all'applicazione dell'art. 1431 cod. civ., quasi che l'iniziale errore nell'applicazione delle tabelle o dei coefficienti, da parte dell'autorità comunale, sia un fatto "del tutto naturalmente" incomprensibile o imponderabile dal privato perché puramente interno alla sfera dell'amministrazione creditrice.
Infine, ad avviso dell'Adunanza plenaria la tutela dell'affidamento e il principio della buona fede, che in via generale devono essere osservati anche dalla pubblica amministrazione dell'attuazione del rapporto obbligatorio, possono trovare applicazione in caso di rideterminazione del contributo di costruzione nella quale, ordinariamente, la predeterminazione e l'oggettività dei parametri da applicare al contributo di costruzione, di cui all'art. 16, d.P.R. n. 380 del 2001, rendono vincolato il conteggio da parte della pubblica amministrazione, consentendone a priori la conoscibilità e la verificabilità da parte dell'interessato con l'ordinaria diligenza, solo nella eccezionale ipotesi in cui tali conoscibilità e verificabilità non siano possibili con l'ordinaria diligenza richiesta al debitore, secondo buona fede (artt. 1175 e 1375 cod. civ.), nell'ottica di una leale collaborazione volta all'attuazione del rapporto obbligatorio e al soddisfacimento dell'interesse creditorio vantato dal Comune.

15.5. Autotutela in materia edilizia.

Con sentenza n. 5277 del 7 settembre 2018 la sez. IV ha affermato che presupposti per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio dei titoli edilizi sono costituiti dall'originaria illegittimità del provvedimento, dall'interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione (diverso dal mero ripristino della legalità violata), tenuto conto anche delle posizioni giuridiche soggettive consolidate in capo ai destinatari; l'esercizio del potere di autotutela è dunque espressione di una rilevante discrezionalità che non esime, tuttavia, l'Amministrazione dal dare conto, sia pure sintetica-

mente, della sussistenza dei menzionati presupposti e l'ambito di motivazione esigibile è integrato dall'allegazione del vizio che inficia il titolo edilizio, dovendosi tenere conto, per il resto, del particolare atteggiarsi dell'interesse pubblico in materia di tutela del territorio e dei valori che su di esso insistono, che possono indubbiamente essere prevalenti, se spiegati, rispetto a quelli contrapposti dei privati, nonché dall'eventuale negligenza o malafede del privato che ha indotto in errore l'Amministrazione.

Ha ricordato che l'Adunanza plenaria (17 ottobre 2017, n. 8) ha, da un lato, escluso che sussista *ex se* l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata per effetto del rilascio di un titolo edilizio illegittimo, dovendo essere espressamente circostanziato, e, dall'altro, ha negato la "teoria dell'inconsumabilità del potere", altrimenti nota come "perennità della potestà amministrativa di annullare in via di autotutela gli atti invalidi" , con la conseguenza che il decorso del tempo "onera l'amministrazione del compito di valutare motivatamente se l'annullamento risponda ancora a un effettivo e prevalente interesse pubblico di carattere concreto e attuale". Ha aggiunto che la stessa sez. IV (29 marzo 2018, n. 1991), nel fare applicazione di tali principi, ha quindi di recente rilevato che i "presupposti dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio dei titoli edilizi sono costituiti dall'originaria illegittimità del provvedimento, dall'interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione (diverso dal mero ripristino della legalità violata), tenuto conto anche delle posizioni giuridiche soggettive consolidate in capo ai destinatari; l'esercizio del potere di autotutela è dunque espressione di una rilevante discrezionalità che non esime, tuttavia, l'Amministrazione dal dare conto, sia pure sinteticamente, della sussistenza dei menzionati presupposti e l'ambito di motivazione esigibile è integrato dall'allegazione del vizio che inficia il titolo edilizio.

Ha aggiunto la Sezione, richiamando i principi enunciati dalla stessa Adunanza plenaria n. 8 del 2017, che l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio, successivamente valutato come illegittimo, è possibile anche ad una distanza temporale considerevole dal titolo medesimo, ma deve essere adeguatamente motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale, tenuto anche conto degli interessi dei privati coinvolti. In effetti, ancora prima dell'intervento dell'Adunanza plenaria la stessa sez. IV (16 agosto 2017, n. 4008) aveva affermato il potere *ex* art. 39, d.P.R. n. 380 del 2001, per come esso vive nell'interpretazione giurisprudenziale amministrativa, non può dirsi assimilabile o riconducibile, in un rapporto di *species a genus*, a quello di cui all'art. 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990, il quale è, per espressa previsione di diritto positivo, sottoposto al principio del bilanciamento dei contrapposti interessi.

16. Energia.

16.1. Tariffe incentivanti le fonti di energia rinnovabili.

Con sentenza n. 1306 del 2 marzo 2018 la sez. IV ha rimesso alla Corte di giustizia UE la questione se l'art. 3, comma 3, lett. a), della Direttiva 2009/28/CE debba essere interpretato - anche alla luce del generale principio di tutela del legittimo affidamento e del complessivo assetto della regolazione apprestata dalla Direttiva in punto di incentivazione della produzione di energia da fonti rinnovabili - nel senso di escludere la compatibilità con il diritto UE di una normativa nazionale che consenta al Governo italiano di disporre, con successivi decreti attuativi, la riduzione o, financo, l'azzeramento delle tariffe incentivanti in precedenza stabilite. Ha chiarito la Sezione che non consta che la Corte di giustizia si sia specificamente occupata della disciplina recata dalla direttiva 2009/28/CE, volta a favorire la produzione di energia da fonti rinnovabili, sotto i profili che qui vengono in considerazione, di talché, in assenza di un precedente specifico, non può farsi sicuro riferimento alla teorica del cd. "atto chiaro", tanto più a fronte di un'espressa istanza di parte che sollecita la rimessione, della astratta rilevanza della questione pregiudiziale e della valenza generale del dovere di sollevare una questione pregiudiziale in capo ai Giudici di ultima istanza.

E' noto, infatti, che l'art. 267, par. 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione (Corte giust. comm. Ue 20 dicembre 2017, C-322/2016; id. 18 luglio 2013, C-136/2012 e 19 novembre 2009, C-314/2008).

16.2. Rimborsi spettanti ai gestori della distribuzione del gas naturale.

Con sentenza 5 novembre 2018, n. 6227 la sez. VI ha rimesso alla Corte di giustizia la questione relativa ai criteri per la determinazione del rimborso ai gestori del servizio di distribuzione del gas naturale, le cui concessioni sono cessate in via anticipata *ex lege*.

In particolare, la Sezione ha chiesto al Giudice eurounitario di fornire la corretta interpretazione dei principi e delle norme europee al fine di stabilire se essi consentono una applicazione retroattiva dei criteri di determinazione dell'entità dei rimborsi spettanti agli ex concessionari del servizio di distribuzione del gas naturale con incidenza su pregressi rapporti negoziali ovvero se tale applicazione sia giustificata, anche alla luce del principio di proporzionalità, dall'esigenza di tutelare altri interessi

pubblici, di rilevanza europea, afferenti all'esigenza di consentire una migliore tutela dell'assetto concorrenziale del mercato di riferimento unitamente alla maggiore protezione degli utenti del servizio che potrebbero subire, indirettamente, gli effetti di una eventuale maggiorazione delle somme spettanti agli *ex* concessionari.
Ha ricordato la Sezione che nell'impianto regolatorio iniziale, costituito dall'art. 15, d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 e dal d.m. 12 novembre 2011, n. 226, nelle rispettive versioni originarie, i criteri di determinazione dei rimborsi erano determinati avendo riguardo ai criteri che le parti avevano contrattualmente sancito, e in mancanza di essi, dai criteri di cui al r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578. Le successive disposizione di legge (d.l. nn. 69 e 145 del 2013 e d.l. n. 91 del 2014) nonché i relativi atti di attuazione (decreti ministeriali n. 74951 del 2014 e n. 106 del 2015) hanno inciso su entrambi i profili sono riportati. In particolare: a) con riferimento ai criteri convenzionali essi operano se sono stati stipulati prima dell'11 febbraio 2012 e abbiamo un determinato contenuto in relazione ad alcuni elementi metodologici; b con riferimento ai criteri suppletivi legali, si è sostituito il riferimento a quelli contenuti nel r.d. n. 2578 del 1925 con quelli contenuti nelle linee guida.
Analoga questione era stata sollevata con ordinanza, della stessa VI sez., 5 dicembre 2017, n. 5736.

17. Aiuti di Stato ed incentivi.

17.1. Accesso alle agevolazioni finanziarie di cui al PO FESR 2007/2014.

In tema di finanziamenti pubblici il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con la sentenza n. 362 del 18 giugno 2018 ha affermato che ai sensi dell'art. 8 del regolamento europeo 800/2008, data la finalità incentivante degli aiuti comunitari, la domanda di accesso alle agevolazioni finanziarie di cui al PO FESR 2007/2014 per un programma di investimenti deve precedere l'inizio della relativa attività, intendendosi per "data di avvio dell'investimento" la data di inizio dei lavori di costruzione relativi all'investimento oppure la data del primo impegno giuridicamente vincolante ad ordinare attrezzature o di qualsiasi altro impegno che renda irreversibile l'investimento.
Il Consiglio di Giustizia ha richiamato l'art. 2 del Regolamento della Commissione 651/2014 ed ha quindi affermato che il bando di concorso, nella parte in cui dispone che "per una migliore comprensione (si) definisce data di avvio dell'investimento la data di stipula del primo contratto relativo all'acquisizione di beni o alla realizzazione delle opere edilizie relative all'investimento" e l'art. 18, l. reg. Sicilia n. 9 del 2009 non possano che essere letti in chiave comunitaria.

18. Aiuti di Stato.

Con sentenza n. 6009 del 22 ottobre 2018 la sez. VI ha affermato che il contributo al funzionamento dei servizi informatici messi a disposizione del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca e del sistema universitario affidati al Consorzio Interuniversitario Cineca nella sua qualità di struttura istituzionalmente preposta al settore IT del Ministero costituisce un aiuto di Stato, ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE, senza che occorra interpellare (come richiesto dagli appellanti) la Corte di Giustizia.

Ha premesso la Sezione che di fronte ad una misura agevolativa posta in essere da uno Stato, occorre verificare la sussistenza di alcuni elementi: l'impresa, l'imputabilità della misura allo Stato, il suo finanziamento tramite risorse statali, il conferimento di un vantaggio, la selettività della misura e i suoi effetti sulla concorrenza e sugli scambi tra Stati membri.

Ha aggiunto che per rientrare nel campo d'applicazione dell'art. 107 del TFUE, il vantaggio deve essere attribuito a soggetti qualificabili come imprese. La relativa nozione è molto ampia: secondo una giurisprudenza costante, essa abbraccia infatti qualsiasi entità che esercita un'attività economica, «a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento» (v. le sentenze AceaElectrabel Produzione SpA/Commissione, in C-480/09, punti da 47 a 55; Cassa di Risparmio di Firenze SpA, in C-222/04, punto 112).

La circostanza che un'entità non persegua scopi di lucro non costituisce criterio determinante per stabilire se si tratti o meno di un'impresa, in quanto anche gli enti senza scopo di lucro possono offrire beni e servizi su un mercato (v. le sentenze Van Landewyck, in cause riunite da 209/78 a 215/78 e 218/78, punto 88; Ffsa, in C-244/94, punto 21; Motoe, in C-49/07, punti 27 e 28).

Un ente viene qualificato come impresa sempre in relazione ad un'attività specifica. Un ente che svolga sia attività economiche sia attività non economiche è considerato come un'impresa solo per quanto riguarda le prime (v. la sentenza Aéroports de Paris/Commissione, in T-128/98, punto 108).

Per chiarire poi la distinzione tra attività economiche e non economiche, la Corte di giustizia ha costantemente affermato che qualsiasi attività consistente nell'offrire beni e servizi in un mercato costituisce attività economica (v. le sentenze Commissione/Italia, in C-35/96, punto 36; Pavlov, in cause riunite da C-180/98 a C-184/98, punto 75), fermo restando che la qualificazione di una determinata attività può cambiare nel tempo, in funzione di scelte politiche o di sviluppi economici: quella che oggi non è un'attività economica può diventarlo in futuro, e viceversa (sentenza Poucet e Pistre, in cause riunite C-159/91 e C-160/91, punti da 16 a 20).

L'art. 107, paragrafo 1, del Trattato non si applica se lo Stato agisce "esercitando il potere d'imperio" (sentenza Commissione/Italia, in C-118/85, punti 7 e 8) o se gli

enti pubblici agiscono “in veste di pubblica autorità” (sentenza Bodson, in C-30/87, punto 18).
Si considera che un ente agisca esercitando il potere d’imperio qualora l’attività in questione rientri nelle funzioni essenziali dello Stato o sia ad esse connessa per la sua natura, per il suo oggetto e per le norme alle quali è soggetta (sentenze SAT/Eurocontrol, in C-364/92, punto 30; Calì & Figli, in C-343/95, punti 22 e 23).
Alla luce di tali principi, la ‘Comunicazione’ della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato del 19 luglio 2016 ritiene che determinate attività svolte da Università e da organismi di ricerca non rientrino nell'ambito di applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato, e segnatamente: a) le attività di formazione volte a rendere le risorse umane più ampie e meglio qualificate; b) le attività di ricerca e sviluppo svolte in maniera indipendente e finalizzate ad incrementare il sapere e migliorare la comprensione, e in particolare le attività di ricerca e sviluppo svolte in collaborazione; c) la diffusione dei risultati della ricerca.
Nel caso in esame, i servizi di supporto informatico in favore del Ministero dell’istruzione – annualmente finanziati mediante il contributo ministeriale in contestazione, e come descritti nelle rendicontazione di Cineca relativa al primo semestre 2015 – sono reperibili sul mercato dei servizi e prodotti I.C.T., attraverso le comuni procedure di evidenza pubblica e non rientrano nelle prerogative dei pubblici poteri.
A tal fine, infatti, non può rilevare un rapporto di mera strumentalità con la funzione pubblica – riscontrabile in tutte le attività di approvvigionamento della pubblica amministrazione –, richiedendosi piuttosto che, per natura ed oggetto, l’attività sussidiata con risorse statali sia indissociabile dall’esercizio dei pubblici poteri.
In definitiva, le attività che non presentano un carattere economico idoneo a giustificare l’applicazione delle norme sulla concorrenza, previste dal Trattato, sono quelle di pertinenza pubblica, ovvero quelle che, in ragione della loro conformazione normativa, sono insostenibili da operatori privati che agiscono per scopo di lucro.
Ha ancora ricordato la Sezione che caratteristica indispensabile dell’aiuto è altresì l’esistenza di un nesso diretto tra l’onerosità del provvedimento a carico del soggetto pubblico e il conseguente vantaggio economico per l’impresa beneficiaria, che viene posta in una condizione migliore rispetto a quella in cui si trovava, per una diminuzione dei costi generali di produzione.
Ai sensi dell’art. 107, par. 1, del trattato, un vantaggio è un beneficio economico che un’impresa non potrebbe ricevere in condizioni normali di mercato, ossia in assenza di intervento dello Stato (sentenza Vent de Colère, in C-262/12, punti 25 e 26). Non sono considerati rilevanti né la causa né lo scopo dell’intervento dello Stato, ma solo gli effetti della misura sull’impresa. Il vantaggio può essere valutato facendo un raffronto tra la situazione finanziaria in cui l’impresa si trova in seguito alla misura e quella in cui essa si troverebbe in assenza della misura (sentenza Italia/Commissione,

in C-173/73, punto 13). La forma precisa della misura è irrilevante nel determinare se questa conferisce un vantaggio economico all'impresa (sentenza Altmark Trans, in C-280/00, punto 84.).
La nozione comprende tutte le situazioni in cui gli operatori economici sono liberati dai costi inerenti alle loro attività economiche (Gemo Sa, C-126/01, punti da 28 a 31). La modalità dell'intervento può consistere non solamente nella sovvenzione all'investimento o all'esportazione, ma anche in un''ampia pluralità di fattispecie, quali la riduzione dei tassi di interesse, le garanzie senza premio sul credito all'esportazione, il conferimento di capitali a condizioni non di mercato, o di servizi concessi a prezzi inferiori a quelli di mercato, la vendita di beni o terreni di proprietà pubblica a prezzi ridotti, le forme di ripianamento di passività dell'impresa o rimborso di alcuni costi di produzione, le esenzioni fiscali.
L'esistenza di un vantaggio non è, in linea di principio, esclusa dal fatto che il vantaggio si limiti alla compensazione del costo derivante dall'imposizione di un obbligo legale. Se l'art. 345 del TFUE stabilisce di lasciare del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri, tuttavia vanno nel contempo evitate ingiustificate discriminazioni tra imprese pubbliche e private nell'applicazione delle regole di concorrenza. In proposito la Corte di Giustizia ha elaborato il 'criterio dell'investitore privato in economia di mercato', in base al quale occorre stabilire se nelle medesime circostanze un investitore privato di pari dimensioni avrebbe effettuato conferimenti della stessa consistenza, evidenziando quindi la legittimità dell'intervento, o meno (sentenza SFEI, in C-39/94, punti 60 e 61).
Su queste basi, il contributo annuale del Ministero dell'istruzione attribuisce a Cineca un indebito vantaggio economico, ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE, trattandosi di una misura volta a coprire i costi che un'impresa normalmente dovrebbe sostenere da sola.

19. Commercio.

19.1. Natura del Piano di commercio.

La sez. IV si è soffermata, con la sentenza 9 maggio 2018, n. 2762, sulla natura del Piano di commercio affermandone il carattere di atto di programmazione economica, finalizzato a conformare, anche sotto il profilo urbanistico, la distribuzione commerciale.
Ha chiarito la Sezione che alla finalità economica si possono aggiungere diverse prescrizioni urbanistiche e territoriali. In particolare, quelle relative a "salvaguardare la sostenibilità territoriale e ambientale, l'equilibrio del sistema urbano, di ridurre il consumo del suolo e di riqualificare le aree di degrado". Sotto quest'ultimo profilo, il Piano del Commercio al dettaglio su aree private, contenente la pianificazione delle medie e grandi strutture di vendita, ha assunto anche natura di atto di programma-

zione territoriale o urbanistica per l'insediamento di nuovi esercizi commerciali.
La connessione tra pianificazione commerciale e territoriale è ormai un dato acquisito al sistema (Corte cost. n. 176 del 2014), essendo le due materie preordinate a finalità diverse (tutela della concorrenza e corretto uso del territorio) ma tra loro interferenti

20. Made in Italy.

20.1. Mozzarelle di bufale Campane Dop.

La sez. III, nell'occuparsi della problematica relativa alle modalità di produzione delle mozzarelle di bufale Campane Dop, con ord. n. 5003 del 22 agosto 2018 ha rimesso alla Corte di Giustizia UE la questione se gli artt. 3, 26, 32, 40 e 41 del TFUE e gli artt. 1, 3, 4, 5 e 7 del Regolamento 1151/2012/UE, recante la disciplina sulle Denominazioni di Origine Protette, che impongono agli Stati membri di garantire sia la libera concorrenza dei prodotti all'interno dell'Unione europea sia la tutela dei regimi di qualità per sostenere le zone agricole svantaggiate, debbano essere interpretati nel senso che osta a che, secondo il diritto nazionale (dell'art. 4, d.l. 24 giugno 2014, n. 91, così come convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 116) sia stabilita una restrizione nell'attività di produzione della mozzarella di bufala Campana Dop da effettuarsi in stabilimenti (e locali) esclusivamente dedicati a tale produzione, e nei quali è vietata la detenzione e lo stoccaggio di latte proveniente da allevamenti non inseriti nel sistema di controllo della Dop mozzarella di bufala Campana.
Ha premesso che la questione era stata sollevata da alcune produttrici di mozzarella campana Dop e non Dop o mista sul rilievo che l'art. 4, d.l. 24 giugno 2014, n. 91 – nella parte in cui obbliga ad utilizzare spazi separati per la produzione di mozzarelle di bufala Campane Dop e mozzarelle con latte differente da quello da allevamenti inseriti nel sistema di controllo della Dop Mozzarella di Bufala Campana – si porrebbe in contrasto con la normativa europea, che pone come suo principale obiettivo quello della valorizzazione del prodotto "protetto" come complemento alla politica di sviluppo rurale e alle politiche agricole, soprattutto delle aree svantaggiate, quale è la Regione Campania..
La Sezione ha quindi ricordato che la Corte di Giustizia UE, con sentenza 16 maggio 2000 (C-388/95, Belgio/Spagna), ha chiarito che la normativa eurounitaria tutela i beneficiari contro l'uso illegittimo delle dette denominazioni da parte di terzi che intendano profittare della reputazione da esse acquisita. Tali denominazioni sono dirette a garantire che il prodotto cui sono attribuite provenga da una zona geografica determinata e possieda talune caratteristiche particolari. Esse possono godere di una grande reputazione presso i consumatori e costituire, per i produttori che soddisfano

le condizioni per usarle, un mezzo essenziale per costituirsi una clientela. La reputazione delle Denominazioni di origine dipende dall'immagine di cui queste godono presso i consumatori. A sua volta tale immagine dipende, essenzialmente, dalle caratteristiche particolari e, in generale, dalla qualità del prodotto. E' quest'ultima, in definitiva, che costituisce il fondamento della reputazione del prodotto. Nella percezione del consumatore, il nesso tra la reputazione dei produttori e la qualità dei prodotti dipende, inoltre, dalla sua convinzione che i prodotti venduti con la Denominazione di origine sono autentici.
Nel giudizio proposto dinanzi al Consiglio di Stato le appellanti hanno tuttavia ritenuto che vada ben oltre tali forme di tutela della valorizzazione della qualità dei prodotti una misura, quale quella introdotta dall'art. 4, comma 1, ultimo alinea, d.l. n. 91 del 2014, che obblighi a produrre i prodotti realizzati anche o esclusivamente con latte differente da quello da allevamenti inseriti nel sistema di controllo della Dop mozzarella di bufala Campana in uno spazio differente, anche dello stesso stabilimento, al fine di evitare qualsiasi contatto tra latte proveniente da allevamenti inseriti nel sistema di controllo della mozzarella di Bufala Campana Dop e altro latte e, ancora di più, qualsiasi contraffazione.
Su richiesta delle appellanti dunque la sezione - in quanto giudice di secondo grado tenuto, se richiesto da una delle parti, ad adire il giudice europeo salvo che questi abbia già pronunciato sulla questione – ha rimesso alla Corte di giustizia di decidere sulla compatibilità alla disciplina eurounitaria la normativa italiana che disciplina la produzione delle mozzarelle di bufala campane Dop.
Con sentenza parziale 21 agosto 2018, n. 4994 la stessa Sezione, nel fare riserva di sollevare la questione dinanzi al giudice europeo, ha dichiarato manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalle appellanti con riferimento all'art. 4, d.l. n. 91 del 2014, garantendo tale norma la sicurezza alimentare dalle contraffazioni e, dunque, il consumatore finale. In una logica di contemperamento fra valori di rilievo costituzionale la compressione del diritto di libertà economica e di libera organizzazione imprenditoriale *ex* art. 41 Cost. non può essere predicata in modo incondizionato, incontrando piuttosto specifici limiti nella compatibilità con le strategie aziendali dell'operatore subentrante e - più in generale - nell'identità di ratio e di oggetto di tutela. La questione è dunque infondata alla luce del principio, più volte ribadito nella giurisprudenza della Corte costituzionale (24 gennaio 2017, n. 16, nonchè sentenze n. 203 del 2016; n. 56 del 2015; n. 152 del 2010; n. 167 del 2009), per cui non è configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale, come sancito dall'art. 41, comma 2, Cost., purché, per un verso, l'individuazione di quest'ultima non appaia arbitraria e, per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue.

21. Trasporti.

21.1. Trasporto pubblico locale.

Con ord. 16 luglio 2018, n. 4303 la sez. V ha rimesso alla Corte di giustizia UE la questione se l'art. 5, comma 4, del Regolamento (CE) 23 ottobre 2007, n. 1370/2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, deve essere interpretato nel senso che ricorre nella legislazione nazionale il divieto all'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale, preclusivo dell'affidamento diretto anche nei casi in cui sarebbe consentito dalla normativa euro-unitaria, quando è posta la regola generale della gara pubblica per l'affidamento del predetto servizio ovvero soltanto nel caso di divieto specifico di affidamento diretto anche in relazione alle ipotesi in cui è consentito dalla normativa euro-unitaria.

Ha chiarito la Sezione che il dubbio riguarda la corretta interpretazione della norma europea (l'art. 5, comma 4, del Regolamento 1370/2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia) nella parte in cui esclude la facoltà di affidamento diretto dei contratti di servizio pubblico in materia di TPL anche per le ipotesi marginali (c.d. *de minimis*) ivi previste qualora ciò "sia vietato dalla legislazione nazionale".

Si domanda se, per ritenere operante il suddetto divieto, è sufficiente anche soltanto la previsione da parte del legislatore della regola generale della gara pubblica per l'affidamento dei contratti di servizio di TPL locale (come previsto dal riportato art. 18, comma 2, d.lgs. n. 422 del 1997) o, invece, è necessario un divieto specifico e riferito proprio a quelle fattispecie per le quali nella legislazione europea è consentito l'affidamento diretto.

La risposta al dubbio interpretativo è decisiva ai fini della risoluzione della controversia portata dinanzi a questo Consiglio di Stato: se si ritiene necessario un divieto specifico, riferito pure ai casi per i quali nella normativa euro-unitaria è consentito l'affidamento diretto, in mancanza di tale espresso divieto nella normativa italiana, la condotta della Regione non potrebbe essere censurata.

21.2. Trasporto aereo.

Con riferimento alla pratiche commerciali scorrette la sez. VI, coi nord. 31 dicembre 2018, n. 7299 ha rimesso alla Corte di giustizia Ue le questioni: a) se il disposto dell'art. 23, par. 1, seconda frase, del Regolamento CE n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 settembre 2008, recante norme comuni per la prestazione dei servizi aerei nella comunità, debba essere interpretato nel senso che le voci concernenti gli oneri di web check-in e di "tariffa amministrativa" per acquisto con carta di credito, gravanti sul prezzo dei biglietti stessi, nonché quelli derivanti dall'applicazione dell'i.v.a. alle tariffe ed ai supplementi facoltativi per i voli nazio-

nali, rientrino nella categoria dei supplementi di prezzo inevitabili, prevedibili ovvero opzionali; b) nonchè se il disposto dell'art. 23, par. 1, quarta frase, del regolamento n. 1008/2008 debba essere interpretato nel senso che con il termine opzionale si intende ciò che possa essere evitato dalla maggioranza dei consumatori. Ha premesso la Sezione che oggetto di contestazione, che ha dato luogo alla comminazione, ad una compagnia aerea, di sanzione pecuniaria per pratiche commerciali scorrette sono le seguenti voci di prezzo: gli oneri di *web check-in*, di "tariffa amministrativa" per acquisto con carta di credito, gravanti sul prezzo dei biglietti stessi, nonché quelli derivanti dall'applicazione dell'i.v.a. alle tariffe ed ai supplementi facoltativi per i voli nazionali.
In particolare, la Sezione ha quindi sottoposto al Giudice europeo le seguenti questioni. Per un verso, se il disposto dell'art. 23, par. 1, del regolamento n. 1008/2008 debba essere interpretato nel senso che tali voci (gli oneri di web check-in, di "tariffa amministrativa" per acquisto con carta di credito - diversa da quella prestabilita -, gravanti sul prezzo dei biglietti stessi, nonché quelli derivanti dall'applicazione dell'i.v.a. alle tariffe ed ai supplementi facoltativi per i voli nazionali) rientrino nella categoria dei supplementi di prezzo inevitabili, prevedibili ovvero opzionali. Per un altro verso, se il disposto dell'art. 23, par. 1, quarta frase, del regolamento n. 1008/2008 debba essere interpretato nel senso che con il termine opzionale si intende ciò che possa essere evitato dalla maggioranza dei consumatori. Su tali questioni la Sezione ritiene che, allo stato, l'interpretazione e conseguente applicazione della disciplina in questione fatta propria dall'Autorità – e condivisa in parte qua dal Giudice di prime cure - parrebbe coerente alla lettera ed allo spirito della norma comunitaria. Ciò, sia in generale, con riferimento a tutte le possibili voci di spesa per l'utente, in quanto il prezzo chiesto al consumatore deve essere chiaro fin dall'inizio ed unico nella relativa determinazione anteriore alla fase di effettivo pagamento; in quest'ultimo momento l'utente deve essere pienamente consapevole degli oneri richiesti. Sia nella specie, con riferimento alle singole voci oggetto di contestazione. A sostegno di tale opzione ermeneutica, a titolo esemplificativo, in merito all'illegittimità del sovraprezzo per l'uso della carte di credito la giurisprudenza nazionale ha già avuto modo di richiamare la disciplina di cui alla Direttiva 2007/64/CE (servizi di pagamento nel mercato interno), recepita dal d.lgs. n. 11 del 2010, che ha introdotto il c.d. divieto di *payment card surcharge* in base al quale il beneficiario non può applicare spese al pagatore per l'utilizzo di un determinato strumento di pagamento. Questo divieto è ribadito dagli artt. 21, comma 4 *bis* (pratiche scorrette) e 62 del c.d. codice consumo cit..
In termini più ampi, nell'ambito di un sistema di prenotazione elettronico, il prezzo finale da pagare deve essere indicato già alla prima esposizione dei prezzi relativi a servizi aerei.

Al riguardo la Sezione ha richiamato anche quanto già espresso dalla giurisprudenza europea, a partire dal principio per cui, ai fini dell'interpretazione di una disposizione di diritto dell'Unione, si deve tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (cfr. ad es. sentenza del 19 luglio 2012, ebookers.com Deutschland, C-112/11, EU:C:2012:487, punto 12 e giurisprudenza ivi citata).
In relazione al tenore dell'art. 23, par. 1, terzo periodo, del regolamento n. 1008/2008, la stessa Corte (cfr. sentenza 6 luglio 2017, causa 290\16) ha evidenziato che l'obbligo di precisare quantomeno la tariffa passeggeri nonché le tasse, i diritti aeroportuali e gli altri diritti, tasse o supplementi qualora tali elementi siano aggiunti alla tariffa passeggeri, si aggiunge all'obbligo, risultante dall'articolo 23, paragrafo 1, secondo periodo, di detto regolamento, di indicare il prezzo finale (v. anche la sentenza 15 gennaio 2015, Air Berlin, C-573/13, punto 44). Pertanto, un vettore aereo che si limitasse a menzionare il prezzo finale non soddisferebbe le prescrizioni dell'art. 23, par. 1, terzo periodo, di detto regolamento, dato che esse impongono di indicare gli importi dei diversi elementi costitutivi di tale prezzo.
Secondo tale giurisprudenza, le diverse voci costitutive del prezzo finale da pagare, di cui all'art. 23, par. 1, terzo periodo, del regolamento n. 1008/2008, devono sempre essere rese note al cliente nella misura degli importi che esse rappresentano in tale prezzo finale. Tale interpretazione sarebbe confermata dagli obiettivi perseguiti dalla normativa in esame.
In tale ottica, infatti, l'art. 23, par. 1, del regolamento n. 1008/2008 è inteso a garantire, segnatamente, l'informazione e la trasparenza dei prezzi dei servizi aerei in partenza da un aeroporto situato sul territorio di uno Stato membro e contribuisce, pertanto, a garantire la tutela del cliente che fa ricorso a tali servizi. A tale proposito, esso prevede obblighi di informazione e di trasparenza per quanto riguarda, in particolare, le condizioni applicabili alle tariffe dei passeggeri, il prezzo finale da pagare, le tariffe aeree passeggeri e gli elementi di prezzo inevitabili e prevedibili che si aggiungono ad esso, nonché i supplementi opzionali di prezzo relativi a servizi che completano lo stesso servizio aereo (v. sentenza del 18 settembre 2014, Vueling Airlines, C-487/12, EU.C.2014.2232, punto 32).
Pertanto, l'obiettivo di informazione e di trasparenza dei prezzi non sarebbe conseguito se l'art. 23, par. 1, terzo periodo, del regolamento n. 1008/2008 dovesse essere interpretato nel senso che esso offre ai vettori aerei la scelta tra includere le tasse, i diritti aeroportuali, gli altri diritti, tasse o supplementi nella tariffa aerea passeggeri oppure indicare separatamente tali voci. In definitiva, ciò che ne deriva è il seguente principio, condiviso dal Collegio: all'acquisto di un biglietto, il cliente deve pagare un prezzo definitivo e non provvisorio.
Peraltro, a fronte di tali indicazioni di principio, la stessa giurisprudenza ha concluso

nel senso che la norma in esame vada interpretata nel senso che, nel pubblicare le loro tariffe passeggeri, i vettori aerei devono precisare separatamente gli importi dovuti dai clienti per le tasse, i diritti aeroportuali nonché gli altri diritti, tasse e supplementi di cui all'art. 23, par. 1, terzo periodo, lett. da b) a d), di detto regolamento, e non possono, pertanto, includere, nemmeno parzialmente, tali elementi nella tariffa passeggeri, di cui all'art. 23, par. 1, terzo periodo, lettera a), del regolamento stesso. In tale contesto, assume rilievo determinante qualificare, ai sensi della norma europea in questione, i costi in contestazione. In proposito, per un verso il *webcheck-in* e l'i.v.a. sono stati qualificati, dall'Autorità e dalla sentenza appellata, come costi non facoltativi, che solo a seguito della procedura dell'Antitrust sono stati adeguatamente evidenziati nella fase iniziale della procedura di acquisto; per un altro verso la terza voce costituisce un supplemento che viene automaticamente aggiunto al prezzo totale nella misura in cui il passeggero, al termine della procedura, scelga una modalità di pagamento diversa dalla specifica carta di credito prepagate prescelta dalla stessa compagnia aerea.

21.3. Trasporto ferroviario.

Con ord. 24 maggio 2018, n. 3123 la sez. V ha rimesso alla Corte di giustizia Ue la questione pregiudiziale se una misura consistente nello stanziamento per legge di 70 mln di euro a favore di un operatore del settore del trasporto ferroviario, alle condizioni stabilite dalla l. 28 dicembre 2015, n. 208 (art. 1, comma 867), come modificata dal d.l. 24 aprile 2017, n. 50, e il successivo trasferimento dello stesso ad altro operatore economico, senza gara e per un corrispettivo pari a zero, costituisca aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea; in caso affermativo occorre stabilire se l'aiuto in questione sia comunque compatibile con il diritto dell'UE e quali siano le conseguenze della sua mancata notifica ai sensi dell'art. 107, par. 3, del TFUE.

Ha premesso la Sezione che l'art. 1, comma 867, l. 28 dicembre 2015, n. 208 [Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)], ha previsto che lo Stato italiano, in considerazione della "grave situazione finanziaria" concernente la Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.p.a., società (allora) interamente partecipata dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, ne ha previsto il commissariamento, da disporre con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

La disposizione di legge di stabilità per il 2016 in esame ha quindi: - demandato al commissario straordinario, tra le altre attività, di "predisporre un piano industriale per il risanamento" orientato alla riduzione dei costi di funzionamento (secondo periodo) e di formulare al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti proposte affinché la società sia "trasferita o alienata secondo criteri e modalità individuati con decreto"

dallo stesso Ministro (quinto periodo); - autorizzato a carico del bilancio dello Stato per l'anno 2016 una spesa di 70 milioni "al fine di assicurare la continuità operativa della società" nelle more dell'attuazione del piano di risanamento (sesto periodo). Un primo profilo rilevante consiste nello stabilire se possa esservi un aiuto di Stato *ex* art. 107 del Trattato di fronte ad una cessione azionaria che si esaurisce nel perimetro delle articolazioni ministeriali dello Stato, posto che l'intero capitale della Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici prima del trasferimento contestato nel presente giudizio era detenuto dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ed ora fa capo al Ministero dell'economia e delle finanze, partecipante al 100% del capitale dell'acquirente Ferrovie dello Stato Italiane. Va peraltro evidenziato che – contemporaneamente – quest'ultima è la *holding* del gruppo economico costituente il principale operatore del settore del trasporto ferroviario. Attraverso le società del gruppo la controinteressata opera nel settore del trasporto ferroviario di merci e di passeggeri a media e lunga percorrenza e nel trasporto locale (con la partecipata Trenitalia s.p.a., principale impresa ferroviaria nazionale, attiva nel trasporto ferroviario passeggeri a media e lunga percorrenza), e (con la partecipata Rete Ferroviaria Italiana s.p.a.) è concessionaria per la gestione della rete ferroviaria nazionale. Ciò premesso, secondo il risalente orientamento della Corte di giustizia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento, può essere considerata un'impresa ai fini del diritto della concorrenza (tra le altre: sentenze 23 aprile 1991, C-41/90, Hofner e Elsner; 11 dicembre 1997, C-55/96, Job Centre; 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c/ Italia; 16 marzo 2004, C-264/01, AOK Bundesverband; 23 marzo 2006, C-237/04, Enirisorse). Pertanto appare pacifico che la s.p.a. Ferrovie dello Stato Italiane possa rientrare in quest'ampia nozione, rilevante ai sensi dell'art. 107, paragrafo 1, del Trattato. Tuttavia, va considerato che ai sensi del regolamento UE n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 [relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70] l'attività di trasporto ferroviario costituisce anche un servizio di economico generale soggetto ad obblighi di servizio pubblico, per cui l'operazione contestata nel presente giudizio potrebbe collocarsi nell'ambito delle particolari regole di cui all'art. 106, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea relative alle "imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale".

Sotto un distinto profilo, va considerato il presupposto della "grave situazione finanziaria" in cui Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici versava al momento in cui è stata approvata la legge di stabilità per il 2016 e sulla cui base è stato previsto lo stanziamento di 70 milioni (dagli atti di causa esso si attesta a circa 200 mln di

euro al momento del commissariamento). Al medesimo riguardo deve inoltre sottolinearsi che il trasferimento è stato deciso dopo che il commissario ha constatato l'impossibilità di risanare l'impresa senza l'apporto di nuovi capitali. Dagli atti del giudizio risulta poi che nel gennaio 2017, pochi mesi dopo il trasferimento in contestazione, la società ha presentato ricorso al Tribunale di Bari per l'ammissione al concordato preventivo.

Ad avviso della Sezione sulla base delle circostanze ora richiamate non può dunque escludersi che la misura legislativa di sostegno dell'operatore partecipato in situazione di crisi possa essere ricondotto nell'ambito delle ordinarie prerogative dell'azionista e del legittimo interesse dello Stato, in tale qualità, di assicurare la sopravvivenza della propria partecipata. Escluso sulla base di ciò il fine della misura di aiuto pubblico ad attribuire al suo destinatario un vantaggio economico dovrebbe del pari negarsi l'effetto di alterazione della concorrenza a favore di "talune imprese o talune produzioni" ai sensi dell'art. 107, comma 1, del Trattato. Il rilievo ora svolto appare confermato dalle finalità del trasferimento. Infatti, l'operazione è stata compiuta per il dichiarato obiettivo di risanare un'azienda pubblica in situazione di squilibrio patrimoniale, attraverso la sua acquisizione da parte di altra impresa pubblica in possesso dei necessari requisiti tecnici ed economico-finanziari. Da ciò si ricava che lo stanziamento previsto nella legge di stabilità per il 2016 non è finalizzato ad una migliore collocazione sul mercato della società, a favore di un operatore economico privato, ma a recuperare la redditività di una partecipazione pubblica, come si desume dalle condizioni previste nel decreto ministeriale impugnato nel presente giudizio per il trasferimento della partecipazione a favore di Ferrovie dello Stato Italiane. Come risulta poi dal decreto ministeriale impugnato, quest'ultima è stata individuata quale cessionario in ragione della sua qualità di impresa pubblica operante nel medesimo settore ed in possesso di adeguati requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria, e dunque al fine di risanare e rendere efficiente una partecipazione pubblica che nell'ambito della precedente gestione aveva determinato un ingente disavanzo patrimoniale. L'operazione sembra pertanto collocarsi in un contesto e per scopi per i quali è invocabile il principio di neutralità dell'Unione rispetto ai regimi proprietari delle imprese, sancito dall'art. 345 del medesimo Trattato, in virtù del quale gli Stati membri possono legittimamente perseguire l'obiettivo di istituire o (per quanto riguarda il caso di specie) di mantenere un regime di proprietà pubblico per talune imprese, da cui si ricava il corollario della parità di trattamento tra imprese pubbliche e private. Le imprese appellanti sostengono nondimeno che l'art. 345 del Trattato ora menzionato sia stato violato nel caso di specie, per la mancanza del c.d. test dell'operatore privato in un'economia di mercato, ripetutamente affermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (tra le altre: sentenze 21 marzo 1991, C-303/88, Italia c/ Commissione; 14 settembre 1994, C-278/92, 279/92 e

280/92, Spagna c/ Commissione; 16 maggio 2002, C-482/99, Francia c/ Commissione; 28 gennaio 2003, C-334/99, Germania c/ Commissione), a causa del fatto che la cessione della partecipazione in Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici è avvenuta senza gara ed è dunque mancato il c.d. test dell'operatore privato in un'economia di mercato. Particolare enfasi è posta sul punto alla segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 26 ottobre 2016 (prot. n. 68258), che con riguardo all'operazione oggetto del presente giudizio ha espresso rilievi critici per le modalità con cui essa è stata realizzata, ed in particolare perché svolta "senza una preventiva valutazione al fine di verificare il rispetto del cd. Market Economy Operator Test"; e dunque senza che sia stato "preventivamente individuato alcun valido riferimento del valore di mercato" di Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici. Tuttavia anche a questi rilievi può essere opposta la considerazione che nella prospettiva di un recupero della redditività della società in crisi il mantenimento della partecipazione nel sistema delle partecipazioni statali, attraverso la sua cessione ad un'impresa pubblica operante nel medesimo settore economico ed in possesso di adeguati requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria, può essere ritenuto legittimo e non rilevante ai fini della disciplina in materia di aiuti di Stato.
A questo specifico riguardo, va ricordato che secondo la Corte di giustizia una *holding* pubblica può ripianare le perdite di una controllata, laddove sia prevedibile un miglioramento della redditività (sentenza 21 marzo 1991, C–303/88, Lanerossi I), e ciò è quanto il decreto ministeriale impugnato nel presente giudizio espressamente si prefigge.
Emerge poi un'ulteriore considerazione che potrebbe far dubitare del fatto che il trasferimento azionario all'origine dei fatti di causa sia qualificabile come aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 del Trattato. Come è noto, la nozione di aiuti di Stato rilevante ai fini del Trattato riguarda misure concesse "dagli Stati ovvero mediante risorse statali". La giurisprudenza della Corte di giustizia ha chiarito al riguardo che a tal fine è necessario che la misura in esame sia finanziata "per mezzo di risorse statali», con conseguente aggravio a carico dei bilanci pubblici (in tal senso – fra le molte -: la sentenza 14 ottobre 1987, C-248/84, Germania c/ Commissione). Ebbene, se questo è il quadro normativo di riferimento, si dubita che sia configurabile un aiuto di Stato nel caso in cui il presunto beneficio economico (derivante dal trasferimento azionario in quanto tale e/o dall'erogazione dell'importo di 70 milioni di euro) sia intervenuto fra due entità interamente partecipate dallo Stato (e interamente riferibili a due Ministeri) i quali non presentano bilanci autonomi, ma i cui stati di previsione confluiscono nell'unico bilancio statale. La stessa erogazione di 70 milioni di euro, in quanto operata da un'articolazione all'altra di entità comunque riconducibili all'unico bilancio statale, potrebbe essere considerata di fatto "neutra" ai fini del criterio di finanziamento "per mezzo di risorse statali" di cui al par. 1 dell'art. 107

TFUE. Si osserva da ultimo che, mentre nella sua iniziale stesura la disciplina qui in esame sembrava destinare risorse pubbliche al ripiano delle passività aziendali della Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.p.a. (prefigurando un possibile 'aiuto al funzionamento'), al contrario nella sua stesura finale ed effettiva la misura in questione si è risolta in un sostegno al rafforzamento del comporto infrastrutturale in quanto tale. Sembra così essere venuto meno il carattere del vantaggio economico diretto in favore del beneficiario finale, che rappresenta un elemento indispensabile per qualificare una misura come 'aiuto di Stato' ai sensi del Trattato. Nel caso in cui (nonostante le osservazioni svolte ai paragrafi precedenti) le misure all'origine dei fatti di causa fossero considerate come aiuti di Stato, ci si domanda se esse siano o meno compatibili con le previsioni del Trattato.

22. Stranieri.

22.1. Permesso di soggiorno.

Molte le sentenza della Sezione terza che hanno affrontato le problematiche connesse all'immigrazione.

Tra le sentenze in tema di permesso di soggiorno merita di essere segnalata la n. 2654 del 4 maggio 2018, che ha dichiarato legittimo il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno opposto ad uno straniero che ha subito due condanne per traffico di ingenti quantità di stupefacenti anche se l'Amministrazione, pur dando atto dell'esistenza di vincoli familiari, si è limitata a sottolineare, ai fini del diniego, la particolare gravità dei reati e la loro reiterazione, senza spiegare perché gli interessi familiari siano subvalenti rispetto alla sicurezza dello Stato. Ha chiarito la Sezione che è vero che ai sensi dell'art. 5, comma 5, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, nell'adottare il provvedimento di rifiuto del rilascio, di revoca o di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, del familiare ricongiunto, ovvero dello straniero che abbia legami familiari nel territorio dello Stato (sul punto, "si tiene anche conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale" (Corte cost. 18 luglio 2013, n. 202, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 5, d.lgs. n. 286 del 1998 nella parte in cui ha previsto che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che "ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare" o al "familiare ricongiunto", e non anche allo straniero "che abbia legami familiari nel territorio dello Stato". Ad avviso della Sezione questo non significa, però, che tutte le volte che l'amministrazione, pur dando atto dell'esistenza di vincoli familiari, si limiti a sottolineare, ai fini del diniego, la particolare gravità dei reati e la loro reiterazione, senza spiegare perché gli interessi

familiari siano subvalenti rispetto alla sicurezza dello Stato, sia per ciò solo inadempiente all'obbligo di motivazione scaturente dal citato comma 5 dell'art. 5, d.lgs. n. 286 e dall'art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241, occorrendo invece esaminare la fattispecie in concreto, anche al fine di evitare annullamenti meramente formali.
Esistono, infatti, reati già considerati dal legislatore ai fini dell'ingresso e della permanenza sul territorio italiano, particolarmente gravi in sé, da imporre l'allontanamento a prescindere dal *quantum* di pena, finanche nelle more dell'accertamento giudiziario definitivo (ad es. lo spaccio di stupefacenti di cui all'art. 73, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309). Vi sono poi comportamenti, quali la recidiva, che il legislatore considera sintomatici di pericolosità sociale del reo, in quanto indice della mancata comprensione del disvalore delle condotte illecite serbate, e che perciò danno luogo ad un incremento della pena.
Tali elementi, complessivamente considerati, oggettivamente precludono qualsiasi concreto bilanciamento con gli interessi familiari del reo, che non si traduca in mere e vacue formule motivazionali di stile, in cui la sostanza, dietro le parole e i sillogismi adoperabili, è che esiste una soglia di gravità, oggettivamente percepibile secondo l'*id quod plerumque accidit*, oltre la quale il comportamento criminale diviene intollerabile per lo Stato che offre ospitalità, in guisa da rendere, in concreto, vincolato il diniego di permanenza.
Del resto la formazione di una famiglia sul territorio italiano non può costituire scudo o garanzia assoluta di immunità dal rischio di revoca o diniego di rinnovo del permesso di soggiorno, ossia del titolo in base al quale lo straniero può trattenersi sul territorio italiano. Piuttosto, in casi speciali e situazioni peculiari, che eventualmente espongano i figli minori del reo a imminente e serio pregiudizio, l'ordinamento – ferma la valutazione amministrativa in punto di pericolosità e diniego di uno stabile titolo di soggiorno - offre, in via eccezionale, e a precipua tutela dei minori, uno specifico strumento di tutela, affidato al giudice specializzato dei minori. In forza del disposto dell'art. 31, comma 3, del Testo unico dell'immigrazione, infatti "Il Tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni della presente legge".

Con sentenza n. 4317 del 16 luglio 2018 la Sezione ha affrontato la tematica relativa alla conversione del permesso di soggiorno per motivi religiosi, conseguente a perdita dello stato di religioso, in permesso di soggiorno per lungo soggiornanti, escludendone la possibilità.
Ha affermato che il potere di rilascio dei titoli che legittimano lo straniero a soggiornare nel territorio dello Stato, ovvero di mutarne l'originaria ragione giustificativa,

non si sottrae, in linea generale, al suindicato generale ed inderogabile principio: è infatti evidente che - allo stesso modo in cui la tipicità causale dei permessi di soggiorno, le cui diverse tipologie appartengono ad un *numerus clausus* normativamente definito in ragione della finalità per la quale possono essere rilasciati dall'Amministrazione, esige il controllo di quest'ultima sulla sussistenza dei relativi presupposti legittimanti - così, ugualmente, il potere di autorizzare la conversione del permesso di soggiorno rilasciato per una determinata causa in altra tipologia finalistica presuppone una espressa regolamentazione delle ipotesi in cui essa è ammissibile e delle relative condizioni. La vigente legislazione in materia di immigrazione detta, infatti, una analitica e tendenzialmente completa disciplina della presenza dello straniero nel territorio dello Stato, in tutte le sue fasi evolutive, comprensive dell'ingresso, della permanenza e della cessazione, attribuendo all'Amministrazione corrispondenti e penetranti poteri di controllo, abilitativi e repressivi, in funzione della tutela dei superiori interessi della gestione dei flussi migratori e della salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica. Inoltre, ciascuno dei suindicati segmenti logico-temporali, in cui si articola il rapporto tra lo Stato ed il cittadino straniero (ed in particolare quelli dell'ingresso e del successivo soggiorno), è disciplinato in termini unitari, in coerenza con la rispettiva ragione giustificativa: sì che, ad esempio, lo scopo (e la disciplina) del soggiorno non è indifferente alla finalità in vista della quale è avvenuto l'ingresso nel territorio dello Stato, né la prima è intercambiabile ad libitum indipendentemente dalla seconda, come si evince agevolmente dal disposto dell'art. 11, comma 1, d.P.R. n. 394 del 1999, ai sensi del quale il permesso di soggiorno è rilasciato, quando ne ricorrono i presupposti, per i motivi e la durata indicati nel visto d'ingresso.
Data la premessa, ne consegue che la tesi di una indiscriminata possibilità di conversione del permesso di soggiorno si scontra con la descritta impostazione normativa, concretizzando il rischio di introdurre fattori di legittimazione dell'ingresso e della permanenza dello straniero nel territorio italiano di carattere atipico, perché eterogenei rispetto ai relativi schemi normativi ed agli stringenti requisiti, procedimentali e sostanziali, che li definiscono".
Nel nostro ordinamento manca una norma che disciplini la conversione del permesso di soggiorno per motivi religiosi in permesso per altro titolo.
Ciò chiarito, va ricordato che l'art. 5, comma 5, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 dispone che "Il permesso di soggiorno o il suo rinnovo sono rifiutati e, se il permesso di soggiorno è stato rilasciato, esso è revocato quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato, fatto salvo quanto previsto dall'art. 22, comma 9, e sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili". Ha affermato la Sezione che se la norma, da un lato, prevede la revoca del

permesso di soggiorno (non escluso quello rilasciato per motivi religiosi), una volta venuta meno la ragione che ne ha giustificato il rilascio, determinando una cesura da sola sufficiente a precludere l'applicabilità della conversione (la quale presuppone la legittima persistenza del titolo di soggiorno), dall'altro lato, nel consentire la perdurante vigenza del titolo qualora "siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio" (laddove la particella pronominale "ne" significa "dello stesso permesso di soggiorno", anche causalmente identificato, con particolare riguardo alla sua finalità lavoristica), ha evidentemente riguardo alla medesima causale che ha giustificato il rilascio originario del permesso di soggiorno.
La Sezione ha infine escluso che possa risultare pertinente, al fine di legittimare l'applicazione dell'istituto della conversione a prescindere da una espressa norma legittimante, neanche l'evocazione della fattispecie (apparentemente affine) della conversione del provvedimento invalido, il quale può essere convertito per regola generale, in ossequio al principio di conservazione degli atti giuridici, in altro provvedimento di cui possieda i requisiti di sostanza e di forma: fattispecie alla quale potrebbe astrattamente essere assimilata quella del permesso di soggiorno scaduto, il quale in ipotesi potrebbe conservare la sua efficacia ove convertito in altro tipo di titolo. In primo luogo, infatti, non si verte nella specie in una ipotesi di provvedimento invalido, ma inefficace (per essere venuta meno la sua ragione giustificativa o, comunque, per essere giunto alla sua naturale scadenza), rispetto alla quale non si pone alcuna esigenza conservativa di carattere oggettivo (ma semmai l'interesse del suo titolare a permanere nel territorio dello Stato, il quale può tuttavia essere soddisfatto in presenza delle condizioni contemplate dall'ordinamento). Inoltre, come si è detto, è proprio l'automaticità della conversione del permesso di soggiorno, rilasciato in vista di una determinata causale (ed accompagnato dal rispetto dei presupposti procedimentali e sostanziali previsti dall'ordinamento per il relativo tipo di appartenenza), a dover essere revocata in dubbio, allorquando il tipo di permesso, in cui dovrebbe essere convertito, sia presidiato da altri limiti e condizioni, di cui, per effetto della automatica conversione, non sarebbe tuttavia garantito il rispetto (o comunque in mancanza di una norma che indichi i presupposti per la conversione e le modalità per accertarli).

23. Avvocati dello Stato.

23.1. Nomina dell'Avvocato generale aggiunto.

La sez. V, con sentenza 31 ottobre 2018, n. 6184, ha affrontato la questione relativa alla nomina dell'Avvocato generale aggiunto.
Ha premesso che il governo autonomo, pieno o parziale che sia, è funzionale, nell'esperienza costituzionale dell'ordinamento (parametrata, direttamente o di riflesso *ex* art. 108, sugli artt. 104 e ss. Cost.), a garantire l'autonomia e l'indipendenza

solo dei magistrati, sia ordinari, sia speciali: autonomia e indipendenza che, in ragione della specifica funzione giurisdizionale, si dispiegano nei confronti degli altri poteri dello Stato, legislativo e, soprattutto, esecutivo, e si concretano nell'attribuzione ai rispettivi organi di governo autonomo (Consiglio Superiore della Magistratura, Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa, Consiglio di Presidenza della giustizia contabile, Consiglio della magistratura militare, Consiglio di Presidenza della giustizia tributaria) di attribuzioni proprie e decisionali riguardo allo stato giuridico dei magistrati, in termini di assunzioni, assegnazioni, trasferimenti, promozioni, provvedimenti disciplinari.
Una siffatta, ontologica, esigenza non sussiste per l'Avvocatura dello Stato: questa non è una magistratura ma è un organo di collaborazione contenziosa e consultiva di tutte le Amministrazioni dello Stato (e non solo), di rilievo non costituzionale (a differenza di tutte le magistrature: Parte II, Titolo IV della Costituzione), posta dalla legge in rapporto di dipendenza con il Presidente del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 17, r.d. n. 1611 del 1933. Salvo che per profili limitati, questa dipendenza non esprime una gerarchia in senso proprio, in ragione della particolare connotazione dell'istituto e, coerentemente, della natura delle speciali funzioni dell'Avvocatura dello Stato, che sono di consulenza legale e di difesa in giudizio delle Amministrazioni, con caratterizzazione tecnico-professionale.
La formula organizzatoria evocata dalla norma esprime essenzialmente, come assunto dalla dottrina, una dipendenza organica (attenendo alla provvista degli uffici ed alla responsabilità generale). L'autonomia organizzativa dell'Avvocatura dello Stato è connessa alle sue attribuzioni tecnico-legali e alla sua caratterizzazione, definite dalla noma capitale dell'art. 1, r.d. n. 1661 del 1933, secpndo cio "La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo, spettano all'Avvocatura dello Stato. Gli avvocati dello Stato esercitano le loro funzioni innanzi a tutte le giurisdizioni ed in qualunque sede e non hanno bisogno di mandato, neppure nei casi nei quali le norme ordinarie richiedono il mandato speciale, bastando che consti della loro qualità".
Perciò questa autonomia è a sé stante e non si pone nei termini di autonomia eindipendenza dal vertice governativo o più in genere dal potere esecutivo che debbono strutturalmente caratterizzare, in virtù del principio di separazione dei poteri, le magistrature e che sono a base del loro governo autonomo: ne difettano ragioni e presupposti, perché non si tratta di un'istituzione di garanzia dei cittadini propria dello Stato di diritto, che, decidendo nel caso concreto, deve assicurare il primato del diritto e per la quale è essenziale l'imparzialità e la terzietà rispetto ad ogni altro potere.
Vale anche considerare che, riguardo all'attività contenziosa, le è rimessa la tutela legale di una "parte" (nel perseguimento dei diritti e degli interessi dello Stato), in

modo tendenzialmente non dissimile, nei contenuti, da quanto inerisce al rapporto professionale tra un avvocato libero professionista e il suo cliente. E, nella consulenza, questo avviene nell'interesse contingente dell'apparato pubblico e non dell'ordinamento giuridico.
Inoltre l'inserimento dell'Avvocatura dello Stato nell'organizzazione dell'apparato dello Stato, con la sua natura di ufficio pubblico, implica l'applicazione dei principi costituzionali sulla pubblica amministrazione, rapportati alla caratterizzazione di un servizio organizzato unitariamente, per quanto articolato territorialmente, per fornire consulenza e assistenza contenziosa alle amministrazioni dello Stato e alle altre che se ne avvalgono. Invero è evidente che i compiti e i contenuti tipici della medesima Avvocatura dello Stato non si differenziano dall'esperienza professionale forense, salvo che per la natura pubblica dei soggetti patrocinati, che sono chiaramente diversificati dall'attività di *jus dicere*, in posizione di sintesi e valutazione imparziale delle contrapposte pretese delle parti.
In tale contesto va considerata la, conseguente, diversa natura del Consiglio degli Avvocati e Procuratori dello Stato (CAPS) rispetto agli organi di governo autonomo delle magistrature.
Il CAPS, piuttosto che un organo di governo autonomo, simile o parametrato a quelli (carattere che non avrebbe giustificazione, in base a quanto testé rilevato), appare consistere in un organo essenzialmente rappresentativo del corpo di questo personale professionale altamente specializzato: organo con finalità di coordinamento organizzativo, dalle funzioni eminentemente consultive, per quanto importanti e corrispondenti alla qualità professionale dei rappresentati, in vista e in orientamento del governo dell'Avvocatura medesima che compete al suo vertice. Queste considerazioni inducono, Ad avviso della Sezione, a non condividere la dedotta assimilazione degli avvocati dello Stato con i magistrati. L'equiparazione testualmente affermata ab origine dall'art. 23, r.d. n. 1611 del 1933 («Gli avvocati dello Stato sono equiparati ai magistrati dell'Ordine giudiziario in conformità della tabella B annessa al presente T.U.») si presenta come di rilevanza interna, finalizzata a stabilire corrispondenze con le qualifiche delle magistrature: a rigore, è limitata ai soli profili del trattamento economico (classi stipendiali), con esclusione di ogni assimilazione di tipo funzionale (Cons. St., sez. IV, 13 febbraio 2009, n. 798; id. 10 luglio 2014, n. 3501). Questo dato è qui capitale, anche se per il lato suo implica, e non solo sul piano della particolare dignità professionale, conseguenze coerenti col carattere rigorosamente selettivo e tecnico dell'accesso in carriera. È anche grazie a questa ragione – dal patente effetto di garanzia dell'autonomia professionale – che, in coerenza con le caratteristiche generali dell'Istituzione, la valutazione tecnico-professionale del singolo affare, di consulenza o difesa in giudizio, che è riservata a questo speciale e prestigioso

apparato di professionisti - autentico *grand corps technique* dello Stato -, è e permane solo di coerenza istituzionale e prescinde dalla valutazione di opportunità politica propria dei preposti alle varie amministrazioni cui è di ausilio, doveroso o facoltativo che questo sia. Ciò però inerisce l'indipendenza organizzativa e il particolare rapporto professionale con le singole amministrazioni; ma non riguarda la separazione tra i poteri dello Stato. Dunque concerne il modo d'essere e d'agire, particolare e garantito, dell'Avvocatura dello Stato rispetto alle restanti amministrazioni; ma non rispecchia le conseguenze organizzative di ciò che nel linguaggio dei diritti fondamentali viene chiamato, nelle sue varie declinazioni, il "diritto al giudice".
Da questa diversa consistenza e ragion d'essere dell'Avvocatura dello Stato rispetto alle magistrature, deriva che alla designazione dell'Avvocato generale aggiunto non risulta applicabile, neppure in analogia, la disciplina del conferimento degli incarichi giudiziari.
La Sezione si è poi soffermata sul parere reso nel procedimento dal CAPS chiarendo che in sede di nomina dell'Avvocato generale aggiunto, l'art. 23, l. 3 aprile 1979, n. 103 attribuisce al CAPS una funzione consultiva nel quadro di un procedimento che – per quanto concerne la scelta sostanziale della persona – è ancora del tutto interno all'amministrazione dell'Avvocatura dello Stato e che fa seguito ad una richiesta di parere (di natura obbligatoria, seppur non vincolante) proveniente dall'Avvocato Generale dello Stato, al quale ultimo spetta un potere di prima designazione. Ad avviso della Sezione, in ragione del tenore letterale della disposizione, la richiesta di parere al CAPS non si esaurisce in una mera richiesta di proposta, vale a dire nella richiesta di un atto al tempo stesso di valutazione e di impulso, dal carattere vincolante nei confronti del successivo sviluppo del procedimento; ma è una richiesta di un giudizio che, per sua natura, non può che essere formulata già con l'individuazione di un nominativo o, se così ritiene l'Avvocato generale, di più nominativi: su questo nominativo, o su questi nominativi, il CAPS esprime il proprio avviso, che la legge non qualifica vincolante e che perciò non è vincolante (ogni parere, per essere vincolante, dev'essere caratterizzato tale dalla legge esplicitamente o, implicitamente, dal sistema nel quale esso va reso): è all'Avvocato Generale, pertanto, che spetta un potere di prima designazione. Ha aggiunto la Sezione che non depone in senso inverso la caratterizzazione di sistema dell'Istituto: non esiste, come meglio si vedrà, alcuna ragione di governo autonomo della categoria che, a garantire l'autonomia e l'indipendenza che debbono caratterizzare le magistrature (artt. 104 e ss. e 108 Cost.), rimetta al giudizio/volontà dell'istituzionalizzata rappresentanza del corpo professionale la scelta del vertice dell'istituto.
Ha ancora chiarito la Sezione che la designazione, o proposta, dell'Avvocato generale dello Stato in nulla è incompatibile con la natura obbligatoria (seppur non vincolante) del parere del CAPS. Questo parere - che grazie alla regola rappresentativa

esprime il giudizio del corpo professionale - è importante quanto indefettibile, perché è una sorta di giudizio dei pari circa il valore e l'attitudine del designato: e, se reso con contenuto negativo sul/sui nominativo/i individuato/i, obbliga l'Avvocato generale o a formulare una diversa proposta (su cui andrà espresso un nuovo parere) o a proseguire nell'*iter* a favore nel nominativo inizialmente prescelto, ma dando congrua motivazione del disparere.

24. Impiego pubblico e privatizzato.

24.1. Professori universitari.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, nell'occuparsi dei casi di preclusione alla partecipazione ai procedimenti per la chiamata a professore ordinario, con ord. n. 76 dell'8 febbraio 2018 ha disposto la rimessione alla Corte costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 97 Cost., dell'art. 18, comma 1, lett. b), ultimo periodo, l. 30 dicembre 2010, n. 240 nella parte in cui – disponendo che "ai procedimenti per la chiamata, di cui al presente articolo, 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" – non fa menzione del rapporto di coniugio in aggiunta alla parentela e alla affinità, fino al quarto grado compreso.

Ha ricordato il Consiglio di Giustizia che l'affinità presuppone il rapporto di coniugio, come senza il matrimonio non vi sarebbe alcun vincolo fra una persona e i parenti del suo coniuge; reputa tuttavia che al risultato manifestamente irragionevole che si determina in ragione della lacuna normativa – che non fa menzione del coniuge, accanto a parenti e affini, come anche non fa menzione delle unioni civili e delle convivenze ai sensi della l. n. 76 del 2016 – non si possa ovviare per via interpretativa, ostandovi: da un lato il carattere e la natura della disposizione di legge che qui si vorrebbe applicare, che ponendo un limite alla libertà di accesso ai concorsi pubblici (incidendo, in definitiva, anche sulla libertà di ricerca di un lavoro), ha portata tassativa e non può essere applicata fuori dei casi espressamente contemplati; dall'altro lato il complessivo tessuto ordinamentale, in cui le cause di esclusione dalla partecipazione a procedure concorsuali, fondate su presumibili conflitti di interessi, devono costituire l'*extrema ratio* cui ricorrere solo quando non siano possibili altri strumenti per evitare il conflitto di interessi.

Sicché, ad avviso del Consiglio di Giustizia, la sola via per rimediare ad una simile lacuna, che appare del tutto priva di ragionevolezza ed incompatibile con la logica del sistema, sia quella di dubitare della legittimità costituzionale della norma nella parte in cui non vieta di partecipare ai procedimenti per la chiamata (anche, se non

prima di tutto) a coloro che sono in rapporto di coniugio 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.
L'evidente omogeneità della situazione del coniuge rispetto a quella dei parenti e degli affini postula un eguale trattamento, in assenza di qualsiasi valida ragione che giustifichi una diversità di disciplina.
Una simile questione, preordinata ad una pronuncia che in ragione dell'uguaglianza e dell'imparzialità, ricomprenda nel disposto normativo dell'art. 18, comma 1, lett. b) citato, anche il rapporto di coniugio (e le unioni civili nonché le convivenze), oltre ad essere non manifestamente infondata per tutte le ragioni sin qui evidenziate, non potendosi in questo caso invocare la discrezionalità del legislatore, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., per violazione dei principi di uguaglianza, ragionevolezza buon andamento e imparzialità, è anche rilevante ai fini della decisione.

24.2. Nomina dei direttore dei musei.
L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 25 giugno 2018, n. 9, ha affermato il principio di diritto secondo cui l'art. 1, comma 1, d.P.C.M. n. 174 del 1994 e l'art. 2, comma 1, d.P.R. n. 487 del 1994, laddove impediscono in assoluto ai cittadini di altri Stati membri dell'UE di assumere i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato e laddove non consentono una verifica in concreto circa la sussistenza o meno del prevalente esercizio di funzioni autoritative in relazione alla singola posizione dirigenziale, risultano in contrasto con il par. 2 dell'art. 45 del TFUE e non possono trovare conseguentemente applicazione.
Ha tra l'altro chiarito l'Alto Consesso, con una articolata motivazione, che non appare suffragata la tesi, affermata nell'ambito dell'ordinanza di rimessione, secondo cui la posizione di direttore del Palazzo Ducale di Mantova (la cui nomina è oggetto del contenzioso) presenterebbe un carattere di apicalità nell'ambito dell'amministrazione statale e comporterebbe l'esercizio di "funzioni di vertice amministrativo" con spendita di funzioni prevalentemente di stampo pubblicistico e autoritativo, in tal modo giustificando la 'riserva di nazionalità' di cui al paragrafo 4 dell'articolo 45 del TFUE.
Ha al riguardo osservato che: ai sensi del comma 2-bis dell'art. 14, d.l. n. 83 del 2014, il Palazzo Ducale di Mantova rientra fra "i poli museali gli istituti della cultura nazionali di rilevante interesse nazionale"; il d.P.C.M. 29 agosto 2014, n. 171 ('Regolamento di organizzazione del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, degli uffici della diretta collaborazione del Ministro e dell'Organismo indipendente di valutazione della performance, a norma dell'art. 16, comma 4, d.l. 24 aprile 2014, n. 66'), all'art. 30, ha – sì - riconosciuto autonomia speciale all'istituzione in parola (riconoscendola come "di rilevante interesse nazionale"), ma non ne

ha delineato le funzioni e le attribuzioni con peculiarità tali da giustificarne il riconoscimento quale "organo amministrativo di vertice del Ministero, con il quale si attua l'indirizzo politico del Governo"; il richiamato regolamento di organizzazione ha qualificato l'istituzione di cui trattasi quale ufficio di livello dirigenziale non generale (i.e.: quale ufficio dirigenziale 'di terzo livello' sottoposto in primo luogo al potere di coordinamento e organizzazione del pertinente livello dirigenziale generale – art. 16, d.lgs. n. 165 del 2001 - e, in secondo luogo, al più generale potere di indirizzo e coordinamento del Segretariato generale del Ministero – art. 11, d.P.C.M. 171, cit. -), non differenziandone in modo davvero significativo le attribuzioni rispetto a quanto previsto in via generale per il secondo livello dirigenziale dall'art. 17, d.lgs. n. 165 del 2001; per quanto riguarda i compiti e le funzioni demandati ai direttori degli istituti e musei di rilevante interesse nazionale (fra cui quello che qui viene in rilievo), l'elencazione di cui al comma 4 dell'art. 35 non giustifica né la qualificazione in termini di apicalità, né l'affermazione secondo cui si tratterebbe di plessi deputati in via prevalente o esclusiva ad esprimere "[il] potere esecutivo [costituendo] l'organo amministrativo di vertice del Ministero , con il quale si attua l'indirizzo politico del Governo" (sul punto si tornerà fra breve); la medesima qualificazione in termini di apicalità non risulta giustificata neppure se riferita in modo indistinto a tutte le posizioni dirigenziali dell'amministrazione statale (per come richiamate – e senza distinzioni di sorta – dall'art. 1, comma 1, lett. a), d.P.C.M. n. 174, cit.). Ed infatti una tale qualificazione sembra fondarsi sull'indimostrato riconoscimento del carattere di apicalità a tutti i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, a prescindere dall'esame dei compiti e delle funzioni in concreto esercitati; non si rinviene invero alcuna ragione per riconoscere in modo indistinto l'esercizio dell'autorità pubblica e la responsabilità di salvaguardare gli interessi generali dello Stato (e quindi la possibilità di attivare la 'riserva di nazionalità') a fronte di qualunque posto di livello dirigenziale dello Stato (quand'anche deputato – ad esempio – a mere attività di consulenza, studio e ricerca ai sensi del comma 10 dell'art. 19, d.lgs. n. 165 del 2001, cit.); non rinviene pertanto un puntuale conforto testuale o sistematico la tesi secondo cui tutti i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato (art. 1, comma 1, lett. a), d.P,C.M. n. 174, cit.) sarebbero qualificabili sempre e comunque come posti con funzioni di vertice amministrativo e implicherebbero l'esercizio prevalente di funzioni di stampo autoritativo.

L'Alto Consesso ha ritenuto altresì non condivisibile la tesi, richiamata nell'ordinanza di rimessione, secondo cui, ai fini dell'applicazione dell'eccezione di cui al par. 4 dell'art. 45 del TFUE, non potrebbe richiamarsi il criterio della prevalenza fra funzioni di carattere pubblicistico e funzioni di gestione economica e tecnica, potendo tale eccezione essere invocata a fronte di qualunque posizione funzionale che

implichi (e in qualunque misura) l'esercizio di funzioni di stampo autoritativo.
L'Adunanza plenaria ha quindi concluso che l'art. 1, comma 1, lett. a), d.P.C.M. n. 174 del 1994 e l'art. 2, comma 1, d.P.R. n. 487 del 1994, laddove impediscono in modo assoluto la possibilità di attribuire posti di livello dirigenziale nelle amministrazioni dello Stato a cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea, risultino insanabilmente in contrasto con il par. 4 dell'art. 45 del TFUE e che, in assenza di possibili interpretazioni di carattere adeguativo, debbano essere disapplicati. Spetterà quindi al Governo, per evidenti ragioni di certezza giuridica, adottare le determinazioni conseguenti alla rilevata illegittimità *de iure comunitario* della richiamata disposizione regolamentare.

24.3. Avvocati di enti pubblici.
Con sentenza n. 5538 del 26 settembre 2018 la sez. III ha affrontato la problematica relativa alla rilevazione delle frequenze dichiarando legittima la delibera del Direttore generale del personale di una Azienda sanitaria che impone anche agli avvocati dell'Azienda di marcare con il *badge* l'entrata e l'uscita dal posto di lavoro, pena l'adozione di misure disciplinari.
Ha chiarito la Sezione che l'autonomia e l'indipendenza qualificanti l'esercizio di una determinata attività lavorativa, quale quella degli avvocati di enti pubblici, possono assumere – e concretamente assumono – contenuti e modalità di estrinsecazione diverse, in relazione alla tipologia di prestazione che viene in rilievo ed alla connessa esigenza, avvertita e tutelata dall'ordinamento, di evitare che le stesse risultino compromesse da scelte organizzative con esse confliggenti, promananti dall'Amministrazione di appartenenza. In particolare, con riguardo alla posizione dei cd. avvocati pubblici, ovvero quelli che sono incardinati organizzativamente presso un determinato ente pubblico ed ai quali è affidato lo *ius postulandi* nell'interesse dell'ente di appartenenza, deve osservarsi che le loro prerogative di indipendenza ed autonomia, proprio perché affidatari dell'interesse di una parte, attengono essenzialmente al "modo" in cui perseguire quell'interesse, ovvero alle scelte difensive da mettere in pratica per la sua migliore tutela, con la conseguenza che non rischiano di essere pregiudicate, anche nella percezione *ab externo*, da forme di controllo, circa le modalità anche temporali di svolgimento della loro prestazione, che con quelle scelte non siano, direttamente o indirettamente, interferenti. Non può escludersi, tuttavia, che determinate forme di controllo, pur rivolte in via diretta a verificare le modalità temporali di assolvimento della prestazione professionale dell'avvocato pubblico, quindi attinenti agli aspetti "estrinseci" della stessa, si rivelino oggettivamente idonee ad intaccare il "nucleo essenziale" dei requisiti di indipendenza ed autonomia della sua attività lavorativa: si pensi, con riguardo al meccanismo oggetto di controversia, all'ipotesi in cui l'autorizzazione all'uscita dalla sede di servizio, per recarsi

presso un ufficio giudiziario, debba essere rilasciata da un Settore dell'Amministrazione diverso da quello di inquadramento dell'avvocato.

24.4. Buoni pasto.

Con sentenza n. 2115 del 5 aprile 2018 la sez. IV ha affrontato la questione relativa alla ripetizione del maggior valore indebitamente attribuito ai buoni pasto ed ha affermato il principio secondo cui l'Amministrazione non può recuperare il maggior valore indebitamente attribuito ai buoni pasto erogati ai propri dipendenti, trattandosi di benefici destinati a soddisfare esigenze di vita primarie e fondamentali dei dipendenti medesimi, di valenza costituzionale, a fronte dei quali non è configurabile una pretesa restitutoria, per equivalente monetario.

Ha preliminarmente ricordato che costituisce diritto-dovere dell'Amministrazione ripetere le somme indebitamente corrisposte ai pubblici dipendenti dal momento che: a) l'azione di ripetizione di indebito ha come suo fondamento l'inesistenza dell'obbligazione adempiuta da una parte, o perché il vincolo obbligatorio non è mai sorto o perché è venuto meno successivamente, ad esempio a seguito di annullamento; b) il recupero delle somme erogate e non dovute costituisce il risultato di attività amministrativa di verifica e di controllo, priva di valenza provvedimentale; c) in tali ipotesi l'interesse pubblico è *in re ipsa* e non richiede specifica motivazione in quanto, a prescindere dal tempo trascorso, l'oggetto del recupero produce di per sé un danno all'Amministrazione, consistente nell'esborso di denaro pubblico senza titolo ed un vantaggio ingiustificato per il dipendente; d) si tratta dunque di un atto dovuto che non lascia all'Amministrazione alcuna discrezionale facoltà di agire e, anzi, configura il mancato recupero delle somme illegittimamente erogate come danno erariale; e) il solo temperamento ammesso è costituito dalla regola per cui le modalità di recupero non devono essere eccessivamente onerose, in relazione alle condizioni di vita del debitore; f) l'affidamento del pubblico dipendente e la stessa buona fede non sono di ostacolo all'esercizio del potere-dovere di recupero, nel senso che l'Amministrazione non è tenuta a fornire un'ulteriore motivazione sull'elemento soggettivo riconducibile all'interessato; g) rimane recessivo il richiamo ai principi in materia di autotutela amministrativa sotto il profilo della considerazione del tempo trascorso e dell'affidamento maturato in capo agli interessati.

Tali principi vanno declinati tenendo anche conto delle caratteristiche del tutto peculiari di alcuni casi concreti dedotti in giudizio. La ripetizione dell'indebito deve essere valutata tenendo conto dell'imputabilità alla sola Amministrazione dell'errore originario, del lungo lasso di tempo tra la data di corresponsione e quella di emanazione del provvedimento di recupero, della tenuità delle somme corrisposte anche in riferimento ai servizi resi, della eventuale complessità della macchina burocratica dalla quale è scaturito l'errore di conteggio.

Con riferimento alla ripetizione del maggior valore indebitamente attribuito ai buoni pasto, la Sezione ha evidenziato che l'Amministrazione ha del tutto trascurato di considerare la struttura e la funzione dei buoni-pasto, sostitutivi della fruizione gratuita del servizio di mensa presso la sede di lavoro ed escludenti "ogni forma di monetizzazione indennizzante" (Accordo quadro del 31 ottobre 2003).
Premesso che, secondo giurisprudenza consolidata della Corte di cassazione (sez. lav., 14 luglio 2016, n. 14388), l'attribuzione dei buoni pasto rappresenta una agevolazione di carattere assistenziale, occorre sottolineare che, nel caso di specie, i dipendenti non hanno percepito somme in denaro, bensì titoli non monetizzabili destinati esclusivamente a esigenze alimentari in sostituzione del servizio mensa e, per tale causale, pacificamente spesi nel periodo di riferimento. Si tratta dunque di benefici destinati a soddisfare esigenze di vita primarie e fondamentali dei dipendenti medesimi, di valenza costituzionale, a fronte dei quali non è configurabile una pretesa restitutoria, per equivalente monetario, del maggior valore attribuito ai buoni-pasto nel periodo di riferimento.

25. Militari.

25.1. Sanzioni disciplinari a carico di poliziotti.

La sez. IV, con sentenza 17 dicembre 2018, n. 7093 ha affermato il principio secondo cui in tema di sanzioni disciplinari a carico di appartenenti alla Polizia di Stato il Capo della Polizia è competente a verificare in autotutela la legittimità di ogni fase del relativo procedimento, ivi compresa la deliberazione della commissione disciplinare, fermo restando che la predetta Autorità non può invece intervenire (se non a favore dell'incolpato) sul merito della sanzione proposta dall'organo consultivo.
Ha ricordato la Sezione che l'attribuzione a tale Autorità del potere di irrogare sanzioni disciplinari comprende, necessariamente, quello di controllare la regolarità delle diverse fasi nelle quali si articola il relativo procedimento, al fine di evitare che eventuali vizi procedimentali si riverberino sull'atto finale con effetti invalidanti; ritenere il contrario, affidare cioè all'organo titolare del potere disciplinare una mera funzione di presa d'atto, salva la potestà di derubricazione, significa vincolare l'espressione del potere stesso ad un procedimento anche patentemente irregolare, senza possibilità di disporre il riesame. Una tale conclusione configge, all'evidenza, con i canoni di buona amministrazione e di efficienza dell'Amministrazione; occorre allora concludere che il potere di riesame, necessariamente inerente alla funzione attribuita, attiene al rispetto della regolarità degli adempimenti procedurali, mentre il divieto di *reformatio in peius* inerisce al diverso ambito del merito dell'apprezzamento demandato all'organo consultivo. Erroneamente il Tar ha ritenuto che un tale potere di annullamento della proposta del Consiglio di disciplina e di disporre il riesame del caso presupponga necessariamente un rapporto gerarchico tra Capo della

Polizia e Consiglio di disciplina, che non esiste: invece, il provvedimento impugnato è frutto di un procedimento che, nelle sue fasi, ha visto il dispiegarsi di poteri di controllo legittimamente esercitati, in quanto inerenti alla stessa funzione di amministrazione attiva.

Ancora in materia disciplinare la sez. IV (12 febbraio 2018, n. 880) ha affermato che l'art. 16, comma 2, l. 11 luglio 1978, n. 382 – nella parte in cui impone l'esperimento del ricorso gerarchico avverso le sanzioni disciplinari di corpo prima di poter esperire ricorso giurisdizionale o ricorso straordinario al Presidente della Repubblica - configura una condizione di proponibilità del giudizio e non un dovere di disciplina militare.
Ha chiarito la Sezione che l'interpretazione dell'art. 16, comma 2, l. 11 luglio 1978, n. 382 - ai sensi del quale "Avverso le sanzioni disciplinari di corpo non è ammesso ricorso giurisdizionale o ricorso straordinario al Presidente della Repubblica se prima non è stato esperito ricorso gerarchico o siano trascorsi novanta giorni dalla data di presentazione del ricorso" - non è, allo stato, univoca.
La stessa sez. IV (25 febbraio 1999, n. 228) ha stabilito che l'art. 16, comma 2, l. n. 382 del 1978 non ha introdotto una deroga al principio stabilito dalla l. 6 dicembre 1971, n. 1034 - che ha abolito l'onere del previo ricorso amministrativo - ma riguarda esclusivamente l'ordinamento militare, imponendo l'esperimento del ricorso gerarchico quale dovere di disciplina militare, ma non quale condizione dell'azione giurisdizionale in senso tecnico. Ancora la sez. IV (26 marzo 2010, n. 1778) ha ritenuto che il cit. art. 16, comma 2, riguarda esclusivamente l'ordinamento militare, imponendo l'esperimento del ricorso gerarchico contro le sanzioni del corpo quale dovere di disciplina militare, ma non quale condizione dell'azione giurisdizionale amministrativa in senso tecnico.
Di contro, la Corte costituzionale, dapprima con sentenza 22 aprile 1997, n. 113, poi con ordinanza 19 dicembre 2013, n. 322, ha ritenuto che la disposizione in esame, costituzionalmente legittima, configuri una condizione di proponibilità del giudizio; sulla stessa linea si è mosso il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana nella sentenza 19 gennaio 2010, n. 35.
La sezione, *re melius perpensa* rispetto al proprio, precedente orientamento, ritiene più condivisibile quello fatto proprio dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana.
Come osservato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 322, non vi è effettivamente alcuna base normativa per ascrivere natura di illecito disciplinare al mancato previo esperimento di ricorso gerarchico. Sono invece rinvenibili, ad avviso della Sezione, spunti normativi di segno diametralmente opposto. Come noto, *de jure condito* "costituisce illecito disciplinare ogni violazione dei doveri del servizio e della

disciplina militare sanciti dal presente codice, dal regolamento, o conseguenti all'emanazione di un ordine" (art. 1352, comma 1, cod. ord. mil.). Orbene, in primo luogo il ricorso gerarchico costituisce una facoltà dell'interessato: per principio logico di carattere generale il mancato esercizio di una facoltà non può mai costituire una "violazione di un dovere del servizio"; tale conclusione è coerente, inoltre, con la previsione generale sancita dal codice dell'ordinamento militare, secondo cui "L'esercizio di un diritto ai sensi del presente codice e del regolamento esclude l'applicabilità di sanzioni disciplinari" (art. 1466 cod. ord. mil.).
La "disciplina militare" (art. 1346 del codice) "è l'osservanza consapevole delle norme attinenti allo stato di militare in relazione ai compiti istituzionali delle Forze armate e alle esigenze che ne derivano": l'attivazione di rimedi a tutela della posizione del singolo militare è, dunque, palesemente estranea al concetto in parola.
Infine, "gli ordini devono, conformemente alle norme in vigore, attenere alla disciplina, riguardare e modalità di svolgimento del servizio e non eccedere i compiti di istituto" (art. 1349, comma 1, del codice, peraltro riproduttivo dell'art. 4, comma 3, l. n. 382 del 1978): l'esperimento del ricorso gerarchico è, come visto, estraneo alla disciplina e non riguarda il servizio (inteso come attiva esecuzione di mansioni istituzionali) né i compiti di istituto.
Per vero, i concetti di "disciplina" ed "illecito disciplinare", oggetto di specifica trattazione da parte del codice, erano comunque acquisiti e pacifici anche nel vigore della previgente disciplina: in parte qua, infatti, il codice non ha introdotto modifiche ma solo arricchito la normazione positiva di un patrimonio definitorio, in consonanza con la propria natura sistematica.
Posto, dunque, che non vi sono basi normative per annettere natura di illecito disciplinare al mancato previo esperimento di ricorso gerarchico, non resta che concludere che la disposizione in esame intenda effettivamente delineare una condizione di proponibilità del giudizio, invero costituzionalmente legittima in virtù della specialità dell'ordinamento militare, della non particolare gravosità dell'adempimento, del solo temporaneo differimento della possibilità di accedere alla tutela giurisdizionale, della più intensa capacità dello strumento gerarchico di soddisfare l'interesse demolitorio del ricorrente, alla luce della cognizione di merito riconosciuta all'Autorità adita.

25. Militari.

25.1. Sanzioni disciplinari a carico di poliziotti.

Con ordinanza, assunta in fase cautelare,14 dicembre 2018, n. 18 la sez. VI ha pronunciato sulla composizione della commissione di abilitazione all'esercizio delle professioni forensi ai sensi dell'art. 47, l. 31 dicembre 2012, n. 247 (recante la

"nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense",) affermando il principio che in sede di nomina e composizione della sottocommissione degli esami l'art. 47, l. n. 247 del 2012 non è ricompreso nel differimento previsto dal successivo art. 49 della legge medesima; dalla immediata applicazione dell'art. 47, l. n. 247 del 2012 discende che è venuto meno il principio c.d. di fungibilità dei componenti delle commissioni giudicatrici degli esami di abilitazione all'esercizio delle professioni forensi in passato applicabile *ex* art. 22, comma 5, r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578. Da tale premessa l'Alto Consesso ha fatto conseguire che è viziato l'operato delle sottocommissioni di esame che procedano alla elaborazione dei subcriteri, alla correzione degli elaborati scritti, ed alla celebrazione dell'esame orale in assenza di commissari appartenenti a ciascuna delle categorie professionali indicate *sub* art. 47, l. n. 247 del 2012.
Ha chiarito l'Alto Consesso che deve senz'altro riconoscersi che la l. n. 247 del 2012 ha introdotto plurime e rilevanti modifiche ai precedenti meccanismi di accesso alla professione di avvocato previsti dal r.d. n. 1578 del 1933 e dal r.d. 22 gennaio 1934, n. 37.
In particolare, un semplice raffronto tra le dette discipline, consente di rilevare che con riferimento alle "prove scritte ed orali", le innovazioni introdotte riguardano: a) il numero delle materie oggetto dell'esame orale (sei, secondo il r.d. n. 37 del 1934; sette, secondo la l. 247 del 2012); b) le modalità di scelta delle materie orali, in quanto secondo la previgente disciplina sarebbe rimessa al candidato la scelta delle cinque materie (di cui almeno una di diritto processuale) mentre secondo la nuova disciplina 1'esame ha necessariamente ad oggetto tutte le seguenti materie: ordinamento e deontologia; diritto civile; diritto penale; diritto processuale penale; diritto processuale civile, oltre ad altre due materie scelte preventivamente dal candidato; c) la durata della prova scritta (da sette ore per ciascuna prova si è passati a sei ore per ciascuna prova); d) la votazione minima per 1'ammissione all'orale (secondo la legge previgente sarebbe stato sufficiente conseguire la sufficienza -pari a 30 punti di merito- in almeno due delle tre prove scritte, mentre secondo le recenti disposizioni del 2012 è necessario raggiungerla in tutte e tre le prove); e) il punteggio minimo per l'idoneità in quanto: secondo la disciplina previgente occorrevano non più di 180 punti complessivi e non meno di 30 punti per almeno cinque prove, mentre secondo la nuova legge sarebbero necessari almeno 30 punti per ciascuna materia; f) la motivazione del voto, mediante osservazioni positive o negative, prevista (unicamente, ai sensi di quanto stabilito dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 7 del 2017) dalla nuova legge; g) il divieto di consultare testi con citazioni o commenti, mentre, secondo la normativa previgente, sarebbe stato consentito utilizzare testi con le (sole) annotazioni di giurisprudenza.
Ulteriori, rilevanti, innovazioni, concernono la composizione della commissione

centrale e delle sottocommissioni e la durata minima del periodo di tirocinio: non sembra quindi azzardato affermare con la novella del 2012 siano state introdotte disposizioni che modificano profondamente l'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione forense.
Ritiene l'Adunanza plenaria che dalla lettera del citato art. 49, l. 247 del 2012 possa ricavarsi il convincimento che il differimento della entrata in vigore della nuova normativa ivi contemplato si applichi - non soltanto, come espressamente deciso nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 7 del 2017, all'obbligo di corredare con motivazione esplicita l'espressione numerica del voto ma, anche - a tutte le prescrizioni contenute nel citato art. 46.
L'Adunanza plenaria è invece convinta che il detto differimento non ricomprenda la disposizione che regola la composizione delle commissioni di esame (art. 47) e che pertanto detta ultima disposizione debba ritenersi *ratione temporis* immediatamente applicabile.

26. Agrotecnici.
Con sentenza 1 agosto 2018, n. 4769 la sez. III ha giudicato legittimo il decreto delle politiche agricole, alimentari e forestali, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e con il Ministro della salute del 22 gennaio 2014, recante l'Adozione del Piano di azione nazionale per l'uso sostenibile dei prodotti fitosanitari, nella parte in cui ha previsto anche per gli Agrotecnici iscritti all'Albo l'obbligo di seguire i corsi di formazione su base regionale ovvero provinciale per poter ottenere e rinnovare l'abilitazione all'uso e alla vendita ed alla consulenza dei pesticidi.
Ha chiarito la Sezione che il decreto del 22 gennaio 2014 ha definito nell'ambito delle "Azioni" predisposte per l'attuazione della direttiva 2009/128/CE, secondo quanto disposto dalla fonte primaria di recepimento, il piano di formazione per gli utilizzatori, i distributori ed i consulenti, espressamente adeguando il sistema preesistente alle nuove disposizioni. Esso, pertanto, ha istituito il sistema di formazione obbligatoria e certificata per gli utilizzatori professionali, i distributori e i consulenti, prevedendo anche un aggiornamento periodico, demandando alle regioni ed alle province autonome il rilascio dei certificati di abilitazione.
In conformità con l'esigenza di aggiornamento – anche alle nuove evidenze scientifiche – il Piano di azione nazionale ha, quindi, previsto la validità quinquennale dei certificati ed il rinnovo previo verifica della partecipazione a specifici corsi di formazione.
In tale contesto, il punto A.1.3 ha disposto, anche per i consulenti, la certificazione quale requisito obbligatorio per svolgere l'attività, individuando, tuttavia, alcuni casi

di esenzione ai punti A.1.7 e A.1.8, come correttamente evidenziato dal primo giudice. Per i soggetti elencati ai predetti punti le regioni e le province autonome determinano i requisiti oggettivi ai fini dell'accertamento delle conoscenze in materia.
Ad avviso della Sezione si evince con chiarezza che le misure di formazione individuate dal decreto gravato si mostrano in linea con le prescrizioni della normativa di rango primario e con la normativa europea, senza alcuna frazione di ragionevolezza. Ciò in quanto è la stessa disciplina comunitaria che prescrive la predisposizione di idonee misure di formazione precipuamente individuate e attuate per coloro che professionalmente si occupano di prodotti fitosanitari

27. Università degli studi.

27.1. Corsi di laurea magistrale e di dottorato di ricerca siano svolti in lingua inglese.

Con sentenza 29 gennaio 2018, n. 617 la sez. VI ha dichiarato illegittima, per violazione dell'art. 2, comma 2, lett. l), l. 30 dicembre 2010, n. 240, la delibera del Senato accademico di una Università che prevede che intieri corsi di laurea magistrale e di dottorato di ricerca siano svolti in lingua inglese.
Ha ricordato la Sezione che con ordinanza 22 gennaio 2015, n. 242 la sez. VI aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2, lett. l), l. 30 dicembre 2010, n. 240, nella parte in cui consente l'attivazione generalizzata ed esclusiva (cioè con esclusione dell'italiano) di corsi in lingua straniera.
La Corte, con sentenza 24 febbraio 2017, n. 42, ha rigettato tale questione, ritenendo che possa essere fornita un'interpretazione della norma censurata idonea ad escluderne l'illegittimità.
In relazione alla valenza della lingua italiana, ha affermato che dal principio fondamentale della tutela delle minoranze linguistiche di cui all'art. 6 Cost. si desume coma la lingua sia "elemento fondamentale di identità culturale e (...) mezzo primario di trasmissione dei relativi valori", "elemento di identità individuale e collettiva di importanza basilare".
In relazione alla valenza delle lingue straniere, la Corte ha affermato che "la progressiva integrazione sovranazionale degli ordinamenti e l'erosione dei confini nazionali determinati dalla globalizzazione possono insidiare senz'altro, sotto molteplici profili, tale funzione della lingua italiana: il plurilinguismo della società contemporanea, l'uso d'una specifica lingua in determinati ambiti del sapere umano, la diffusione a livello globale d'una o più lingue sono tutti fenomeni che, ormai penetrati nella vita dell'ordinamento costituzionale, affiancano la lingua nazionale nei più diversi campi".
Al fine di bilanciare questi due valori la Corte costituzionale ha affermato che i fe-

nomeni di internalizzazione non devono costringere la lingua italiana “in una posizione di marginalità: al contrario, e anzi proprio in virtù della loro emersione, il primato della lingua italiana non solo è costituzionalmente indefettibile, bensì - lungi dall'essere una formale difesa di un retaggio del passato, inidonea a cogliere i mutamenti della modernità - diventa ancora più decisivo per la perdurante trasmissione del patrimonio storico e dell'identità della Repubblica, oltre che garanzia di salvaguardia e di valorizzazione dell'italiano come bene culturale in sé”. Ne consegue che l’obiettivo dell'internazionalizzazione “deve essere soddisfatto, tuttavia, senza pregiudicare i principî costituzionali del primato della lingua italiana, della parità nell'accesso all'istruzione universitaria e della libertà d'insegnamento”.
Alla luce dei principi costituzionali sopra riportati la Corte ha ritenuto che “ove si interpretasse la disposizione oggetto del presente giudizio nel senso che agli atenei sia consentito predisporre una generale offerta formativa che contempli intieri corsi di studio impartiti esclusivamente in una lingua diversa dall'italiano, anche in settori nei quali l'oggetto stesso dell'insegnamento lo richieda, si determinerebbe, senz'altro, un illegittimo sacrificio di tali principî”.
La Corte ha ritenuto che dell'art. 2, comma 2, lett. l), l. n. 240 del 2010 sia possibile fornire una lettura costituzionalmente orientata, “tale da contemperare le esigenze sottese alla internazionalizzazione - voluta dal legislatore e perseguibile, in attuazione della loro autonomia costituzionalmente garantita, dagli atenei - con i principî di cui agli artt. 3, 6, 33 e 34 Cost.”.
Tale principî costituzionali, “se sono incompatibili con la possibilità che intieri corsi di studio siano erogati esclusivamente in una lingua diversa dall'italiano, nei termini dianzi esposti, non precludono certo la facoltà, per gli atenei che lo ritengano opportuno, di affiancare all'erogazione di corsi universitari in lingua italiana corsi in lingua straniera, anche in considerazione della specificità di determinati settori scientifico-disciplinari”. In questa ottica “una offerta formativa che preveda che taluni corsi siano tenuti tanto in lingua italiana quanto in lingua straniera” non comprime affatto i suddetti principi, “né tantomeno li sacrifica, consentendo, allo stesso tempo, il perseguimento dell'obiettivo dell'internazionalizzazione”.
Ciò vale solo, conclude la Corte, con riferimento “all'ipotesi di intieri corsi di studio universitari”. La disposizione qui scrutinata, “a dimostrazione di come l'internazionalizzazione sia obiettivo in vario modo perseguibile e, comunque sia, da perseguire” consente invece “l'erogazione di singoli insegnamenti in lingua straniera”.
Con riferimento all’impugnata delibera del 21 maggio 2012 del Senato accademico del Politecnico di Milano, la Sezione rileva che sono stati previsti “intieri corsi” in lingua inglese, con conseguente violazione dell’art. 2, l. n. 240 del 2010, nel significato che ad esso ha assegnato la Corte costituzionale.
Quanto esposto non esclude che l’Università possa, come sottolineato sempre dal

giudice delle leggi: a) “affiancare all'erogazione di corsi universitari in lingua italiana corsi in lingua straniera, anche in considerazione della specificità di determinati settori scientifico-disciplinari”»; b) erogare “singoli insegnamenti in lingua straniera”.

28. Caccia.

28.1. Calendario venatorio della Regione Basilicata.

La sez. III (22 giugno 2018, n. 3852) ha affermato che la disciplina che regolamenta i calendari venatori mira al raggiungimento di un giusto equilibrio tra i vari interessi in gioco procedimentalizzando la complessiva azione anche attraverso l'acquisizione di qualificati pareri tecnici che mirano a valutare la concreta sostenibilità dell’esercizio venatorio, per tempi, modalità e misura, con l’esigenza di protezione della fauna; all’interno del corpo regolatorio come sopra ricostruito esplica un rilievo centrale la funzione svolta dall’Ispra le cui indefettibili funzioni consultive si ascrivono nella logica di individuare standard minimi ed uniformi di protezione ambientale, come tali ricadenti nella sfera legislativa esclusiva dello Stato siccome riconducibili al valore ambiente

Ha chiarito la Sezione che mentre il parere Ispra ha natura vincolante, segnatamente quanto alla praticabilità del prelievo venatorio anche oltre il limite del 31 gennaio di ciascun anno, nelle altre ipotesi l’avviso di tale organo può essere disatteso sulla scorta, però, di una congrua motivazione che giustifichi, anche sul piano della logicità e della ragionevolezza, la diversa soluzione privilegiata. Appare, dunque, di tutta evidenza come, nell’economia della richiamata disciplina di settore, ciò potrà avvenire essenzialmente per far emergere le peculiarità dello specifico territorio di riferimento sulla scorta di un affidabile monitoraggio delle singole specie o, comunque, su dati mutuati da organismi scientifici accreditati ed obiettivamente verificabili.

28.2. Piano di riduzione dei cinghiali in un Ambito territoriale di caccia.

La sez. III, con sentenza 5 luglio 2018, n. 4124 ha affermato che è legittimo il Regolamento della Regione Umbria che richiede ai cacciatori un contributo economico per le attività connesse al piano di riduzione dei cinghiali in un Ambito Territoriale di Caccia ove il popolamento non sia stato contenuto con il piano.

La Sezione ha preliminarmente chiarito la natura degli Ambiti Territoriali di Caccia, al fine di individuare i relativi poteri. Ha ricordato che le Sezioni unite della Corte di cassazione (28 dicembre 2017, n. 31114) hanno affermato che la costituzione degli Ambiti Territoriali di Caccia, prevista dall’art. 14, l. n. 157 del 1992, manifesta uno *standard* inderogabile di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema (Corte cost. n. 124 del 2016). Gli Ambiti Territoriali di Caccia perseguono fini che trascendono una dimensione puramente privata (Cass., sez. lav., 27 settembre 2012, n. 16467). Si

tratta di strutture associative senza scopo di lucro, regolate con proprio statuto, a cui sono affidati compiti di rilevanza pubblicistica connessi all'organizzazione del prelievo venatorio e alla gestione faunistica nel territorio di competenza, finalizzati al perseguimento degli obiettivi stabiliti nel piano faunistico-venatorio.
La normativa sulla caccia rende direttamente compartecipi i soggetti interessati ad un aspetto ludico della vita associata, ai fini della migliore gestione della risorsa costituita dalla selvaggina cacciabile, espressamente dichiarata bene indisponibile dello Stato (art. 1, l. n. 157 del 1992).
Gli Ambiti Territoriali di Caccia, pur non appartenendo alle amministrazioni pubbliche tradizionalmente concepite, svolgono funzioni pubbliche di cura dell'interesse comune, sottoposte al vaglio del giudice amministrativo, mediante l'esercizio di poteri autoritativi. Ciò chiarito, ad avviso della Sezione è legittimo il Regolamento regionale che richiede ai cacciatori un contributo economico per le attività connesse al piano di riduzione dei cinghiali in un Ambito Territoriale di caccia ove il popolamento non sia stato contenuto con il piano di abbattimento. Non si arriverebbe a chiedere il contributo ai cacciatori, infatti, ove si facesse buon uso della quota dei finanziamenti della Regione e se il contenimento del popolamento dei cinghiali, attraverso i relativi Piani (e, dunque, la caccia), non avesse fallito.

29. Giochi.

29.1. Contrasto alla ludopatia.

Nella lotta alla ludopatia è intervenuto anche il Consiglio di Stato con alcune pronunce.

La sez. III (27 luglio 2018, n. 4604) ha chiarito che ai fini del rilascio della licenza *ex* art. 88 t.u.l.p.s. per l'esercizio di sale scommesse e di altri giochi leciti, le Questure devono verificare, oltre ai requisiti richiesti dalla legislazione di pubblica sicurezza, anche il rispetto delle normative, regionali o comunali, in materia di distanze minime di tali attività commerciali da luoghi considerati "sensibili", cioè da tutti quei luoghi (primariamente gli istituti scolastici) nei quali si presume la presenza di soggetti appartenenti alle categorie più vulnerabili (primariamente i giovani) rispetto alla tentazione del gioco d'azzardo ed all'illusione di poter conseguire attraverso di esso facili guadagni.
Ha ricordato la Sezione che numerose Regioni si sono dotate di norme finalizzate a prevenire – proprio attraverso l'imposizione di distanze minime delle sale giochi e scommesse dai luoghi sensibili – l'insorgenza di forma patologiche di ludopatia meglio note nella letteratura medica come G.A.P. (gioco d'azzardo patologico). Non c'è dubbio che questa legislazione preventiva è posta a tutela della salute dei soggetti maggiormente esposti ma vale, senza meno, anche a prevenire – soprattutto per i più

giovani – possibili fenomeni di devianza criminale potenzialmente coinvolgenti sia le realtà familiari di riferimento sia lo stesso ordine pubblico. Aggiungasi che l'art. 1, comma 936, l. 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016) conferma che anche la localizzazione dei punti di raccolta del gioco è materia che attiene, contestualmente, alla tutela della salute e dell'ordine pubblico ed è sintomatico che entrambe le tutele sono espressamente richiamate nell'ottica della prevenzione dal rischio di accesso al giuoco da parte dei soggetti più vulnerabili quali i minori di età. Da ricordare ancora, che le disposizioni del d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222, nell'ambito della semplificazione dei procedimenti amministrativi, proprio con riferimento alle autorizzazione previste dall'art. 88 del t.u.l.p.s., espressamente prevedono (cfr. la tabella A voci n. 83 e segg.) il solo rilascio da parte del Questione senza obblighi ulteriori per la parte istante di munirsi di ulteriori atti di assenso (fatta eccezione per il rispetto delle condizioni antincendio).
Ciò vale a ribadire che il Questore è tenuto, per il rilascio dell'autorizzazione, a verificare la sussistenza non soltanto dei requisiti stabiliti dalla legislazione di polizia ma anche di quelli previsti dalle ulteriori fonti normative e ordinamentali, tra le quali assume una specifica valenza proprio la legislazione regionale in materia di rispetto delle distanze minime dai luoghi sensibili.

Proprio con riferimento alla distanza delle sale gioco da luoghi c.d. sensibili, la sez. IV, con sentenza 27 novembre 2018, n. 6714 ha giudicato legittimo il regolamento comunale che fissa in 500 metri la distanza minima delle sale giochi da tali obiettivi sensibili (scuole, ospedali, etc.), e ciò in quanto le esigenze di prevenzione della ludopatia nei soggetti deboli prevalgono rispetto agli interessi commerciali delle imprese che operano nel settore.
Ha chiarito che le disposizioni limitative della collocazione nel territorio delle sale da gioco e di attrazione e delle apparecchiature per giochi leciti, riconducibili secondo la Consulta (10 novembre 2011, n. 300) alla potestà degli enti locali in materia di pianificazione e governo del territorio, "sono dichiaratamente finalizzate a tutelare soggetti ritenuti maggiormente vulnerabili, o per la giovane età o perché bisognosi di cure di tipo sanitario o socio assistenziale, e a prevenire forme di gioco cosiddetto compulsivo, nonché ad evitare effetti pregiudizievoli per il contesto urbano, la viabilità e la quiete pubblica"; pertanto, le medesime disposizioni "non incidono direttamente sulla individuazione ed installazione dei giochi leciti, ma su fattori (quali la prossimità a determinati luoghi e la pubblicità) che potrebbero, da un canto, indurre al gioco un pubblico costituito da soggetti psicologicamente più vulnerabili od immaturi e, quindi, maggiormente esposti alla capacità suggestiva dell'illusione di conseguire, tramite il gioco, vincite e facili guadagni; dall'altro, influire sulla viabilità e sull'inquinamento acustico delle aree interessate".

Anche dall'esame della normativa statale sviluppatasi nella materia (cfr., art. 7, comma 10, d.l. n. 158 del 2012; art. 14, l. 11 marzo 2014, n. 23; art. 1, comma 936, l. 28 dicembre 2015, n. 208) si ricava il principio della legittimità di interventi di contrasto della ludopatia basati sul rispetto di distanze minime dai luoghi "sensibili" (Cons. St., sez. IV, 10 luglio 2018, n. 4199). Risponde infatti ad un'esigenza di ragionevolezza che, in esito ad una valutazione dei comportamenti dei soggetti più vulnerabili e dell'incidenza del fenomeno delle ludopatie in un determinato contesto, venga stabilita dalla legge una distanza minima fissa, presuntivamente idonea ad assicurare un effetto dissuasivo, proteggendo i frequentatori dei c.d. siti sensibili.
Quanto alla determinazione concreta delle limitazioni, premesso che l'imposizione di una distanza di rispetto costituisce in via di principio uno strumento idoneo e necessario per tutelare l'interesse pubblico primario (prevenzione delle ludopatie), l'individuazione di una distanza, piuttosto che un'altra, discende dall'esercizio di una discrezionalità amministrativa, che effettui la ponderazione con i contrapposti interessi allo svolgimento delle attività lecite di gioco e scommessa, alla luce dei canoni della adeguatezza e della proporzionalità.

30. Procedimento amministrativo.

30.1. Annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo.

Con sentenza 27 giugno 2018, n. 3940 la sez. V ha affrontato il problema relativo alla perentorietà del termine di diciotto mesi per annullare il provvedimento amministrativo illegittimo.
Ha affermato che Sezione l'art. 21 *nonies*, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241 (secondo cui "1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'art. 21 *octies*, esclusi i casi di cui al medesimo art. 21 *octies*, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'art. 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo") si interpreta nel senso che il superamento del rigido termine di diciotto mesi – entro il quale il provvedimento amministrativo illegittimo può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, è consentito: a) sia nel caso in cui la falsa attestazione, inerenti i presupposti per il rilascio del provvedimento ampliativo, abbia costituito il frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante (indipendentemente dal fatto che siano state all'uopo rese dichiarazioni sostitutive): nel qual caso

sarà necessario l'accertamento definitivo in sede penale; b) sia nel caso in cui l'(acclarata) erroneità dei ridetti presupposti risulti comunque non imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione, ed imputabile, per contro, esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave e corrispondente, nella specie, alla mala fede oggettiva) della parte: nel qual caso – non essendo parimenti ragionevole pretendere dalla incolpevole Amministrazione il rispetto di una stringente tempistica nella gestione della iniziativa rimotiva – si dovrà esclusivamente far capo al canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco.

30.2. Premio di natalità.

Con sentenza n. 6073 del 25 ottobre 2018 la sez. III ha affermato che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia, promossa da associazioni e da cittadine extracomunitarie, avente ad oggetto le circolari Inps concernenti la prestazione assistenziale denominata "premio di natalità" di cui all'art. 1, comma 353, l. 11 dicembre 2016, n. 232, nella parte in cui escludono dall'attribuzione del beneficio economico le cittadine straniere titolari di permesso di soggiorno ordinario.

Ha premesso la Sezione che la questione di giurisdizione si coagula intorno all'alternativa tra l'azione collettiva *ex* art. 5, comma 1, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150 (ai sensi del quale "sono legittimati ad agire ai sensi dell'art. 4, in forza di delega, rilasciata, a pena di nullità, per atto pubblico o scrittura privata autenticata, in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, le associazioni e gli enti inseriti in un apposito elenco approvato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e del Ministro per le pari opportunità ed individuati sulla base delle finalità programmatiche e della continuità dell'azione") e l'azione "generale" proponibile dinanzi al giudice amministrativo da parte degli enti esponenziali degli interessi categoriali, deve osservarsi che l'azione collettiva non può che essere riconducibile, nei suoi risvolti anti-discriminatori, al paradigma normativo suindicato, con la connessa attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario: ciò perché si è in presenza di un interesse adespota espressamente erto dal legislatore ad interesse processualmente azionabile, con la conseguente necessità di osservare in tutti i suoi aspetti il sistema di tutela all'uopo prefigurato (quindi, anche quanto alla individuazione del plesso giurisdizionale cui è affidata la relativa cura).

La Sezione ha quindi escluso che al fine di radicare la giurisdizione amministrativa *in subiecta materia*, potrebbe farsi leva sull'individuazione di un interesse (collettivo) autonomo, sia da quello (legislativamente tipizzato) anti-discriminatorio sia da quello facente capo ai singoli aventi diritto (alla prestazione assistenziale de qua): interesse che sembrerebbe emergere dalle censure attoree intese a lamentare (non

tanto o non solo il carattere discriminatorio degli atti impugnati, ma) la generica irragionevolezza della previsione limitatrice contestata, ovvero la sua difformità dal sovraordinato parametro legislativo, ed all'ombra delle quali potrebbe delinearsi un interesse alla eliminazione degli ostacoli che si frappongono alla piena fruibilità del beneficio assistenziale di cui si tratta da parte delle sue aspiranti finali, azionabile per ipotesi dall'ente collettivo che assuma, quale oggetto statutario, la tutela degli immigrati e lo svolgimento di ogni attività intesa a favorire l'accesso a parte loro alle prestazioni socio-assistenziali.
Premesso invero che anche l'interesse collettivo, quale posizione legittimante l'accesso alla giustizia amministrativa, deve essere connotato, al pari di quello individuale, da un bene sostanziale alla cui tutela sia finalizzato e di cui sia predicabile la titolarità in capo all'ente esponenziale, deve osservarsi che non è rinvenibile un interesse, proprio degli enti appellanti, alla eliminazione degli ostacoli giuridici che si frappongono al godimento, da parte di tutte le potenziali aspiranti, di una determinata prestazione assistenziale, attesi da un lato il carattere meramente strumentale e giuridicamente "sfuggente" di siffatto ipotetico interesse, che finisce per essere attratto e scolorire nel grembo di quello direttamente finalizzato al conseguimento della prestazione *ex* art. 1, comma 353, d.lgs. n. 232 del 2016, dall'altro lato l'evidente non imputabilità soggettiva di quest'ultimo agli enti appellanti (a differenza di quello che potrebbe ritenersi leso da una eventuale azione della P.A. intesa ad ostacolare la loro azione di tutela degli interessi degli immigrati), ma semmai, ancora una volta, alle singole madri interessate.

30.3. Decadenza dall'impiego per produzione di falsi certificati.
La sez. III, con sentenza 20 aprile 2018, n. 2399 ha affermato che rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto la decadenza dal servizio disposta dal Ministero delle politiche agricole nei confronti di un proprio dirigente ai sensi dell'art. 127, comma 1, lett. d), t.u. 10 gennaio 1957, n. 3, con la contestuale risoluzione del rapporto individuale di lavoro di assunzione a tempo indeterminato, essendo stati accertato che il concorso era stato superato affermando il possesso di un titolo di studio in realtà non posseduto.
Ha chiarito la Sezione che la decadenza dall'impiego comminata dal Ministero ai sensi dell'art. 127, comma 1, lett. d), d.P.R. n. 3 del 1957, "quando sia accertato che l'impiego fu conseguito mediante la produzione di documenti falsi o viziati da invalidità non sanabile", è tipica ed eccezionale espressione di una potestà pubblicistica, riconosciuta dalla legge alla pubblica amministrazione a fronte di condotte fraudolente o decettive aventi ad oggetto la documentazione, in apparenza attestante l'esistenza di tutti requisiti di partecipazione al concorso, grazie alle quali il pubblico

dipendente ha conseguito il proprio impiego.
Ha chiarito la Corte costituzionale (27 luglio 2007, n. 329) che si tratta di una ipotesi che attiene ai "procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro", di cui all'art. 2, comma 1, lett. c), n. 4), l. n. 421 del 1992 e, in quanto tali, espressamente escluse dal processo di privatizzazione del pubblico impiego avviato da tale legge, avendo il citato articolo escluso dalla giurisdizione del giudice ordinario "le materie di cui ai numeri da 1) a 7) della presente lettera". Tali procedimenti sono non a caso richiamati dal successivo art. 69, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001 tra le materie di cui all'art. 2, comma 1, lett. c), l. n. 421 del 1992, come pure la Corte costituzionale ha ricordato nella citata sentenza, e cioè tra quelle che non costituiscono oggetto della contrattazione collettiva perché afferenti, appunto, alle procedure concorsuali per l'assunzione e alla verifica dei requisiti per l'accesso ai pubblici impieghi, la cui cognizione spetta al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63, comma 4, d.lgs. n. 165 del 2001.
Il potere di decadenza in esame è sul piano generale giustificato, per un verso, dal divieto di instaurare o proseguire rapporti di pubblico impiego con soggetti che abbiano agito in violazione del principio di lealtà, che costituisce uno dei cardini dello stesso rapporto (art. 98 Cost.), e per altro dall'esigenza di tutelare l'eguaglianza dei concorrenti, pregiudicati dalla sleale competizione con chi abbia partecipato alla selezione con documenti falsi e/o viziati (art. 97 Cost.).
Se tale è la *ratio* di questo potere, quale delineata dalla sentenza n. 329 del 2007 della Corte costituzionale, non vi è dubbio che a fronte del suo esercizio, inteso a sanzionare ex post, una volta che sia emersa, la slealtà e la scorrettezza delle gravi condotte che hanno falsato la selezione, vi sia una situazione di interesse legittimo del pubblico dipendente al corretto esercizio di un simile potere connesso, in modo più o meno diretto, al procedimento di selezione, potere che radica la giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63, comma 4, d.lgs. n. 165 del 2001 e, comunque, ai sensi dell'art. 7, comma 1, c.p.a..

30.4. Elezioni politiche.
Con sentenza n. 999 del 16 febbraio 2018 la sez. III ha dichiarato il difetto di giurisdizione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 126 e 129 c.p.a., in materia di elezioni politiche nazionali, essendo il giudice amministrativo competente in materia di operazioni elettorali relative al rinnovo degli organi elettivi dei Comuni, delle Province, delle Regioni e all'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia.
Ha chiarito la Sezione che il contenzioso pre-elettorale è ripartito tra l'Ufficio centrale nazionale – competente per quanto concerne le controversie relative alla esclusione di liste e candidature – e le Assemblee di Camera e Senato, cui è attribuito il

controllo del procedimento elettorale, in virtù di una norma eccezionale di carattere derogatorio, basato su un regime di riserva parlamentare strumentale alla necessità di garantire l'assoluta indipendenza del Parlamento (Corte cost. 231 del 1975), riconducibile all'autodichia.

31. Circolazione stradale.

31.1. Parcheggio riservato ad invalido.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con sentenza 18 giugno 2018, n. 356 ha affermato il principio secondo cui ove, ai fini della fruizione effettiva e indisturbata del parcheggio dato in concessione ad un invalido al 100% non sia sufficiente la sola segnaletica ("posto riservato ad invalido", con l'indicazione della targa dell'autovettura) apposta in corrispondenza di tale parcheggio, è illegittimo il diniego del Comune di apporre lungo l'area del parcheggio dissuasori mobili o, comunque, di trovare altri strumenti volti ad assicurare il medesimo obiettivo primario. Ad avviso del Consiglio di Giustizia occorre muovere dalla esatta individuazione del bene della vita coltivato dalla ricorrente attraverso l'intera vicenda processuale; bene consistente, in estrema sintesi, nella concreta ed effettiva possibilità di fruire del parcheggio auto avuto in concessione dal Comune in quanto persona disabile al 100%. Ciò sul rilievo che, allo stato, la sola segnaletica apposta in corrispondenza di tale parcheggio, che reca bene impressa la targa della vettura in uso alla ricorrente, non valga da sola ad impedire che altri automobilisti occupino quel medesimo parcheggio. Ciò premesso, si deve ritenere che gravi sull'Amministrazione comunale un'obbligazione di risultato, il cui oggetto consiste nel fare tutto ciò che sia necessario per assicurare alla titolare della concessione l'effettiva fruizione del parcheggio; rimettendo peraltro alla stessa Amministrazione la scelta delle modalità ritenute più utili e opportune per adempiere a tale obbligazione. Ha chiarito il Consiglio di Giustizia che vi possano essere altre modalità per assicurare il medesimo obiettivo primario, che rimane la fruizione effettiva e indisturbata del parcheggio in capo all'avente diritto; modalità che ben potrebbero consistere, inter alia, in aggiunta o in sostituzione rispetto a "dissuasori" (la cui tipologia è a scelta del Comune, quali catene, sbarre elettriche, pali retrattili), nel posizionamento di telecamere in chiave deterrente, ovvero nella costante presenza fisica di un vigile urbano che impedisca l'uso del parcheggio da parte di terzi o che, quanto meno, ne sanzioni sul piano amministrativo le condotte contrarie al Codice della strada, nella pronta disponibilità di un servizio di rimozione dei veicoli che occupino abusivamente il posto auto riservato.

Quel che non è dato consentire, di sicuro, è che le infrazione dei singoli si giovino dell'assenza di controlli da parte dell'autorità competente.

32. Processo amministrativo.

32.1. Termine per l'impugnazione.

La pubblicazione telematica di un atto solo quando sia prevista e prescritta da specifiche determinazioni normative costituisce una forma di pubblicità in grado di integrare di per sé gli estremi della conoscenza *erga omnes* dell'atto pubblicato e di far decorrere il termine decadenziale di impugnazione. Lo ha affermato la sez. III con sentenza 28 settembre 2018, n. 5570 con riguardo al tema dell'integrazione di una efficace pubblicità dichiarativa valida ai fini della valutazione di piena conoscenza di un atto, come conseguenza della sua pubblicazione sul sito web dell'amministrazione, chiarendo che l'effetto conoscitivo opponibile *erga omnes* deve poggiare su una specifica disciplina di legge – sicché la pubblicazione sul sito istituzionale on line dell'ente che adotta l'atto, in mancanza di una disposizione normativa che attribuisca valore ufficiale a tale forma di ostensione, non può fondare alcuna presunzione legale di conoscenza.

In questo senso, ad avviso della Sezione, viene inteso il disposto dell'art. 32, l. 18 giugno 2009, n. 69 e del tutto conforme è la previsione generale contenuta all'art. 54, comma 4 *bis*, del Codice dell'amministrazione digitale 7 marzo 2005, n. 82 secondo cui "la pubblicazione telematica produce effetti di pubblicità legale nei casi e nei modi espressamente previsti dall'ordinamento".

Ha aggiunto la Sezione che i concetti di esecutività e conoscenza legale dell'atto amministrativo non sono coincidenti e automaticamente sovrapponibili, il che induce a ritenere che la pubblicità funzionale all'acquisizione di esecutività dell'atto non debba necessariamente assolvere anche alla funzione di rendere opponibili ai terzi, ai fini della decorrenza del termine per impugnare, i fatti per i quali cui essa è prevista.

Le norme in tema di pubblicazione telematica degli atti devono essere applicate con particolare cautela e, quindi, sottostare ad un canone di interpretazione restrittiva, in particolare modo nel momento in cui si tratta di determinare (in via interpretativa) gli effetti di conoscenza legale associabili o meno a siffatta tipologia di esternazione comunicativa.

A favore di una regola di cautela depongono plurime considerazioni, riconducibili, essenzialmente: a) alla mancanza di una disposizione di carattere generale in grado di equiparare, nella loro efficacia giuridica, tutte le variegate forme di pubblicità degli atti; b) alla esigenza di garantire, con regole chiare e uniformi, standard tecnici di adeguata e omogenea visibilità dei dati pubblicizzati sui siti telematici, nei diversi settori e ambiti operativi dell'azione pubblica; c) alla constatazione di una diversa propensione al mezzo telematico che si riscontra nei differenti ambiti del diritto pubblico, anche in ragione dell'eterogeneo grado di specializzazione professionale dei

soggetti che vi operano e agiscono; d) alla notevole rilevanza degli interessi implicati nella materia in esame, in particolar modo per quanto concerne l'incidenza che la conoscenza legale dell'atto assume ai fini della decorrenza del termine utile per l'impugnazione degli atti soggetti a pubblicità; e) alla conseguenza necessità di privilegiare, in presenza di dubbi esegetici aventi effetti sul regime decadenziale dall'azione impugnatoria, l'opzione meno sfavorevole per l'esercizio del diritto di difesa e, quindi, maggiormente conforme ai principi costituzionali espressi dagli artt. 24, 111 e 113 Cost., nonché al principio di effettività della tutela giurisdizionale.

32.2. Notifica Pec effettuata all'Amministrazione.

Sulla notifica Pec alle Pubbliche amministrazioni molte sono state le pronunce del giudice di appello.

La sez. V (12 dicembre 2018, n. 7026), ha affermato che dopo l'entrata in vigore del Processo amministrativo telematico, la notifica, a mezzo posta elettronica certificata, del ricorso effettuata all'amministrazione all'indirizzo tratto dall'elenco presso l'Indice PA è pienamente valida ed efficace; l'Indice PA è, infatti, un pubblico elenco in via generale e, come tale, utilizzabile ancora per le notificazioni alle P.A., soprattutto se l'amministrazione pubblica destinataria della notificazione telematica è rimasta inadempiente all'obbligo di comunicare altro e diverso indirizzo PEC da inserire nell'elenco pubblico tenuto dal Ministero della giustizia.

Ha ricordato la Sezione che dall'entrata in vigore (19 agosto 2014) dell'art.16 *sexies*, d.l. n. 179 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, come introdotto dall'art. 52, d.l. 25 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, si impone certamente nell'ambito della giurisdizione civile (e fatto salvo quanto disposto dall'art. 366 c.p.c., per il giudizio di cassazione) alle parti la notificazione dei propri atti presso l'indirizzo PEC risultante dagli elenchi INI PEC di cui all'art. 6 *bis*, d.lgs. n. 82 del 2005 (Codice dell'amministrazione digitale) ovvero presso il ReGIndE, di cui al d.m. n. 44 del 2011, gestito dal Ministero della giustizia, escludendosi che la notificazione possa avvenire presso la cancelleria dell'ufficio giudiziario, salvo nei casi di impossibilità a procedersi a mezzo PEC, per causa da addebitarsi al destinatario della notificazione e, in tal senso, la prescrizione dell'art. 16 *sexies* prescinde dalla stessa indicazione dell'indirizzo di posta elettronica ad opera del difensore, trovando applicazione direttamente in forza dell'indicazione normativa degli elenchi/registri da cui è dato attingere l'indirizzo PEC del difensore, stante l'obbligo in capo a quest'ultimo di comunicarlo al proprio ordine e dell'ordine di inserirlo sia nel registro INI PEC, che nel ReGIndE (Cass. civ., sez. VI, 14 dicembre 2017, n. 30139).

La norma citata non solo depotenzia la portata dell'elezione di domicilio fisico, la cui eventuale inefficacia (ad es., per mutamento di indirizzo non comunicato) non

consente pertanto la notificazione dell'atto in cancelleria ma sempre e necessariamente alla PEC del difensore domiciliatario (salvo l'impossibilità per causa al medesimo imputabile), ma al contempo svuota di efficacia prescrittiva anche l'art. 82, r.d. n. 37 del 1934, posto che, stante l'obbligo di notificazione tramite PEC presso gli elenchi/registri normativamente indicati, può avere rilievo unicamente in caso di mancata notificazione via PEC per causa imputabile al destinatario della stessa, quale localizzazione dell'ufficio giudiziario presso il quale operare la notificazione in cancelleria.
Nel processo amministrativo in regime PAT, in relazione al citato art. 16 *sexies*, richiamato dal comma 1 *ter* dell'art. 25 c.p.a., le conclusioni non possono che essere le stesse, in considerazione della *ratio legis* appena indicata e della necessità di assicurare lo svolgimento telematico del processo in ognuna delle sue fasi, senza alcuna soluzione di continuità che potrebbe pregiudicare l'efficienza e l'efficacia del sistema complessivamente considerato.
Ciò pur con alcuni adattamenti derivanti dall'attuale stadio evolutivo del Pat sotto il profilo tecnico e del suo essere sistema "ospite" di altre amministrazioni per la consultazione dei pubblici registri, nonché della mancata abrogazione o novella di alcune norme regolanti il processo amministrativo, di cui, tuttavia, deve essere accolta un'interpretazione adeguatrice per renderle compatibili con il nuovo sistema.
Residuano infatti alcune disposizioni che fanno riferimento o danno per presupposta l'elezione di domicilio in senso esclusivamente fisico: è il caso dell'art. 93 c.p.a., il cui contenuto applicativo deve tuttavia ritenersi "svuotato" nel nuovo assetto regolativo del domicilio eletto, posto che esso regola una situazione che non dovrebbe più esistere (domicilio eletto o indicato in sentenza al quale far riferimento per la notificazione dell'impugnazione), salvo il caso in cui, per analogia con l'art. 16 *sexies* citato (e richiamato dall'art. 25, comma 1 *bis*, c.p.a.), sia impossibile effettuare la notifica via PEC, per causa imputabile al destinatario.
Ha aggiunto la Sezione che l'Indice P.A. è stato il primo indirizzario PEC di tutte le pubbliche amministrazioni, come previsto dal Codice dell'amministrazione digitale (art. 47).
Il d.l. n. 185 del 2008 prevedeva che le P.A., qualora non avessero provveduto ai sensi dell'art. 47 del CAD, avrebbero dovuto istituire una casella PEC, o analogo indirizzo di PEC, dandone comunicazione al CNIPA, che avrebbe provveduto alla pubblicazione di tali caselle in un elenco consultabile per via telematica (art. 16, comma 8).
La l. n. 228 del 2012 ha incluso tale indice tra i pubblici elenchi, come tale utilizzabile per tutte le notifiche, e l'art. 6 *ter*, d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179, lo ha inserito nel Codice dell'amministrazione digitale e ridenominato come Indice dei domicili digitali delle P.A. e dei gestori di pubblici servizi, *ex* d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217,

affidandone la realizzazione e gestione all'AGID, e definendolo pubblico elenco di fiducia, da utilizzare per le comunicazioni e per lo scambio e l'invio di documenti a tutti gli effetti di legge (art. 9, comma 1). Inoltre risulta confluito al suo interno l'elenco di cui all'art. 16, comma 12, d.l. n. 179 del 2012, in apposita sezione espressamente definita come pubblico elenco, ai fini delle notificazioni.
Alla stregua di tali osservazioni la notificazione del ricorso di primo grado, comunque effettuata presso un domicilio telematico PEC contenuto in un elenco pubblico a tutti gli effetti, è da ritenersi evidentemente pienamente valida ed efficace.
Si deve, infatti, ribadire che il comma 1 *bis* dell'art. 16 *ter* del citato d.l. n. 179 (comma aggiunto dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90) ha reso applicabile alla giustizia amministrativa il comma 1 dello stesso art. 16 *ter*, ai sensi del quale (secondo l'attuale formulazione) ai fini della notificazione degli atti in materia civile, penale, amministrativa e stragiudiziale si intendono per pubblici elenchi quelli previsti dagli artt. 6 *bis*, 6 *quater* e 62, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, dall'art. 16, comma 12, d.l. n. 179 del 2012, dall'art. 16, comma 6, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, nonché il registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal Ministero della giustizia.
D'altra parte, l'amministrazione, secondo i canoni di autoresponsabilità e legittimo affidamento cui deve ispirarsi il suo leale comportamento, non può trincerarsi – a fronte di un suo inadempimento – dietro il disposto normativo che prevede uno specifico elenco da cui trarre gli indirizzi PEC ai fini della notifica degli atti giudiziari, per trarne benefici in termini processuali, così impedendo di fatto alla controparte di effettuare la notifica nei suoi confronti con modalità telematiche.
Pertanto, deve ritenersi che l'Indice PA sia un pubblico elenco in via generale e, come tale, utilizzabile ancora per le notificazioni alle P.A., soprattutto se, come nel caso in esame, l'amministrazione pubblica destinataria della notificazione telematica è rimasta inadempiente all'obbligo di comunicare altro e diverso indirizzo PEC da inserire nell'elenco pubblico tenuto dal Ministero della giustizia.

Sulla stessa tematica è intervenuto il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana (12 aprile 2018, n. 216) secondo cui nel caso in cui l'Amministrazione non abbia inserito un indirizzo PEC nell'elenco tenuto dal Ministero della giustizia, deve essere riconosciuto l'errore scusabile *ex* art. 37 c.p.a. se la notifica del ricorso - proposto dopo l'entrata in vigore del processo amministrativo telematico (1 gennaio 2017) – è stata effettuata ad un'Amministrazione all'indirizzo PEC tratto dall'elenco pubblico IPA e non con le tradizionali modalità cartacee.
Ha chiarito il Consiglio di Giustizia che in regime di Pat obbligatorio e nella sua prima applicazione - e tale deve considerarsi almeno il primo biennio - è scusabile

l'errore di chi ritiene che la notifica possa sempre farsi via PEC, e confidi nella validità di un registro ufficiale.
A tale conclusione si perviene anche considerando: l'evoluzione normativa che ha visto prima la coesistenza di più registri ufficiali di PEC, e poi l'esclusività, ai fini del processo amministrativo, dei registri tenuti dal Ministero della giustizia, in un quadro normativo che resta tuttavia complesso e mal coordinato e dal quale non si evince in modo univoco quali siano le forme di notificazione in caso di mancanza dell'indirizzo PEC nei registri delle pubbliche amministrazioni tenuto dal Ministero della giustizia; la condotta colpevole della pubblica amministrazione che era obbligata a comunicare il proprio indirizzo PEC al Ministero della giustizia e che non vi ha a tutt'oggi provveduto, violando le fondamentali regole del buon andamento, anch'esse prima richiamate.
La condotta colpevole dalla Pubblica amministrazione, che omette di comunicare il proprio indirizzo PEC al Ministero della giustizia, così rendendo più difficoltosa la notifica, se non determina, per la controparte, nullità insanabile della notifica e ne giustifica la rinnovazione, va tuttavia stigmatizzata, con la segnalazione della condotta agli organi tutori e agli organi preposti al Pct e al Pat.

32.3. Notifica per pubblici proclami sul sito internet della P.A..
La notifica per pubblici proclami effettuata, su ordine del giudice, sul sito internet istituzionale dell'Amministrazione che ha adottato l'atto non esclude la notifica, per estratto, anche in Gazzetta ufficiale *ex* art. 150, comma 3, c.p.c..
Lo ha affermato il Presidente del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana nel decreto 17 aprile 2018, n. 67, chiarendo che laddove è espressamente chiesta dalla parte la notifica "per pubblici proclami" non può ritenersi disapplicabile l'art. 150, comma 3, c.p.c., che è espressamente richiamato dal combinato disposto dell'art. 41, comma 4, e dell'art. 39, comma 2, c.p.a.; né la disapplicazione dell'art. 150, comma 3, c.p.c. può trovare fondamento nell'art. 52 c.p.a., in quanto l'art. 52 c.p.a. non riguarda la notifica per pubblici proclami, bensì le forme speciali di notificazione ordinate dal giudice.
Per completezza espositiva giova aggiungere che quando viene prescritta la pubblicità su siti web istituzionali della P.A., i decreti presidenziali indicano anche il termine massimo di pubblicazione a cura del gestore del sito, la modalità di pubblicazione (sulla *home page*), la durata della pubblicazione (fino al provvedimento giurisdizionale che definisce il giudizio) e l'oggetto, comprensivo degli estremi del sito internet della giustizia amministrativa dove seguire le vicende del ricorso.

32.3. Nullità della notifica che non ha raggiunto lo scopo.
Con sentenza 18 giugno 2018, n. 3732 la sez. V ha affermato il principio secondo

cui la notifica che non abbia raggiunto il proprio scopo ossia che non abbia portato il destinatario a conoscenza dell'atto notificato è una notifica nulla; la riattivazione del procedimento di notifica effettuata spontaneamente dalla ricorrente cha ha operato una prima notifica nulla produce, se effettuata nei termini, gli stessi effetti della rinnovazione della notifica concessa dal giudice entro un termine perentorio, ove conclusa con esito positivo sana la nullità della notificazione con effetti retroattivi.
Ha chiarito la Sezione che l'inesatta individuazione del luogo in cui la notifica deve essere eseguita (che, ai sensi dell'art. 145 c.p.c., per le persone giuridiche va fatta nella loro sede) comporta la nullità della notifica, con conseguente applicazione, per il giudizio amministrativo, dell'art. 44, comma 4, c.p.a. per il quale: "Nei casi in cui sia nulla la notificazione e il destinatario non si costituisca in giudizio, il giudice, se ritiene che l'esito negativo della notificazione dipenda da causa non imputabile al notificante, fissa al ricorrente un termine perentorio per rinnovarla".
La disposizione delinea una fase processuale ad attivazione officiosa in caso di notificazione eseguita cui non sia seguita, però, la costituzione del destinatario e impone al giudice di accertare se l'esito negativo, ovvero la nullità, dipenda da causa non imputabile al notificante e, in quel caso, fissare un termine perentorio per la sua rinnovazione.
Ad avviso della Sezione la riattivazione del procedimento di notificazione effettuata spontaneamente dalla ricorrente cha ha operato una prima notifica nulla produce gli stessi effetti della rinnovazione della notifica concessa dal giudice entro un termine perentorio: ove conclusa con esito positivo sana la nullità della notificazione con effetti retroattivi. Nel caso in cui, però, la seconda notifica sia effettuata a termine decorso, come normalmente avviene, è necessario comunque accertare l'imputabilità alla parte della nullità della prima notificazione.
A distinguere la spontanea rinnovazione e la rinnovazione per ordine del giudice, allora, è il momento in cui avviene siffatta verifica dell'imputabilità: nel primo caso quando la notifica è già (ri)attivata e, di solito, perfezionatasi, nel secondo, prima della concessione del termine per la rinnovazione della notifica.

32.4. Prova del deposito degli scritti difensivi con il Processo amministrativo telematico.

La sentenza n. 5970 del 18 ottobre 2018 si è occupata della questione relativa al deposito degli scritti difensivi (e della documentazione) con il Processo amministrativo telematico.
Ha premesso la Sezione che in tema di notificazioni degli atti, "risulta ormai presente nell'ordinamento … il principio secondo il quale - relativamente alla funzione che sul piano processuale, cioè come atto della sequenza del processo, la notificazione è

destinata a svolgere per il notificante - il momento in cui la notifica si deve considerare perfezionata per il medesimo deve distinguersi da quello in cui essa si perfeziona per il destinatario; pur restando fermo che la produzione degli effetti che alla notificazione stessa sono ricollegati è condizionata al perfezionamento del procedimento notificatorio anche per il destinatario e che, ove a favore o a carico di costui la legge preveda termini o adempimenti o comunque conseguenze dalla notificazione decorrenti, gli stessi debbano comunque calcolarsi o correlarsi al momento in cui la notifica si perfeziona nei suoi confronti" (Corte cost. n. 28 del 2004; id. nn. 69 del 1994 e 477 del 2002). Da tale principio consegue la scissione dei momenti di produzione degli effetti della notifica tra mittente e destinatario, nonché la necessità, ai fini della produzione degli effetti in capo al destinatario, del completamento della notifica stessa.
Ciò chiarito, la Sezione ha affermato che alla Sogei è riconducibile l'esercizio di una pubblica funzione di certificazione quanto ai procedimenti alla stessa gestiti, con l'ulteriore conseguenza che le certificazioni – quale quella attinente l'attestazione del procedimento di consegna della sentenza notificata dalla parte vincitrice in primo grado nella posta certificata della Avvocatura dello Stato – risultano assistite dalla particolare fede di cui all'art. 2700 cod. civ., con la conseguenza che il certificato rilasciato dalla Sogei in ordine all'errore di consegna di un file può essere contestato solo con querela di falso. Ha aggiunto la Sezione che se da un lato, la Sogei ha natura pubblicistica (in quanto *in house* rispetto al Ministero dell'Economia e delle Finanze), non può stabilirsi un rapporto di identificazione interorganica con un altro soggetto quale l'Avvocatura dello Stato, rispetto alla quale essa mantiene la propria autonomia.
Si tratta di un modello organizzativo riconducibile alle così dette 'quasi amministrazioni', in virtù di quegli indici individuati dalla legge medesima in termini di istituzione, partecipazione e controllo, interpretabili nel senso della 'strumentalità' e 'funzionalizzazione', quindi 'pubblicità', ed alle quali sono affidati compiti pubblici se non funzioni pubbliche in senso proprio.
Vale ancora a conferma di quanto sin qui evidenziato la circostanza che la Sogei sia tenuta agli obblighi di cui al d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

32.5. Orario di deposito delle memorie per l'udienza in regime di Processo amministrativo telematico.

Sulla tempestività, dopo l'entrata in vigore del Processo amministrativo telematico, del deposito degli scritti difensivi oltre le ore 12 si sono registrate diverse pronunce del giudice di appello.
Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con la sentenza 6 giugno 2018, n. 344, ha affermato che l'art. 4 dell'allegato 2 delle disposizioni di

attuazione del c.p.a. – nella parte in cui dispone che "è assicurata la possibilità di depositare con modalità telematica gli atti in scadenza fino alle ore 24.00 dell'ultimo giorno consentito" e, dall'altro, che "Agli effetti dei termini a difesa e della fissazione delle udienze camerali e pubbliche il deposito degli atti e dei documenti in scadenza effettuato oltre le ore 12.00 dell'ultimo giorno consentito si considera effettuato il giorno successivo" – deve intendersi nel senso che il primo termine delle ore 24.00 si riferisce a tutti quegli atti di parte che non sono depositati in vista di una camera di consiglio o di un'udienza di cui sia (in quel momento) già fissata o già nota la data, mentre il secondo delle ore 12.00 agli atti depositati in funzione di un'udienza, camerale o pubblica, già stabilita, per i quali la garanzia dei termini a difesa ha suggerito al legislatore di anticipare il deposito.
Ha chiarito il Consiglio di Giustizia che la conservazione del termine delle ore 12.00 appare quanto mai opportuna al cospetto dei riti accelerati di cui all'art. 119 c.p.a. dove, come noto, i termini processuali sono dimidiati, e del tutto necessaria per i riti camerali, a cominciare dagli affari cautelari.
Per essi, il termine di produzione delle memorie e dei documenti è sino a due giorni liberi prima della camera di consiglio, che diventano nei riti speciali (ad esempio in materia di contratti pubblici) un solo giorno. Sicché è irrinunciabile – se non si vuole ledere il diritto di difesa, come anche i canoni salienti del giusto processo - che quell'unico giorno sia almeno il più pieno possibile, concedendo al giudicante un tempo minimo per conoscere (degli ultimi atti) della causa e poter quindi deliberare nel rispetto della piena collegialità.
La sez. IV, con sentenza 1 giugno 2018, n. 3309 ha affermato che ai sensi dell'art. 4, comma 4, delle norme di attuazione al codice del processo amministrativo (così come modificato dall'art. 7, d.l. 31 agosto 2016, n. 168), la possibilità di depositare con modalità telematica atti in scadenza è assicurata fino alle ore 24.00 dell'ultimo giorno consentito. Ha chiarito la Sezione che tale soluzione non contrasta con quanto indicato dell'ultimo periodo dell'art. 4, comma 4, delle norme di attuazione del c.p.a., secondo cui il deposito degli atti e dei documenti in scadenza effettuato oltre le ore 12.00 dell'ultimo giorno si considera eseguito il giorno successivo. Questo effetto, posto a garanzia del diritto di difesa delle controparti, significa unicamente che per contestare gli atti depositati oltre le ore 12.00 i termini per controdedurre decorrono dal giorno successivo.
Sulla tematica è intervenuta anche la sez. III (sentenza 24 maggio 2018, n. 3136) secondo cui il deposito con il processo amministrativo telematico è possibile fino alle ore 24.00 ma se effettuato l'ultimo giorno utile rispetto ai termini previsti dal comma 1 dell'art. 73 c.p.a., ove avvenga oltre le ore 12.00 si considera – limitatamente ai fini della garanzia dei termini a difesa e della fissazione delle udienze ca-

merali e pubbliche – effettuato il giorno successivo, ed è dunque tardivo. Ha ricordato la Sezione che il comma 4 dell'art. 4 dell'all.to 2 al d.lgs. n. 104 del 2010, come modificato dall'art. 7, d.l. 31 agosto 2016, n. 168, ha previsto che "È assicurata la possibilità di depositare con modalità telematica gli atti in scadenza fino alle ore 24.00 dell'ultimo giorno consentito. Il deposito è tempestivo se entro le ore 24.00 del giorno di scadenza è generata la ricevuta di avvenuta accettazione, ove il deposito risulti, anche successivamente, andato a buon fine. Agli effetti dei termini a difesa e della fissazione delle udienze camerali e pubbliche il deposito degli atti e dei documenti in scadenza effettuato oltre le ore 12.00 dell'ultimo giorno consentito si considera effettuato il giorno successivo".
Tale norma va interpretata nel senso che il deposito con il processo amministrativo telematico (Pat) è possibile fino alle ore 24.00 ma se effettuato l'ultimo giorno utile rispetto ai termini previsti dal comma 1 dell'art. 73 c.p.a., ove avvenga oltre le ore 12.00 (*id est*, l'orario previsto per i depositi prima dell'entrata in vigore del Pat), si considera – limitatamente ai fini della garanzia dei termini a difesa e della fissazione delle udienze camerali e pubbliche – effettuato il giorno successivo, ed è dunque tardivo.
In altri termini, il termine ultimo di deposito alle ore 12.00 permane, anche all'indomani dell'entrata in vigore del Pat, come termine di garanzia del contraddittorio tra le parti e della corretta organizzazione del lavoro del Collegio giudicante. Concretizzando tale principio nella pratica: a) se una memoria è depositata alle ore 13.00 dell'ultimo giorno utile, ai sensi del comma 1 dell'art. 73 c.p.a., la stessa non può essere tenuta in considerazione perché non sono rispettati i termini a difesa, salva la possibilità per la parte autrice del deposito tardivo di chiedere un rinvio della trattazione della questione e sempre che il Collegio ritenga ne sussistano i presupposti (analogo discorso vale per il deposito di documenti); b) se è depositato oltre le ore 12.00 un ricorso con richiesta di cautelare collegiale, ai fini del computo del termine per la fissazione della relativa camera di consiglio occorre considerare che il deposito è avvenuto il giorno successivo; c) se è depositato un ricorso o un appello alle ore 15.00 dell'ultimo giorno utile per il deposito, questo si considera avvenuto tempestivamente.

32.6. Principio di sinteticità e violazione dei limiti dimensionali degli scritti difensivi.

Ha affermato la sez. V (11 aprile 2018, n. 2190) che ai sensi dell'art. 13 *ter*, comma 5, delle norme di attuazione al Codice del processo amministrativo il limite dimensionale di sinteticità - stabilito dal decreto del Presidente del Consiglio di Stato 22 dicembre 2016, n. 167, come modificato dal decreto dello stesso Presidente del Consiglio di Stato 16 ottobre 2017 - entro cui va contenuto l'atto processuale costituisce

un precetto giuridico la cui violazione non genera la conseguenza, a carico della parte che lo abbia superato, dell'inammissibilità dell'intero atto, ma solo il degradare della parte eccedentaria a contenuto che il giudice ha la mera facoltà di esaminare.

32.7. Termini per la fissazione della camera di consiglio cautelare in Adunanza plenaria.

Con ord. 13 dicembre 2018, n. 1 l'Adunanza plenaria la affermato il principio che la fase processuale che si svolge innanzi all'Adunanza plenaria rappresenta la continuazione del giudizio pendente davanti alla Sezione rimettente, tanto che l'art. 99, comma 4, c.p.a. consente all'Adunanza plenaria di decidere l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare solo il principio di diritto; pertanto, la pubblicazione dell'ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria non può essere equiparata, ai fini della decorrenza di un nuovo termine a difesa *ex* art. 55, comma 5, c.p.a., alla proposizione del ricorso introduttivo di un autonomo giudizio, inserendosi, al contrario, in via incidentale, nell'ambito del medesimo processo già incardinato presso la Sezione rimettente

32.8. Sospensione del giudizio.

La sez. IV, con sentenza 4 settembre 2018, n. 5185 ha affermato che l'ampiezza del rinvio operato dall'art. 79, comma 1, c.p.a. alla sospensione del processo come disciplinata dal c.p.c. comporta l'applicabilità, nel processo amministrativo, dell'intera gamma delle disposizioni riguardanti la materia, dunque non solo dell'art. 295 c.p.c. (espressamente richiamato dall'art. 79, comma 3, cit.), ma anche dell'art. 337, comma 2, c.p.c.; tale ultima norma è applicabile nel processo amministrativo non solo quando è impugnata con un mezzo di impugnazione straordinario una sentenza già passata in giudicato, ma anche in caso di impugnazione ordinaria; in tal caso, se il giudizio pregiudicante è stato definito con sentenza non passata in giudicato, è possibile la sospensione del giudizio pregiudicato solo ai sensi dell'art. 337, comma 2, cit. e non ai sensi dell'art. 295 c.p.c.

Con specifico riguardo all'art. 337, comma 2, c.p.c., ha chiarito la Sezione che l'essenza del principio sancito da esso sta nell'eventualità che sulla questione pregiudiziale sia già stata pronunciata una sentenza; se tale sentenza passa in giudicato, il giudice della questione pregiudicata dovrà adeguarsi ad essa, ma, se è impugnata, il giudice della questione pregiudicata può sospendere il processo in attesa della pronuncia sull'impugnazione. Tuttavia, trattandosi di una facoltà, il 'secondo giudice' può anche non disporre la sospensione, nel qual caso non è detto che debba necessariamente conformarsi alla decisione impugnata, sia perché potrebbe ritenere non sussistente l'influenza effettiva della sentenza sulla questione al suo esame e sia perché, anche indipendentemente da ciò, potrebbe valutare liberamente la probabilità che la

sentenza invocata possa essere confermata e l'opportunità della sospensione. In definitiva, a differenza dell'art. 295 c.p.c., la previsione in esame prevede una causa di sospensione facoltativa fondata sulla generica influenza di una decisione che assume una mera "autorità di fatto".
L'autorità della cui invocazione tratta l'art. 337, comma 2, c.p.c., è soltanto quella che riguarda il modo di decidere questioni risolte in altre cause; la differenza tra le due ipotesi, pertanto, è che nella prima (art. 295 c.p.c.), occorre una pregiudizialità in senso tecnico – giuridico, nel secondo caso (art. 337 c.p.c.), è sufficiente una pregiudizialità in senso meramente logico. Inoltre, poiché la ragione fondante dell'art. 295 cit. è quella di evitare il rischio di conflitti di giudicati e tale disposizione fa esclusivo riferimento alla pregiudizialità in senso proprio, la correlazione deve sussistere solo fra giudizi pendenti in primo grado.

32.9. Sospensione o interruzione del termine di 180 giorni per presentare nuova istanza di fissazione di udienza ed evitare la perenzione.

La sez. IV, con sentenza 18 maggio 2018, n. 3017, ha affermato che il corso del termine di centottanta giorni per presentare, su richiesta della Segreteria dell'Ufficio giudiziario, nuova istanza di fissazione di udienza, sottoscritta dalla parte che ha rilasciato la procura e dal suo difensore, ed evitare la perenzione del ricorso sancito dall'art. 82, comma 1, c.p.a. non può essere interrotto o sospeso per cause di forza maggiore.
Ha ricordato la Sezione che l'istituto della perenzione ha una "doppia anima", quella privatistica, legata alla constatazione di una tacita rinuncia agli atti del giudizio, e quella pubblicistica, la cui ratio è individuabile nell'esigenza di definizione delle controversie che vedano coinvolta la Pubblica amministrazione nell'esercizio di poteri amministrativi. Di talché, tale causa di estinzione del giudizio risponde ad un superiore interesse pubblico alla definizione delle situazioni giuridiche inerenti l'esercizio del potere amministrativo entro termini ragionevoli.
La Sezione ha altresì affermato la legittimità costituzionale dell'art. 82 c.p.a., in quanto i termini processuali, ed il regime delle preclusioni e decadenze ad essi connesso, opera oggettivamente per tutte le parti del giudizio ed è funzionale alla rapida definizione del giudizio medesimo, in ossequio al principio costituzionale di ragionevole durata del processo, *ex* art. 111, comma 2, Cost., nonché in coerenza con l'art. 6, comma 1, della Convenzione EDU.
E' stato, infine, escluso che sussistano i presupposti per la concessione del beneficio dell'errore scusabile ai sensi dell'art. 37 c.p.a., secondo cui il giudice può disporre, anche d'ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto. Tale beneficio, al fine di non compromettere il principio della parità delle parti relativamente

all'osservanza dei termini perentori processuali, va quindi riconosciuto solo in esito ad un rigoroso accertamento dei presupposti che lo legittimano ai sensi della norma processuale e cioè a fronte di obiettive incertezze normative o in presenza di gravi impedimenti di fatto, non imputabili alla parte.

32.10. Condanna alle spese di lite dell'Amministrazione formalmente vittoriosa per comportamento scorretto.

Ha affermato la sez. IV, 9 aprile 2018, n. 2142 che l'Amministrazione, pur formalmente vittoriosa nel doppio grado, è stata condannata a pagare le spese di lite *ex* art. 88 c.p.c. perché ha taciuto una circostanza che se rilevata subito non solo non avrebbe fatto iniziare la causa ma non la avrebbe fatta durare per molti anni.

La Sezione ha condannato l'ente locale che ha violato il canone di lealtà processuale sancito dall'art. 88, comma 1, c.p.c. – *sub specie* di inosservanza del divieto di non ostacolare la sollecita definizione del giudizio (art. 2, comma 2, c.p.a.) – consentendo che la causa si dilungasse su due gradi di giudizio e per ben dieci anni. Da ciò discende l'applicazione della norma sancita dall'art. 92, comma 1, c.p.c., secondo cui il giudice "…. può indipendentemente dalla soccombenza, condannare una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili, che, per trasgressione al dovere di cui all'art. 88, essa ha causato all'altra parte".

32.11. Accesso al fascicolo di causa da parte di un soggetto che non è parte del relativo giudizio.

Sulla possibilità per il soggetto che non è parte del giudizio di accedere al fascicolo di causa si sono registrati diversi orientamenti da parte delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana.

Con decreto n. 160 del 15 febbraio 2018 il Presidente della Sezione VI del Consiglio di Stato ha accolto l'istanza di accesso al fascicolo informativo presentata da un soggetto che intende intervenire *ad opponendum* in un giudizio pendente.

Il Presidente del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con decreto 21 giugno 2018, n. 32 ha invece respinto analoga istanza proposta da soggetto che intendeva proporre opposizione di terzo avverso la sentenza del giudice di primo grado.

Ha premesso il Presidente che il diritto di accesso di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241 si applica ai "documenti amministrativi" e non agli atti del processo.

Tra le diverse motivazioni addotte a supporto del diniego il Presidente ha affermato che nell'ambito degli atti del fascicolo processuale occorre distinguere, ai fini dell'accessibilità, tra atti e provvedimenti del giudice e atti di parte. Il rilascio di copia degli atti del processo a "chiunque vi abbia interesse" anche senza essere parte

del giudizio è previsto solo per i provvedimenti del giudice (art. 7 disp. att. c.p.a.; art. 744 c.p.c.). Quanto agli atti di parte, possono avere accesso agli atti del processo solo le parti del processo medesimo, costituite o anche non costituite purché evocate in giudizio (art. 6 disp. att. c.p.a.; art. 168 c.p.c.; art. 76 disp. att. c.p.c.).

32.13. Principi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria.

Con sentenza 23 febbraio 2018, n. 2 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito che l'art. 99, comma 4, c.p.a. deve essere inteso nel senso di rimettere all'Adunanza plenaria la sola opzione fra l'integrale definizione della controversia e l'enunciazione di un principio di diritto, mentre non è predicabile (per ragioni sia testuali, che sistematiche) l'ulteriore distinzione in princìpi di diritto di carattere astratto e princìpi maggiormente attinenti alle peculiarità del caso concreto.

Ha chiarito l'Alto Consesso che l'Adunanza plenaria può (secondo uno schema concettuale simile a quello delineato dai primi due commi dell'art. 384 c.p.c.) decidere l'intera controversia – in particolare laddove non siano necessari ulteriori accertamenti in fatto – ovvero enunciare il principio di diritto e rimettere per il resto il giudizio alla Sezione remittente, alla quale spetterà, evidentemente, il compito di contestualizzare il principio espresso in relazione alle peculiarità del caso sottoposto al suo giudizio.

Pertanto la richiamata disposizione codicistica (la cui portata è già adeguatamente ampia, come adeguato è il novero dei poteri in concreto esercitabili dall'Adunanza plenaria) non ammette la possibilità – che sembra invece adombrata nell'ordinanza di rimessione – di articolare ulteriormente l'enunciazione del principio di diritto secondo diversi livelli di astrattezza o – correlativamente – di aderenza alle peculiarità della vicenda di causa.

Ha aggiunto l'Alto Consesso che ai princìpi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a. non può essere riconosciuta l'autorità della cosa giudicata; l'attività di contestualizzazione e di sussunzione del principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a. in relazione alle peculiarità del caso concreto spetta alla Sezione cui è rimessa la decisione del ricorso.

Ha chiarito che l'enunciazione da parte dell'Adunanza plenaria di un principio di diritto nell'esercizio della propria funzione nomofilattica non integra l'applicazione alla vicenda per cui è causa della *regula iuris* enunciata e non assume quindi i connotati tipicamente decisori che caratterizzano le decisioni idonee a far stato fra le parti con l'autorità della cosa giudicata con gli effetti di cui all'art. 2909 cod. civ. e di cui all'art. 395, n. 5), c.p.c..

La statuizione con cui l'Adunanza plenaria si limita a enunciare un principio di di-

ritto (invece di decidere l'intera controversia) determina effetti evidentemente diversi rispetto a quelli con cui la stessa Adunanza plenaria definisce l'intero rapporto giuridico controverso. Fra tali effetti non è annoverabile quello (proprio delle statuizioni assistite dalla forza del giudicato) di far stato fra le parti e di costituire parametro di difformità rilevante ai sensi dell'art. 395, n. 5), c.p.c.
Il vincolo del giudicato può pertanto formarsi unicamente sui capi delle sentenze dell'Adunanza plenaria che definiscono – sia pure parzialmente – una controversia, mentre tale vincolo non può dirsi sussistente a fronte della sola enunciazione di princìpi di diritto la quale richiede – al contrario – un'ulteriore attività di contestualizzazione in relazione alle peculiarità della vicenda di causa che non può non essere demandata alla Sezione remittente.
Deve naturalmente pervenirsi a conclusioni diverse nelle ipotesi in cui l'Adunanza plenaria (avvalendosi di un potere decisorio certamente ammesso dall'art. 99, comma 4, c.p.a.) si sia avvalsa della facoltà di definire con sentenza non definitiva la controversia, restituendo per il resto il giudizio alla Sezione remittente (se del caso, previa enunciazione di un principio di diritto).
In tali ipotesi il Giudice *a quo* potrà definire con la massima latitudine di poteri decisionali i capi residui della controversia che gli sono stati demandati, restando tuttavia astretto al vincolo del giudicato formatosi sui capi definiti dall'Adunanza plenaria.

32.14. Azione avverso il silenzio.
La sez. IV, con sentenza n. 7090 del 17 dicembre 2018 ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto da una associazione di dirigenti pubblici per far dichiarare l'obbligo dell'Amministrazione a bandire un concorso per dirigente con specifiche caratteristiche, non essendo esperibile il ricorso avverso il silenzio - inadempimento della P.A. qualora l'atto di cui si chiede l'adozione sia a contenuto regolamentare o generale (nelle specie la Dirpubblica aveva lamentato l'omessa adozione da parte dell'Agenzia delle Entrate di un bando di concorso per soli esami, sostituito da un concorso per titoli ed esami).
Ha chiarito la Sezione che con riguardo alla questione dell'ammissibilità dello speciale rito sul silenzio in relazione all'adozione di atti amministrativi generali l'orientamento prevalente in giurisprudenza è negativo, argomentandosi dall'impossibilità di individuare specifici "destinatari" degli atti in questione in capo ai quali possa radicarsi una posizione giuridica qualificata e differenziata, definibile come di interesse legittimo.
A tale tesi si contrappone un isolato precedente nel quale si è evidenziato come dal punto di vista testuale non vi sia alcun indice di una preclusione normativa all'esperibilità del rito sul silenzio rispetto agli atti generali; si è ritenuto che il problema sia

piuttosto quello di verificare con attenzione l'effettiva sussistenza di una posizione giuridica legittimante in capo a coloro i quali, in relazione alla propria qualità di possibili futuri destinatari delle previsioni regolamentari o generali da adottarsi (ad esempio, in quanto rientranti in una particolare categoria o in possesso di particolari requisiti), possono dirsi specificamente interessati all'adozione degli stessi.
La Sezione ha affermato che tali argomenti non siano necessariamente in contraddizione rispetto al più diffuso indirizzo sopra richiamato.
Infatti, è vero che sul piano testuale non è dato sostenere che vi sia una preclusione a priori all'esperibilità del rito sul silenzio sulla base del mero carattere regolamentare o generale dell'atto di cui si invoca l'adozione; ma altrettanto vero è che, proprio in ragione dell'ordinario rivolgersi di tali atti a una pluralità indifferenziata di soggetti destinatari, non individuabili ex ante e destinati anche a cambiare nel corso del tempo, è molto complessa e delicata l'opera di individuazione dei requisiti della legittimazione e dell'interesse a ricorrere in capo a chi si attivi per l'adozione di provvedimenti di tal natura.
In altri termini, il risultato di una ricognizione sulla sussistenza delle condizioni dell'azione non cambia punto se si sposta l'attenzione dal dato oggettivo della natura regolamentare o generale dell'atto da adottare a quello soggettivo della posizione giuridica del ricorrente rispetto a questo; e non è casuale che nei pochi casi in cui la giurisprudenza si è orientata per la soluzione affermativa si trattasse di controversie afferenti ad atti di pianificazione (dei quali, come è noto, è alquanto discussa in dottrina l'effettiva riconducibilità al *genus* degli atti amministrativi generali) o comunque a provvedimenti indirizzati a una cerchia ristretta e ben definita di soggetti interessati, ancorché modificabile in futuro.
La questione si complica vieppiù allorché l'iniziativa giudiziale, come nel caso che qui occupa, sia assunta da un soggetto che si assuma esponenziale dell'interesse collettivo della generalità dei potenziali destinatari dell'atto generale di cui è sollecitata l'adozione, ponendosi in tale ipotesi l'ulteriore problema dell'individuazione dell'effettiva legittimazione del soggetto collettivo; al riguardo, come è noto, la giurisprudenza assume che le associazioni di settore sono legittimate a difendere in sede giurisdizionale gli interessi di categoria dei soggetti di cui hanno la rappresentanza istituzionale o di fatto solo quando venga invocata la violazione di norme poste a tutela dell'intera categoria, e non anche quando si verta su questioni concernenti singoli iscritti ovvero su questioni capaci di dividere la categoria in posizioni contrastanti, atteso che l'interesse collettivo dell'associazione sindacale deve identificarsi con l'interesse di tutti gli appartenenti alla categoria unitariamente considerata e non con interessi di singoli iscritti o di gruppi di associati.

32.15. Giudizio di ottemperanza.

- Ricorsi per l'ottemperanza proposti nei confronti degli enti locali per i quali è stato dichiarato il dissesto.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con sentenza 29 ottobre 2018, n. 590 si è occupata dei ricorsi per l'ottemperanza proposti nei confronti degli enti locali per i quali è stato dichiarato il dissesto affermando che tale dichiarazione di dissesto degli enti locali rende inammissibili i ricorsi promossi per l'esecuzione di giudicati successivi alla dichiarazione di dissesto, anche se relativi a fatti o atti di gestione anteriori e assoggetta a procedura liquidatoria tutte le obbligazioni derivanti da fatti o atti intervenuti prima della dichiarazione di dissesto, anche se tali obbligazioni siano state liquidate in via definitiva solo successivamente. Se ne ricava che il divieto di azioni esecutive individuali, e l'estinzione dei giudizi promossi riguarda anche i giudizi di esecuzione di giudicati che si siano formati successivamente alla dichiarazione di dissesto, ma per fatti o atti anteriori alla dichiarazione medesima.

Il Consiglio di Giustizia ha affermato di non condividere la diversa tesi giurisprudenziale secondo cui i crediti derivanti da provvedimenti giudiziari passati in giudicato in epoca successiva alla dichiarazione di dissesto non entrano nella massa passiva della procedura di liquidazione straordinaria, anche se il fatto genetico dell'obbligazione è anteriore.

Ha ancora ricordato il Consiglio di Giustizia che la ricostruzione interpretativa cui ha aderito trova avallo non solo in recente giurisprudenza del Consiglio di Stato ma anche negli indirizzi espressi da parte della Corte costituzionale (21 giugno 2013, n. 154), relativa alle analoghe disposizioni vigenti per le obbligazioni rientranti nella gestione commissariale del Comune di Roma (art. 4, comma 8 *bis*, ultimo periodo, d.l. 25 gennaio 2010, n. 2 del 2010, convertito in l. 26 marzo 2010, n. 42, nella parte in cui dispone, "ai fini di una corretta imputazione del piano di rientro", che il primo periodo del comma 3 dell'art. 78, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 "si interpreta nel senso che la gestione commissariale del comune assume, con bilancio separato rispetto a quello della gestione ordinaria, tutte le obbligazioni derivanti da fatti o atti posti in essere fino alla data del 28 aprile 2008, anche qualora le stesse siano accertate e i relativi crediti liquidati con sentenze pubblicate successivamente alla medesima data").

La Corte ha ribadito che "in una procedura concorsuale - tipica di uno stato di dissesto - una norma che ancori ad una certa data il fatto o l'atto genetico dell'obbligazione è logica e coerente, proprio a tutela dell'eguaglianza tra i creditori, mentre la circostanza che l'accertamento del credito intervenga successivamente è irrilevante ai fini dell'imputazione".

Secondo la Corte, sarebbe infatti "irragionevole il contrario, giacché farebbe difetto una regola precisa per individuare i crediti imputabili alla gestione commissariale o

a quella ordinaria e tutto sarebbe affidato alla casualità del momento in cui si forma il titolo esecutivo, anche all'esito di una procedura giudiziaria di durata non prevedibile. La fissazione di una data per distinguere le due gestioni avrebbe un valore soltanto relativo, né sarebbe perseguito in modo efficace l'obiettivo di tenere indenne la gestione ordinaria dagli effetti del debito pregresso".

- Appellabilità delle pronunce che forniscono chiarimenti *ex* artt. 112, comma 5, e 114, comma 7, c.p.a..

La richiesta di chiarimenti *ex* artt. 112, comma 5, e 114, comma 7, c.p.a. non introduce una autonoma azione la cui decisione è idonea al giudicato e, dunque, se resa nel corso del giudizio di primo grado, sempre appellabile, dovendosi verificare, volta per volta, quale sia il contenuto effettivo del provvedimento (indipendentemente dalla veste formale di ordinanza o sentenza) adottato dal giudice di primo grado in sede di ottemperanza e, segnatamente, in occasione della risposta a chiarimenti da chiunque richiesti.

Lo ha affermato la sez. IV, 9 aprile 2018, n. 2141, che ha ricordato che sulla natura della c.d. "ottemperanza di chiarimenti" *ex* artt. 112, comma 5, e 114, comma 7, c.p.a. si registrano pronunce del Consiglio di Stato che attribuiscono rilievo di mero incidente di esecuzione e altre, invece, di accertamento autonomo dell'esatto contenuto della sentenza da eseguire.

Secondo una prima tesi (Cons. St., sez. V, 6 settembre 2017, n. 4232; id., sez. IV, 30 novembre 2015, n. 5409): a) la c.d. "ottemperanza di chiarimenti", ex art. 112, comma 5, c.p.a., costituisce un mero incidente sulle modalità di esecuzione del giudicato - utilizzabile quando vi sia una situazione di incertezza da dirimere che impedisce la sollecita esecuzione del titolo esecutivo - e non un'azione o una domanda in senso tecnico, con la conseguenza che non può trasformarsi in un'azione di accertamento della legittimità o liceità della futura azione amministrativa, né in un'impugnazione mascherata, che porti di fatto a stravolgere il contenuto della pronuncia, la quale non può più venire riformata né integrata dal giudice dell'ottemperanza ove la pretesa avanzata sia de plano ricavabile dal tenore testuale della sentenza da eseguire; i quesiti interpretativi da sottoporre al giudice dell'ottemperanza devono attenere alle modalità dell'ottemperanza e devono avere i requisiti della concretezza e della rilevanza, non potendosi sottoporre al giudice questioni astratte di interpretazione del giudicato, ma solo questioni specifiche che siano effettivamente insorte durante la fase di esecuzione dello stesso; ne discende che lo strumento in esame non può trasformarsi in un pretesto per investire il giudice dell'esecuzione, in assenza del presupposti suindicati, di questioni che devono trovare la loro corretta risoluzione nella sede dell'esecuzione del *decisum*, nell'ambito del rapporto tra parti e ammini-

strazione, salvo che successivamente si contesti l'aderenza al giudicato dei provvedimenti così assunti. Ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a., l'azione di ottemperanza può essere proposta anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità dell'ottemperanza e, ai sensi del successivo art. 114, il giudice amministrativo può fornire tali chiarimenti anche su richiesta del commissario; peraltro i quesiti interpretativi da sottoporre al giudice dell'ottemperanza devono attenere alle modalità dell'ottemperanza e devono avere i requisiti della concretezza e della rilevanza, non potendosi sottoporre al giudice dell'ottemperanza questioni astratte di interpretazione del giudicato, ma solo questioni specifiche che siano effettivamente insorte durante la fase di esecuzione del giudicato.
Un diverso indirizzo (Cons. St., sez. V, 7 settembre 2015, n. 4141; id., sez. IV, 17 dicembre 2012, n. 6468) - valorizzando un passaggio della sentenza dell'Adunanza plenaria n. 2 del 2013 (§ 2 della parte in diritto) e la possibilità che il ricorso per chiarimenti (*ex* art. 112, comma 5, cit.), preceda la instaurazione del giudizio di ottemperanza vero e proprio - ha invece attribuito al ricorso in esame la specifica natura di azione autonoma volta all'accertamento dell'esatto contenuto della sentenza (o del provvedimento ad essa equiparato) proponibile, per giunta, esclusivamente dalla p.a. tenuta ad adempiere posto che la parte vittoriosa non avrebbe altro interesse che quello alla ottemperanza.
Quando la richiesta di chiarimenti è attivata dal commissario ad acta, anche queste pronunce ritengono che il procedimento sia non dissimile da quanto già presente nella prassi giudiziaria.
In considerazione della natura giuridica del commissario ad acta quale ausiliario del giudice, per entrambi i contrapposti indirizzi, il reclamo è riconosciuto come l'unico mezzo processuale che l'ordinamento consente (almeno per chi è stato parte del giudizio conclusosi con il giudicato) per contestare gli atti del medesimo commissario ad acta, a prescindere dalla maggiore o minore ampiezza della discrezionalità di cui questi dispone nell'esecuzione del giudicato.
Ad avviso della Sezione la richiesta di chiarimenti non introduce una autonoma azione la cui decisione sarebbe gioco forza idonea al giudicato e, dunque, se resa nel corso del giudizio di primo grado, sempre appellabile.

- Decorrenza della *astreinte*, chiesta con il ricorso per l'esecuzione di una sentenza del giudice di primo grado non passata in giudicato.
La decorrenza della *astreinte*, chiesta con il ricorso per l'esecuzione di una sentenza del giudice di primo grado non passata in giudicato, decorre dal giorno in cui detta sentenza diventa irrevocabile e non dal passaggio in giudicato della sentenza che ha ordinato la sua esecuzione. Lo ha chiarito la sez. IV con sentenza 10 maggio 2018, n. 2815 sul rilievo che - stante l'insuperabile differenza ontologica fra giudizio di

esecuzione di una sentenza non ancora divenuta irrevocabile e giudizio di esecuzione del giudicato vero e proprio - a fronte della univocità del tenore testuale della lett. e) del comma 4 dell'art. 114 c.p.a., è impossibile addivenire ad una conclusione diversa da quella che fa decorrere la penalità di mora da quando la sentenza di cognizione diventa irrevocabile, facendo leva su argomenti di carattere sistematico e teleologico che condurrebbero ad una non consentita estensione dell'ambito applicativo di una misura sanzionatoria.

32.16. Rito appalti.

- Immediata impugnazione del bando di gara e soggetto legittimato a ricorrere.

Due i principi che l'Adunanza plenaria 26 aprile 2018, n. 4 ha affermato in materia di rito appalti.

Ha innanzitutto chiarito che l'operatore del settore che non ha presentato domanda di partecipazione alla gara non è legittimato a contestare le clausole di un bando di gara che non rivestano nei suoi confronti portata escludente, precludendogli con certezza la possibilità di partecipazione.

Lo stesso Alto Consesso ha poi affermato che le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugnate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura.

Con riferimento alla prima questione (*id est*, legittimazione a ricorrere dell'operatore del settore che non ha presentato domanda di partecipazione alla gara) l'Alto Consesso ha ricordato le due pronunce della stessa Adunanza plenaria che erano intervenute sulla questione della immediata impugnabilità del bando di gara Ci si riferisce all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 29 gennaio 2003, n. 1 e all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 7 aprile 2011, n. 4 secondo cui: a) la regola generale è quella per cui soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnare l'esito della medesima, in quanto soltanto a quest'ultimo è riconoscibile una posizione differenziata; né quanto si afferma sulle regole di gara in via generale potrebbe essere in contrasto con l'assetto fondamentale della giustizia amministrativa; b) i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato; c) possono essere tuttavia enucleate alcune eccezioni a tale principio generale, individuandosi taluni casi in cui deve essere impugnato immediatamente il bando di gara, nonché particolari fattispecie in cui a tale impugnazione immediata deve ritenersi legittimato anche colui che non ha proposto la domanda di partecipazione.

La sentenza dell' Adunanza plenaria 25 febbraio 2014, n. 9, dopo avere richiamato i

propri precedenti, ha rilevato che, in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione "deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione" e che "chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione - per lui *res inter alios acta* - venga nuovamente bandita".
E' stato poi ivi precisato che a tale regola generale può derogarsi, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e, cioè, quando: a) si contesti in radice l'indizione della gara; b) all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; c) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti.
La giurisprudenza ha quindi a più riprese puntualizzato che vanno fatte rientrare nel *genus* delle "clausole immediatamente escludenti" le fattispecie di: a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale; b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile; c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta; d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente; e) clausole impositive di obblighi *contra ius* (ad es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto); f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.); g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso".
Le rimanenti clausole, in quanto non immediatamente lesive, devono essere impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva e postulano la preventiva partecipazione alla gara.
Passando ai quesiti sottoposti, l'Adunanza plenaria ha ritenuto che non sussistano ragioni per ritenere che il soggetto che non abbia presentato la domanda di partecipazione alla gara sia legittimato ad impugnare clausole del bando che non siano

“escludenti”. L’operatore del settore che non ha partecipato alla gara al più potrebbe essere portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione (ciò, in tesi, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara), ma tale preteso interesse “strumentale” avrebbe consistenza meramente affermata, ed ipotetica: il predetto, infatti, non avrebbe provato e neppure dimostrato quell’ “interesse” differenziato che ne avrebbe radicato la legittimazione, essendosi astenuto dal presentare la domanda, pur non trovandosi al cospetto di alcuna clausola “escludente” (nel senso ampliativo fatto proprio dalla giurisprudenza e prima illustrato); ed anzi, tale preteso interesse avrebbe già trovato smentita nella condotta omissiva tenuta dall’operatore del settore, in quanto questi, pur potendo presentare l’offerta si è astenuto dal farlo.
Con riferimento alla seconda questione (*id est*, quanto al *dies a quo* a partire dal quale l’offerente debba proporre l’impugnazione avverso le clausole del bando prive di immediata lesività in quanto non “escludenti”, e purtuttavia, in tesi, illegittime), l’Adunanza ha premesso che l’esigenza di una trattazione unitaria e concentrata nelle controversie in materia di appalti trova conforto nell’art. 120, comma 7, c.p.a. che eccezionalmente, per le sole controversie disciplinate dal c.d. rito appalti, impone il ricorso ai motivi aggiunti c.d. impropri allorquando si debbano impugnare nuovi provvedimenti attinenti alla medesima procedura di gara (mentre sul piano generale l’art. 104, comma 3, c.p.a. circoscrive rigorosamente la proposizione dei motivi aggiunti in appello esclusivamente nei confronti del medesimo atto -o dei medesimi atti- che hanno costituito l'oggetto delle domande proposte in primo grado: si veda sul punto Cons. St., A.P., n. 5 del 17 aprile 2015, capo 6.1.2.).
Ha aggiunto che né il vecchio Codice dei contratti né il nuovo Codice consentono di rinvenire elementi per pervenire all’affermazione che debba imporsi all’offerente di impugnare immediatamente la clausola del bando che prevede il criterio di aggiudicazione, ove la ritenga errata: versandosi nello stato iniziale ed embrionale della procedura, non vi sarebbe infatti né prova né indizio della circostanza che l’impugnante certamente non sarebbe prescelto quale aggiudicatario; per tal via, si imporrebbe all’offerente di denunciare la clausola del bando sulla scorta della preconizzazione di una futura ed ipotetica lesione, al fine di tutelare un interesse (quello strumentale alla riedizione della gara), certamente subordinato rispetto all’interesse primario (quello a rendersi aggiudicatario), del quale non sarebbe certa la non realizzabilità. Imporre l’immediata impugnazione di qualsiasi clausola del bando, in questo contesto, rischierebbe di produrre le seguenti conseguenze: a) tutte le offerenti che ritengano di potere prospettare critiche avverso prescrizioni del bando pur non rivestenti portata escludente sarebbero incentivate a proporre immediatamente l’impugnazione (nella certezza che non potrebbero proporla successivamente); b) al contempo, in vista del perseguimento del loro obiettivo primario (quello dell’aggiudicazione) esse

sarebbero tentate di dilatare in ogni modo la tempistica processuale, (in primis omettendo di proporre la domanda cautelare), così consentendo alla stazione appaltante di proseguire nell'espletamento della gara, in quanto, laddove si rendessero aggiudicatarie prima che il ricorso proposto avverso il bando pervenga alla definitiva decisione, esse potrebbero rinunciare al detto ricorso proposto avverso il bando, avendo conseguito l'obiettivo primario dell'aggiudicazione; c) soltanto laddove non si rendessero aggiudicatarie, a quel punto, coltiverebbero l'interesse strumentale alla riedizione della procedura di gara incentrato sul ricorso già proposto avverso il bando. Di converso, le stazioni appaltanti potrebbero ragionevolmente rallentare l'espletamento delle procedure di gara contestate, in attesa della decisione del ricorso proposto avverso il bando. In ultima analisi, l'effetto pressochè certo dell'abbandono del criterio tradizionale è quello dell'(ulteriore) incremento del contenzioso: quantomeno a legislazione vigente, i possibili vantaggi sembrano del tutto ipotetici.
L'Adunanza plenaria ha quindi concluso nel senso che: a) non è possibile affermare che si possa trarre dalla disposizione di cui ai commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art. 120 c.p.a. una tensione espressiva di un principio generale secondo cui tutti i vizi del bando dovrebbero essere immediatamente denunciati, ancorché non strutturantisi in prescrizioni immediatamente lesive in quanto escludenti; b) sembra invece che il legislatore abbia voluto perimetrare l'interesse procedimentale (cristallizzazione della platea dei concorrenti, ammissioni ed esclusioni) a di cui favorire l'immediata emersione, attraverso una puntuale e restrittiva indicazione dell'oggetto del giudizio da celebrarsi con il rito superaccelerato; c) e tanto ciò è vero che inizialmente, nello schema originario del codice dei contratti pubblici, sottoposto al parere del Consiglio di Stato, si prevedeva un'estensione del detto rito, ma limitata unicamente alla composizione della commissione (come è noto, il testo definitivo ha espunto tale indicazione, recependo i suggerimenti dell'organo consultivo, incentrate sul vincolo imposto dalla legge di delega, che non contemplava tali ipotesi); d) come già colto da questo Consiglio di Stato l'intento del legislatore è stato infatti quello di definire prontamente la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte, creando un "nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la res controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda"; e) e ciò è avvenuto attraverso l'emersione anticipata di un distinto interesse di natura strumentale (sia pure di nuovo conio, come definito in dottrina) che, comunque, rimane proprio e personale del concorrente, e quindi distinto dall'interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di gara; f) né potrebbe sostenersi che la scelta "limitativa" del legislatore possa essere tacciata di illogicità, essendo sufficiente in proposito porre in luce che

l'anticipata emersione di tale interesse procedimentale si giustifica in quanto la maggiore o minore estensione della platea dei concorrenti incide oggettivamente sulla chance di aggiudicazione (il che non avviene in riferimento a censure attingenti clausole non escludenti del bando che perseguono semmai la diversa - e subordinata- ottica della ripetizione della procedura).
In conclusione, ad avviso dell'Alto Consesso anche con riferimento al vigente quadro legislativo trova persistente applicazione l'orientamento secondo il quale le clausole non escludenti del bando vadano impugnate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione (*id est*: aggiudicazione a terzi), considerato altresì che la postergazione della tutela avverso le clausole non escludenti del bando, al momento successivo ed eventuale della denegata aggiudicazione, secondo quanto già stabilito dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2003, non si pone certamente in contrasto con il principio di concorrenza di matrice europea, perché non lo oblitera, ma lo adatta alla realtà dell'incedere del procedimento nella sua connessione con i tempi del processo.

- Notifica del ricorso proposto avverso gli atti di gara svolta in forma aggregata.
In caso di impugnazione di una gara di appalto svolta in forma aggregata da un soggetto per conto e nell'interesse anche di altri enti, il ricorso deve essere notificato, ai sensi dell'art. 41, comma 2, c.p.a., esclusivamente alla Pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato.
Lo ha affermato l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con sentenza 18 maggio 2018, n. 8, aderendo all'orientamento che esclude la necessità di notificare il ricorso anche a tutti i soggetti che aderiscono alla procedura di aggiudicazione in forma aggregata. A tale esito appare, infatti, necessario pervenire considerando il rilievo decisivo, ai fini della soluzione del quesito, dell'art. 41 c.p.a., che identifica l'amministrazione cui deve essere notificato il ricorso introduttivo del giudizio esclusivamente in quella che ha emesso l'atto impugnato. In virtù della disposizione di cui all'art. 41 c.p.a., ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio appare necessaria e sufficiente la notificazione dell'atto introduttivo esclusivamente all'amministrazione che ha emanato il provvedimento impugnato. In altri termini, la disposizione di cui all'art. 41 c.p.a., nell'enunciare la regola generale sopra ricordata, positivamente esclude che l'atto introduttivo del giudizio debba essere notificato anche ad amministrazioni od enti che a diverso titolo abbiano avuto modo di partecipare al procedimento.
Corollario di tale regola è che solo quando l'atto finale sia imputabile a più amministrazioni, come accade per gli atti di concerto o come può verificarsi per gli accordi di programma, la legittimazione passiva riguarda tutte le amministrazioni interessate.

Per converso, le partecipazioni al procedimento giuridicamente qualificate (come quelle concernenti il potere di iniziativa o di proposta, la partecipazione all'intesa che abbia preceduto l'adozione del provvedimento finale, ovvero gli atti preparatori) non sono idonee ad estendere la veste di parte necessaria a soggetti diversi dall'autorità emanante. A tal fine, infatti, sarebbe necessaria una formale imputazione del provvedimento finale ad una pluralità di amministrazioni. Una diversa soluzione, volta ad estendere la legittimazione processuale a soggetti diversi dall'autorità che ha emanato l'atto, si risolverebbe in una oggettiva violazione della norma che presidia la legittima costituzione del rapporto giuridico processuale. Nei casi sopra ricordati, d'altra parte, si è di fronte ad una unica amministrazione (capofila) che gestisce la procedura e che di essa è responsabile, sicché soltanto ad essa sono imputabili gli atti ed i provvedimenti della medesima, divenendo così l'amministrazione cui notificare il ricorso giurisdizionale per l'instaurazione del giudizio; tutto ciò mentre le altre amministrazioni, eventualmente interessate alla procedura, sono tuttavia sfornite di *os ad loquendum* sulle vicende della gara.
Deve, infine, essere rilevato che alla prospettazione sopra esposta non può essere opposta la disciplina di cui all'art. 81 c.p.c., pacificamente applicabile al processo amministrativo, secondo cui fuori dai casi previsti dalla legge, nessuno può far valere in nome proprio un diritto altrui. Nelle fattispecie sopra ricordate, infatti, l'amministrazione capofila è chiamata a far valere e tutelare una situazione giuridica soggettiva propria (quella derivante dall'essere l'amministrazione che ha posto in essere il procedimento ed emanato il provvedimento di aggiudicazione). Non si verifica pertanto alcuna forma di sostituzione processuale, con la legittimazione straordinaria che a questa è connessa, mentre l'eventuale rilevanza degli esiti della aggiudicazione nei confronti del soggetto in unione di acquisto con l'amministrazione procedente, ha luogo in forza dei rapporti interni fra le due amministrazioni, privi, per le ragioni già esposte, di rilevanza processuale.

- Decorrenza del termine per impugnare, con ricorso incidentale, l'ammissione di altro concorrente in gara.
Il *dies a quo* per proporre il ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara del ricorrente principale decorre, in applicazione del principio dettato dall'art. 42, comma 1, c.p.a., dalla notifica del ricorso principale e non dalla conoscenza del provvedimento di ammissione pubblicato sul profilo del committente, ferma restando la preclusione all'attivazione di tale rimedio processuale quale strumento per dedurre, in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, le censure riferite alla fase di ammissione. Lo ha affermato la sez. III, 27 marzo 2018, n. 1902 sulla base delle seguenti considerazioni: a) la rapidità di celebrazione del contenzioso sulle ammissioni non è pregiudicata dal rimedio di cui all'art. 42, comma 1, c.p.a., che comporta

un incremento dei tempi processuali non significativo (30 giorni), equivalente a quello previsto per i motivi aggiunti; b) l'espressa menzione nell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. del ricorso incidentale, porta a ritenere che la portata di tale rimedio processuale debba intendersi estesa anche agli atti che costituiscono l'oggetto proprio del nuovo rito super-accelerato; c) è preclusa l'attivazione del ricorso incidentale al delimitato fine di dedurre, in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, le censure relative alla fase di ammissione; d) l'esclusione del ricorso incidentale comporterebbe una considerevole compromissione delle facoltà di difesa della parte resistente la quale, vista la contestazione della sua ammissione alla gara, non potrebbe paralizzare in via riconvenzionale l'iniziativa avversaria; e) l'esigenza di concentrazione in un unico giudizio, caratterizzato dalla snellezza e celerità di cui al comma 2 *bis* dell'art. 120 c.p.a., tutte le questioni attinenti alla fase di ammissione ed esclusione dei concorrenti, nel rispetto del principio della parità della armi e della effettività del contraddittorio, salvaguarda la natura dell'impugnazione incidentale quale mezzo di tutela dell'interesse che sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale.

32.17. Giudizio elettorale.

La sez. III, con sentenza 29 maggio 2018, n. 3232 ha affermato che è inammissibile il ricorso in appello avente ad oggetto l'esclusione di una lista dalle competizioni amministrative proposto dalla parte personalmente, senza l'assistenza del difensore. Ha chiarito la Sezione che ai sensi dell'art. 95, comma 6, c.p.a., ai giudizi di impugnazione non si estende la possibilità, prevista dal combinato disposto degli artt. 22, comma 1, e 23 per i giudizi dinanzi al giudice di primo grado, di difendersi personalmente, con la conseguenza che non è applicabile nel giudizio innanzi al Consiglio di Stato l'art. 23, comma 1, dello stesso c.p.a., nella parte in cui prevede la possibilità di difesa personale delle parti nei giudizi in materia elettorale.

L'impossibilità di difendersi personalmente nel giudizio di appello non viola il diritto di difesa costituzionalmente garantito. Ha chiarito che ai sensi dell'art. 24, comma 2, Cost., l'inviolabilità del diritto di difesa si caratterizza in primo luogo come diritto alla difesa tecnica, che si realizza mediante la presenza di un difensore dotato dei necessari requisiti di preparazione tecnico-giuridica, in grado di interloquire con le controparti e con il giudice, di modo che le ipotesi di difesa «personale» devono essere considerate, nel nostro ordinamento, eccezioni, proprio in considerazione della natura inviolabile del diritto di difesa e del principio di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge.

32.18. Appello.

- Casi di annullamento con rinvio delle sentenze di primo grado.

Con sentenze 30 luglio 2018, nn. 10 e 11 e 5 settembre 2018, n. 14 all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha pronunciato sui casi di annullamento con rinvio, da parte del giudice di appello, delle sentenze del Tribunale amministrativo regionale.
Ha premesso l'Alto Consesso che in coerenza con il generale principio dell'effetto devolutivo/sostitutivo dell'appello, le ipotesi di annullamento con rinvio al giudice di primo grado previste dall'art. 105 c.p.a. hanno carattere eccezionale e tassativo e non sono, pertanto, suscettibili di interpretazioni analogiche o estensive.
Ha ancora affermato che l'art. 105, comma 1, c.p.a. indica talune specifiche categorie inderogabili di casi d'annullamento con rinvio, ognuna delle quali è implementabile nel suo specifico ambito dalla giurisprudenza attraverso una rigorosa interpretazione sistematica del testo vigente del Codice, senza possibilità alcuna di pervenire o di tendere alla creazione surrettizia d'una nuova categoria (e, dunque, d'una nuova norma processuale) o, peggio, all'arbitraria interpretazione motivata senza passare al previo vaglio del Giudice delle leggi, dalla prevalenza del solo principio del doppio grado di giudizio rispetto ad altri parametri costituzionali. La nuova nomenclatura contenuta nel vigente art. 105 c.p.a. non ammette *tout court* l'erronea declaratoria d'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse quale sussumibile nella categoria della lesione dei diritti della difesa, solo perché su talune questioni di merito non si attua il doppio grado di giudizio; per contro, l'annullamento della sentenza con rinvio al primo Giudice può conseguire solo a fronte di evidenti ed irrimediabili patologie del complesso della motivazione e non di singole distonie tra il chiesto e il pronunciato, ossia a fronte di quei, per vero, marginali casi in cui è inutilizzabile il *decisum* (che ridonda quindi nella nullità della sentenza) e sono stati conculcati i diritti di difesa di tutte le parti, P.A. inclusa.
Ha aggiunto l'Alto Consesso che è sempre possibile, in linea di principio, riconoscere al Giudice d'appello il potere di sindacare il contenuto della motivazione dell'impugnata sentenza, affinché si possa riqualificare il dispositivo delle sentenze in rito *ex* art. 35, comma 1, c.p.a., ove s'accerti la patologica eversione del Giudice di prime cure dall'obbligo della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 112 c.p.c.) o dall'obbligo di motivazione (artt. 74 e 88 c.p.a.) – trattandosi, com'è noto, di vicende che impingono sulla struttura inderogabile ed essenziale della sentenza, rispetto all'oggetto del processo –, a condizione, però, che tale patologia, foss'anche per evidenti errori sui fatti di causa tali da alterare la stessa possibilità di difesa delle parti, investa il complesso della motivazione stessa e non una sola sua parte (invece emendabile nei modi ordinari) o, peggio, il punto di diritto affermato (specie se questo, al di là della precisione semantica o d'una buona forma espositiva, sia fedele agli indirizzi consolidati o prevalenti della giurisprudenza di questo Consiglio); è evidente che dette ultime ipotesi costituiscano, ovviamente alle condizioni

testé evidenziate, tanto una lesione dei diritti della difesa sostanziale delle parti nel grado di riferimento, quanto una vicenda di nullità della sentenza ed implicano, per forza di cose, l'annullamento con rinvio *ex* art. 105, comma 1, c.p.a..
Ai principi di diritto espressi l'Alto Consesso è pervenuto con una elaborata argomentazione.
Ha premesso che, soprattutto nelle espressioni "mancanza del contraddittorio" e "lesione del diritto di difesa", che, più delle altre, hanno sollevato sospetti d'indeterminatezza, l'art. 105 individua, senza bisogno di ricorrere alla tecnica normativa sulla descrizione analitica delle singole fattispecie, un insieme chiuso, determinato e tipico di vizi. Le formule "lesione del diritto di difesa" e "mancanza del contraddittorio", pur non costituendo un'endiadi (perché ciascuna nozione ha un suo significato autonomo che non si risolve in quello dell'altra), sono ambedue riconducibili alle menomazione del contraddittorio *lato sensu* inteso. In entrambi i casi è mancata la possibilità di difendersi nel giudizio-procedimento, nel senso che lo svolgimento del giudizio risulta irrimediabilmente viziato, onde il Giudice è pervenuto a una pronuncia la cui illegittimità va vista non per il suo contenuto, ma per il sol fatto che essa sia stata resa, senza che la parte abbia avuto la possibilità di esercitare il diritto di difesa o di beneficiare dell'integrità del contraddittorio. Nell'ambito di questa macro-categoria, l'ulteriore distinzione, fatta propria dal testo dell'art. 105 c.p.a., tra mancanza del contradditorio in senso stretto e violazione del diritto di difesa attiene alla natura "genetica" o "funzionale" del vizio che ha inficiato lo svolgimento del giudizio-procedimento.
Le ipotesi sono tipiche e presuppongono la violazione di norme che prevedono poteri o garanzie processuali strumentali al pieno esercizio del diritto di difesa, tra cui: a) la mancata concessione d'un termine a difesa; b) l'omesso avviso della data d'udienza; c) l'erronea fissazione dell'udienza durante il periodo feriale; d) la violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a. per aver il Giudice posto a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio e non prospettata alle parti; e) la definizione del giudizio in forma semplificata senza il rispetto delle garanzie processuali prescritte dall'art. 60 c.p.a.; f) la sentenza pronunciata senza che fosse dichiarata l'interruzione nonostante la morte del difensore.
Dal canto suo, la "mancanza del contraddittorio" è essenzialmente riconducibile al caso in cui si sarebbe dovuto integrare il contraddittorio o non si sarebbe dovuto estromettere una parte. Il vizio è, quindi, genetico, nel senso che a causa della mancata integrazione del contraddittorio o dell'erronea estromissione, una o più parti vengono in radice e sin dall'inizio private della possibilità di partecipare al giudizio-procedimento. Peraltro, in applicazione del c.d. "principio della ragione più liquida", l'art. 49, comma 2, c.p.a., applicabile anche nel giudizio di appello per evitare un inutile annullamento con rinvio, consente al Giudice di secondo grado di statuire

pure a contraddittorio non integro, qualora il ricorso risulti manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato. Ben si vede la ragione d'economia processuale su cui si fonda tale norma e che consente di prescindere da incombenti inutili (l'integrazione del contraddittorio o il rinvio al primo Giudice affinché disponga quest'ultimo), quando le risultanze già acquisite consentano di definire il giudizio in senso sfavorevole per la parte ricorrente. Del pari, di per sé neppure la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato potrebbe giustificare la rimessione al primo Giudice, essendo dirimente la constatazione che, una volta che il Giudice dichiari la domanda irricevibile, inammissibile o improcedibile, la pronuncia v'è stata, ancorché vi ravvisi un ostacolo processuale che gli impedisce l'esame del merito. Ove il Giudice ometta di pronunciarvisi, normalmente vi provvede, nei limiti del principio devolutivo, il Giudice d'appello, tranne in quelle ipotesi patologiche individuate dalla stessa Adunanza plenaria.

- Appello cumulativo.

La sez. V, con sentenza 14 settembre 2018, n. 5385 ha riconosciuto l'ammissibilità dell'appello c.d. cumulativo se le sentenze impugnate hanno lo stesso contenuto e siano pronunziate fra le stesse parti.

La giurisprudenza prevalente del giudice amministrativo aveva escluso tale ammissibilità sul rilievo che spetta solo al giudice di appello il potere discrezionale di riunire i ricorsi connessi avverso più sentenze di primo grado, in funzione dell'economicità e della speditezza dei giudizi e al fine di prevenire la possibilità di contrasto tra i giudicati, laddove l'iniziativa delle parti (intesa alla proposizione di un appello unico avverso più sentenze) varrebbe a sottrarre al giudice il governo dei giudizi e porrebbe le premesse per la creazione di situazioni processuali confuse o inestricabili.

A favore della diversa tesi prospettata dalla Sezione militano: a) il principio di economia processuale, nella sua declinazione di tendenziale concentrazione delle controversie dinanzi allo stesso giudice, desumibile dagli artt. 24 e 11 Cost.; b) la regola che impone l'applicazione, anche nel processo amministrativo – in forza del rinvio c.d. esterno di cui all'art. 39 c.p.a., già pretoriamente riconosciuto da Cons. St., A.P., 14 settembre 1982, n.15 – l'applicazione delle norme del codice di rito civile, in quanto non incompatibili e che, per l'effetto, vale a legittimare il giudice amministrativo di appello alla separazione delle cause in applicazione dell'art. 103, comma 2, c.p.c.; c) la generale possibilità di cumulare domande connesse, prevista all'art. 32 c.p.a., da ritenersi operante anche in appello (art. 38 c.p.a.); d) la possibilità, per il giudice di appello, di pronunciare, ai sensi dell'art. 36 c.p.a., sentenza parziale quando decide alcune delle questioni: la quale vale a fondare anche il potere di scin-

dere officiosamente l'impugnazione cumulativa avanzata dalle parti, nel caso di ritenuta e concreta insussistenza dei presupposti per emettere un'unica sentenza (ciò che – in buona e definitiva sostanza – vale a sterilizzare la tradizionale obiezione alla impugnazione cumulativa rimessa alla iniziativa di parte).

- Appellabilità dei decreti monocratici cautelari.

Sull'appellabilità del decreto monocratico cautelare emesso dal Presidente del Tribunale amministrativo regionale la giurisprudenza si è divisa.

Con decreto monocratico 7 dicembre 2018, n. 5971 il Presidente della sez. IV ha affermato che, ai sensi dell'art. 56 c.p.a., è ammissibile, se sussistono eccezionali ragioni d'urgenza, l'appello proposto avverso il decreto monocratico cautelare adottato dal Presidente del Tribunale amministrativo regionale. Ha chiarito il Presidente che tali eccezionali ragioni d'urgenza devono essere tali da rendere irreversibile – per il caso di mancata emanazione di una misura monocratica in sede d'appello - la situazione di fatto, a causa del tempo che intercorre tra la data di emanazione del decreto appellato e la data nella quale è fissata la camera di consiglio per l'esame della domanda cautelare, da parte del Tar in sede collegiale.

Si tratta di conclusione, alla quale era già pervenuto il Presidente della sez. III con decreto n. 5650 dell'11 dicembre 2014, secondo cui l'appello è invece ammissibile, non essendo espressamente escluso dall'art. 56 c.p.a.. Ha chiarito che mancando siffatta clausola preclusiva nel citato art. 56, quest'ultimo va interpretato secondo ragionevolezza, nel senso, cioè, che prevale la funzione cautelare anticipatoria sottesa alle misure cautelari provvisorie, quando l'esigenza cautelare rappresentata è, per la natura degli interessi coinvolti o per la specificità della statuizione della P.A., di natura tale da dover esser protetta senza neppure attenderne la trattazione collegiale in camera di consiglio, anche in sede d'appello.

Tale conclusione si discosta da quanto affermato nel decreto monocratico del 19 luglio 2017, n. 3015 del Presidente della sez. V, che ha ritenuto inammissibile tale appello sul rilievo che l'eccezionale misura cautelare monocratica presidenziale, prevista dall'art. 56 c.p.a., ha funzione strettamente interinale e che il relativo "decreto" è per legge "efficace sino a detta camera di consiglio", che costituisce la giusta sede per l'esame della domanda cautelare. Ha aggiunto che per la misura cautelare monocratica presidenziale *ex* art. 56 la legge non prevede, né per il sistema processuale appare configurabile, la via di un distinto e autonomo appello, con la conseguenza che ogni questione di revisione al riguardo va trattata nel medesimo grado della misura stessa, o con lo stesso mezzo o in occasione delle conseguente collegiale camera di consiglio (la cui "ordinanza cautelare" potrà semmai, a letterale tenore dell'art. 62, formare oggetto di appello cautelare).

- Appellabilità della decisione di revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, con sentenza 28 marzo 2018, n. 177 ha affermato che la revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, adottata con la sentenza che definisce la causa, va impugnata con il rimedio ordinario dell'appello, senza che sia configurabile una separata opposizione *ex* art. 170, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

Ha chiarito il Consiglio di Giustizia che per contestare la revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato il rimedio del ricorso al capo dell'ufficio giudiziario non si addice ai connotati del processo amministrativo, dove i compiti monocratici sono tassativi e in genere soggetti a controllo collegiale (v. decreti cautelari monocratici, decreti monocratici di estinzione del processo), e non si rinvengono viceversa casi di atti collegiali sottoposti al controllo del giudice monocratico.

A sua volta l'opposizione *ex* art 170 t.u. spese di giustizia, approvato con d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, riguarda le questioni di quantum del compenso spettante al difensore della parte ammessa al patrocinio, e ricade nella giurisdizione del giudice ordinario (anche per le spettanze dei difensori che patrocinano davanti alla giustizia amministrativa).

Invece la revoca del beneficio del patrocinio a spese dello Stato attiene all'*an* del beneficio e rientra tra le statuizioni di merito della sentenza, soggette ad appello davanti allo stesso giudice amministrativo.

- Rapporto tra appello principale perento e appello incidentale tardivo.

Nel processo amministrativo il principio sancito dall'art. 334, comma 2, c.p.c. e dall'art. 96, comma 4, c.p.a.- secondo cui se l'appello principale è dichiarato inammissibile l'appello incidentale tardivo perde efficacia - si applica anche nel caso in cui l'appello principale è dichiarato perento. Lo ha affermato la sez. IV con sentenza n. 6111 del 26 ottobre 2018, affrontando la questione se l'art. 334, comma 2, c.p.c. - secondo il quale se l'impugnazione principale è dichiarata inammissibile, l'impugnazione incidentale tardiva perde ogni efficacia - richiamato espressamente e con la stessa formulazione dall'art. 96, comma 4 c.p.a., sia applicabile nel processo amministrativo anche nel caso in cui il ricorso principale sia estinto per perenzione.

Ha affermato il giudice di appello che se l'interesse tutelato con l'eccezionale impugnazione tardiva è quello di evitare tale rischio, e le impugnazioni indotte dall'esigenza di evitarlo, quando tale rischio viene meno perché l'appello principale non può essere esaminato nel merito, secondo la Corte, è illogico ritenere che una impugnazione (anomala) possa trovare tutela nell'ordinamento in caso di mancanza sopravvenuta del presupposto in funzione del quale è stata riconosciuta la sua proponibilità. Così l'"inefficacia", prevista nel secondo comma, del ricorso incidentale

tardivo va intesa come inammissibilità sopravvenuta dello stesso per difetto dell'interesse tutelato dall'ordinamento nel consentirne la proponibilità.
In definitiva, la Corte – pur decidendo su una fattispecie di ricorso principale improcedibile – spende argomentazioni di sistema valevoli in tesi per tutti i casi in cui l'appello principale non può esaminarsi nel merito, posto che in tutti questi casi il rischio paventato che avrebbe indotto la parte parzialmente soccombente ad impugnare, non viene ad esistenza. In tal modo, si procede ad una consistente limitazione della portata dell'eccezione ordinamentale che consente l'impugnazione oltre il termine e ad una riespansione delle regole generali sui termini per impugnare.
Si legano così le sorti dell'appello incidentale tardivo a quelle dell'appello principale ed il primo è tutelato nella misura in cui il secondo può sovvertire l'originaria sentenza impugnata, che il futuro appellante incidentale benchè parzialmente soccombente non avrebbe autonomamente impugnato e per la quale ha infatti lasciato decorrere i termini ordinari di impugnazione.
Ha aggiunto la Sezione che nel caso in cui nel processo amministrativo non può pervenirsi ad una decisione sul merito, l'inefficacia dell'appello incidentale tardivo, prevista dall'art. 334, comma 2, c.p.c. e richiamata dall'art. 96, comma 4, c.p.a. solo per l'inammissibilità, vale, in ipotesi, per tutti i casi enucleati in cui l'appello principale non può essere deciso nel merito, venendo altrimenti meno il presupposto in presenza del quale è tutelato l'interesse dell'appellante tardivo.

32.19. Sentenze e relativa motivazione.
Con sentenza 27 novembre 2018, n. 6711, la sez. III ha affermato che deve essere annullata la sentenza che abbia una motivazione perplessa o dubitativa.
Ha chiarito la Sezione che una motivazione non convinta, da parte dell'organo giudicante, è anche una motivazione non convincente, incapace di esprimere, cioè, in modo sufficiente – e tale da reggere comunque al vaglio giurisdizionale del giudice del secondo grado – la pur concisa esposizione delle ragioni in fatto e in diritto che sorreggono la statuizione impugnata (art. 88, comma 2, lett. d, c.p.a.).
La motivazione perplessa, dubitativa, espressa con formule amletiche o ermetiche, non può soddisfare quel rigoroso onere motivazionale che è imposto, a tacer d'altro, anzitutto dall'art. 111, comma 6, Cost.
L'*iter* motivazionale della sentenza impugnata non deve riflettere un irrisolto e tortuoso travaglio interiore del giudice che, proprio in quanto tale, deve rimanere interno alla sfera del proprio convincimento, ma esprimere, con la chiarezza e la sinteticità dovute (art. 3, comma 2, c.p.a.), le ragioni che lo hanno indotto a superare il dubbio, sul piano della ricostruzione dei fatti e della interpretazione delle norme, e a giungere alla soluzione della controversia, enunciando la regola del caso concreto secondo il nostro ordinamento.

Non esiste regola del caso concreto – e tale è, per definizione, la statuizione giudiziale atta a costituire cosa giudicata – che si presenti, già nella sua stessa formulazione, perplessa, incerta, periclitante, perché ciò contraddice l'essenza stessa della funzione giurisdizionale, che deve essere chiara, sintetica, in funzione della sua certezza e della sua intellegibilità.

33. Risarcimento danni.

33.1. Azione risarcitoria autonoma.

Con sentenza n. 5014 del 22 agosto 2018 la sez. III ha ritenuto ammissibile la proposizione, mediante una nuova e diversa domanda, dell'azione di risarcimento danni a fronte di illegittima aggiudicazione dell'appalto, laddove nel giudizio di impugnazione degli atti della gara il giudice amministrativo non si sia pronunciato sulla espressa richiesta risarcitoria e questa in sede di appello non sia stata riproposta *ex* art. 101, comma 2, c.p.a.. Ha ricordato la Sezione che in base al disposto dell'art. 101, comma 2, c.p.a., si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell'atto di appello: proprio alla luce di tale ultima disposizione, è evidente che, anche ammesso che la domanda risarcitoria abbia costituito oggetto di rinuncia (*ex lege*, quale conseguenza della sua mancata riproposizione in appello), la rinuncia stessa non potrebbe costituire ostacolo alla ripresentazione della suddetta domanda nell'ambito di un autonomo giudizio, nel rispetto (di fatto avvenuto), del termine di cui all'art. 30, comma 5, c.p.a.. Infatti, nel processo amministrativo la rinuncia alla domanda non va confusa con la rinuncia agli atti del giudizio atteso che, nel caso di rinuncia agli atti del giudizio, si può parlare di estinzione del processo, cui consegue una pronuncia meramente processuale, potendo essere la domanda riproposta nel caso in cui siano ancora aperti i termini per far valere in giudizio la pretesa sostanziale; la rinuncia all'azione comporta, invece, una pronuncia con cui si prende atto di una volontà del ricorrente di rinunciare alla pretesa sostanziale dedotta in giudizio, con la conseguente inammissibilità di una riproposizione della domanda; in quest'ultimo caso non vi può essere estinzione del processo, in quanto la decisione implica una pronuncia di merito, cui consegue l'estinzione del diritto di azione, atteso che il giudice prende atto della volontà del ricorrente di rinunciare alla pretesa sostanziale dedotta nel processo. Ebbene, non può revocarsi in dubbio che una volontà rinunciativa *ex lege*, quale quella derivante all'applicazione dell'art. 101, comma 2, c.p.a., non può assumere di per sé valenza di volontà di rinunciare alla pretesa sostanziale, con la conseguente limitazione dei relativi effetti al processo nell'ambito del quale si sia perfezionata e senza preclusioni di sorta in ordine alla riproposizione della relativa domanda in un altro contesto processuale.

33.2. Lesioni di interessi pretensivi e risarcimento danni.
La sez. IV, con sentenza 14 giugno 2018, n. 3657 ha affermato che per gli interessi pretensivi l'obbligazione risarcitoria affonda le sue radici nella verifica della sostanziale spettanza del bene della vita ed implica un giudizio prognostico in relazione al se, a seguito del corretto agire dell'amministrazione, il bene della vita sarebbe effettivamente o probabilmente (cioè secondo il canone del "più probabile che non") spettato al titolare dell'interesse; di talché, ove il giudizio si concluda con la valutazione della sua spettanza, certa o probabile, il danno, in presenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito, può essere risarcito, rispettivamente, per intero o sotto forma di perdita di *chance*.
Ha ricordato la Sezione che la pretesa al risarcimento del danno ingiusto derivante dalla lesione dell'interesse legittimo, insomma, si fonda su una lettura dell'art. 2043 cod. civ. che riferisce il carattere dell'ingiustizia al danno e non alla condotta, di modo che presupposto essenziale della responsabilità non è tanto la condotta colposa, ma l'evento dannoso che ingiustamente lede una situazione soggettiva protetta dall'ordinamento ed affinché la lesione possa considerarsi ingiusta è necessario verificare attraverso un giudizio prognostico se, a seguito del corretto agire dell'amministrazione, il bene della vita sarebbe effettivamente spettato al titolare dell'interesse. In particolare, per gli interessi pretensivi, occorre stabilire se il pretendente sia titolare di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la conclusione positiva del procedimento, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile era destinata, in base a un criterio di normalità, ad un esito favorevole.

33.3. Responsabilità precontrattuale anche prima dell'aggiudicazione definitiva.
Con sentenza n. 5 del 4 maggio 2018 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha affermato il principio che a) il dovere di correttezza e di buona fede oggettiva (e la conseguente responsabilità precontrattuale derivante dalla loro violazione) è configurabile in capo all'Amministrazione anche prima e a prescindere dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva; b) tale responsabilità è configurabile senza che possa riconoscersi rilevanza alla circostanza che la scorrettezza maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure intervenga nel corso della procedura di gara. La contraria tesi, verso cui propende l'ordinanza di rimessione (e la giurisprudenza in essa richiamata), muove dalla premessa teorica che il dovere di correttezza e di buona fede trovi il suo presupposto in una "trattativa" già in stato avanzato, tale da far sorgere un ragionevole affidamento nella conclusione del contratto (la c.d. "trattativa affidante"). In questa prospettiva, invero, si giustifica la con-

clusione secondo cui, nelle procedure ad evidenza pubblica, è soltanto l'aggiudicazione (definitiva) il momento a partire dal quale il partecipante alla gara può fare un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto e, dunque, può dolersi del "recesso" ingiustificato dalle trattative che la stazione appaltante abbia posto in essere attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela pubblicistici sugli atti di gara. Tale premessa teorica sembra, in effetti, trovare un supporto nella formulazione testuale dell'art. 1337 cod. civ., che pone il dovere di correttezza in capo alle "parti" della "trattativa" e del "procedimento di formazione del contratto", a maggior ragione se tale norma viene letta alla luce dell'intenzione del legislatore storico, quale emergente dalla Relazione al Codice civile. Nell'intenzione originaria dei compilatori del codice civile del 1942, l'art. 1337 cod. civ. rappresentava un'espressione tipica della c.d. solidarietà corporativa, vale a dire di quel tipo di solidarietà che, come esplicitato nel citato paragrafo delle relazione illustrativa, unisce tutti i fattori di produzione verso la realizzazione della massima produzione nazionale. Ad avviso dell'Adunanza plenaria, l'attuale portata del dovere di correttezza è oggi tale da prescindere dall'esistenza di una formale "trattativa" e, a maggior ragione, dall'ulteriore requisito che tale trattativa abbia raggiunto un livello così avanzato da generare una fondata aspettativa in ordine alla conclusione del contratto.
Ciò che il dovere di correttezza mira a tutelare non è, infatti, la conclusione del contratto, ma la libertà di autodeterminazione negoziale: tant'è che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il relativo danno risarcibile non è mai commisurato alle utilità che sarebbero derivate dal contratto sfumato, ma al c.d. interesse negativo (l'interesse appunto a non subire indebite interferenze nell'esercizio della libertà negoziale) o, eventualmente, in casi particolari, al c.d. interesse positivo virtuale (la differenza tra l'utilità economica ricavabile dal contratto effettivamente concluso e il diverso più e più vantaggioso contratto che sarebbe stato concluso in assenza dell'altrui scorrettezza).
Il progressivo ampliamento del dovere di correttezza (anche a prescindere dall'esistenza di una trattativa precontrattuale in senso stretto) ha trovato riscontro anche rispetto all'attività autoritativa della Pubblica amministrazione sottoposta al regime del procedimento amministrativo, quando a dolersi della scorrettezza è proprio il privato che partecipa al procedimento.
La giurisprudenza, sia civile che amministrativa, ha, infatti, in più occasioni affermato che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non

sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza.
Di qui la possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento.
Da quanto sopra evidenziato emerge, quindi, che i doveri di correttezza, lealtà e buona fede hanno un ampio campo applicativo, anche rispetto all'attività procedimentalizzata dell'amministrazione, operando pure nei procedimenti non finalizzati alla conclusione di un contratto con un privato.
In tale contesto, pertanto, risulterebbe eccessivamente restrittiva e, per molti versi contraddittoria, la tesi secondo cui, nell'ambito dei procedimenti di evidenza pubblica, i doveri di correttezza (e la conseguente responsabilità precontrattuale dell'amministrazione in caso di loro violazione) nascono solo dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione. Aderendo a tale impostazione, si finirebbero, infatti, per creare a favore del soggetto pubblico "zone franche" di responsabilità, introducendo in via pretoria un regime "speciale" e "privilegiato", che si porrebbe in significativo contrasto con i principi generali dell'ordinamento civile e con la chiara tendenza al progressivo ampliamento dei doveri di correttezza emergente dal percorso giurisprudenziale e normativo di cui si è dato atto. La limitazione, prospettata (in via subordinata) dall'ordinanza di rimessione, della responsabilità dell'amministrazione ai soli comportamenti anteriori al bando è volta ad introdurre, aprioristicamente e in astratto, limitazioni di responsabilità che non trovano fondamento normativo e che contrastano con l'atipicità (delle modalità di condotta) che caratterizza l'illecito civile.
Ha ancora aggiunta l'Alto Consesso che l'illecito civile si incentra sull'ingiusta lesione della situazione giuridica soggettiva (o, in caso di responsabilità contrattuale, sull'inadempimento dell'obbligazione), senza che assumano rilievo le specifiche modalità comportamentali che hanno determinato tale lesione (o l'inadempimento dell'obbligazione). È, dunque, mutuando una qualificazione penalistica, un illecito a forma libera e causalmente orientato.
Deve, pertanto, ritenersi che la responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione possa configurarsi anche prima dell'aggiudicazione e possa derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai più volte richiamati doveri di correttezza e buona fede.
Lo stesso affidamento incolpevole del privato, oltre ad essere soltanto uno degli elementi della complessa fattispecie che perfeziona l'illecito, deve, peraltro, essere valutato tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto e sempre considerando

che nell'ambito del procedimento amministrativo (a maggior ragione in quello di evidenza pubblica cui partecipano operatori economici qualificati), il dovere di correttezza è un dovere reciproco, che grava, quindi, anche sul privato, a sua volta gravato da oneri di diligenza e di leale collaborazione verso l'Amministrazione.
Gli aspetti da considerare nel momento in cui si procede all'applicazione di tali principi (e si verifica, quindi, nel caso concreto, se effettivamente ricorrono gli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità) sono molteplici e non predeterminabili in astratto, perché dipendono dalla innumerevoli variabili che possono, di volta in volta, connotare la specifica situazione.
Solo a titolo esemplificativo, si può, tuttavia, evidenziare la necessità di valutare con particolare attenzione in sede applicativa i seguenti profili, che rappresentano significativi sintomi in grado di condizionare il giudizio sull'esistenza dei sopra richiamati presupposti della responsabilità: a) il tipo di procedimento di evidenza pubblica che viene in rilievo (anche tenendo conto dei diversi margini di discrezionalità di cui la stazione appaltante dispone a seconda del criterio di aggiudicazione previsto dal bando); b) lo stato di avanzamento del procedimento rispetto al momento in cui interviene il ritiro degli atti di gara; c) il fatto che il privato abbia partecipato al procedimento e abbia, dunque, quanto meno presentato l'offerta (in assenza della quale le perdite eventualmente subite saranno difficilmente riconducibili, già sotto il profilo causale, a comportamenti scorretti tenuti nell'ambito di un procedimento al quale egli è rimasto estraneo); d) la conoscenza o, comunque, la conoscibilità, secondo l'onere di ordinaria diligenza richiamato anche dall'art. 1227, comma 2, cod. civ., da parte del privato dei vizi (di legittimità o di merito) che hanno determinato l'esercizio del potere di autotutela (anche tenendo conto del tradizionale principio civilistico, secondo cui non può considerarsi incolpevole l'affidamento che deriva dalla mancata conoscenza della norma imperativa violata); *e*) la c.d. affidabilità soggettiva del privato partecipante al procedimento (ad es., non sarà irrilevante verificare se avesse o meno i requisiti per partecipare alla gara di cui lamenta la mancata conclusione o, a maggior ragione, l'esistenza a suo carico di informative antimafia che avrebbero comunque precluso l'aggiudicazione o l'esecuzione del contratto).

33.4. Misurazione concreta ed effettiva del danno risarcibile.
Con sentenza n. 1457 del 6 marzo 2018 la sez. VI ha quantificato il danno risarcibile in caso di mancato introito dei guadagni ricavabili da una attività commerciale tardivamente attivata per colpa dell'Amministrazione.
Ha preliminarmente ricordato che ai sensi dell'art. 1223 cod. civ., è risarcibile il danno "conseguenza immediata e diretta" dell'illecito. Secondo l'orientamento dominante tale formula sarebbe espressione del criterio della c.d. causalità adeguata, in base al quale devono ritenersi risarcibili anche le conseguenze indirette e mediate

dell'illecito, purché normali, prevedibili e non anomale. In questo ambito, la giurisprudenza civile (Cass. n. 26042 del 2010) ha chiarito che la regola dell'art. 1223 cod. civ. "riguarda la determinazione dell'intero danno cagionato oggetto dell'obbligazione risarcitoria, attribuendosi rilievo, all'interno delle serie causali così individuate, a quelle che, nel momento in cui si produce l'evento, non appaiono del tutto inverosimili, come richiesto dalla cosiddetta teoria della causalità adeguata o della regolarità causale, fondata su un giudizio formulato in termini ipotetici". Più in generale, l'orientamento prevalente della Corte di Cassazione impone di considerare danni-conseguenza risarcibili quelli riconducibili al fatto illecito secondo principi di regolarità causale che fanno applicazione del criterio dell'*id quod plerumque accidit*. In questa ottica, è risarcibile anche il danno mediato o indiretto, purché sia prodotto da una sequela normale di eventi che traggono origine dal fatto originario secondo la regola probatoria del "più probabile che non".

Nel caso all'esame della Sezione parte appellante aveva di mira la realizzazione di uno stabilimento balneare, avendo già ottenuto tutte le autorizzazioni a tal fine necessarie ed avendo già iniziato i lavori nel momento in cui è sopravvenuta la revoca del precedente provvedimento di assenso. Attraverso i provvedimenti illegittimi, con i quali è stata revocata l'autorizzazione archeologica e si è proceduto all'occupazione dell'area, si è di fatto precluso all'appellante di ultimare le opere nei termini preventivati. Ciò ha comportato un ritardo nell'attivazione dell'iniziativa commerciale; la quale è stata, poi, pacificamente, avviata, e con successo, come si evince inequivocabilmente dai documenti comprovanti l'attuale effettivo funzionamento dello stabilimento, che, oltretutto, ha ottenuto anche diversi riconoscimenti per la bontà del progetto particolarmente attento al rispetto dell'ambiente in cui si colloca.

Ad avviso della Sezione rientra pertanto nelle conseguenze immediate e dirette, nel senso innanzi precisato, il pregiudizio consistente nel mancato introito dei guadagni ricavabili dall'attività commerciale poi effettivamente attivata sull'area.

Per la quantificazione di tale importo, il mancato introito deve essere correttamente parametrato al ritardo con il quale è stata avviata l'attività, ovvero al periodo nel quale, a causa dei provvedimenti illegittimi dell'amministrazione, la società non ha potuto disporre dell'area. In altri termini, è comprovato che l'illegittima apprensione dell'area da parte dell'amministrazione ha ritardato la realizzazione del progetto, impedendo la percezione dei relativi frutti per circa un biennio. Invero, senza l'occupazione illegittima, è ragionevole ritenere che la società avrebbe terminato i lavori due anni prima e, perciò avrebbe conseguito maggiori guadagni corrispondenti a due anni di attività 'a regime'.