

che, indistintamente riferito a tutti i soggetti che operano in accreditamento, obbedisce alla logica diversa di offrire nell'immediato parametri tariffari certi sulla scorta dei dati di costo disponibili, salva ogni successiva verifica di aggiornamento nella successiva fase prevista dal comma 17 *bis*. Ha aggiunto la sezione che la procedura accelerata, delineata dall'art. 15, comma 15, d.l. n. 95 del 2012, si riflette, inoltre - in regime derogatorio all'art. 8 *sexies*, comma 5, d.lgs. n. 502 del 1992 - non sui soli aspetti formali del procedimento, ma anche, sul piano sostanziale, sui parametri oggettivi da assumere a riferimento e che la disposizione in esame specificatamente individua (dati di costo disponibili e tariffari regionali in atto). Quanto all'approfondimento istruttorio da parte dell'amministrazione regionale, dal contesto normativo in precedenza delineato si rileva come la procedura di determinazione tariffaria ai sensi dell'art. 15, comma 15, d.l. n. 95 del 2012 sia drasticamente semplificata - con modalità istruttorie limitate ai dati esistenti e disponibili e, ove ritenuti congrui e adeguati, a quelli regionali - finalizzata alla adozione di un tariffario nazionale da prendere a riferimento immediato, da parte delle regioni, per recuperare margini di inappropriatazza esistenti a livello locale e nazionale. Del resto le ragioni di immediatezza del provvedere trovano giustificazione non eludibile nella più complessa manovra di c.d. *spending review*, tesa a realizzare consistenti e immediati livelli di risparmio in diversi settori, compreso quello sanitario. L'eventuale sacrificio della certezza istruttorio, tanto è una conseguenza necessitata ed eccezionale della applicazione del dato normativo che ha imposto all'amministrazione l'adozione, in tempi ravvicinati e per fronteggiare la grave situazione finanziaria in cui versa l'intero sistema sanitario pubblico, di un tariffario nazionale con funzione strategica di raffronto e contenimento delle tariffe proliferate in maniera diversificata ed incontrollata nelle varie regioni. Tale conclusione è avvalorata dal fatto che l'art. 15, comma 17 *bis*, fa salvo un successivo approfondimento istruttorio da parte dell'apposita Commissione ivi prevista, alla quale ha imposto un *iter* di lavoro con individuata cadenza, con l'ausilio delle organizzazioni rappresentative delle strutture private accreditate, ai fini del definitivo aggiornamento delle tariffe. Ciò conferma, con ogni evidenza, che la determinazione tariffaria prevista dal comma 15 doveva effettuarsi con urgenza e sulla base dei soli elementi espressamente indicati dalla norma, con la conseguenza che l'oggettiva ristrettezza dei tempi non consentiva di procedere ad una nuova rilevazione dei costi effettivi ai fini di un'attualizzazione dei dati disponibili. Infine, ha chiarito il Consiglio di Stato che le disposizioni di legge sul regime tariffario transitorio non introducono una violazione delle norme del Trattato U.E. garanti della libertà di prestazione dei servizi in regime concorrenziale. Il quadro normativo contestato non determina impedimento allo svolgimento dell'attività della struttura sanitaria, cui non si impone di dover necessariamente operare in regime pubblicistico. Questa - a fronte delle superiori esigenze di contenimento della spesa che coinvolgono anche l'impegno di risorse nel comparto della sanità - può diversamente aggregare i fattori produttivi e, con scelta ispirata alle proprie esigenze aziendali e di profitto, diversificare e bilanciare l'area di impegno per prestazioni assistenziali in accreditamento rispetto a quelle in rapporto privatistico. Non ricorrono, quindi, i presupposti

per sollevare questione di interpretazione ai sensi dell'art. 267 del Trattato. Le disposizioni di legge sul regime tariffario transitorio non si pongono in contrasto neanche con gli artt. 3, 32 e 41 Cost.. Il diritto di libera iniziativa economica del privato non è assoluto, ma deve coordinarsi con le esigenze di utilità sociale. Nella specie la necessità di intervenire sui livelli di impegno delle risorse pubbliche giustifica l'adozione del regime tariffario con procedura accelerata e semplificata, per di più per un periodo ristretto, e rende, quindi, prevalenti le esigenze di interesse pubblico generale su quelle del singolo operatore privato. L'art. 15, comma 5, non determina, inoltre, in violazione dell'art. 1 del primo protocollo Cedu, a un'indebita espropriazione di beni, nella nozione comprensiva dei valori patrimoniali. Il rapporto di accreditamento e il relativo regime retributivo seguono ad una libera decisione dell'operatore privato. Esso sottostà a regole soggette a mutazione nel tempo e, ove queste si presentino meno vantaggiose sul piano economico, non sottraggono beni che possano ricondursi con carattere di stabilità al patrimonio del soggetto accreditato.

5.2. Servizio sanitario nazionale e controllo della spesa: Cons. Stato, sez. III, 6 febbraio 2015, n. 604 e 27 febbraio 2015, n. 982.

Le sentenze sopra indicate hanno riguardato la natura e l'ambito di operatività del Piano di rientro. Hanno chiarito che il sistema di contenimento e controllo della spesa - come espressione dei soprastanti principi costituzionali e dei vincoli di ordine comunitario conseguenti al regime della moneta unica - si è da tempo compiutamente configurato in via normativa fino a costituire un vero, organico e assai incisivo ordinamento di settore. La sottoposizione della Regione al Piano di rientro è prevista dalla legge in presenza di un disavanzo eccessivo nel settore della spesa sanitaria e comporta l'obbligo della sua riduzione a livelli sostenibili. In questo quadro, la disciplina normativa del Piano di rientro, come convalidata e interpretata dalla Corte costituzionale e dalla giustizia amministrativa, persegue contestualmente e paritariamente due ordini di obiettivi, entrambi vincolanti e sottoposti a penetranti controlli nelle sedi nazionali, con conseguenti meccanismi premiali o sanzionatori: a) l'esigenza di ripristinare l'equilibrio economico-finanziario del sistema sanitario regionale interessato; b) la necessità di salvaguardare il pieno rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni secondo gli *standard* acquisiti in campo nazionale. Ne consegue che il peso del Piano di rientro deve distribuirsi secondo criteri di massima appropriatezza e di ragionevolezza su tutti i settori di spesa in eccesso, con particolare riferimento alla regolazione delle prestazioni ulteriori rispetto ai livelli essenziali. La stessa legge d'altro canto prevede che i livelli essenziali siano configurati e commisurati in sede nazionale in relazione alle risorse, secondo criteri di massima appropriatezza e di costi *standard*, salvo il rispetto di un limite irriducibile consistente in quello che la Corte costituzionale riconosce come nucleo essenziale del diritto fondamentale alla salute. Ha chiarito infatti il giudice delle leggi (sentt. n. 123 del 2011, n. 32 del 2012, n. 91 del 2012, n. 104 del 2013) che per le Regioni sottoposte a Piano di rientro l'implementazione di prestazioni ulteriori o superiori, rispetto al livello essenziale quale risulta stabilito in

ambito nazionale, non è consentita, se non è contemplata dal Piano di rientro. Da tale giurisprudenza si ricava che una delimitazione o anche una riduzione delle prestazioni, che sono al di sopra dei livelli essenziali, non costituisce una loro violazione ma, al contrario, per una Regione sottoposta al Piano di rientro rappresenta un obbligo e un atto necessario, che può essere evitato solo previa dimostrazione della sua inutilità. Pertanto, gli atti di programmazione sanitaria e socio-assistenziale in attuazione del Piano di rientro - fermo il rispetto dei livelli essenziali come determinati da una fonte abilitata di rango statale - comportano scelte difficili di recupero o redistribuzione di risorse da operare sul terreno: a) della equa ripartizione dei sacrifici che sono inevitabilmente da compiere; b) della massima appropriatezza delle prestazioni; c) della eliminazione delle situazioni per le quali si registri uno squilibrato assorbimento di risorse da parte di un livello assistenziale rispetto ad altri livelli. Ne deriva che il giudizio sulla ragionevolezza e la logicità delle scelte operate dalle Regioni deve tener conto della complessità dei provvedimenti adottati diretti a graduare interventi di risparmio in presenza di risorse già limitate e attraverso il bilanciamento e la ponderazione tra diversi tipi di prestazioni eterogenee, nonché attraverso la considerazione dei diversi interessi in campo e delle alternative realistiche che si presentano. E' evidente che, fuori dai vincoli relativi ai livelli essenziali e ad oggettivi criteri di economicità e appropriatezza, quest'ordine di scelte rientra nella sfera di massima discrezionalità politico-amministrativa. Pertanto, in ossequio al principio democratico, i soggetti abilitati dall'ordinamento ad attuare siffatta graduatoria di valori sono coloro che vantano la legittimazione elettorale e che rispondono in sede politica delle scelte effettuate. Rispetto a queste ultime il giudice può (e deve) esercitare il potere di controllo, con la cautela conseguente alla consapevolezza della estrema difficoltà delle scelte che spettano all'autorità politico-amministrativa e ai limiti della sua stessa conoscenza, quando le questioni hanno portata politica generale e comportano scelte di vasta portata tra diverse alternative (di bilanciamento costi/benefici e di equa distribuzione dei sacrifici in varie ed eterogenee direzioni), alternative che quasi sempre, salvo casi del tutto eccezionali, restano estranee al singolo giudizio. Perciò, il giudice deve - secondo i principi generali in presenza di sfere di forte discrezionalità - limitarsi a valutare se sussistono profili di evidente illogicità, di contraddittorietà, di ingiustizia manifesta, di arbitrarietà o di irragionevolezza della determinazione e dei modi di adozione della stessa; non può quindi esercitare un sindacato di dettaglio. Deve infatti affermarsi che, nelle valutazioni relative al recupero o alla redistribuzione di risorse derivanti dalla ridefinizione o riduzione delle prestazioni - per riportarle nei limiti risultanti dai LEA secondo la logica propria del Piano di rientro - la discrezionalità da riconoscere alla autorità politico amministrativa è assai ampia.

5.3. Installazione apparecchiatura sanitaria da parte di struttura accreditata in via provvisoria: Cons. Stato, sez. III, 21 gennaio 2015, n. 173.

La sez. III si è pronunciata sull'appello proposto da una Regione soccombente in primo grado nel giudizio intentato da una struttura accreditata in via provvisoria

avverso il diniego di installare un apparecchio di risonanza magnetica, opposto dalla Regione sul rilievo che "... è in corso uno specifico studio programmatico di Settore da parte del competente Assessorato...". La sezione ha ritenuto, riformando la sentenza del giudice di primo grado, corretto il *modus operandi* dell'Amministrazione. Ha chiarito che l'art. 5, comma 2, d.P.R. 8 agosto 1994, n. 542 ha prescritto il rilascio dell'autorizzazione all'installazione di tali apparecchi di risonanza magnetica nucleare alla previa verifica della relativa compatibilità rispetto alla programmazione sanitaria regionale. Stabilendo espressamente detta disposizione regolamentare tale giudizio di compatibilità con i dati risultanti dalla programmazione sanitaria regionale — anche ai fini d'una virtuosa distribuzione territoriale rispetto alla domanda di prestazioni diagnostiche con RMN —, l'approvazione del Piano sanitario regionale si configura quale presupposto indefettibile del procedimento autorizzativo, con la conseguente impossibilità di procedere ad alcuna valutazione delle istanze eventualmente prodotte, né tampoco d'autorizzare alcunché in assenza di tale strumento pianificatorio. Ha aggiunto la sezione che "da tale conclusione non si può deflettere, sol se si pensa che, nel regime di accreditamento provvisorio all'erogazione di prestazioni specialistiche ambulatoriali ... alla struttura accreditata in via provvisoria, ove intenda (come nella specie) sostituire od integrare le attrezzature accreditate sì da aumentare la propria capacità prestazionale RMN, comunque non potrebbe bastare l'autorizzazione ex art. 5, d.P.R. n. 542 del 1994, essendo necessari tanto il predetto Piano, quanto lo specifico provvedimento della Regione ex art. 8 *quater*, comma 7, d.lgs. n. 502 del 1992 (oltre a quello del Comune ove localizzare l'impianto), che modifichi detto accreditamento provvisorio alla luce dei fabbisogni quantitativi e territoriali indicati dal Piano stesso. In conclusione, ad avviso del giudice di appello quantunque la Regione non possa rinviare legittimamente all'infinito il Piano predetto, in assenza di esso non è possibile l'esercizio della potestà autorizzativa.

6. Servizi.

6.1. Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea: Cons. Stato, sez. I, 23 dicembre 2015, n. 3586.

La sez. I, con il parere n. 3586 ha pronunciato sull'applicabilità della legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea (l. 15 gennaio 1992, n. 21) e sulle conseguenti sanzioni previste dagli artt. 85 e 86 del Codice della Strada alle nuove forme di organizzazione e gestione telematica del trasporto di persone mediante autoservizi. Ha chiarito che tale servizio va inquadrato "nell'ambito del trasporto privato di persone non di linea, attesa l'evidente incompatibilità con i tratti costitutivi del servizio pubblico e, comunque, con il servizio di taxi, né ciò osta alla rilevanza pubblicistica del medesimo, analogamente a quanto avviene per il servizio di noleggio di autovettura con conducente, collegata agli interessi generali che la stessa incrocerebbe (art. 118, comma 4, Cost.). La questione rela-

tiva all'ammissibilità o non di tale attività presuppone l'individuazione della *ratio* del regime autorizzatorio cui è sottoposto - pur in forma diversa - tanto il servizio di taxi quanto quello di noleggio con conducente, che va ravvisata non già nelle modalità di incontro tra la domanda e l'offerta o nelle prestazioni complementari a quella di trasporto su strada, quanto proprio in quest'ultima. La guida su strada è un'attività pericolosa, ma giuridicamente autorizzata per ragioni di utilità sociale, inerenti alla rapidità ed efficienza degli spostamenti di persone e cose accessorie. Tale autorizzazione assume contorni particolari allorché l'attività non è svolta nel proprio esclusivo interesse, ma viene offerta - dietro corrispettivo - ai terzi. In tali casi, infatti, l'ordinamento prescrive una serie di cautele supplementari, perché lo svolgimento professionale della guida - con il correlato aggravio in termini di usura psico-fisica del conducente - espone a rischio l'incolumità delle persone trasportate e la sicurezza della circolazione stradale. Ulteriori interessi generali rilevanti nella disciplina pubblicistica - e nella limitazione - di tale servizio attengono alla regolamentazione dei flussi del traffico, alla viabilità, alla tutela dell'ambiente. Rispetto a tali profili non svolgono significativa incidenza le peculiarità della fattispecie in esame, quando anche si ritenga che la stessa non si esaurisca dalla mediazione tra prestazione ed offerta di lavoro, avendo ad oggetto, altresì, dei servizi complementari di tipo finanziario, telematico ed eventualmente legale. Così pure il ruolo del sistema informatico, che rappresenta la struttura portante dell'operatività dell'intero negozio giuridico, comandando l'attività di geolocalizzazione, il pagamento in modo elettronico, la facoltà di differimento del pagamento attraverso l'utilizzo di strumenti elettronici, l'eventuale assistenza legale, non costituisce elemento significativo al fine di distinguere il servizio di trasporto da quelli tipici previsti dalla legge quadro nell'ottica della regolazione pubblicistica. Le differenze contrattuali - le caratteristiche tecniche e giuridiche necessarie per poter utilizzare il citato servizio di trasporto, come la necessità di possedere uno *smartphone* con collegamento alla rete internet, la disponibilità di un bancomat o carta di credito, l'adesione del cliente al circuito interno predisposta dalla società di servizi che impone la propria geolocalizzazione, oltre che il trattamento dei propri dati personali e finanziari - sono indicative di una diversa qualificazione sul piano privatistico-negoziale, ma, ancora, non elidono il dato fondamentale ai fini che interessano, ossia la centralità nel rapporto giuridico instaurato della prestazione di trasporto su strada. Occorre, dunque, tener distinto il profilo della validità dell'atto negoziale, da quello della disciplina dell'attività. Il primo, superato positivamente il vaglio di meritevolezza *ex art. 1322 c.c.*, deve confrontarsi con i limiti di ordine pubblico. Ma, al di là della liceità o meno del contratto stipulato tra le parti, è sulla seconda che verte il quesito. Nel vigente sistema ordinamentale tali attività paiono ammissibili solo nell'ambito dei presupposti fissati dalla legge per l'esercizio dell'attività di trasporto di passeggeri non di linea, a tutela della sicurezza della circolazione stradale e dell'incolumità dei passeggeri".

7. Economia.

7.1. Attuazione di decisioni della Unione europea per il recupero di aiuti di stato: Cons. Stato, sez. III, 16 giugno 2015, n. 3027 e 21 luglio 2015, n. 3600.

In materia di aiuti di Stato le sentenze in rubrica hanno chiarito che al giudice nazionale è del tutto preclusa la valutazione della compatibilità dell'aiuto con il mercato comune in base ai criteri enunciati dall'art. 107 (*ex* 87) del Trattato, trattandosi di compito che spetta in via esclusiva solo alla Commissione europea sotto il controllo del giudice comunitario. In particolare, lo Stato membro, destinatario di una Decisione che gli impone di recuperare aiuti illegittimi, è tenuto, ai sensi dell'art. 249, comma 4, Trattato UE ad adottare ogni misura idonea ad assicurare l'esecuzione della Decisione; si tratta di un obbligo di risultato e il recupero non deve essere solo effettivo, ma immediato. Né potrebbero addursi impossibilità imprevedute o imprevedibili di recupero, tali non essendo né le difficoltà giuridiche, ed in specie procedurali e conseguenti a provvedimenti cautelari o giudiziari anche passati in giudicato, né pratiche né politiche. Il concetto di impossibilità assoluta è stato costantemente interpretato in maniera restrittiva dalle Corti comunitarie ed è stato escluso che l'impossibilità possa essere rinvenuta nella normativa nazionale sulla prescrizione (cfr. Comunicazione della Commissione 2007, C 272/05 punti 18-20) o su qualsiasi altra normativa interna, tale da rendere difficoltoso o impossibile il recupero. Ne consegue che spettano allo Stato italiano esclusivamente i compiti relativi al recupero degli aiuti di Stato definitivamente giudicati illegittimi dalla Corte di Giustizia limitandosi a verificare la situazione individuale di ciascuna impresa e in specie se la situazione di ogni singola impresa prevede aspetti che possano escludere in ciascun caso che si sia determinato quel "vantaggio sensibile ai beneficiari rispetto ai loro concorrenti" e che il vantaggio sia tale da giovare essenzialmente a imprese che partecipino agli scambi tra Stati membri (punto 63 della sentenza della Corte di giustizia 9 giugno 2011). Non spettano invece allo Stato italiano le valutazioni concernenti le finalità o le motivazioni dell'aiuto, intere tipologie di imprese ovvero la comune localizzazione delle stesse e ogni altra qualificazione che per il suo carattere macroscopico e collettivo si deve considerare rientrante nelle decisioni già assunte dai competenti organi della Unione europea, la cui legittimità è già stata verificata dalle Corti competenti.

7.2. Quote latte: Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2015, n. 23 e 3 marzo 2015, n. 1038.

La sentenza n. 23 del 2015 ha affermato che, ferma restando la facoltà per l'AIMA di rettificare le quote latte (Qri) di ciascun produttore fintanto che le permanga la potestà impositiva, l'ente ha titolo a liquidare in via automatica e allo stato degli atti il prelievo dovuto e, quindi, di procedere ad integrarne la riscossione e ad adeguare le quote latte ed il sistema di compensazione, in quanto, in base alla giurisprudenza

costituzionale (7 luglio 2005, n. 272), la rideterminazione dei Qri non è soggetta al vincolo della irretroattività, atteso che le funzioni di accertamento ed aggiornamento dei dati e del prelievo, anche in relazione a campagne lattiere già concluse, è conseguenza diretta di controlli successivi effettuati dagli organi statali preposti al settore che sono, a loro volta, funzionali, tra l'altro, all'applicazione corretta della normativa UE sull'intero territorio della Repubblica. Ha aggiunto che la riduzione della quota B) discende anzitutto dall'art. 2, d.l. 23 dicembre 1994, n. 727 (convertito, con modificazioni, dalla l. 24 febbraio 1995 n. 46), il quale ha fissato i criteri di riduzione delle quote A) e B), per i quantitativi non in produzione, da effettuarsi entro il 31 marzo 1995 e con effetto dal periodo 1995/96 e per tutti i produttori (con eccezione delle aziende di montagna), al fine di far rientrare l'Italia entro il maggiorato Qgg (quantità globale garantita) assegnatole, a causa della perdurante eccedenza dei Qri spettanti ai produttori, sicché non consta in che cosa, a fronte di tal scelta normativa si sarebbe mai potuto sostanziare il preteso affidamento, che dev'essere legittimo ed incolpevole, a mantenere integra la quota B) in sé e tanto al di là del previo soddisfacimento, in sede di compensazione nazionale, dei predetti produttori di montagna.

La sentenza n. 1038 del 2015 ha invece chiarito che l'art. 2 del d.l. 24 giugno 2004, n. 157, convertito in l. 3 luglio 2004, n. 204, nel recare un criterio di preferenza nella restituzione del prelievo versato in eccesso dai produttori favorevole a coloro tra questi che abbiano regolarmente effettuato i versamenti mensili del prelievo anticipato, è pienamente conforme sia alla disciplina regolamentare comunitaria che ai principi di rango costituzionale di diritto interno. Ed invero, i corretti parametri comunitari, da utilizzare nella verifica della compatibilità comunitaria del criterio di priorità introdotto dal legislatore per la restituzione del prelievo versato in eccesso, sono l'art. 13 del regolamento CEE n. 1788/2003 (che disciplina appunto gli importi pagati in eccesso o non pagati) e l'art. 16 del Reg. CE n. 595/2004 del 30 marzo 2004 (Regolamento della Commissione recante modalità d'applicazione del regolamento (CE) n. 1788/2003 del Consiglio che stabilisce un prelievo nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari), rispetto ai quali legittimamente lo Stato italiano ha optato per introdurre quale criterio obiettivo quello della preferenza per i "produttori in regola con i pagamenti".

7.3. Incidenza dell'informativa antimafia sui provvedimenti di natura meramente autorizzatoria: Cons. Stato, sez. I, 17 novembre 2015, n. 3088.

Il Ministero dell'interno ha chiesto al Consiglio di Stato un parere sull'applicabilità dell'art. 89 *bis*, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 ai provvedimenti di natura meramente autorizzatoria (che, cioè, non configurino rapporti contrattuali con la Pubblica amministrazione né diano luogo all'erogazione di contributi pubblici), determinando l'esclusione dell'impresa da ogni attività economica sottoposta al preventivo assenso della Pubblica amministrazione. In particolare il quesito mira a conoscere se, in forza del comma 2 del citato articolo - secondo cui "l'informazione

antimafia adottata ai sensi del comma 1 tiene luogo della comunicazione antimafia richiesta” - l’informazione antimafia produce i medesimi effetti della comunicazione antimafia anche nelle ipotesi in cui manchi un rapporto contrattuale con la Pubblica amministrazione.

Ha chiarito la sezione che per risolvere tale quesito - che inerisce a un parallelismo tra comunicazione antimafia e informazione antimafia - occorre preliminarmente definire l’ambito d’applicazione dei due istituti.

La comunicazione antimafia (art. 84, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011) consiste nell’attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all’art. 67, d.lgs. n. 159 del 2011. Cause ostative al rilascio della comunicazione antimafia (art. 67, commi 1 e 8, d.lgs. n. 159 del 2011) sono i provvedimenti definitivi d’applicazione delle misure di prevenzione di cui all’art. 5, d.lgs. n. 159 del 2011 e le condanne con sentenza definitiva o confermata in appello per taluno dei delitti consumati o tentati elencati all’art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p..

L’informazione antimafia (art. 84, comma 3, d.lgs. n. 159 del 2011) attesta, oltre a quanto già previsto per la comunicazione antimafia (sussistenza o meno delle cause di decadenza, sospensione o divieto di cui all’art. 67, d.lgs. n. 159 del 2011) anche la sussistenza o meno di eventuali tentativi d’infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate. La comunicazione antimafia va richiesta dai soggetti di cui all’art. 83, commi 1 e 2, d.lgs. n. 159 del 2011 prima di stipulare, approvare o autorizzare contratti, subcontratti, o prima di rilasciare o consentire concessioni o erogazioni, qualora il valore sia pari o superiore ad importi previsti.

Il rapporto tra i due istituti, come delineato dall’art. 84, d.lgs. n. 159 del 2011, è di alternatività, nel senso che la comunicazione antimafia non deve essere acquisita quando è necessaria l’informazione antimafia e viceversa. Ciò nondimeno l’informazione antimafia è astrattamente in grado d’assorbire la comunicazione antimafia, attestando, oltre a quanto già previsto per la comunicazione antimafia, anche la sussistenza o meno di eventuali tentativi d’infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle imprese interessate. La disposizione in esame costituisce una deroga al principio d’alternatività, poiché prevede l’informazione antimafia laddove è richiesta la comunicazione antimafia, e al tempo stesso opera l’assorbimento. 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 private 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 pubbliche. Né l’interprete può sostituirsi al legislatore - la cui volontà è stata plasticamente enunciata nel testo - nell’effettuare il bilanciamento tra interessi pubblici e diritto di iniziativa economica privata. Quanto al coordinamento con l’art. 94, d.lgs. n. 159 del 2011, secondo cui l’informazione antimafia interdittiva determina l’impossibilità di contrattare con

la pubblica amministrazione o d'ottenere concessioni e erogazioni pubbliche, nulla prevedendo circa eventuali effetti su licenze o autorizzazioni, è sufficiente rilevare che tale disposizione disciplina la comune efficacia dell'atto, senza interferire con l'estensione stabilita dall'art. 89 *bis*, che individua - alle condizioni previste - nell'informazione antimafia una fattispecie equivalente alla comunicazione antimafia.

Da quanto argomentato la sezione I ha concluso nel senso che l'art. 89 *bis*, d.lgs. n. 159 del 2011 deve essere interpretato nel senso che l'informazione antimafia produce i medesimi effetti della comunicazione antimafia anche nelle ipotesi in cui manchi un rapporto contrattuale con la Pubblica amministrazione.

7.4. Concessioni di beni pubblici: Cons. Stato, sez. VI, 6 novembre 2015, n. 5063.

La sentenza in rubrica ha stabilito che anche alle concessioni di beni pubblici si applicano i principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Ha chiarito che anche le concessioni di beni pubblici devono restare assoggettate all'applicabilità dei principi desumibili dal diritto europeo primario e, segnatamente, ai generali principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità, principi, questi, che rinvergono nell'obbligo di indizione di procedure trasparenti e competitive il loro primo corollario. Per quanto riguarda, in particolare, l'attribuzione in concessione di aree del demanio marittimo si è osservato che l'indifferenza manifestata dall'ordinamento eurounitario rispetto al *nomen* della fattispecie, e quindi alla sua riqualificazione interna in termini pubblicistici o privatistici, fa sì che la sottoposizione ai principi di evidenza trovi il suo presupposto sufficiente nella circostanza che, con la concessione di area demaniale marittima, si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, così da imporre una procedura competitiva ispirata ai succitati principi di trasparenza e non discriminazione. Né si può ritenere che la tradizionale idea della concessione senza gara può trovare giustificazione nell'art. 45 del Trattato, secondo cui sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo le attività che nello Stato nazionale partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri. La norma va interpretata in senso restrittivo, dovendo trattarsi di un trasferimento di potere pubblicistico autoritativo non ravvisabile con riferimento all'istituto della concessione che, ai fini comunitari, si distingue dall'appalto essenzialmente con riguardo alle modalità di remunerazione dell'opera del concessionario.

7.5. Aumento dei canoni demaniali marittimi per la costruzione e gestione dei porti turistici: Cons. Stato, sez. VI, ord., 30 gennaio 2015, n. 454.

L'ordinanza in rubrica ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 252, l. 27 dicembre 2006, n. 296, in relazione agli artt. 3 e 41 Cost., nella parte in cui si applica alle concessioni per la realizzazione e gestione delle infrastrutture per la nautica da diporto già rilasciate alla data

della sua entrata in vigore (1° gennaio 2007). Ha affermato che “a premessa delle relative considerazioni si condivide quanto prospettato nella precedente ordinanza di rimessione di questo Consiglio, n. 2810 del 2012, riguardo la sostanziale diversità tra le concessioni di cui al comma 251 dell’art. 1, l. n. 296 del 2006, oggetto della sentenza di rigetto della Corte costituzionale n. 302 del 2010, relative a interventi per finalità turistico -ricreative, e quelle di cui al comma 252, relative alla realizzazione e gestione di strutture per la nautica da diporto. Questa diversità, veniva osservato, emerge in fatto, poiché le concessioni di cui al comma 251 sono in numero molto più elevato (riguardando soltanto piccole porzioni di spiagge), comportano di regola investimenti modesti a carico del concessionario, e sono state caratterizzate da una situazione fattuale generalizzata di canoni irrisori, su cui il legislatore è intervenuto nel 2006 per riallineare il canone concessorio con i valori di mercato; quelle per la realizzazione e la gestione di strutture per la nautica da diporto sono in numero molto minore, essendo limitato il numero dei porti turistici, e richiedono investimenti ingenti per la realizzazione delle opere strutturali, che saranno poi acquisite gratuitamente dal demanio, nonché per l’impegno gestionale, tali da richiedere un piano di equilibrio economico-finanziario di lungo periodo; un piano nel cui ambito il criterio di fissazione dell’importo del canone, individuato all’atto della concessione, è elemento determinante definito tenendo conto della rilevanza degli investimenti”. Ha quindi aggiunto che “a fronte di ciò, l’applicazione a queste concessioni della nuova previsione normativa di rideterminazione dei canoni demaniali con criteri diversi, comportanti rilevanti aumenti senza alcuna considerazione delle specifiche situazioni fattuali, senza tener conto della correlazione tra i canoni determinati dalle singole concessioni e gli investimenti effettuati dal concessionario, e senza escludere dal suo ambito quanto meno le concessioni che già contemplano canoni in linea con i prezzi di mercato, appare in contrasto con principi posti da disposizioni costituzionali”. Risulta in particolare violato l’art. 3 Cost. sotto il duplice profilo del trattamento uguale di situazioni disuguali e della lesione del principio della sicurezza giuridica costitutivo di legittimo affidamento. Il primo profilo emerge da quanto chiarito in ordine alla sostanziale differenza esistente tra le concessioni di cui ai commi 251 e 252, in relazione all’immediata redditività dei minori investimenti richiesti nell’un caso e al più complesso quadro di lungo periodo per il calcolo di convenienza finanziaria, proprio del secondo, con la conseguente necessità di considerare questa differenza nella modifica della corrispondente normativa sull’importo in essere dei canoni in quanto elemento costitutivo del detto calcolo. Al riguardo rileva anche che la normativa previgente era espressamente informata a criteri incentivanti la realizzazione delle strutture per la nautica da diporto, poiché prevedeva canoni di minore entità per le iniziative comportanti investimenti per la realizzazione di opere di difficile rimozione, venendo fissato il canone a metro quadrato in misura inversa alla maggiore rilevanza delle opere stesse (art. 10, comma 4, l. n. 449 del 1997, e quindi art. 1, commi 1 e 3, d.m. n. 343 del 1998), mentre tale criterio è stato superato con la normativa introdotta con la l. n. 296 del 2006, recante una mag-

giore misura del canone per le opere di difficile rimozione, proprie delle concessioni per la nautica da diporto più che di quelle per finalità turistico - ricreative. Il principio del legittimo affidamento rileva dato l'affidamento ingenerato nei concessionari sulla stabilità dell'equilibrio economico-finanziario di lungo periodo impostato *ex ante* per le concessioni in oggetto; questo equilibrio è infatti sostanzialmente modificato nel momento in cui la nuova normativa viene ad incidere su concessioni già rilasciate, in corso e di lunga durata nel futuro, disponendo il rilevante e repentino aumento dell'importo dei canoni (l'aumento dei canoni disposto nel frattempo con i commi 21, 22 e 23, d.l. n. 269 del 2003, convertito in l. n. 326 del 2003, rinviato fino alla legge finanziaria 2007, aveva riguardato le concessioni per finalità turistico - ricreative), nonché la loro maggiore misura per le opere di difficile rimozione. Il principio appare specificamente leso nella specie per i profili esposti dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 92 del 2013 (riguardante la normativa introdotta in materia di compensi da riconoscere ai custodi di veicoli sequestrati). In questa pronuncia infatti è stato richiamato lo “specifico” affidamento in un fascio di situazioni (giuridiche ed economiche) iscritte in un rapporto convenzionale”, nella specie stipulato *iure privatorum*, cui è corretto riportare il regolamento dei rapporti propri della concessione di beni pubblici che, salvo specifiche e motivate posizioni di autotutela a favore della pubblica amministrazione, si pone come disciplina paritaria dei rispetti obbligati, in particolare in relazione al piano di equilibrio economico - finanziario che vi è incorporato. Al riguardo la Corte costituzionale ha chiarito, con indirizzo applicabile nella specie, che “l'affidamento appare qui, in altri termini, rivolto non tanto alle astratte norme regolative del rapporto, o alla relativa loro sicurezza, quanto, piuttosto, al concreto contenuto dell'accordo e dei reciproci e specifici impegni assunti dalle parti al momento della stipula della convenzione di deposito: impegni sulla cui falsariga, come accade in ogni ordinaria dinamica contrattuale, si sono venuti a calibrare i rispettivi oneri di ordine anche economico, oltre che le corrispondenti aspettative”, e che “Più che sul piano di una “astratta” ragionevolezza della volontà normativa, deve, dunque, ragionarsi, ai fini dell'odierno sindacato, sul terreno della ragionevolezza “complessiva” della “trasformazione” alla quale sono stati assoggettati i rapporti negoziali di cui alla disposizione intertemporale denunciata. Ed appare ovvio che tale ragionevolezza “complessiva” dovrà, a sua volta, essere apprezzata nel quadro di un altrettanto ragionevole temperamento degli interessi - tutti di rango costituzionale, comunque ancorabili al parametro di cui all'art. 3 Cost. - che risultano nella specie coinvolti: ad evitare che una generalizzata esigenza di contenimento della finanza pubblica possa risultare, sempre e comunque, e quasi pregiudizialmente, legittimata a determinare la compromissione di diritti maturati o la lesione di consolidate sfere di interessi, sia individuali, sia anche collettivi”. Ed ha quindi concluso nel senso che “la disposizione retroattiva, specie quando determini effetti pregiudizievoli rispetto a diritti soggettivi “perfetti” che trovino la loro base in rapporti di durata di natura contrattuale o convenzionale - pubbliche o private che siano le parti contraenti - deve dunque essere assistita da una

“causa” normativa adeguata: intendendosi per tale una funzione della norma che renda “accettabilmente” penalizzata la posizione del titolare del diritto compromesso, attraverso “contropartite” intrinseche allo stesso disegno normativo e che valgano a bilanciare le posizioni delle parti”. La sezione ha ritenuto che l’incostituzionalità della norma potesse essere configurata anche rispetto all’art. 41 Cost. relativo alla libertà di iniziativa economica, poiché recante l’effetto irragionevole di frustrare le scelte imprenditoriali modificando gli elementi costitutivi dei relativi rapporti contrattuali in essere.

7.6. Farmacie: Cons. Stato, sez. III, 31 dicembre 2015, n. 5884.

Con la sentenza in rubrica la sez. III si è occupata degli effetti della novella introdotta dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, sulle piante organiche delle farmacia e sulla loro apertura. Ha ricordato che è vero che sono state soppresse le disposizioni che prevedevano la formazione e la revisione periodica delle piante organiche comunali, a cura di un’ autorità sovracomunale (da ultimo, la Regione o la Provincia, a seconda delle norme regionali). Tuttavia rimane invariato l’ impianto generale della disciplina, a partire dal “numero chiuso” delle farmacie, pur se i criteri per la determinazione di tale numero sono alquanto modificati. Peraltro, il “numero chiuso” implica logicamente che la distribuzione degli esercizi sul territorio sia pianificata autoritativamente. E in effetti, il nuovo testo dell’ art. 2, l. 2 aprile 1968, n. 475, come modificato dal d.l. n. 1 del 2012, dispone: “Al fine di assicurare una maggiore accessibilità al servizio farmaceutico, il comune, sentiti l’ azienda sanitaria e l’ Ordine provinciale dei farmacisti competente per territorio, identifica le zone nelle quali collocare le nuove farmacie, al fine di assicurare un’ equa distribuzione sul territorio, tenendo altresì conto dell’ esigenza di garantire l’ accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate”. Non si parla più di “sedi” ma di “zone”; ma questo mutamento non è rilevante, perché la giurisprudenza aveva già da tempo avvertito che quando la normativa previgente usava il termine “sede” si doveva intendere “zona”, perché questo era il significato che si desumeva dal contesto. Peraltro usa il termine “zona” anche l’ art. 1, comma 7, l. n. 475 del 1968, del seguente tenore: “Ogni nuovo esercizio di farmacia deve essere situato (...) in modo da soddisfare le esigenze degli abitanti della zona”. A sua volta il regolamento approvato con d.P.R. n. 1275 del 1971, art. 2, elenca fra i contenuti necessari della pianta organica la “circoscrizione della zona di ciascuna delle sedi farmaceutiche”; e, ancora, l’ art. 13, comma 2, dispone: “Il locale indicato per il trasferimento della farmacia deve essere situato (...) in modo da soddisfare le esigenze degli abitanti della zona”. E’ vero che la nuova formulazione dell’ art. 2 della L. n. 475 del 1968 sembra riferirsi esplicitamente solo all’ assegnazione delle

“zone” alle farmacie di nuova istituzione, tacendo delle altre; ma stanti il contesto e la finalità dichiarata dalla legge, è ovvio che anche le farmacie preesistenti conservano il rapporto con le “sedi”, ossia “zone”, originariamente loro assegnate; e questo appunto dispone esplicitamente l’art. 13 del regolamento, che del resto esprime una implicazione naturale del sistema. Ed è nella logica delle cose che questo potere-dovere di pianificazione territoriale non si eserciti *una tantum* ma possa (e se del caso debba) essere nuovamente esercitato per apportare gli opportuni aggiornamenti, e che ciò venga fatto nel quadro di una visione complessiva del territorio comunale. In conclusione, benché la legge non preveda più, espressamente, un atto tipico denominato “pianta organica”, resta affidata alla competenza del Comune la formazione di uno strumento pianificatorio che sostanzialmente, per finalità, contenuti, criteri ispiratori, ed effetti corrisponde alla vecchia pianta organica e che niente vieta di chiamare con lo stesso nome.

Ha ancora affermato la sezione che, in seguito all’entrata in vigore della nuova disciplina normativa, non è venuto meno l’obbligo per l’Amministrazione comunale di provvedere alla pianificazione territoriale delimitando la zona di competenza di ciascuna farmacia, anche se in forma semplificata, dovendo essere assicurata un’equa distribuzione sul territorio degli esercizi, al fine di rendere agevole alla cittadinanza l’accesso al servizio farmaceutico. La mancanza della zonizzazione - anche se in forma semplificata, e dunque non necessariamente con una dettagliata definizione dei confini del territorio di pertinenza di ciascun esercizio - non consente di delimitare la libertà di scelta del farmacista di allocazione del proprio esercizio commerciale, e dunque non garantisce l’ottimale collocazione degli esercizi a tutela dell’interesse pubblico alla migliore accessibilità al servizio farmaceutico. E’ evidente, infatti, che in mancanza della previa individuazione della zona di competenza i farmacisti potrebbero collocare i propri esercizi commerciali nelle aree a maggiore redditività, a detrimento della capillare copertura del territorio, potendosi così verificare la concentrazione degli esercizi farmaceutici, non essendo sufficiente ad impedirlo il mero riferimento alla distanza minima di 200 metri. La previsione di una macro zona nella quale sono collocati molteplici esercizi (anche 9-10) senza l’indicazione della zona di competenza, consentirebbe ai titolari delle farmacie di spostarsi all’interno della macro-zona nelle aree a maggiore redditività, a scapito di intere fasce di popolazione residenti in aree appartenenti alla macro zona, a minore densità abitativa o a minore frequentazione.

La sentenza ha anche affrontato il problema relativo alla compatibilità tra il concorso straordinario bandito ai sensi dell’art. 11, comma 3, d.l. n. 1 del 2012 con la permanenza dell’istituto del decentramento delle farmacie disciplinato dall’art. 5, l. 8 novembre 1991, n. 362. Ha affermato che in astratto la revisione del numero di far-

macie conseguenti al mutamento del rapporto tra la popolazione ed il numero di autorizzazioni non comporta il venir meno dell'istituto del decentramento, non essendovi incompatibilità tra le norme, dirette entrambe al perseguimento della migliore distribuzione degli esercizi farmaceutici. E' infatti possibile, che nel lungo periodo, dopo l'attuazione della riforma del 2012 che ha determinato l'ampliamento del numero degli esercizi, con l'obbligo per il comune di provvedere alla ripianificazione delle sedi farmaceutiche comprendenti anche i nuovi esercizi, si verifichi l'esigenza di disporre il decentramento di talune sedi farmaceutiche, per fornire il servizio in nuove zone di insediamento abitativo nel frattempo sorte, o in altre zone nelle quali la popolazione si sia negli anni spostata, perseguendo - attraverso l'utilizzazione di detto istituto - la finalità della migliore distribuzione del servizio. La norma sul decentramento non è invece pertinente in sede di prima applicazione della nuova normativa, in cui il Comune è chiamato ad individuare le nuove sedi farmaceutiche tenuto conto del mutato rapporto tra popolazione ed autorizzazioni, e ad individuare le zone carenti nelle quali collocare le nuove sedi. Le esigenze che hanno indotto il comune a disporre il decentramento devono essere perseguite mediante il rifacimento della pianificazione delle sedi, tenuto conto della possibilità dell'ampliamento del loro numero conferita dal legislatore, soddisfacendo - attraverso l'allocatione delle nuove sedi nelle zone carenti - l'esigenza di garantire la copertura capillare del territorio. L'istituto del decentramento, infatti, veniva utilizzato per sopperire all'impossibilità di disporre l'ampliamento del numero delle sedi farmaceutiche, ma in presenza dell'incremento delle sedi non può più trovare ingresso, essendo basato su presupposti fattuali che sono nel frattempo mutati.

8. Espropriazione.

8.1. Occupazione illegittima scaturita da una procedura espropriativa non conclusasi ritualmente Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2015, n. 3988.

Ha affermato la sezione che il riconoscimento dell'usucapione per effetto dell'occupazione illegittima scaturita da una procedura espropriativa non conclusasi ritualmente (con la cessione bonaria ovvero con il decreto di esproprio) rappresenta ciò che è stato definito un esercizio di "equilibrismo interpretativo" dal quale debbono essere prese le distanze. Ha affermato che plurime ragioni impediscono la usucapibilità di beni illecitamente occupati dall'Amministrazione.

La prima delle quali fa capo all'orientamento giurisprudenziale (Cass. civ., sez. II, 7 dicembre 2012, n. 22174) secondo il quale "in tema di tutela possessoria, ricorre spoglio violento anche in ipotesi di privazione dell'altrui possesso mediante alterazione dello stato di fatto in cui si trovi il possessore, eseguita contro la volontà, sia pure soltanto presunta, di quest'ultimo, sussistendo la presunzione di volontà

contraria del possessore ove manchi la prova di una manifestazione univoca di consenso, e senza che rilevi in senso contrario il semplice silenzio, in quanto circostanza di per sé equivoca, e non interpretabile come espressione di acquiescenza. alla luce dell'ampia nozione di violenza del possesso elaborata dalla giurisprudenza. Si è così escluso che la detenzione possa essere mutata in possesso. La seconda ragione pone in relazione l'asserita usucapibilità con la sua incompatibilità al cospetto dell'art. 1 del Protocollo Addizionale della Cedu e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la cui costante giurisprudenza (sez. II, 30 maggio 2000, Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia, n. 31524/96; sez. III, 12 gennaio 2006, Sciarrotta c. Italia, n. 14793/02), ha più volte affermato, la non conformità alla Convenzione (in particolare, al citato Protocollo addizionale n. 1) che ha valore di "norma costituzionale interposta", dell'istituto della cosiddetta "espropriazione indiretta o larvata" e quindi di alternative all'acquisizione in proprietà che non siano rappresentate dal decreto di espropriazione, ovvero dal contratto tra le parti. La Cedu quindi non consente che l'apprensione materiale del bene da parte dell'Amministrazione possa considerarsi legittima al di fuori di una legittima procedura espropriativa o di un procedimento sanante (art. 42 *bis*, d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327). Ha aggiunto la sezione che l'interruzione dell'usucapione può avvenire, oltre che con la perdita materiale del possesso soltanto con la proposizione di apposita domanda giudiziale.

9. Edilizia.

9.1. Permesso di costruire e nulla osta paesaggistico: Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 2015, n. 5663.

Ha ricordato la sez. IV che i due titoli, permesso di costruire e nulla osta paesaggistico, hanno contenuti differenti, seppure ambedue relazionati al territorio, e l'inizio dei lavori in zona paesaggisticamente vincolata richiede il rilascio di ambedue i titoli. La mancanza di un'autorizzazione paesaggistica rende non eseguibile le opere in questione e ben giustifica, in caso di loro realizzazione, provvedimenti inibitori, e sanzionatorio - ripristinatori, quale un'ordinanza di riduzione in pristino. Più volte la giurisprudenza amministrativa ha affermato che la il permesso di costruire può essere rilasciato anche in mancanza di autorizzazione paesaggistica, fermo restando che è inefficace, e i lavori non possono essere iniziati, finché non interviene il nulla osta paesaggistico. La giurisprudenza è inoltre costante nel ritenere che l'inizio dei lavori è subordinato all'adozione di entrambi i provvedimenti. La garanzia, quindi, che il territorio non venga compromesso da interventi assentiti con permesso di costruire ma privi di nulla osta paesaggistico, è data dall'impossibilità giuridica di intraprendere i lavori prima dell'acquisizione del necessario nulla osta paesaggistico. Alla base di tale orientamento riposa il convincimento per cui l'autonomia strutturale dei due procedimenti, non consente di considerare la procedura per il rilascio

del nulla osta quale “presupposto necessario” del procedimento per il rilascio della concessione edilizia, neppure nell’ipotesi di opere da realizzarsi su aree vincolate come bellezze di insieme. Senonchè, occorre osservare che: a) da un canto, tale costruzione è stata riduttivamente interpretata dalla Suprema Corte di Cassazione che (sez. I, 7 aprile 2006, n. 8244) ha avuto modo di precisare che “ove l’area per la quale si è conseguito il titolo alla trasformazione edilizia, sia interessata da altri tipi di vincoli, a tutela di diversi interessi, e tra questi viene in considerazione il vincolo paesaggistico, che, in via generale, non conferisce al bene una condizione di intangibilità, ma richiede, a sua volta, un provvedimento abilitativo che dipende dall’accertamento di non- incompatibilità della prospettata attività di trasformazione, rispetto all’interesse pubblico tutelato. Si suole argomentare, correttamente, che in presenza del vincolo estetico-culturale, l’esercizio dell’attività costruttiva presuppone non solo la concessione edilizia, di competenza dell’autorità preposta al controllo delle costruzioni, ma anche il nulla-osta paesaggistico, rimesso, nel corso del tempo e dell’evoluzione del concetto di tutela dei valori culturali e ambientali, alla valutazione dell’autorità statale, e successivamente, in via di delega o, da ultimo, in virtù di vero e proprio conferimento di funzioni, dall’autorità regionale, e infine alla stessa autorità comunale per delega della regione. La necessità di un doppio titolo abilitativo osta alla qualificazione dello *ius aedificandi* come facoltà acquisita per effetto del rilascio della concessione edilizia, ove difetti l’autorizzazione paesaggistica: e viceversa, ove si sia conseguito il nullaosta da parte dell’autorità preposta alla tutela del vincolo, il diritto all’attività costruttiva non può dirsi consolidato a favore del proprietario. L’autonomia dei due titoli, in nome della quale il giudice amministrativo può affermare che il mancato rilascio del nullaosta non legittima il Sindaco al ritiro della concessione edilizia, non toglie che l’inizio dei lavori in zona paesaggisticamente vincolata richiede il rilascio di ambedue i titoli.” Ha ancora ricordato la sezione che la giurisprudenza penale (Cass. pen., sez. III 23 novembre 1999) è da tempo stabilmente orientata nel ritenere che per costruire in area vincolata non è sufficiente l’autorizzazione paesaggistica, ma occorre anche la concessione edilizia e che laddove l’autorizzazione manchi la concessione edilizia è del tutto inefficace, ed è integrato il reato di cui all’art. 20, lett c, l. 28 febbraio 1985, n. 47 e all’art. 1 *sexies*, l. 8 agosto 1985, n. 431. di invalidità del titolo concessorio. Ad avviso della sezione, l’autonomia dei due procedimenti sussiste certamente, e ciò implica che la concessione edilizia rilasciata in carenza dell’autorizzazione paesaggistica non sia invalida, ma inefficace, in quanto la predetta autorizzazione potrebbe sopravvenire. Ove però la concessione edilizia sia stata rilasciata sulla base di un presupposto (*id est* avvenuto rilascio dell’autorizzazione paesaggistica) in realtà non sussistente se non *nominatim* (in quanto l’autorizzazione paesaggistica venne rilasciata su un progetto diverso) si è in presenza di una doppia situazione patologica, atteso che la concessione edilizia è inefficace, in quanto l’autorizzazione paesaggistica è carente, ma è anche invalida, in quanto fondata su un errato presupposto. Trattasi in entrambi i casi di vizi (in teoria) sanabili, ove l’autorizzazione sia rilasciata e sopravvenga

prima dell'inizio dei lavori. Ma ove ciò non accada ci si trova al cospetto di una concessione edilizia viziata ed annullabile in quanto fondata sul falso presupposto dell'avvenuto rilascio - su progetto conferme - di una autorizzazione paesaggistica.

10. Patrimonio culturale.

10.1. Equo compenso per copia privata: Cons. Stato, sez. VI, 18 febbraio 2015, n. 823.

La sentenza e ordinanza di remissione alla Corte di giustizia in rubrica hanno giudicato legittimo il decreto del Ministero per i beni e le attività culturali (Mibac) del 30 dicembre 2009, contenente la determinazione del compenso per la riproduzione privata di fonogrammi e di videogrammi (c.d. "equo compenso per copia privata"), nella parte in cui assoggetta a compenso gli apparecchi ad uso privato, dovendosi far rientrare il versamento dell'equo compenso per copia privata nel novero delle prestazioni patrimoniali imposte. Ciò che conta, ai fini della soggezione all'obbligo di pagamento dell'equo compenso, è che apparecchiature, dispositivi e supporti di riproduzione siano idonei a essere utilizzati per realizzare copie private, potendo dunque causare un pregiudizio all'autore dell'opera protetta; per l'assoggettamento a prelievo, e simmetricamente, per aversi equo compenso per copia privata è insomma sufficiente la (mera) capacità, idoneità, potenzialità di realizzazione di copie private da parte di tali apparecchi. È stato chiarito che il cd. equo compenso non integra un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 del TFUE, rivestendo esso una funzione (anche) sinallagmatica o comunque di indennizzo, a favore del titolare del diritto d'autore, a fronte dell'utilizzazione, quantomeno potenziale, di opere tutelate dal diritto d'autore, in relazione al pregiudizio che l'autore dell'opera riceverebbe dalla riproduzione e/o dall'utilizzazione non autorizzata di una sua opera, con conseguente indebito arricchimento degli utenti. Nella fattispecie, la previsione dell'equo compenso non era imputabile in via unilaterale allo Stato italiano, ma rappresentava una misura esplicitamente prevista dalla direttiva 2001/29/CE (art. 5, § 2, lett. b), secondo la quale gli Stati membri hanno facoltà di introdurre l'eccezione per copia privata "a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso". In situazioni come questa, nel trasporre la norma nel diritto interno "gli Stati membri non fanno che dare esecuzione a norme comunitarie in conformità degli obblighi che incombono loro in virtù del Trattato. La disposizione di cui si tratta, quindi, non è imputabile allo [Stato membro], ma deriva in realtà da un atto del legislatore comunitario" (Tribunale dell'Unione europea, sentenza 5 aprile 2006, T-351/02)". In secondo luogo va esclusa la presenza di un aiuto di Stato ogniqualvolta l'intervento statale produca una redistribuzione di risorse tra privati, senza in alcun modo coinvolgere risorse pubbliche. La pronuncia in rubrica rimette poi alla Corte di giustizia, in relazione all'assoggettamento a prelievo per copia privata con riguardo ai prodotti destinati a un uso esclusivamente professionale, le questioni di corretta

interpretazione del diritto comunitario: 1) se l'ordinamento comunitario osti a una disciplina nazionale che preveda che, nel caso di supporti e dispositivi acquistati per scopi manifestamente estranei a quelli di copia privata, per uso esclusivamente professionale, la determinazione dei criteri di esenzione *ex ante* dal prelievo sia rimessa alla contrattazione - o "libera negoziazione" - privatistica, con particolare riguardo ai "protocolli applicativi" di cui al citato art. 4, in assenza di previsioni generali e di alcuna garanzia di parità di trattamento tra Siae e soggetti obbligati al versamento del compenso, o loro associazioni di categoria; 2) se l'ordinamento comunitario, e segnatamente il considerando 31 e l'art. 5, paragrafo 2, lettera b) della direttiva 2001/29/CE, osti a una disciplina nazionale la quale preveda che, nel caso di supporti e dispositivi acquistati per scopi manifestamente estranei a quelli di copia privata, ossia per uso esclusivamente professionale, il rimborso può essere richiesto dal solo utente finale anziché dal produttore dei supporti e dispositivi.

10.2. Premio di ritrovamento: Cons. Stato, sez. VI, 7 maggio 2015, n. 2302.

La sezione ha preliminarmente affermato la propria giurisdizione sull'impugnazione dei provvedimenti di diniego dell'esistenza dei presupposti per l'attribuzione ad un Comune del premio di ritrovamento di cui agli artt. 92 e 93, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), trattandosi di provvedimenti basati sulla valutazione discrezionale dell'*am* del riconoscimento, mentre ha declinato la giurisdizione sulla domanda relativa alla misura del premio e alle modalità di riscossione, concernendo la questione la posizione di diritto sul *quantum* originata dal provvedimento che riconosca i detti presupposti. Nel merito ha ritenuto fondata la pretesa fatta valere dal Comune appellante. Ha affermato che: negli artt. da 90 a 93 del Codice dei beni culturali e del paesaggio non è previsto che il premio per il ritrovamento, da attribuire allo scopritore fortuito e al proprietario del bene spetti soltanto alle persone fisiche e non anche alle persone giuridiche, ivi compresi gli enti pubblici diversi dallo Stato; nel sistema del Codice il ruolo degli enti territoriali (regioni, comuni, città metropolitane e province) è individuato nel concorso, seppure con varie modulazioni di doverosità, ai compiti pubblici riguardanti il patrimonio culturale. Ciò emerge con chiarezza già dalle "Disposizioni generali", recanti i principi di base della normativa e dell'attribuzione dei compiti, per cui gli enti territoriali insieme con lo Stato "assicurano e sostengono la conservazione del patrimonio culturale e ne favoriscono la pubblica fruizione e la valorizzazione" (art. 1, comma 3), "cooperano con il Ministero nell'esercizio delle funzioni di tutela" (art. 5, comma 1), perseguono con il Ministero "il coordinamento, l'armonizzazione e l'integrazione delle attività di valorizzazione dei beni pubblici" (art. 7, comma 2) e i loro beni culturali, in quanto di appartenenza pubblica, sono di per sé "destinati alla fruizione della collettività" (art. 2, comma 4). Questa, pur differenziata e articolata, posizione è ribadita e specificata nelle norme successive del Codice in cui si prevede la partecipazione degli enti territoriali a compiti afferenti alla tutela, alla conservazione, alla fruizione e valorizzazione. Il Codice prevede che sui beni culturali dei privati sia

immanente la cura di uno scopo pubblico ma sempre in connessione con l'esercizio delle funzioni pubbliche in materia, venendo sottoposti i detti beni alle prescrizioni di tutela riservate allo Stato e ai diversi interventi previsti di autorizzazione, vigilanza e accordo con lo Stato o gli enti territoriali per il loro uso. Sussiste perciò una netta distinzione nell'ordinamento dei beni del patrimonio culturale tra la funzione degli enti territoriali, integralmente identificata dall'assolvimento di compiti di natura pubblica, e quella dei privati, che sono responsabili rispetto ai singoli beni culturali di cui dispongano ai fini dell'esercizio delle correlate funzioni pubbliche dello Stato e degli enti territoriali: non sussistono per gli enti territoriali, di conseguenza, posizioni funzionalmente identificabili con quelle, specie economiche, proprie del privato poiché tutte correlate all'insieme delle responsabilità pubbliche che gli enti devono assolvere. Assimilare rispetto ai rinvenimenti archeologici e alle loro conseguenze circa il premio per i ritrovamenti, la posizione - funzionale ed economica - delle pubbliche amministrazioni territoriali, quand'anche proprietarie, a quella di un privato proprietario del terreno, contraddice il chiaro disposto delle norme del Codice, attuative del principio fondamentale dell'art. 9 Cost..

11. Stranieri.

11.1. Diniego di concessione della cittadinanza fondato su atti istruttori riservati: Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2015, n. 130.

Si legge nella sentenza in rubrica che, in presenza della classifica di riservatezza sugli atti istruttori preordinati all'adozione del decreto recante il diniego di concessione della cittadinanza, correttamente l'Amministrazione omette di indicarne il contenuto, al fine di non estendere la loro conoscenza a soggetti privi della prescritta abilitazione rilasciata dall'Autorità preposta alla tutela del segreto di Stato. Tuttavia, nel rispetto del principio del contraddittorio e, quindi, di parità delle parti di fronte al giudice (c.d. parità delle armi), la conoscenza del documento deve essere comunque consentita in corso di giudizio al difensore dello straniero. In sostanza, in presenza di informative con classifica di "riservato" il richiamo *ob relationem* al contenuto delle stesse può soddisfare le condizioni di adeguatezza della motivazione, mentre l'esercizio dei diritti di difesa e la garanzia di un processo equo restano soddisfatti dall'ostensione in giudizio delle informative stesse con le cautele e garanzie previste per la tutela dei documenti classificati da riservatezza. Con riferimento al predetto parametro, che segna il punto di equilibrio tra la tutela dell'interesse pubblico alla sicurezza dello Stato e la garanzia del diritto di difesa, appare evidente come, nel caso in esame, l'Amministrazione intimata in primo grado non abbia assolto all'onere minimo di giustificare il diniego con riferimento alle esigenze di sicurezza nazionale, e tanto meno a quello di comunicare il contenuto del parere negativo, con le modalità e le cautele che risultavano opportune (ad esempio, mediante eventuali *omissis* su riferimenti specifici o su considerazioni concernenti la posizione dell'interessato, la

sua attività ed i suoi collegamenti; ovvero, mediante una sintesi o una selezione delle informazioni acquisite al riguardo, per individuare quelle esternabili).

11.2. Il rispetto dei diritti dei profughi nell'applicazione del Trattato di Dublino: Cons. Stato, sez. III, 8 settembre 2015, n. 4199.

La sentenza sopra riportata ha affermato che la questione dei profughi è il recente tra i fattori strutturali che determinano una legislazione di scopo. In questo contesto, le garanzie partecipative fissate dai regolamenti dell'Unione europea per regolare i trasferimenti degli stranieri, in relazione al Paese nel quale hanno presentato per la prima volta la domanda di protezione internazionale, sono un aspetto essenziale ed inderogabile della relativa disciplina. La prima fondamentale ragione è l'autonomia e sovrastante rilevanza delle procedure partecipative, che è superiore nella scala dei valori giuridici - attenendo direttamente alla *ratio* fondamentale della intera procedura di protezione internazionale - rispetto all'immediato oggetto della procedura principale in atto, che ha invece il limitato e strumentale scopo di determinare la competenza degli Stati ad esaminare le relative istanze. Inoltre le garanzie partecipative di cui si tratta sono fissate in via di dettaglio - e senza rinvii agli ordinamenti nazionali se non per gli aspetti giurisdizionali - da un minuzioso regolamento della Unione europea, la cui interpretazione in ogni caso non spetta al giudice nazionale, ma agli organi della Unione europea e alla Corte di giustizia come giudice di ultima istanza. Il Consiglio di Stato ha quindi escluso che sussistano i presupposti per sollevare una questione interpretativa *ex art. 267 TFUE*, trattandosi solo di applicare una normativa UE chiara ed esente da dubbi interpretativi.

11.3. La tutela dei diritti degli immigrati che vivono da tempo regolarmente nel nostro Paese: Cons. Stato, sez. III, 23 settembre 2015, n. 4470.

Ha chiarito il Consiglio di Stato che il testo unico sull'immigrazione, nato forse con intenti opposti, è divenuto una forma particolarmente penetrante e tormentata di legislazione di scopo. Ciò premesso, ha affermato che l'art. 9, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 - nel testo sostituito dall'art. 1, d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3 e recante norme sul permesso di soggiorno UE per extracomunitari di lungo periodo - va integralmente applicato allo straniero che richiama la carta di soggiorno di lungo periodo, ancora non ottenuta nonostante la lunga permanenza dell'interessato nel territorio nazionale, anche se non è ancora in possesso della medesima. Perché la situazione di prolungata e regolare presenza dello straniero sul territorio nazionale divenga giuridicamente rilevante ai fini della eventuale concessione del suddetto titolo, è infatti necessario che la competente Autorità amministrativa sia messa in grado di valutare se sussistono tutti i requisiti previsti. Pertanto lo straniero, per poter far valere una simile pretesa, deve comunque presentare all'Amministrazione l'apposita domanda, obbligando la stessa a verificarne i requisiti, compresi quelli attinenti alla condotta, e poi eventualmente impugnarne il diniego anche mediante la procedura del silenzio in caso di mancata risposta dell'Amministrazione. Solo per questa via il giudice può

vagliare il comportamento dell'Amministrazione e, con tale vaglio, verificare se il possesso dei requisiti è stato correttamente valutato o eventualmente costringerla a verificarlo. Il giudice non può infatti sostituirsi all'Amministrazione nel procedere a tale valutazione, pena l'indebita invasione dello spazio proprio della stessa, con conseguente impropria sostituzione del giudice alle competenze dell'Amministrazione. Il Consiglio di Stato ha ancora precisato che, affinché la situazione di prolungata e regolare presenza dello straniero sul territorio nazionale divenga giuridicamente rilevante ai fini della eventuale concessione della carta di soggiorno di lungo periodo, è necessario che la competente Autorità amministrativa sia messa in grado di valutare se sussistono tutti i requisiti previsti. Pertanto lo straniero, per poter far valere una simile pretesa, deve comunque presentare all'Amministrazione l'apposita domanda, mettendola all'Amministrazione in grado di verificare i richiesti requisiti, compresi quelli attinenti alla condotta, e poi eventualmente impugnarne il diniego. Solo per questa via, infatti, il giudice può vagliare il comportamento dell'Amministrazione e verificare se il possesso dei requisiti è stato correttamente valutato.

11.4. Emersione dal lavoro irregolare: Cons. Stato, sez. I, 28 aprile 2015, n. 1275.

Il parere n. 1275 del 2015 è stato reso su richiesta del Ministero dell'interno relativamente all'applicazione dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 16 luglio 2012, n. 102, recante "attuazione della direttiva 2009/52/CE che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti dei datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare", nella parte in cui prescrive per la prova della presenza dal 31 dicembre 2011 "documentazione proveniente da organismi pubblici". In particolare, il citato comma 1 prevede che "i datori di lavoro italiani o cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea, ovvero i datori di lavoro stranieri che alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo occupano irregolarmente alle proprie dipendenze da almeno tre mesi lavoratori stranieri presenti nel territorio nazionale in modo ininterrotto almeno dalla data del 31 dicembre 2011, o precedentemente, possono dichiarare la sussistenza del rapporto di lavoro allo sportello unico per l'immigrazione La presenza sul territorio nazionale dal 31 dicembre 2011 deve essere attestata da documentazione proveniente da organismi pubblici". Per ciò che riguarda le procedure connesse all'emersione dal lavoro irregolare, uno dei punti più controversi della normativa ha riguardato la prova della presenza sul territorio nazionale che deve essere attestata da documentazione proveniente da "organismi pubblici". Il Ministero ha rappresentato che desta non pochi problemi il tema dell'individuazione degli organismi legittimati a certificare la presenza in Italia, generando diverse valutazioni sul territorio nazionale tra le Prefetture che riconoscono valore probatorio alle certificazioni dei medici preposti ai servizi di medicina generale della ASL e quelle che, adottando un criterio molto restrittivo, non assumono quale prova della presenza in Italia le predette certificazioni, nel presupposto che lo straniero irregolare non è iscritto al Servizio Sanitario Nazionale e

dunque - salvo quanto previsto dall'art 35, comma 3, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 - per effetto di tale condizione il medico si troverebbe sempre ad operare in regime privatistico. Ha aggiunto che la norma richiede la presenza nel territorio nazionale, in modo ininterrotto, almeno dalla data del 31 dicembre 2011, che la stessa deve essere provata da documentazione proveniente da organismi pubblici ma nulla dice in ordine all'eventuale presenza anche nel periodo precedente. Il che è quanto meno criticabile atteso che la *ratio* è evitare il c.d. "effetto richiamo" e cioè l'ingresso di stranieri in Italia soltanto ai fini di ottenere una facile regolarizzazione della posizione di soggiorno sul territorio con la conseguenza che il periodo antecedente alla data fissata dal legislatore non dovrebbe essere temporalmente limitato.

Ha chiarito ancora il parere che "1) Il termine "organismo" si differenzia, per quanto attengono sia la composizione sia le funzioni, notevolmente dal termine "organo": l'organo di una persona giuridica è la persona fisica o l'insieme di persone fisiche che agisce per essa, compiendo atti giuridici. Gli atti giuridici compiuti dall'organo sono imputati alla persona giuridica, come fossero stati compiuti dalla stessa, sicché si dice che tra organo e persona giuridica s'instaura una relazione di immedesimazione organica detta anche rapporto organico. L'organismo, invece, può essere definito come un insieme funzionale di elementi o di strutture organizzate, finalizzata a uno scopo ed opera sia nell'ambito del diritto pubblico che del diritto privato (organismo burocratico, amministrativo, organismi politici, sindacali). Il "pubblico organismo" però non deve essere inteso quale "organismo di diritto pubblico" che è un termine che viene applicato prevalentemente a definire quelle strutture che operano nel campo dell'affidamento delle opere pubbliche (d.lgs. n. 163 del 2006). La direttiva CE 18/04, all'art. 1 (definizione), comma 9, intende per organismo di diritto pubblico qualsiasi organismo: a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, b) dotato di personalità giuridica, e c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. Il termine "pubblico organismo" non è nuovo nella struttura normativa della legislazione italiana e viene usato specialmente nella legislazione che regola i rapporti ovvero le convenzioni fra Stati sovrani in relazione alle incombenze da affidare alle varie strutture ed organizzazioni per la loro applicazione pratica. Nel caso specifico il termine "organismi pubblici", visto che si tratta dell'attuazione di una direttiva europea che specificamente invita gli stati membri a un'applicazione estensiva e visto che anche il legislatore ha lasciato ampi spazi di interpretazione, deve essere interpretato, considerando le grandi difficoltà degli stranieri presenti nel territorio dello Stato di intrattenere contatti con gli enti e le strutture pubbliche, nel senso di dare un significato pratico e ampio per l'applicazione della sanatoria di emersione dal lavoro irregolare. La stessa direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 18

giugno 2009 n. 2009/52/CE dispone all'articolo 13 che gli Stati membri provvedano affinché siano disponibili meccanismi efficaci per consentire ai cittadini di Paesi terzi la regolarizzazione della loro posizione di lavoratori illegali e che l'assistenza fornita a loro per presentare le relative istanze non è considerata favoreggiamento di soggiorno illegale di cui alla direttiva 2002/90/CE del Consiglio. L'art. 15 poi lascia impregiudicata la facoltà degli Stati membri di adottare o mantenere disposizioni più favorevoli di quelli fissati nella direttiva stessa; cioè, non ammette aggravamenti". Da tale premessa il Consiglio di Stato ha fatto conseguire la conclusione che ai fini dell'applicazione dell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 109 del 2012, per "organismi pubblici" devono essere considerate le strutture organizzate, ovvero, persone fisiche o giuridiche che per delega, incarico, affidamento o cessione svolgono funzioni, attività, servizi pubblici o di interesse pubblico. Deve dunque trattarsi di soggetti il cui operato è inquadrabile *latu sensu* nella connotazione di funzione pubblicistica e non meramente privatistica. Ha quindi ritenuto che un certificato medico rilasciato da medici preposti ai servizi di medicina generale (medici di base) o da medici convenzionati (art. 30 dell'Accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con i medici di medicina generale ai sensi dell'art. 8, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502), cioè da professionisti autorizzati a eseguire prestazioni nell'interesse del Servizio sanitario nazionale può considerarsi proveniente da "pubblico organismo", anche se non concernente "soggetti mutuati" mentre se proveniente da un medico libero professionista, non accreditato presso il Servizio sanitario nazionale, non assume i connotati di provenienza da pubblico organismo. I medici che esercitano la loro attività nell'ambito delle previsioni del d.lgs. n. 502 del 1992 rilasciano "documentazione proveniente da organismi pubblici" di cui all'art. 5, d.lgs. 16 luglio 2012, n. 109. Inoltre, la documentazione deve provenire da organismi pubblici e non può essere sostituita da dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 dalle quali risultano eventuali contatti e prestazioni avuti da organismi pubblici. Infatti, è ben vero che le dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà, perfezionati con l'assistenza e l'autenticazione da parte di un funzionario pubblico, possono concernere stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato, però, non possono considerarsi documentazione proveniente da pubblico organismo perché riportano la dichiarazione resa da persona privata e il funzionario pubblico autentica unicamente la veridicità della firma del dichiarante.

12. Imposte e tasse.

12.1. Regolamento istitutivo dell'imposta di sbarco: Cons. Stato, sez. IV, 8 settembre 2015, n. 4161 e ord., 16 settembre 2015, n. 4335.

Con la succitata sentenza la sezione ha pronunciato su un regolamento comunale, impugnato in primo grado dal Ministero dell'economia e delle finanze, istitutivo dell'imposta di sbarco. Il giudice di primo grado aveva accolto il ricorso, ritenen-

do fondate le censure mosse dall'Amministrazione statale sul rilievo che al di là della legge, il regolamento imporrebbe l'imposta allo sbarco con qualsiasi mezzo di trasporto e non solo con mezzi di trasporto pubblico di linea; delineerebbe poi una forma di mediazione obbligatoria come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale di fronte alle Commissioni tributarie.

Con la sentenza n. 4161 del 2015 la sezione ha condiviso per buona parte le argomentazioni del Tar. Ha preliminarmente ricordato che l'art. 4 comma 3 *bis*, prima parte, d.lg. 14 marzo 2011, n. 23 ha stabilito che "I comuni, che hanno sede giuridica nelle isole minori e i comuni nel cui territorio insistono isole minori, possono istituire, con regolamento da adottare ai sensi dell'art. 52, d.lg. 15 dicembre 1997, n. 446, e successive modificazioni, in alternativa all'imposta di soggiorno, un'imposta di sbarco da applicare fino ad un massimo di euro 1,50, da riscuotere, unitamente al prezzo del biglietto, da parte delle compagnie di navigazione che forniscono collegamenti marittimi di linea. La compagnia di navigazione è responsabile del pagamento dell'imposta, con diritto di rivalsa sui soggetti passivi, della presentazione della dichiarazione e degli ulteriori adempimenti previsti dalla legge e dal regolamento comunale". Secondo l'art. 2, comma 2, del regolamento impugnato, "l'imposta di sbarco è corrisposta da ogni persona fisica ... che arrivi nell'isola di Capri avvalendosi di soggetti abilitati e autorizzati ad effettuare collegamenti verso l'isola". Seguono disposizioni sui soggetti tenuti alla riscossione e sulle modalità di riscossione e di riversamento. Ad avviso della sezione è evidente che il regolamento abbia ampliato la platea dei contribuenti al di là dei limiti previsti dalla legge. Che il richiamato art. 4 abbia solo inteso individuare le compagnie di navigazione di linea come soggetti incaricati della riscossione e non anche i relativi passeggeri come (soli) soggetti colpiti dal tributo è una tesi troppo paradossale per poter essere presa seriamente in considerazione, poiché finirebbe per costringere le compagnie di linea ad esigere l'imposta di sbarco anche da parte di coloro che utilizzino vettori diversi. Questo ampliamento non è consentito, poiché "le province ed i comuni possono disciplinare con regolamento le proprie entrate, anche tributarie, salvo per quanto attiene alla individuazione e definizione delle fattispecie imponibili, dei soggetti passivi e della aliquota massima dei singoli tributi, nel rispetto delle esigenze di semplificazione degli adempimenti dei contribuenti..." (art. 1, comma 1, d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446).

Con ordinanza n. 4335 del 2015 la sezione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, formulata in via subordinata dal Comune, dopo averla ritenuta rilevante posto che essa investe direttamente la norma statale che attribuisce al Comune di imporre il tributo di cui si discute. Il Collegio ritiene la questione non manifestamente infondata. L'art. 4, d.lgs. n. 23 del 2011 stabilisce che "i comuni capoluogo di provincia, le unioni di comuni nonché i comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o città d'arte possono istituire, con deliberazione del consiglio, un'imposta di soggiorno a carico di coloro che alloggiano nelle strutture ricettive situate sul proprio territorio, da applicare, secondo criteri di gradualità in proporzione

al prezzo, sino a 5 euro per notte di soggiorno” (comma 1, primo periodo). In alternativa, “i comuni che hanno sede giuridica nelle isole minori e i comuni nel cui territorio insistono isole minori possono istituire ... un’imposta di sbarco, da applicare fino ad un massimo di euro 1,50, da riscuotere, unitamente al prezzo del biglietto, da parte delle compagnie di navigazione che forniscono collegamenti marittimi di linea” (comma 3 *bis*, primo periodo). Mentre l’imposta di soggiorno è dovuta da tutti coloro che alloggiano nelle strutture ricettive situate nel territorio comunale, l’imposta di sbarco grava solo su chi utilizzi i vettori di linea. Né è possibile interpretare in modo diverso (e per avventura conforme a Costituzione) le disposizioni riportate. Una piana lettura di tutto il comma 3 *bis* esclude che le compagnie di navigazione di linea siano soltanto sostituiti per l’esazione di un’imposta comunque dovuta da chiunque sbarchi nell’isola, non potendo ragionevolmente esse venire gravate di quella funzione riguardo a trasporti eseguiti da altri vettori. Appare fondato il dubbio che il differente trattamento tra chi adoperi vettori di linea per recarsi nell’isola e chi faccia uso di altri mezzi non abbia giustificazione razionale, né in termini generali, né in chiave di capacità contributiva. L’art. 53, comma 1, Cost., in virtù del quale tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva, deve essere interpretato come specificazione del principio di uguaglianza, sia nel senso che a situazioni uguali devono necessariamente corrispondere uguali regimi impositivi e, viceversa, sia nel senso che ogni prelievo deve trovare la propria causa giustificatrice in indici concretamente rivelatori di ricchezza, secondo un criterio di collegamento tra soggetto detentore e ricchezza detenuta spettante alla discrezionalità del legislatore ordinario (Cons. Stato, sez. V, 30 dicembre 1997, n. 1207). Quanto a tale collegamento, è indiscusso il principio che rientra nell’ambito della discrezionalità del legislatore ordinario la determinazione degli indici di capacità contributiva e della conseguente entità dell’onere tributario, essendo riservato alla Corte costituzionale di verificare solo la palese arbitrarietà e irrazionalità delle scelte legislative (Corte cost., ord., 21 luglio 1995, n. 352; Id., ord., 19 gennaio 2005, n. 23; Id. 6 ottobre 2014, n. 228; Cass. civ., sez. VI, 17 settembre 2014, n. 19632). Nel caso di specie, non è infondato il dubbio che la disposizione tributaria contestata presenti indici di arbitrarietà tali da sollecitarne una valutazione in termini di legittimità costituzionale.

Al metro di giudizio della comune esperienza, sembra davvero difficile sostenere che l’arrivo nell’isola con una compagnia di navigazione di linea esprima una capacità contributiva maggiore di quella correlata, ad esempio, all’arrivo con un’imbarcazione privata che pure, secondo la norma della cui costituzionalità si dubita, va esente dal tributo. L’irragionevolezza pare addirittura più evidente quando si consideri che - diversamente dall’imposta di sbarco, che a essa si pone come alternativa - l’imposta di soggiorno mostra un carattere tendenzialmente progressivo (“... da applicare secondo criteri di gradualità in proporzione al prezzo ...”).

Se lo scopo del tributo è alleviare i Comuni dagli oneri prodotti da coloro che, provenendo da altri luoghi e salve le specifiche eccezioni di legge, vi pernottano

o (nel caso delle isole minori) vi sbarchino, la disparità di trattamento in funzione del mezzo adoperato per raggiungere l'isola potrebbe essere priva di una razionale giustificazione.

Alla stregua dei rilievi che precedono la Sezione, ritenendola rilevante e non manifestamente infondata, ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale - rispetto agli artt. 3 e 53 Cost. - dell'art. 4, comma 3 *bis*, del decreto legislativo n. 23 del 2011, nella parte in cui - riguardo alle isole minori - prevede la possibilità che i Comuni deliberino di assoggettare all'imposta di sbarco, in alternativa all'imposta di soggiorno, i soli passeggeri che raggiungano l'isola con una "delle compagnie di navigazione che forniscono collegamenti marittimi di linea", con esclusione di coloro che si avvalgano di un diverso vettore.

12.2. Cartella esattoriale: Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2015, n. 1696.

Preliminarmente la sezione ha affermato l'ammissibilità del ricorso proposto avverso la cartella esattoriale anche se alla stessa non è ancora seguita alcuna procedura esecutiva: il soggetto asseritamente debitore di somme ha un interesse giuridicamente tutelato a potere esperire tutte le azioni volte ad elidere dette pendenze, e/o a dimostrarne la infondatezza. Non è quindi tenuto ad attendere l'avvio di procedure esecutive per contestare la pretesa a monte: per una società, poi, l'essere soggetto alla intrapresa di procedure coattive per il recupero di somme integra *ex se* un danno, comportando conseguenze su proposta opposizione *ex art.* 617 cod. proc. alle quali appare superfluo fare affidamento in punto di accesso al credito, credibilità nei rapporti con i fornitori, etc.. La copia della cartella di pagamento costituisce *ex se* strumento utile alla tutela giurisdizionale delle ragioni della ricorrente e la concessionaria non ha quindi alcuna legittimazione a sindacare le scelte difensive eventualmente operate dal privato. Aggiungasi che la stessa giurisprudenza civile (Cass. civ., sez. III, 24 marzo 1982, n. 1882 e 19 maggio 1972, n. 1549) riconosce che si riscontra la possibilità, nel sistema, di proporre azioni (quelle con cui si deduce la nullità/inesistenza del titolo) inquadrabili nel novero delle "opposizioni agli atti esecutivi" non vincolate al termine perentorio fissato all'art. 617 cod. proc. civ..

13. Ricorso straordinario al Capo dello Stato.

13.1. Trasposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato: Cons. Stato, sez. II, 16 settembre 2015, n. 2609.

La sez. II, con il parere in rubrica, ha dubitato della compatibilità con il diritto comunitario della trasposizione in sede giurisdizionale, così come delineata nell'attuale disciplina, del ricorso straordinario. Ha quindi rimesso alla Corte di giustizia la questione relativa alla compatibilità della regola sancita dagli artt. 10, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 e 48 c.p.a., in base alla quale è consentito ad una sola delle parti del giudizio straordinario di ottenerne la trasposizione in primo grado dinanzi

al Tribunale amministrativo regionale, con gli artt. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (diritto al giusto processo), 54 (divieto di abuso del diritto) e art. 6 CEDU (diritto ad un giudizio equo, pubblico ad una decisione in un termine ragionevole resa da un giudice imparziale e precostituito per legge). Ad avviso della Sezione, infatti, il principio pienamente accolto sia nel diritto comunitario che in quello costituzionale nazionale, secondo cui nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge, non consente che l'individuazione dell'ufficio giudiziario avente giurisdizione e competenza ad esaminare una determinata controversia possa avvenire per effetto soltanto della scelta di una parte, e a maggior ragione per un mero calcolo di convenienza o di tattica processuale di una di esse. Ha aggiunto la sez. II che l'esercizio del diritto di trasposizione, una volta che al procedimento di decisione del ricorso straordinario sia stata riconosciuta natura giurisdizionale, e che dunque l'originaria motivazione fondata sul *favor iurisdictionis* non possa ormai più considerarsi attuale, equivale sostanzialmente ad una alterazione del giudice naturale e, sotto altro aspetto, ad una modificazione del giusto processo, e ciò soltanto per effetto di una richiesta avanzata unilateralmente da una sola delle parti, anche senza una valida ed apprezzabile giustificazione, così determinando anche un significativo ed ingiustificato svantaggio nelle parti più deboli del processo. Quest'ultime, difatti, vedono la propria azione paralizzata per effetto soltanto dell'avvenuto esercizio della facoltà di trasposizione, la cui legittimità potrà essere esaminata soltanto dal giudice *ad quem* (il Tribunale amministrativo regionale), nel caso il ricorrente voglia proseguire riassumendo il processo in primo grado, pagando per la seconda volta un più elevato contributo unificato, e senza che sia prevista la possibilità di ripetere quanto già corrisposto. In definitiva, si attribuisce in tal modo ad una soltanto delle parti un potere privo di alcuna logica corrispondente al diritto di difesa, tale da menomare in modo significativo le posizioni del ricorrente e delle restanti parti del giudizio. Il parere articola la dubbia compatibilità con il diritto comunitario della trasposizione in sede giurisdizionale, così come delineata nell'attuale disciplina del ricorso straordinario, sulle seguenti considerazioni. Il principio secondo cui "ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge" (art. 47 della carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, 2000/C 364/01) trova esplicito riconoscimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Ad esempio, nella sentenza della Corte (Prima Sezione) 26 maggio 2005, resa nella causa C 77/04, si fa riferimento, per negarvi ingresso, all'ipotesi in cui una delle parti sia distolta dal giudice naturale soltanto per effetto della domanda o dell'azione di un'altra parte. Nella sentenza della Corte (Prima Sezione) C-325/11 19 dicembre 2012 si fa riferimento alla pienezza del "diritto al giusto processo sancito dagli artt. 47, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e 6, paragrafo 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950", per inferirne la prevalenza e l'intangibilità nei confronti di ogni

comportamento di una parte del processo nei confronti dell'altra. Si afferma, nello stesso senso, nelle sentenze della Corte (Grande Sezione) 21 settembre 2010, cause C-532/07 P, C-528/07 P, C-514/07 P che "il principio di del contraddittorio, rappresenta un mero corollario della nozione stessa di giusto processo". In definitiva, il principio pienamente accolto sia nel diritto comunitario che in quello costituzionale nazionale, secondo cui nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge, non consente in alcun modo che l'individuazione dell'ufficio giudiziario avente giurisdizione e competenza ad esaminare una determinata controversia possa avvenire ad opera di una autorità diversa dal Parlamento o, addirittura, per effetto soltanto della scelta di una parte, e a maggior ragione per un mero calcolo di convenienza o di tattica processuale a vantaggio soltanto di una di esse. E infine è appena il caso di considerare che l'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, concernente il divieto dell'abuso di diritto, non consente di interpretare alcuna delle disposizioni ivi contenute come suscettibile di limitare anche solo parzialmente le libertà e le garanzie ivi riconosciute.

13.2. Soggetti legittimati a chiedere la trasposizione del ricorso: Cons. Stato, sez. I, 14 ottobre 2015, n. 2786.

Con il parere in rubrica la sez. I ha esteso la possibilità di chiedere la trasposizione del ricorso anche all'Autorità statale che ha emanato l'atto impugnato. Tale possibilità è stata riconosciuta dall'art. 48 c.p.a., che legittima all'opposizione "la parte nei cui confronti sia stato proposto ricorso straordinario". La legittimazione all'opposizione dell'ente pubblico, diverso dallo Stato, che ha emanato l'atto impugnato (con esclusione quindi dello Stato), introdotta dalla sentenza n. 148 del 1982 della Corte costituzionale, era fondata sul presupposto che il ricorso straordinario "si svolgesse interamente a livello governativo", presupposto enunciato dalla sentenza n. 31 del 1975 e ribadito dalla sentenza n. 148 del 1982 ("il ricorso in parola contro atti amministrativi definitivi costituisce "un rimedio singolare, anomalo, alternativo al ricorso giurisdizionale caratterizzato da uno speciale procedimento contenzioso *sui generis*, con limitato contraddittorio, che si svolge interamente a livello governativo, e si conclude con un decreto del Capo dello Stato - atto ministeriale, non di prerogativa - di cui il Ministro proponente, o il Presidente del Consiglio, assume con la controfirma la responsabilità politica e giuridica"). Tale presupposto è venuto meno con la norma di cui all'art. 69, comma 2, l. 18 giugno 2009, n. 69, che ha eliminato il potere governativo di non uniformarsi al parere del Consiglio di Stato. L'innovazione, se non ha modificato la funzione di tutela della giustizia nell'amministrazione attribuita dall'art. 100, comma 1, Cost. al ricorso straordinario, come chiarito nel parere della Sezione 31 luglio 2014, n. 1033/14, esclude che il ricorso straordinario si svolga interamente a livello governativo. -

14. Responsabilità.

14.1. Termine di decadenza di 120 giorni per la proposizione dell'azione innanzi al giudice amministrativo: Cons. Stato, A.P., 6 luglio 2015, n. 6.

L'Adunanza Plenaria è stata adita per risolvere il problema interpretativo relativo all'applicabilità del termine decadenziale previsto dall'art. 30, comma 3, c.p.a. agli illeciti consumati in epoca anteriore a detto *jus superveniens*. Sul punto la giurisprudenza del giudice amministrativo si è divisa, registrandosi una contrapposizione tra una tesi maggioritaria che, facendo leva sul principio dell'inapplicabilità retroattiva di una disciplina limitativa del diritto di azione, conclude per la risposta negativa, e un'opzione ermeneutica che approda a soluzione antitetica in applicazione del principio processuale *tempus regit*. Con la sentenza n. 6 del 2015 l'Adunanza plenaria ha ritenuto condivisibile la tesi maggioritaria. Ha chiarito che l'introduzione di un termine di decadenza di centoventi giorni - decorrente, a seconda dei casi, dalla verifica del fatto lesivo o dalla conoscenza del provvedimento dannoso - costituisce un'innovazione legislativa rispetto al regime prescrizione quinquennale, *ex art. 2947 c.c.*, operante in epoca precedente a parere di un pacifico indirizzo interpretativo, innovazione che si risolve in una compressione del potere di azione giudiziale in quanto dà la stura ad una significativa e singolare restrizione della cornice temporale entro la quale è dato agire in giudizio nei confronti dei soggetti titolari di un potere pubblico, con la creazione di una causa di estinzione anticipata della pretesa risarcitoria. Ha quindi ricordato il Massimo Consesso che i principi generali stabiliti dalle preleggi, in materia di efficacia delle leggi nel tempo (art. 11) e di portata applicativa di norme eccezionali (articolo 14), impediscono, in assenza di una prescrizione esplicita in tal senso, l'applicazione retroattiva di una *reformatio in peius* a fattispecie sostanziali anteriori, senza che assuma rilievo l'epoca della proposizione del ricorso. Ha quindi escluso che si possa invocare l'applicabilità alle norme processuali innovative del principio processuale *tempus regit actum*, in quanto nella specie non viene in rilievo un termine schiettamente processuale ma una fattispecie mista, qualificabile, al pari delle decadenze regolate dal codice civile (art. 2964), come istituto sostanziale a rilievo processuale, *naturaliter* operante solo per i fatti posteriori alla novità normativa. Ha aggiunto che, in ogni caso, l'individuazione, per fatti anteriori, di un *exordium* del termine decadenziale coincidente con l'entrata in vigore del codice si tradurrebbe, in assenza di una qualsiasi base normativa, non già nell'estensione del termine decadenziale di legge, ancorato alla verifica del fatto lesivo, ma nella creazione di un termine decadenziale di matrice pretoria, caratterizzato da un diverso *dies a quo*. Risulta pertanto confermato che il perfezionamento della fattispecie sostanziale, in un torno di tempo anteriore all'entrata in vigore della normativa processuale, impedisce in modo irrimediabile l'applicazione del termine decadenziale. Aggiungasi che l'introduzione di una preclusione, fondata sulla manipolazione esegetica della struttura e della portata della

norma, finirebbe per frustrare in modo irragionevole e imprevedibile le aspettative di tutela e il legittimo affidamento in merito all'operatività della disciplina *ratione temporis* vigente, così arrecando un significativo vulnus ai principi costituzionali, comunitari ed europei in tema di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale. La soluzione proposta è confermata dal disposto dell'art. 2 dell'Allegato 3 al c.p.a., secondo cui "per i termini che sono in corso alla data di entrata in vigore del codice continuano a trovare applicazione le norme previgenti". La sentenza ha infine escluso che la conclusione cui è pervenuta in ordine all'inapplicabilità retroattiva dello *ius superveniens* produca un'irragionevole disparità di trattamento, in quanto è sostanziale al sistema della successione delle leggi nel tempo la differenziazione di regime derivante da ogni novità normativa, in una con la non estensione retroattiva delle disposizioni che producano una modifica peggiorativa dell'assetto regolatorio precedente.

E' quindi condivisibile, ad avviso dell'Adunanza plenaria, l'indirizzo ermeneutico maggioritario a tenore del quale la soluzione, che estende la decadenza ai fatti storici anteriori, ancorandone la decorrenza dalla data di entrata in vigore del codice, porterebbe a una conseguenza illogica e distonica rispetto alla *ratio* che anima l'art. 2 dell'Allegato 3 al c.p.a., facendo sì che una precedente situazione giuridica soggettiva soggiaccia a un termine di decadenza, *ex post* introdotto, con conseguente indebita applicazione retroattiva, anche sul piano sostanziale, dell'innovativa disciplina processuale del codice. In definitiva, se la volontà dell'ordinamento è chiara nella regolazione dell'assetto dei rapporti tra vecchi e nuovi termini processuali, ancor di più deve esserlo nella successione tra un termine sostanziale precedente e un nuovo termine sostanziale a rilievo processuale, precedentemente non previsto, perché altrimenti si verrebbe all'iniqua conclusione che una disciplina processuale, nell'introdurre un limite temporale all'esercizio di una situazione giuridica soggettiva, può modificare *in peius* e retroattivamente la meno restrittiva disciplina sostanziale applicabile a situazioni già esauritesi, in spregio agli artt. 3, 24 e 111 Cost.. Se il legislatore ha inteso evitare tale conseguenza sul piano della successione tra diversi termini processuali, nella disciplina transitoria prevista dall'art. 2, eguale conclusione si impone, e a fortiori, anche nel trapasso da un regime, che prevedeva la sola prescrizione dell'azione risarcitoria, a uno in cui questa è soggetta a un termine di decadenza che finisce per incidere sostanzialmente non solo sulla tutela, ma sull'esistenza stessa della situazione giuridica soggettiva.

L'Alto Consesso ha infine ricordato che la conclusione cui è pervenuto ha da ultimo trovato decisivo avallo nella giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenza 31 maggio 2015, n. 57), che ha ritenuto che l'art. 2 del Titolo II dell'Allegato 3 (Norme transitorie) al c.p.a., "non è altrimenti interpretabile che nel senso della sua riferibilità anche (e a maggior ragione) all'ipotesi di successione tra un termine sostanziale, qual è quello di prescrizione, ed un termine processuale precedentemente non previsto, quale appunto il termine di decadenza *sub* art. 30 citato, essendo una diversa lettura della predetta disposizione (nel senso, restrittivo, della sua riferibilità