

APPENDICE

(a cura del Cons. Giulia Ferrari)

RASSEGNA DELLE SENTENZE
DI PARTICOLARE RILIEVO
PUBBLICATE NEL 2010

Sommario: 1. Questioni di rilevante impatto sociale. 2. Autorità amministrative indipendenti: 2.1. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm). 2.2. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom). 2.3. Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. 2.4. Banca d'Italia 2.5 Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private (Isvap). 3. Istituti di credito. 4. Pubblica amministrazione. 5. Appalti e contratti della pubblica amministrazione. 6. Accesso ai documenti. 7. Silenzio dell'amministrazione. 8. Sanità. 9. Pubblico impiego: 9.1 Principi comuni. 9.2 Magistrati. 9.3 Docenti universitari. 9.4 Personale della scuola. 10. Militari. 11. Libere professioni. 12. Edilizia. 13. Urbanistica. 14. Espropriazione. 15. Ambiente. 16. Beni culturali. 17. Spettacolo. 18. Imposte e tasse. 19. Stranieri. 20. Quote latte. 21. Sport. 22. Giurisdizione. 23. Processo amministrativo. 24. Risarcimento dei danni.

1. Questioni di rilevante impatto sociale

Fra le decisioni adottate dal Tar del Lazio nel corso dell'anno 2010 ed aventi un particolare rilievo anche sul piano sociale merita di essere segnalata, in relazione all'annosa questione dell'emergenza rifiuti, l'ordinanza della Sez. I, n. 1992 del 30 dicembre 2010, che ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata, per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1 del primo Protocollo della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), la questione di legittimità costituzionale degli artt. 6 e 7, primo, secondo e terzo comma, d.l. 30 dicembre 2009, n. 195, convertito con modificazioni in l. 26 febbraio 2010, n. 26, nella parte in cui prevedono il trasferimento coattivo della proprietà del termovalorizzatore di Acerra. La questione è stata sollevata dal privato proprietario dell'impianto, il quale ha denunciato la mancata previsione da parte delle suddette norme di un indennizzo

commisurato all'effettivo valore venale del bene al momento del trasferimento, le quali, pur in presenza di uno spossessamento immediato del bene, lasciano margini di incertezza sia sull'*an* sia sul *quando* del trasferimento di proprietà, sì da porsi in contrasto con gli obblighi internazionali sanciti dall'art. 1 del protocollo addizionale CEDU. Per quanto attiene all'importo onnicomprensivo da riconoscere al proprietario dell'impianto, già concessionario del servizio di smaltimento dei rifiuti, l'art. 6, d.l. n. 195 del 2009 indica che il valore dell'impianto alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto (28 febbraio 2010) è determinato in 355 milioni di euro sulla base dei criteri stabiliti dallo studio ENEA 2007 "Aspetti economici del recupero energetico da rifiuti urbani". La Sezione ha osservato che, sebbene la norma faccia riferimento al valore dell'impianto alla data di entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 195 del 2009, le conclusioni dello studio condotto dall'ENEA per la "valorizzazione del costo di investimento del termovalorizzatore di Acerra" indicano un valore di 355 milioni di euro, "inteso come costo di investimento tipico di un moderno impianto di termovalorizzazione riferito al periodo 2005-2006", sicché appare verosimile ritenere che detto valore non sia riferito all'inizio del 2010. Non solo, ma, ai sensi dell'art. 7, terzo comma, l'importo di 355 milioni di euro deve essere ridotto, tra l'altro, del canone di affitto corrisposto nei dodici mesi antecedenti all'atto di trasferimento. Inoltre, il momento in cui sorge il diritto di credito del proprietario "espropriando" non è certamente compreso nel mese di febbraio 2010, ma è futuro ed incerto. Infatti, ai sensi dell'art. 7, primo e secondo comma, l'atto di trasferimento della proprietà è adottato entro il 31 dicembre 2011 e, in caso di trasferimento ad un soggetto pubblico, solo previa individuazione, con apposito provvedimento normativo, delle risorse finanziarie necessarie all'acquisizione dell'impianto, per cui non solo non risulta individuato né il soggetto che dovrà acquisire la proprietà del bene, che potrà essere un soggetto pubblico (Regione Campania, Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della protezione civile o altro ente pubblico) o un soggetto privato, né il momento in cui il trasferimento della proprietà dovrà avvenire (essendo fissato il solo *dies ad quem* al 31 dicembre 2011), ma, in special modo, non vi è alcuna certezza che il trasferimento della proprietà avrà effettivamente luogo atteso che, in assenza di un provvedimento normativo che individui le risorse finanziarie necessarie all'acquisizione dell'impianto o di un acquirente privato, il passaggio della proprietà del

termovalorizzatore, quantomeno entro la data fissata del 31 dicembre 2011, non potrà evidentemente avvenire. Così delineato il quadro normativo, se non sussiste alcun dubbio, potendo anzi costituirne un esempio paradigmatico, che nel caso di specie la deprivatione del diritto di proprietà si presenta funzionale alla realizzazione di un'essenziale fine di utilità sociale, sicché la stessa è senz'altro ammissibile e, sotto tale profilo, le norme di legge devono ritenersi certamente legittime, occorre però rilevare che tali obiettivi di utilità sociale non si inseriscono in una prospettiva di riforma economica o di giustizia sociale rappresentando piuttosto una "espropriazione isolata" per cui, secondo la giurisprudenza della Corte Europea, non sarebbe compatibile con la tutela della proprietà sancita dall'art. 1 del primo protocollo la previsione di un'indennità inferiore al valore venale del bene. Nell'ipotesi di "espropriazione isolata", infatti, pur se disposta a fini di evidente utilità sociale, solo una riparazione integrale può essere considerata in rapporto ragionevole con il valore del bene. La compensazione accordata al ricorrente dalle norme di legge in discorso, pertanto, potrebbe rivelarsi non adeguata, mentre l'onere imposto, anche e soprattutto in considerazione dell'incertezza sull'*an* e sul *quando* del passaggio di proprietà, potrebbe rivelarsi sproporzionato ed eccessivo incidendo sul "giusto equilibrio" che deve sussistere tra le esigenze riconducibili all'interesse generale e la salvaguardia del diritto al rispetto dei beni.

Sempre in ordine all'emergenza rifiuti la Sez. I ha chiarito (sentenza 27 ottobre 2010, n. 33037) che, ai sensi dell'art. 2, d.l. 30 novembre 2005, n. 245, convertito dalla l. 27 gennaio 2006, n. 21, il Commissario Delegato per l'emergenza rifiuti nella Regione Campania è tenuto alla compensazione legale tra i crediti da contributi di perequazione a titolo di ristoro ambientale di cui siano titolari i Comuni beneficiari, vantati nei confronti delle ex affidatarie del servizio di smaltimento, e i debiti dai detti Enti locali maturati a titolo di tariffa per lo smaltimento medesimo nei confronti del Commissario stesso, con riguardo sia alle obbligazioni sorte durante la fase di affidamento dello smaltimento di rifiuti alle concessionarie (conclusasi in data 15 dicembre 2005), sia a quelle sorte nella fase di gestione commissariale successiva alla risoluzione *ex lege* dei relativi contratti con le concessionarie del servizio. Ad avviso della Sezione a tale conclusione conduce, innanzi tutto, il testo letterale dell'art. 2, ottavo comma, O.P.C.M. 17 novembre 2006, n.

3552, soprattutto se posto a confronto con la previsione di cui all'art. 13, O.P.C.M. n. 3508 del 2006. Quest'ultima fa difatti espresso riferimento alla possibilità per il Commissario Delegato di procedere alla compensazione dei crediti vantati dai Comuni titolari di quote di ristoro ambientale in relazione all'attività di smaltimento dei rifiuti effettuata fino alla data del 15 dicembre 2005, "con i debiti maturati a carico dei medesimi enti locali per il pagamento della tariffa di smaltimento dei rifiuti dovuta fino alla data del 15 dicembre 2005 alle società FIBE S.p.a. e FIBE Campania S.p.a.", in tal modo espressamente circoscrivendo l'istituto della compensazione ai soli debiti maturati entro la predetta data e così agganciandolo ad un preciso discrimine temporale in relazione ad un assetto di posizioni debitorie e creditorie intercorrenti, precedentemente alla risoluzione *ex lege* dei contratti con le *ex* affidatarie, tra queste ultime – tenute alla riscossione ed all'erogazione delle quote di ristoro ambientale – e gli enti locali onerati del pagamento della tariffa di smaltimento dei rifiuti unitamente alla quota di ristoro ambientale. Tale discrimine temporale, in ordine alla data di maturazione dei debiti e dei crediti suscettibili di compensazione, deve ritenersi venuto meno a seguito dell'aggiunta, al citato art. 13, del secondo comma, introdotto dall'art. 2, comma 8, O.P.C.M. 17 novembre 2006, n. 3552, che autorizza il Commissario Delegato a compensare i crediti vantati dai comuni titolari delle quote di ristoro ambientale "con i debiti maturati a carico dei predetti enti locali nei confronti del commissario delegato per lo smaltimento dei rifiuti dalla data del 16 dicembre 2005". Risulta quindi - con dato letterale cui non può non annettersi decisivo rilievo a fini interpretativi ed esegetici del quadro normativo di riferimento - espunto dalla prevista disciplina della compensazione il riferimento al discrimine temporale relativo al periodo di gestione di competenza delle *ex* affidatarie, nella vigenza del quale dovevano, ai sensi dell'O.P.C.M. n. 3506 del 2006, maturare i debiti degli enti locali nei confronti delle stesse. Il secondo comma dell'art. 13 dell'O.P.C.M. n. 3508 non fa, difatti, alcun riferimento alla data di maturazione del debito affinché lo stesso sia suscettibile di compensazione con crediti per ristoro ambientale. Con riferimento a questi ultimi, il testo letterale delle citate disposizioni conduce, quindi, a ritenere suscettibili di compensazione con debiti maturati successivamente al 16 dicembre 2006 – nei confronti, quindi, direttamente del Commissario Delegato – i crediti per ristoro ambientale maturati nel periodo di competenza delle *ex* affidatarie, e ciò in virtù dell'espresso riferimento, contenuto nel citato

secondo comma dell'art. 13, ai crediti maturati ai sensi delle ordinanze di protezione civile indicate al primo comma, adottate nell'arco temporale intercorrente tra il 1999 ed il 2003. Pertanto, l'art. 13, O.P.C.M. n. 3508, come integrato dall'O.P.C.M. n. 3552 del 2006, non reca alcuna distinzione, ai fini della compensazione legale, tra crediti per ristoro ambientale maturati anteriormente alla data del 15 dicembre 2005 e quelli maturati successivamente a tale data, con debiti maturati successivamente a detta data. Aggiungasi che, per effetto dell'O.P.C.M. n. 3479 del 2005, sono confluite nella contabilità speciale del Commissario Delegato tutte le somme precedentemente accantonate dalle ex affidatarie a titolo di quota di ristoro ambientale e, sempre sulla contabilità del Commissario Delegato, confluiscono tutte le somme dovute dagli enti locali in relazione al servizio di smaltimento dei rifiuti, concentrandosi in capo allo stesso l'intera gestione delle risorse finanziarie connesse con lo smaltimento dei rifiuti nel periodo di emergenza. Il Commissario Delegato è quindi, alla luce dell'assetto impresso alla gestione dell'emergenza rifiuti dal d.l. n. 245 del 2005 e dalle ordinanze successivamente adottate per fronteggiare l'emergenza, l'unico interlocutore sia delle ex affidatarie – per ottenere il pagamento di quanto spettante per il servizio di smaltimento a titolo di tariffa, sia per il periodo anteriore al 15 dicembre 2005 che per quello successivo a tale data - che dei soggetti conferitori di rifiuti – per la riscossione della tariffa e della quota di ristoro ambientale - e di quelli titolari di contribuzioni per ristoro ambientale.

In materia di sostituzione del Presidente della Regione Lazio, temporalmente impedito per l'esercizio delle proprie funzioni, è da segnalare la sentenza della Sez. II *bis* n. 32212 del 10 settembre 2010, con la quale è stato chiarito che nella Regione Lazio, ai sensi degli artt. 19, quarto comma, e 44, secondo comma, dello Statuto regionale, le circostanze che legittimano la sostituzione del Presidente della Regione sono duplici e, sebbene diverse nei loro presupposti ("assenza o impedimento temporaneo", laddove la prima circostanza sembra assumere connotazioni volontaristiche, a differenza della seconda, che è determinata da cause estranee alla volontà dell'organo), sono accomunate nelle modalità di esplicazione, perché non è previsto che la loro manifestazione debba avvenire in forme tipizzate, né essere necessariamente accompagnate da particolari oneri probatori. Esse, dunque, si concretano in circostanze che è sufficiente siano

manifestate per poter dar luogo all'ipotesi legale di sostituzione vicaria (in particolare, l'impedimento può essere ricondotto a qualsiasi elemento, non solo di ordine sanitario, e può anche essere dedotto da fatti o circostanze notorie).

Sulle adozioni internazionali ha pronunciato la Sez. I (sentenza n. 30464 del 9 agosto 2010) secondo cui, ai sensi degli artt. 6, primo comma, lett. c), e 12, secondo comma, d.P.R. 8 giugno 2007, n. 108, recante il regolamento sul riordino della Commissione per le adozioni internazionali, è legittimo il rigetto dell'istanza presentata da un'organizzazione non lucrativa di utilità sociale al fine di ottenere l'autorizzazione a svolgere procedure di adozione in Cambogia, motivato dall'adesione dell'Italia all'unanime presa di posizione della diplomazia internazionale finalizzata a sollecitare da parte di detto Stato estero l'adeguamento agli impegni assunti con la ratifica della Convenzione de L'Aja e ai principi ivi espressi. La tesi della Sezione è che il vaglio rimesso a detta Commissione ai suddetti fini deve ritenersi non limitato al mero riscontro in capo all'ente richiedente di requisiti e caratteristiche di tipo soggettivo, ma al contrario esteso ad un'ampia valutazione dei profili di opportunità, tenuto conto del contesto internazionale e della situazione del Paese straniero cui la richiesta si riferisce. Decisivo, in tale direzione, è il richiamo, nel cit. art. 6, primo comma, lett. c), d.P.R. 8 giugno 2007, n. 108, alla possibilità per la Commissione di "limitare le attività degli enti in relazione a particolari situazioni di carattere internazionale", la quale non può intendersi riferita, come erroneamente sostenuto da parte ricorrente, alla sola possibilità di incisione, in senso restrittivo, sul concreto esercizio delle attività, non rispondendo a logica il rilascio di nuove autorizzazioni in relazione ad attività che dovrebbero poi subire restrizioni in ragione di situazioni di carattere internazionale. Tali ragioni di carattere internazionale, difatti, sulla base di una corretta interpretazione del disposto normativo, se consentono di limitare l'attività degli enti già autorizzati, non possono non incidere anche sul rilascio di nuove autorizzazioni. Ulteriore indice da cui desumere l'ambito di estensione del potere di valutazione attribuito alla Commissione per le Adozioni Internazionali, sempre con riferimento al rilascio di autorizzazioni allo svolgimento di procedure di adozione internazionale, è nel richiamato art. 12, d.P.R. n. 109 del 2007, che al secondo comma prevede la possibilità di circoscrivere l'operatività delle autorizzazioni a

determinati Paesi o aree geografiche anche in considerazione del numero di enti già accreditati e degli accordi bilaterali esistenti, mentre all'art. 6, primo comma, lett. d), è affidato alla Commissione il compito di ridurre complessivamente il numero degli enti autorizzati. Il quadro normativo di riferimento, in base al quale definire i poteri attribuiti alla Commissione quale Autorità Centrale italiana per l'attuazione della Convenzione de L'Aja del 1993, si completa con la Deliberazione dalla stessa adottata in data 28 ottobre 2008, n. 13/2008/SG pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 289 dell'11 dicembre 2008 – recante i criteri per l'autorizzazione all'attività in materia di adozioni – la quale prevede, all'art. 14, che la Commissione rilascia le autorizzazioni tenendo conto del numero di enti già autorizzati ad operare nel Paese richiesto, stabilendo altresì che costituiscono valide ragioni di diniego dell'autorizzazione "l'assenza di sufficienti garanzie circa il rispetto nel Paese straniero dei principi della Convenzione", "la comunicazione da parte dell'autorità centrale del Paese straniero, o di altra autorità politico-amministrativa competente in materia, circa la volontà di non procedere all'accreditamento di ulteriori enti". Tale essendo il quadro normativo di riferimento, cui parametrare la disamina delle proposte censure, rileva il Collegio la conformità del gravato provvedimento di diniego di autorizzazione alle disposizioni che delimitano ed indirizzano il potere valutativo rimesso alla Commissione, che di esse ha fatto coerente e corretta applicazione. Difatti, nel valutare i requisiti e le condizioni per il rilascio dell'autorizzazione ad operare in Cambogia, richiesta dell'organizzazione ricorrente, essa ha doverosamente tenuto conto della situazione del Paese straniero nell'ambito di una complessiva valutazione, estesa anche alla opportunità del rilascio dell'autorizzazione in relazione al contesto delle relazioni internazionali con tale Paese e con la comunità internazionale. Avuto riguardo al primo profilo, inerente la situazione della Cambogia, il gravato provvedimento di diniego di autorizzazione fa espresso riferimento all'adesione dell'Italia alla unanime presa di posizione della diplomazia internazionale volta a sollecitare da parte della Cambogia l'adeguamento del proprio sistema normativo ed operativo agli impegni assunti con la ratifica della Convenzione de L'Aja ed ai principi ivi espressi, significando come da tale adesione consegua la necessità di sospendere il rilascio di nuove autorizzazioni.

Da segnalare n. 36527 del 14 dicembre 2010 con la quale la Sez. II ha definito il ricorso

proposto da alcuni titolari di autorizzazione al noleggio di autoveicoli con conducente–NCC, ottenuta da Comuni diversi da quello di Roma, avverso la determinazione dirigenziale che regola l'accesso alle ZTL di detto Comune. Premette che tale delibera viola i principi comunitari in tema di concorrenza perché il Comune fissa regole molto stringenti, nei confronti di detti esercenti NCC, ai soli fini del loro ingresso nelle ZTL, ma non prende posizione in ordine al loro transito nelle altre aree del territorio comunale. Di conseguenza risulta inconferente il richiamo al principio secondo cui - essendo incontestabile che anche il settore dei trasporti non di linea rientra fra i mezzi che il Trattato UE definisce decisivi per garantire l'effettiva realizzazione della libertà di circolazione di persone e merci - gli ordinamenti interni degli Stati membri devono evitare o mantenere in vigore regole palesemente lesive del principio di libera concorrenza nel mercato relativo. Ed invero, detto mercato non è contingentato all'ingresso, ma è regolato nel metodo di svolgimento, per garantire, in una con la concorrenza in sé anche la tutela dei consumatori e dei valori ambientali in cui il servizio si svolge, fermo sempre il principio costituzionale per cui l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o arrecando danno alla sicurezza ed alla dignità umana. Ciò chiarito, la Sezione osserva che, se è consentito al Comune svolgere un rigoroso controllo sull'effettuazione del servizio da parte dei titolari d'autorizzazione di NCC per prevenirne gli abusi segnatamente quando non possiedono una rimessa anche nel territorio romano, non di meno sembra illogica l'applicazione del divieto alle sole ZTL. Allo stato l'esigenza sottesa all'atto impugnato, in sé giusta, appare se non in evidente distonia con la *ratio* dell'istituzione delle ZTL stesse — essenzialmente preordinate a ridurre l'afflusso indiscriminato di traffico veicolare in aree altamente sensibili del territorio comunale ed a salvaguardarne i valori ambientali dall'inquinamento —, per lo meno non raccordata in modo comprensibile con le regole di tutela inerenti a dette ZTL. Parimenti palese la criticità della delibera nella parte in cui richiede indicazioni che riguardano dati personali del soggetto trasportato (contratto di servizio), ma senza la prestazione del consenso di questi, in tal modo impingendo sulla sfera personale di persona diversa dal titolare NCC e dalla P.A. che ne deve verificare gli eventuali abusi, onde siffatta previsione s'appalesa erronea e sproporzionata, con riguardo alle esigenze sottese all'atto impugnato per com'è formulata, non essendo *ictu oculi* collegata a sufficienti garanzie per la seria

conservazione e, poi, per la cancellazione automatica dei dati *de quibus* entro un termine congruo, ma non lungo.

Sempre in materia di zone a traffico limitato, ma questa volta nel Comune di Messina, la Sez. I, con sentenza n. 33043 del 3 novembre 2010 ha dichiarato illegittimo il provvedimento con il quale il Sindaco, al fine di fronteggiare la grave situazione di emergenza ambientale determinatasi nel settore del traffico e della mobilità - in qualità di commissario straordinario delegato ai sensi dell'O.P.C.M. 5 dicembre 2007, n. 3633 - ha imposto il pagamento di un ticket (c.d. *eco-pass*) per i veicoli in transito attraverso zone limitrofe agli approdi messinesi da e per la Sicilia, con istituzione di nuove zone a traffico limitato, tenendo conto che la finalità di tale misura non può risiedere nell'accrescimento delle entrate finanziarie per l'Amministrazione, quanto piuttosto nella tutela di valori della persona *uti singulus ed uti civis* (miglioramento delle condizioni di vivibilità urbana, incidenti sull'espressione e sullo svolgimento della personalità individuale; preservazione di accettabili livelli di salubrità ambientale, posti a presidio della salute individuale e collettiva della cittadinanza; preservazione del patrimonio storico, artistico e culturale; tutela dell'ordine, dell'incolumità e della sicurezza pubblici).

Ancora con riferimento all'emergenza traffico, ma questa volta nella città di Napoli, la Sez. I, con sentenza n. 33034 del 27 ottobre 2010 ha chiarito che ai sensi dell'art. 5, quinto comma, l. 24 febbraio 1992, n. 225, il commissario delegato per l'emergenza nel settore del traffico e della mobilità nel territorio della città di Napoli, ai fini dell'esercizio del potere di deroga — che costituisce misura estrema — deve evidenziare il nesso di strumentalità necessaria tra detto potere e l'attuazione degli interventi necessari, pur nell'ambito di una situazione intrinsecamente emergenziale, con la conseguenza che, affinché tale eccezionale potere sia esercitato nell'ambito dei propri limiti (e possa dirsi scongiurato qualsiasi pericolo di alterazione del sistema delle fonti), l'Autorità amministrativa è tenuta a farsi carico *ex ante* di individuare le principali norme che, applicabili in via ordinaria, pregiudicherebbero l'attuazione degli interventi straordinari. Ha aggiunto che legittimamente il Commissario delegato per l'emergenza nel settore del traffico e della mobilità nel territorio della città di Napoli deroga all'art. 9, l. 24 marzo 1989, n. 122, quale tassello di un complesso intervento di programmazione, pianificando la realizzazione di nuovi parcheggi

pertinenziali e ne ridefinisce il vincolo di pertinenzialità, all'esclusivo fine di fronteggiare la detta situazione di emergenza.

In materia di aumento delle tariffe dei taxi nella Capitale la Sez. II, con sentenza n.253 del 14 gennaio 2010 ha chiarito che l'art. 6, d.l. 4 luglio 2006, n. 223 nulla ha prescritto in tema di competenza degli organi degli Enti cui è rimessa l'attuazione del "potenziamento" del servizio di taxi e che quindi nulla è mutato nell'ordinamento vigente con riguardo agli organi del Comune competenti ad adottare le prescrizioni e la regolamentazione in tema di "modalità per lo svolgimento del servizio" di taxi, con la conseguenza che l'adozione degli strumenti contenenti le regole del predetto servizio resta affidata al Consiglio comunale.

2. Autorità amministrative indipendenti

2.1. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Molte sono le sentenze emesse dalla Sez. I su ricorsi proposti avverso atti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

In materia di concorrenza è da segnalare la sentenza n. 33474 del 16 novembre 2010, con la quale la Sezione ha chiarito che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato esercita un potere discrezionale nella valutazione degli impegni proposti, ma, se ritiene che detti impegni siano idonei a fare venire meno i profili concorrenziali in relazione ai quali ha avviato la procedura di accertamento, arresta il procedimento e rende obbligatori gli stessi senza avere la possibilità di aggiungere integrazioni non previste dall'impresa e, quindi, con la stessa non previamente concordate. In sostanza, l'Autorità ha il potere di valutare il grado di satisfattività o non degli impegni proposti ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, cui è istituzionalmente preposta con la conseguenza che, nel caso di giudizio positivo, arresta il procedimento e rende obbligatori gli stessi senza peraltro imporre altri mentre, in caso contrario, prosegue il procedimento volto all'accertamento dell'infrazione. Ha aggiunto che, allorché l'Autorità ritenga di dovere irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria in considerazione della natura e dell'entità dell'intesa, correttamente può respingere gli impegni, senza essere tenuta ad una motivazione particolarmente diffusa. Se l'accettazione degli impegni è sconsigliata nei casi di intese che

appaiano, al momento in cui va assunta la decisione, di rilevante gravità (cc.dd. violazioni *hard core*), viene a delinearsi un (primo) punto di arresto, ai fini della valutazione in materia rimessa all'Autorità; segue da ciò che, laddove il quadro degli elementi fattuali e giuridici di valutazione sia già tale da rendere doverosa l'irrogazione della sanzione pecuniaria (e, comunque, laddove sia emersa, con carattere di incontrovertibile consistenza, la presenza di una fattispecie restrittiva della concorrenza avente un obiettivo e dimostrabile, carattere di rilevante gravità), non soltanto gli impegni non possono formare oggetto di accoglimento; ma la motivazione relativa al rigetto può anche essere resa in forma congruamente sintetica, atteso che l'inaccogliabilità degli impegni implica *ex se* la presenza (di elementi di valutazione tali da dimostrare la consistenza) di una fattispecie "importante" di violazione dei meccanismi pro-competitivi.

Di particolare interesse è anche la sentenza 10 maggio 2010, n. 10571, con la quale è stato chiarito che l'art. 27, quarto comma, del Regolamento CE 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, deve essere interpretato nel senso che Commissione, qualora intenda adottare una decisione ai sensi degli artt. 9 o 10, è tenuta a rendere pubblica un'esposizione sommaria dei fatti e il contenuto essenziale degli impegni o dell'azione proposta, affinché i terzi interessati possano presentare le loro osservazioni entro un termine stabilito dalla Commissione all'atto della pubblicazione, che non può essere inferiore ad un mese. In applicazione di dette regole l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con provvedimento n. 16015 del 12 ottobre 2006 - rilevato che, ai sensi dell'art. 14 *ter*, l. 10 ottobre 1990, n. 287, "entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli artt. 2 o 3 della presente legge o degli artt. 81 o 82 del Trattato Ce, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria" e che essa, "valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione" - ha fornito agli interessati alcune prime indicazioni sulle procedure da adottarsi nell'applicazione dell'art. 14 *ter* della legge. Nell'ambito di tale comunicazione, è indicato che qualora l'Autorità non deliberi il rigetto per manifesta infondatezza degli impegni proposti dispone, con delibera, la pubblicazione sul sito internet dei medesimi

impegni; con tale delibera determina altresì il termine entro il quale dovrà essere presa la decisione salvo esigenze di proroga, mentre i terzi interessati possono presentare le proprie osservazioni scritte in merito agli impegni proposti entro un termine di trenta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione degli stessi su Internet. Ha osservato la Sezione che l'Agcm, in conformità con la richiamata norma comunitaria, si è autovincolata al rispetto della descritta procedura di applicazione dell'art. 14 *ter*, l. n. 287 del 1990, con la conseguenza che un'eventuale inosservanza di tali disposizioni determina inevitabilmente un vizio procedimentale idoneo a riverberarsi in un vizio di legittimità del provvedimento finale.

Con sentenza n. 25434 del 14 luglio 2010 il Tar ha preliminarmente affermato che legittimamente l'Autorità garante della concorrenza e del mercato individua un mercato rilevante nella messa a disposizione di bacini portuali di carenaggio e degli spazi adiacenti strettamente necessari per le operazioni di riparazione delle navi, non esistendo infrastrutture o metodologie operative che, quanto agli interventi di riparazione navale, presentino rispetto ad essi profili di completa fungibilità. Ha poi chiarito che ai sensi degli artt. 82 Trattato Ce e 3, l. 10 ottobre 1990, n. 287, è legittima l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato per abuso di posizione dominante in caso di carenza informativa sulla disponibilità di un bacino portuale di carenaggio, relativamente alle prenotazioni anticipate del sito per la riparazione di imbarcazioni, che impedisca o limiti ingiustificatamente l'accesso allo stesso da parte delle imprese presenti nel porto, atteso che senza la certezza dell'utilizzo del detto bacino i riparatori non sono in grado di formulare un'offerta economica completa agli armatori interessati, con conseguente penalizzazione nell'ambito del confronto competitivo di settore.

Da segnalare anche la sentenza 13 dicembre 2010, n. 36126 sull'applicazione dell'istituto della *lienece* (misure premiali nei confronti di soggetti che collaborino con l'Autorità). In fatto era accaduto che l'Antitrust aveva verificato l'esistenza di intese tra i maggiori operatori del settore, in base alle quali i vertici delle società si incontravano periodicamente per concordare le variazioni dei listini del Gpl nelle diverse aree del territorio nazionale, sia per le bombole ad uso domestico sia per i piccoli serbatoi; le variazioni erano in parte svincolate dall'andamento effettivo del costo

della materia prima. Il Tar ha evidenziato l'esistenza di una pluralità di indizi seri e concordanti che, in assenza di documenti di intesa formalizzati, dimostrano la volontà delle società del settore di coordinare le proprie politiche tariffarie, in contrasto con i principi della libera concorrenza. Ha dunque giudicato congrue le sanzioni comminate, ma al tempo stesso ha ritenuto corretta la decisione dell'Agcm di non applicare sanzioni all'Eni per la collaborazione dallo stesso ad essa fornita nel corso del procedimento.

Di sicuro interesse è la sentenza 29 marzo 2010, n. 4931, che ha ritenuto legittimo il provvedimento con cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato sanziona le pratiche commerciali scorrette, ancorché, nel medesimo ambito, operi anche un'Autorità di settore (nella fattispecie Agcom). La tesi svolta è che la presenza di norme speciali non è tale da precludere l'applicazione del Codice del Consumo e, dunque, l'intervento sanzionatorio dell'Agcm, dato che, per quanto le Autorità coinvolte perseguano entrambe, in via diretta o servente rispetto alla cura dell'interesse pubblico primario di cui sono titolari, la tutela del consumatore, le stesse utilizzano strumenti del tutto diversi. Una sovrapposizione di competenze potrebbe realizzarsi unicamente nell'ipotesi in cui l'intervento dell'Agcm non si limiti a sanzionare, in concreto, una pratica sleale, ma adotti, surrettiziamente, misure di tipo regolatorio rientranti nelle prerogative dell'Autorità di settore.

Con sentenza n. 33668 del 19 novembre 2010 la Sez. I, premesso che per "pratica commerciale" non si intende un comportamento, sporadico ed isolato, adottato dal professionista nei confronti del consumatore, ma una prassi, un protocollo ovvero uno stile di condotta suscettibili di ripetersi nel tempo, in quanto espressione di una determinata organizzazione ovvero di una strategia di impresa, precisa che in tema di pratiche commerciali scorrette, l'affidamento in concessione di alcuni servizi non esclude la responsabilità della società concessionaria. Infatti, qualora un'impresa si avvalga delle collaborazioni di altri soggetti, essa, anche sul piano civilistico, è comunque tenuta a predisporre ed attuare meccanismi di verifica e di controllo del loro operato. In particolare, la mancata predisposizione di adeguati strumenti di controllo in ordine ai servizi esternalizzati, rappresenta una condotta non conforme ai principi generali di correttezza e di buona fede del professionista ex art. 18, primo comma, lett. h), del Codice del Consumo. Aggiunge che

nell'ipotesi in cui si delinea un contrasto tra la disciplina di un settore affidato alla vigilanza di un'Autorità di regolazione e il modello di "professionista diligente", così come individuato dall'Agcm, deve farsi applicazione della norma di chiusura di cui all'art. 19, terzo comma, del Codice del Consumo, secondo la quale la disciplina di settore prevale, appunto, solo in caso di contrasto. Pertanto, la circostanza che un professionista operi in un settore regolato, oggetto di disciplina da parte di altra Autorità indipendente (o comunque di altra pubblica amministrazione) a ciò specificamente preposta, non esclude la possibilità di un concorrente intervento dell'Autorità antitrust.

Sempre in tema di pratica commerciale scorretta la Sezione I ha chiarito (sentenze nn. 7109 del 14 aprile 2010 e 8263 del 23 aprile 2010) che la necessità di garantire che i potenziali destinatari del messaggio pubblicitario siano posti in grado di valutare consapevolmente la convenienza relativa dell'offerta impone che l'indicazione delle condizioni tariffarie debba essere chiaramente ed immediatamente intelligibile dal consumatore. Ha osservato che, se in linea di massima l'omissione di alcuno degli elementi da cui dipende il prezzo del servizio pubblicizzato può indurre in errore il consumatore (e rendere ingannevole il messaggio con riguardo a tale profilo), anche le sole modalità di presentazione del prezzo possono rivelare valenza decettiva, e quindi porsi in contrasto con l'ampia previsione della norma richiamata, quando il messaggio pubblicitario enfatizzi non il prezzo finale, ma un prezzo base a cui si aggiungono ulteriori costi ed oneri, e il prezzo finale ed effettivo risulti di non chiara e immediata percezione da parte del consumatore, per la macchinosità del calcolo o per la non agevole percezione delle relative informazioni. In tal caso non è tanto l'articolazione del prezzo o della tariffa a dimostrarsi suscettibile di rendere ingannevole il messaggio pubblicitario quanto, piuttosto la scelta di enfatizzare un prezzo base al quale non corrisponde il prezzo conclusivo, e che può condurre in errore il consumatore, ove ad esso non si accompagnino modalità di presentazione del messaggio complessivo che consentano una precisa e immediata percezione del prezzo finale. Sulla base di detta premessa la Sezione è pervenuta al riconoscimento della ragionevolezza e della conformità alla previsione normativa delle determinazioni con le quali l'Autorità ha ritenuto ingannevoli messaggi pubblicitari molto articolati, quando il prezzo finale ed effettivo del servizio non sia quello

enfaticizzato nel claim principale, ma a tale prezzo si debbano aggiungere, in base ad indicazioni non contestuali e prive della stessa enfasi, ulteriori voci. Le considerazioni così ribadite, se lasciano comprendere come – dal punto di vista dei valori della chiarezza e trasparenza informativa – la tecnica pubblicitaria preferibile sia quella basata sull'indicazione di un prezzo finale onnicomprensivo, non permettono, tuttavia, di spingersi al punto di qualificare come necessariamente ingannevoli – e quindi illecite – tutte le formule pubblicitarie che in qualsiasi misura e circostanza si discostino dal relativo modello. La *ratio*, prima ancora che la lettera, delle pertinenti disposizioni dettate dal Codice del Consumo, è agevolmente traducibile nell'esigenza che la pubblicità non sia suscettibile di trarre in inganno i suoi destinatari (e quindi di pregiudicarne il comportamento economico, oppure di ledere la concorrenza); ma non anche che in essa debba essere necessariamente riscontrabile il più elevato standard possibile di chiarezza e semplicità. Se, ai fini del rispetto del dettato legislativo, deve ritenersi sufficiente che il messaggio nel suo complesso consenta una percezione precisa e sufficientemente immediata dell'esborso finale richiesto al consumatore, ne consegue che - a fronte della conferma dell'antigiuridicità di una promozione pubblicitaria laddove, a fronte di una tariffa soltanto "apparente" venga a contrapporsi una tariffa "effettiva" del servizio offerto ben superiore, senza che al consumatore sia dato poter ricostruire, in termini di costo reale, l'esborso che sarà tenuto ad affrontare ove intenda aderire all'offerta e, ulteriormente, della antigiuridicità di messaggi che impongano al consumatore l'effettuazione di calcoli macchinosi o comunque disagiati - per converso, non può tuttavia escludersi la legittimità della reclamizzazione (dell'offerta di una fornitura o di un servizio) in cui l'esborso finale richiesto scaturisca, con sufficiente immediatezza e con ragionevole percepibilità, dalla composizione addizionale di componenti di prezzo fornite in modo contestuale e con pari grado di enfasi espressiva o, almeno, che abbia un rilievo grafico tale da rendere concretamente percepibile la presenza di siffatti elementi ulteriori rispetto a quello immediatamente visualizzabile per effetto dell'evidenza assunta dal *claim* principale. La Sezione ha aggiunto che se la diligenza (*rectius*, la normale avvedutezza) impiegata dal consumatore (quale fondamentale canone orientativo nell'assunzione di una scelta avente risvolti economicamente sensibili) non assurge, *ex se* riguardata, ad elemento suppletivo e/o integrativo, che consenta di ovviare ad altrimenti

inescusabili opacità o lacune informative proprie della comunicazione dell'operatore commerciale, diversamente, laddove l'informazione stessa si riveli, ex se riguardata, completa, allora è proprio il livello di percepibilità dell'intero contenuto della stessa a dover essere interpretato attraverso la "cartina di tornasole" della consapevole valutazione, da parte dell'utente, del complesso di indicazioni ritraibili (sia pure con diversificata evidenziazione grafica, ovvero con disomogenea enfaticizzazione visuale) dal messaggio pubblicitario offerto alla sua attenzione. Segue da ciò che la verifica in ordine all'eventuale scorrettezza di una pratica imprenditoriale deve essere riguardata anche alla luce della "normale" percepibilità del messaggio promozionale per i suoi potenziali destinatari.

Da segnalare la sentenza della Sez. I, 3 giugno 2010, n. 14856, secondo cui la giurisdizione del giudice amministrativo sul profilo sanzionatorio inerente all'accertamento di pratiche commerciali scorrette, diversamente dalla materia antitrust, non si estende al merito, con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale è limitato all'annullamento, in tutto o in parte, dell'atto, senza estendersi alla modifica del medesimo relativamente all'entità della sanzione dovuta. Ed invero, mentre l'art. 23, l. 24 novembre 1981, n. 689 (il cui undicesimo comma attribuisce al giudice il potere di modificare l'atto impugnato anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta) è applicabile ai procedimenti antitrust in virtù del richiamo contenuto nell'art. 31, l. 10 ottobre 1990, n. 287, l'art. 27, tredicesimo comma, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, nel devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo i ricorsi avverso le decisioni adottate dall'Autorità, stabilisce che per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alle violazioni del decreto si osservano, in quanto applicabili, alcune norme della l. n. 689 del 1981, ma tra queste non indica il cit. art. 23.

Sulla pubblicità ingannevole merita di essere segnalata anche la sentenza 24 febbraio 2010, n. 2974 per la quale, in materia di pubblicità ingannevole, il rigetto da parte dell'Autorità degli impegni presentati dall'operatore e la conseguente necessità di accertare a fini sanzionatori, concludendo il procedimento ordinario, l'avvenuta infrazione può trovare giustificazione nella peculiarità e complessità del caso concreto, ovvero nella necessità di stabilire principi con riguardo ad una fattispecie inedita, o ad un mutato assetto di mercato, ovvero ancora, nell'interesse

dell'Amministrazione ad irrogare un'ammenda. Infatti la valutazione effettuata è ampiamente discrezionale in quanto impinge nell'autonomia di cui l'Autorità dispone relativamente alla determinazione delle proprie priorità di intervento. Ha aggiunto che il termine per la presentazione degli impegni non ha carattere perentorio, ma sollecitatorio. Infatti, la tempestività della presentazione degli impegni va rapportata, di volta in volta, alle fattispecie concrete e alla valutazione, operata dalla stessa Autorità, circa l'idoneità delle misure proposte ad eliminare i "profili di illegittimità", ovvero ad assicurare la cessazione della pubblicità e l'elisione degli effetti già prodottisi. La valutazione degli impegni viene ad inserirsi quale fase incidentale, nel procedimento principale di accertamento dell'infrazione, essendo potenzialmente in grado di determinarne l'archiviazione. Pertanto, anche in tale fase è necessario rispettare il principio del contraddittorio consentendo agli interessati di partecipare al procedimento incidentale. Ha infine concluso dichiarando legittima l'adozione di impegni da parte degli operatori per porre fine alle infrazioni in materia di pubblicità ingannevole. Infatti, il Regolamento del parlamento europeo e del Consiglio sulla cooperazione per la tutela dei consumatori n. 2006/2004, direttamente applicabile nell'ordinamento interno, attribuisce alle Autorità nazionali competenti in materia il potere di ottenere dall'operatore l'impegno di porre fine alla violazione. Pertanto, l'Autorità può esercitare tale potere a prescindere dall'esistenza di una norma interna.

2.2. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom)

Tra le sentenze della Sez. III *ter*, che hanno pronunciato su delibere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, è da segnalare la n. 11188 del 13 maggio 2010, che ha dichiarato la legittimità dell'art. 6, terzo comma, della delibera dell'Agcom n. 25/10/csp, recante "Disposizioni di attuazione della disciplina in materia di comunicazione politica e di parità di accesso ai mezzi di informazione relative alle campagne per le elezioni regionali, provinciali e comunali fissate per i giorni 28 e 29 marzo 2010..." nella parte in cui chiede ai direttori responsabili dei programmi, ai conduttori e ai registi di assicurare parità di trattamento ai candidati che intervengono, negli spazi televisivi ad essi riservati, per esporre ai futuri elettori i loro programmi di governo della cosa pubblica. Ha chiarito che la tesi, di parte attorea, secondo cui tale invito o prescrizione si porrebbe

in palese contrasto con la libertà di pensiero del giornalista e della testata “di tendenza” dalla quale egli professionalmente dipende e lo utilizza per i suoi scopi, trascura il dato fondamentale che detta prescrizione è imposta con riferimento ad una fattispecie specifica, e cioè alla conduzione del programma riservato ai candidati per poter liberamente esporre il loro programma ai futuri elettori e dare ad essi la possibilità di una scelta meditata e responsabile quando saranno chiamati ad esprimere il loro voto. In detta occasione il conduttore o, per il suo tramite, il direttore che gli impartisce istruzioni, non è affatto chiamato al ruolo di contraddittore necessario del candidato, al fine di valorizzare o sminuire il programma secondo il suo credo politico o, meglio, quello della testata “di tendenza” che lo retribuisce, ma ad una funzione assolutamente neutra, che si esaurisce nella possibilità di collaborare con il candidato ponendogli domande finalizzate, nell’interesse degli utenti del servizio televisivo, a rendere sempre più chiara l’analisi che egli compie della situazione attuale e dei suoi programmi di riforma. In definitiva, ciò che la delibera ha inteso evitare è che il conduttore, che professa un certo credo politico o che è tenuto a pubblicizzarlo perché proprio della testata “di tendenza” dalla quale contrattualmente dipende, possa approfittare dell’incarico che gli è stato affidato per mettere a disagio il candidato con domande ambigue o provocatorie. Segue da ciò che la prescrizione della delibera impugnata non toglie al conduttore e a chi lo guida o lo retribuisce altro spazio, per manifestare un certo credo politico, oltre quello legittimamente riservato al candidato e agli utenti del servizio, che non hanno alcun interesse a conoscere il suo pensiero (essendo egli in quella occasione un *quisque de populo*, che non può vantare diritti superiori a quelli che vanno riconosciuti ad ogni cittadino).

La sentenza n. 32428 del 23 settembre 2010 ha dichiarato legittima, ai sensi dell’art. 37, quarto comma, t.u. 31 luglio 2005, n. 177, la delibera dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni che disciplina le interruzioni pubblicitarie di opere audiovisive e lungometraggi, nella parte in cui prevede che, qualora siano trasmessi in parti programmate in modo indipendente, gli inserti pubblicitari nell’intervallo tra le parti autonome non sono considerati ai fini del calcolo del numero di interruzioni consentite, le quali vanno rapportate a ciascuna parte programmata in modo indipendente, escludendosi da tale computo la durata dell’intervallo e di quanto in esso contenuto con conseguente calcolo separato per ciascuna parte programmata del numero di interruzioni

consentite. La stessa delibera è stata dichiarata legittima nella parte in cui introduce vincoli alle interruzioni di opere audiovisive e a lungometraggi per lanciare messaggi pubblicitari nella forma della sovraimpressione animata, atteso che la disciplina sugli spot televisivi riguarda il messaggio pubblicitario in tutte le sue forme possibili e, quindi, anche quando non si sostituisce ma si sovrappone al programma televisivo; si è ritenuto che in questo caso del tutto coerentemente l'Autorità procede ad applicare in via analogica la disciplina del c.d. schermo diviso o ripartito, in virtù dell'equivalenza di tale forma di pubblicità a quella da regolare.

Da segnalare anche la sentenza n. 32405 del 23 settembre 2010, che ha chiarito che in tema di programmazione televisiva di opere europee gli artt. 2, primo comma, l. 30 aprile 1998, n. 122 e 2 della deliberazione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 9 del 1999 vanno interpretati nel senso che la percentuale minima di tempo da dedicare alla trasmissione deve essere rispettata, senz'altro, nella fascia oraria di maggior ascolto, individuata ai predetti fini nell'orario che va dalle ore 18,30 alle ore 22,30, e ciò, indipendentemente dalla circostanza se a trasmettere siano diversi canali appartenenti o riconducibili ad un unico soggetto, con la precisazione che, una volta che tale limite minimo sia stato rispettato, l'Autorità è tenuta a verificare se, nell'ambito della complessiva programmazione mensile, possa trovare applicazione la quota di riserva più bassa per ciascun canale appartenente ad un unico soggetto, fatta salva, però, la quota minima riferibile alla fascia di maggior ascolto.

2.3. Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

In relazione ai poteri dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture la Sez. III ha chiarito (sentenza n. 4776 del 26 marzo 2010) che, ai sensi dell'art. 6. undicesimo comma, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, l'annotazione nel casellario informatico non può configurarsi come atto automatico e dovuto, meramente consequenziale alla comunicazione della esclusione della ditta da parte della stazione appaltante, dovendo l'Autorità di vigilanza operare una valutazione in termini di colpa, con analisi di eventuali esimenti addotte dall'interessata.

Con specifico riferimento al caso di esclusione dalla gara pubblica per dichiarazioni non

veritiere rese dall'impresa partecipante la stessa Sezione ha aggiunto (sentenza n. 5110 del 30 marzo 2010) che l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, prima di procedere all'annotazione nel casellario informatico, è tenuta ad attivare il previo contraddittorio con l'impresa interessata, la quale può dare dimostrazione dell'insussistenza di una sua responsabilità per le dichiarazioni non veritiere ad essa imputate.

2.4 Banca d'Italia

Con sentenza della Sez. III 9 aprile 2010 , n. 6185, è stato affermato che l'art. 70 comma 3, d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385 (secondo cui il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze e la proposta della Banca d'Italia relativi allo scioglimento degli organi con funzioni di amministrazione e di controllo delle banche sono comunicati dai commissari straordinari agli interessati, che ne facciano richiesta, non prima delle consegne effettuate ai sensi del successivo art. 73) configura un procedimento ad istruttoria chiusa, per il quale non è prevista la partecipazione dei privati né il contraddittorio con gli stessi, né ovviamente deve essere data la comunicazione di avvio prevista dall'art. 7, l. n. 241 del 1990. Tale deroga all'applicabilità delle disposizioni della l. n. 241 del 1990 è espressa ed è dovuta ad esigenze di tutela del pubblico risparmio, al fine di evitare possibili pericoli o turbative alla banca oggetto del provvedimento e al complessivo sistema finanziario (risparmiatori e investitori); pericoli e turbative suscettibili di derivare dalla divulgazione in anticipo della notizia che l'autorità di vigilanza è sul punto di sciogliere gli organi con funzione di amministrazione e di controllo della banca. Detta regola si deve ritenere giustificata da interessi costituzionalmente garantiti, quale quello alla tutela del risparmio (art. 47 Cost.), nè appare irrazionale, incoerente o irragionevole la compressione dell'interesse, proprio dei destinatari finali della proposta e del decreto di scioglimento (banca e amministratori della stessa), alla comunicazione prevista dall'art. 7, l. n. 241 del 1990, compressione che anzi risponde all'esigenza di salvaguardare gli interessi dei risparmiatori e degli investitori. Infatti, la previsione di una comunicazione (del provvedimento finale e della proposta della Banca d'Italia), successiva all'insediamento del commissario persegue lo scopo di realizzare la massima efficacia della procedura di amministrazione straordinaria, consentendo agli organi

straordinari di intervenire *re adhuc integra*, impedendo che la conoscenza di un procedimento in corso da parte degli amministratori dell'ente e dei depositanti possa condurre gli stessi a comportamenti e condotte pregiudizievoli che compromettano irreparabilmente il buon esito dell'avviata azione di risanamento. La norma, dunque, tendendo all'ottimizzazione dei risultati dell'amministrazione straordinaria realizza essa stessa il principio costituzionale del buon andamento dell'azione amministrativa, sotto il profilo dell'efficacia della stessa (art. 1, l. n. 241 del 1990).

Con la medesima sentenza la Sezione ha avuto anche modo di precisare che il settore del credito è, in relazione alla tutela del risparmio di cui all'art. 47 della Costituzione, un settore considerato particolarmente delicato dall'ordinamento e pertanto sottoposto a penetranti poteri di controllo della Autorità di Vigilanza. Il principio cardine della vigilanza bancaria esplicitato dall'art. 5, d.lgs. n. 385 del 1993 è costituito dalla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, dalla stabilità complessiva del sistema finanziario, dall'osservanza delle disposizioni in materia creditizia. Tali riferimenti comportano l'attribuzione di un ampio potere discrezionale alla Banca di Italia. È evidente che tale potere può essere oggetto di sindacato giurisdizionale, nei soli limiti, però, della manifesta illogicità e irragionevolezza, del travisamento dei fatti, trattandosi di discrezionalità tecnica; ne deriva che né il giudice amministrativo né le banche, soggetti vigilati, possono sostituire le loro valutazioni a quelle della Banca di Italia, in termini di rischio del credito, liquidità della banca, stabilità del sistema.

2.5. Assicurazioni

Quanto all'ambito dei poteri di vigilanza dell'Isvap è da segnalare la sentenza della Sez. I n. 7798 del 21 aprile 2010 secondo cui - in ragione dell'appartenenza all'ordinamento giuridico italiano di uno dei contraenti di un trattato di riassicurazione e della causa e dell'oggetto di tale trattato relativo alla copertura riassicurativa dei rischi inerenti a polizze viaggio rilasciate da una società italiana e rivolte ad un *tour operator* italiano - deve ritenersi la sussistenza dei poteri di vigilanza e sanzionatorio dell'Isvap, avendo il soggetto nel cui interesse è apprestata la tutela, sottesa alla disciplina di settore, e per il quale è stata svolta l'attività di mediazione riassicurativa

abusiva, sede e nazionalità italiana, e trovandosi nel territorio italiano i beneficiari finali delle prestazioni assicurative oggetto del Trattato. Alla base di questa conclusione è la considerazione che il radicamento dei poteri dell'Autorità italiana va riconosciuto in virtù del principio di territorializzazione degli interessi protetti e che risultano in concreto coinvolti nella stipula del trattato di riassicurazione, che costituisce criterio di collegamento con l'ordinamento italiano idoneo a radicare la competenza degli organi nazionali, coerentemente con le finalità di tutela perseguite dalla l. 28 novembre 1984, n. 792, sotto la cui vigenza si era realizzata la fattispecie.

Importante è anche la sentenza della Sez. III *ter* n. 20429 del 23 giugno 2010, con la quale è stata affermata l'illegittimità del provvedimento dell'Isvap che dichiara automaticamente decaduti da ogni carica sociale gli amministratori e sindaci di società di assicurazione posta in liquidazione coatta amministrativa per condotta gestoria negligente e imprudente, senza che sia stata svolta una previa verifica della responsabilità degli stessi. Ha chiarito che nell'individuazione dei requisiti di professionalità e onorabilità non può farsi riferimento che alle competenze, alle doti e alle qualità del soggetto desumibili dalle esperienze, dalle attività e dai comportamenti tenuti dall'interessato nell'esercizio della professione e nella vita di relazione, che influiscono sulla sua idoneità professionale e morale a rivestire ruoli dirigenziali e di controllo, e quindi sulla "sana e prudente" gestione dell'impresa. E' indubbio che le vicissitudini positive o negative delle imprese possono essere conseguenza dell'azione dei soggetti da cui dipende la loro gestione e anche il loro controllo, e che quindi il determinarsi della crisi aziendale può costituire - in ipotesi - un indice negativo delle capacità professionali di tali soggetti, o anche della loro onorabilità in relazione al disfavore che si ricollega a tali procedure. In altri termini, in caso di coinvolgimento in crisi aziendali, è possibile ed è realistico prevedere un apprezzamento discrezionale rimesso - per le determinazioni conseguenti - agli organi societari e soggetto al controllo degli organi di vigilanza, diretto ad accertare l'effettiva attribuibilità dei fatti, che hanno causato la crisi aziendale, a comportamenti censurabili dell'interessato; accertamento che può essere effettuato anche sulla base delle valutazioni degli organi amministrativi o giurisdizionali di gestione della crisi, così da escludere effetti preclusivi determinati da un'automatica presunzione di carenza dei requisiti di professionalità e di onorabilità. L'illegittimità non è quindi della norma per aver previsto la

decadenza dalla carica – rispondendo questa misura alla necessità di garantire il massimo rigore nel mercato assicurativo, impedendo che al governo delle imprese del settore possano concorrere soggetti che, per essere stati coinvolti in situazioni di dissesto di altre società nelle quali coprivano cariche di responsabilità, abbiano dimostrato la loro inaffidabilità – ma del provvedimento con il quale l'Isvap di tale principio ha fatto applicazione automatica, senza aver previsto la possibilità, per i soggetti coinvolti, di provare che, pur facendo parte di un organo collegiale, si erano fattivamente discostati dalle determinazioni dallo stesso adottate con effetti devastanti per lo stato di salute dell'impresa, esibendo stralci di verbali o qualsiasi altra prova idonea a dimostrare la propria posizione.

3. Istituti di credito

Da segnalare è la sentenza della Sez. III *ter* n. 33429 dell'11 novembre 2010, che ha dichiarato legittimo il decreto ministeriale che assegna agli istituti di credito, concessionari dell'attività di istruttoria delle agevolazioni previste dalla l. 19 dicembre 1992 n. 488 in virtù di convenzione in atto con il Ministero dello sviluppo economico, il compito di provvedere anche al ricalcolo di quanto effettivamente dovuto alle imprese beneficiarie, prima di adottare l'atto che conclude il procedimento al posto dell'originario provvedimento ministeriale. Ha chiarito che tale conclusione si fonda su principi noti di diritto, primo fra tutti quello che assegna all'organo, chiamato a concludere un procedimento, la competenza a svolgere anche la fase endoprocedimentale, a meno che non sia la stessa legge, che detta competenza gli ha assegnato, che preveda l'intervento nel procedimento di altri organi, con compiti istruttori o consultivi ma comunque sempre strumentali rispetto alla determinazione finale dallo stesso assunta. Segue da ciò che il decreto impugnato, assegnando alla banca concessionaria, ormai divenuta *dominus* del procedimento, anche il compito di procedere al ricalcolo delle agevolazioni spettanti all'impresa, sulla base dei dati e degli elementi di giudizio da essa stessa raccolti nella fase istruttoria, prima di adottare la determinazione finale, non ha fatto altro che riassegnarle un'attività endoprocedimentale, che si esaurisce in una operazione matematica, cioè ricalcolare l'importo

delle agevolazioni già provvisoriamente concesse all'impresa beneficiaria sulla base dei dati acquisiti e di cui essa solo dispone.

4. Pubblica amministrazione

Da segnalare la sentenza della Sez. Il *bis* n. 32494 del 27 settembre 2010, che si è soffermata sulla natura degli Statuti regionali. Ha chiarito che la disposizione costituzionale di cui all'art.123 Cost., nella sua originaria formulazione antecedente alla riforma del Titolo V della Costituzione, richiedeva la necessaria armonicità dello Statuto regionale "con la Costituzione e con le leggi della Repubblica". Nel nuovo testo è stato eliminato il limite dell'armonia con le leggi della Repubblica, mantenendo soltanto quale vincolo di valenza generale quello dell'armonia con la Costituzione, in linea con l'abolizione dei controlli preventivi dello Stato sugli statuti, anch'essi non più previsti dopo la riforma del 2001: riforma, questa, che ha dato compiuto sviluppo all'art. 5 Cost, anche mediante un deciso rafforzamento della posizione costituzionale delle Regioni e degli enti locali, accrescendo sensibilmente il ruolo autonomistico dei medesimi. Ed inoltre, la predetta modifica adottata nell'art.123, primo comma, Cost. costituisce indice oltre che della più forte autonomia acquisita dai nuovi statuti regionali – che hanno così assunto uno spessore maggiore a livello di contenuto - anche del completo "svincolamento" della fonte regionale in questione dalle fonti statali. Da ciò trova conferma la ricostruzione dei rapporti tra statuto e legge come fonti con ambiti di competenza separati. Infatti, gli Statuti delle Regioni ordinarie sono fonti regionali autonome "a competenza riservata e specializzata", così come definiti dal giudice delle leggi in varie decisioni. Tale natura comporta che un'eventuale antinomia tra dette fonti e le leggi ordinarie va risolta applicando il criterio della competenza, trattandosi di un caso di riserva pura di competenza. A ciò va aggiunto che nella riserva c'è diversità formale di fonti e corrispondente separazione di materie, per cui una fonte esclude le altre da un determinato ambito. Ne consegue che nelle materie specificamente riservate dal nuovo art. 123 Cost. alla potestà statutaria non intervenire nessun'altra fonte, compresa la legge statale. Lo Statuto, quindi, non prevale sulla legge statale in forza del criterio gerarchico bensì in forza della riserva di competenza di cui all'art. 123 Cost. relativamente alle materie ivi indicate (forma di governo e principi fondamentali di

organizzazione e funzionamento della Regione, esercizio del diritto di iniziativa e del referendum su leggi e provvedimenti amministrativi della Regione e pubblicazione delle leggi e dei regolamenti regionali). Su tali questioni si è espressa anche la Corte costituzionale che ha chiarito (sentenza n. 2 del 2004) che la nuova fonte normativa statutaria è caratterizzata da una particolare procedura di adozione e di controllo (cfr. sentenza n. 304 del 2002) e da una meglio definita ampiezza delle materie ad essa riservate, indicate nel primo e nel quarto comma dell'art. 123 Cost. (ossia, la determinazione della "forma di governo" e dei "principi fondamentali di organizzazione e funzionamento", la disciplina dell'"esercizio del diritto di iniziativa e del referendum su leggi e provvedimenti amministrativi della Regione", nonché "la pubblicazione delle leggi e dei regolamenti regionali", la disciplina del Consiglio delle autonomie locali). In questi ambiti, che determinano la fisionomia interna - mentre la fisionomia esterna, relativa ai poteri, resta saldamente oggetto di scelte che la Costituzione riserva a se stessa - la Regione dispone di un autonomo potere normativo per la configurazione di un ordinamento interno adeguato alle accresciute sue responsabilità delineate dal nuovo Titolo V della Costituzione ed alle attese di un'istituzione regionale decisamente migliorata sul piano della funzionalità e della sua stessa democraticità. Dopo la riforma dell'art. 123 Cost. e l'eliminazione dell'approvazione dello statuto regionale da parte del Parlamento, i limiti a questa rilevante autonomia normativa possono derivare solo da norme chiaramente deducibili dalla Costituzione, negando che essa sia comprimibile "in mancanza di una disciplina costituzionale chiaramente riconoscibile" o "tramite non controllabili inferenze e deduzioni da concetti generali, assunti a priori" (cfr. Corte Cost. n. 2 del 2004 nonché sent. n. 313 del 2003). Il dato ricavabile da quanto esposto è che la legge statale non può incidere su profili organizzativi dell'Ente Regione riservati dalla Costituzione allo statuto.

Da segnalare è anche la sentenza della Sezione II *ter*, 8 febbraio 2010 n. 1648, secondo cui in forza di quanto previsto dall'art. 50, commi 8 e 9, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante Testo unico sull'ordinamento degli enti locali, la revoca della nomina dei rappresentanti di un ente locale presso enti, aziende od istituzioni non può essere esercitata *ad libitum* (per il semplice venir meno del rapporto fiduciario, qualunque ne sia la ragione), bensì, motivatamente, ex art. 3 della l. n. 241 del 1990, ed in modo congruente rispetto agli indirizzi stabiliti dal Consiglio o, in mancanza,

rispetto a quelli che potrebbero essere da quest'ultimo stabiliti. E' pertanto illegittima la revoca di un rappresentante del Comune, nominato su designazione del Commissario straordinario presso un ente, disposta dal Sindaco subito dopo la propria elezione, senza alcuna motivazione

5. Appalti e contratti della pubblica amministrazione

Molte sono le sentenze che hanno pronunciato in materia di contratti della pubblica amministrazione.

In ordine ai soggetti che possono partecipare alle gare pubbliche deve essere segnalata la sentenza n. 33410 dell'11 novembre 2010, con la quale la Sez. II *bis* ha dichiarato illegittima l'associazione verticale di una mandataria con una società operante nel campo dell'intermediazione del lavoro. Ed invero, anche nell'associazione verticale l'associata deve comunque svolgere in proprio una parte dell'attività, con i relativi oneri e le connesse responsabilità. La mera "somministrazione di lavoro" è attività strumentale di intermediazione che non può essere inquadrata tra le attività finali, ancorché accessorie, che sono oggetto della gara. Ne consegue l'incompatibilità strutturale di questa figura con l'assunzione della posizione di aggiudicataria, ancorché in veste di mandante di un'ATI verticale.

Circa la legittimazione a partecipare alla gare va anche segnalata la sentenza 1° ottobre 2010, n. 32649, con la quale la Sez. I *ter* ha ritenuto che non sussiste la possibilità per la Croce Rossa Italiana di partecipare a procedure di evidenza pubblica in concorrenza con altri soggetti, atteso che lo statuto vigente della C.R.I., approvato con d.P.C.M. 6 maggio 2005, n. 97, prevede che detto ente può concorrere al raggiungimento delle finalità ed all'adempimento dei compiti del Servizio sanitario nazionale solo "attraverso la stipula di apposite convenzioni", onde deve escludersi che, all'instaurazione di rapporti, essa possa giungere in esito ad una procedura di evidenza pubblica.

In tema di qualificazione dei raggruppamenti temporanei di imprese la Sez. I, con sentenza n. 37977 del 21 dicembre 2010 ha chiarito che, ai sensi dell'art. 49, sesto comma, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ciascuna impresa facente parte del costituendo raggruppamento può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per categoria di qualificazione, con la conseguenza che il termine

“concorrente” si riferisce non al raggruppamento nel suo complesso, ma alle singole imprese che lo costituiscono. Una pluralità di riferimenti letterali contenuti nel d.lgs. n. 163 del 2006 non lascia dubbi sul fatto che questa è la corretta interpretazione della norma atteso, in primo luogo, che, ai sensi dell’art. 49, primo comma, del Codice dei contratti. “il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell’art. 34”, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dell’attestazione SOA di un altro soggetto e che, ai sensi dell’art. 34, primo comma, lett. d), sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i “raggruppamenti temporanei di concorrenti”, per cui il combinato disposto delle norme lascia chiaramente intendere che i concorrenti sono i singoli soggetti che costituiscono il raggruppamento. L’art. 37, settimo comma, dello stesso decreto legislativo, poi, vieta “ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo”, sicché è evidente, dovendosi altrimenti concludere per la totale illogicità della previsione, che per concorrenti ha voluto intendere i singoli soggetti che partecipano al raggruppamento. Inoltre, l’art. 37, tredicesimo comma, dispone che “i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo” devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, per cui anche tale norma evidenzia come i concorrenti siano i singoli soggetti che fanno parte del raggruppamento. Analogamente, il primo comma del cit. art. 37 indica che, nel caso di lavori, per raggruppamento temporaneo di tipo verticale s’intende una “riunione di concorrenti”, nell’ambito della quale uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente e, per raggruppamento di tipo orizzontale, s’intende una “riunione di concorrenti” finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria. Di talché, essendo definito dalla legge il raggruppamento temporaneo, sia esso verticale che orizzontale, come “riunione di concorrenti”, non può esservi alcun margine di incertezza sulla *voluntas legis* di identificare il concorrente come il singolo soggetto che partecipa al raggruppamento. In definitiva, già da un punto di vista letterale, il concetto di “concorrente”, al quale fa riferimento l’art. 49, sesto comma, d.lgs. n. 163 del 2006, deve essere inteso nel senso di ciascun imprenditore che partecipa al raggruppamento e va distinto sia da quello di “offerente” che, ai sensi dell’art. 3, ventitreesimo comma, del Codice dei contratti è l’operatore economico – vale a dire l’imprenditore o un raggruppamento di essi - che ha

presentato un'offerta, sia da quello di "candidato" che, ai sensi dell'art. 3, ventiquattresimo comma, è l'operatore economico che ha chiesto di partecipare a una procedura ristretta o negoziata o a un dialogo competitivo. Pertanto, il concorrente di cui all'art. 49, sesto comma, del Codice è l'impresa che, da sola o insieme con altre imprese, compete per l'aggiudicazione dell'appalto oggetto della gara.

In tema di appalto di fornitura, nella specie di medicinali, la Sez. III *quater*, con sentenza n. 33221 dell'8 novembre 2010, ha giudicato legittima la previsione di un capitolato speciale per la fornitura di farmaci nella parte in cui rapporta il quantitativo dei farmaci da fornire al parametro "dell'effettivo fabbisogno complessivo", sebbene con valore puramente indicativo, in quanto ciò che rileva nel contratto di somministrazione è che il fabbisogno effettivo sia agevolmente ed obiettivamente accertabile, anche da parte del somministrante, come lo è il fabbisogno di medicinali per strutture del S.S.N., essendo lo stesso ampiamente ed "ontologicamente" monitorato mediante meccanismi conosciuti ed accessibili da parte delle stesse ditte produttrici - fornitrici dei farmaci.

In relazione ai requisiti di carattere generale è da segnalare innanzitutto la sentenza della I Sez. n. 9132 del 3 maggio 2010, secondo cui l'art. 38, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 va interpretato nel senso che l'ampia formulazione utilizzata, piuttosto che limitare l'ambito di applicazione delle relative norme, assume come destinatari delle stesse tutti i soggetti-persone fisiche che, essendo titolari del potere di rappresentanza della persona giuridica, sono comunque in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta al soggetto rappresentato. Quindi, il primo criterio da seguire per l'individuazione dei soggetti obbligati, con riferimento alle persone giuridiche (e dunque alle società di capitale e ai consorzi dotati di personalità), è costituito dalla riconoscibilità ed ufficialità del potere della persona fisica di trasferire direttamente, al soggetto rappresentato, gli effetti del proprio operare. Ha aggiunto la Sezione che, ove la *lex specialis* non abbia previsto che la dichiarazione ex art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006 debba essere rilasciata personalmente dagli amministratori cessati dalla carica ovvero da ciascuno degli amministratori attualmente muniti di poteri di rappresentanza, si deve considerare validamente prestata la dichiarazione non resa

personalmente dagli amministratori cessati, ma da quello in carica, ovvero da uno di essi, il quale può rendere una simile dichiarazione anche con riferimento a tutti gli altri purché, in tale ipotesi, abbia conoscenza diretta del relativo stato e l'assunzione di responsabilità sia piena e consapevole, in relazione alle conseguenze, anche di natura penale, derivanti da una falsa dichiarazione.

La Sez. III *ter*, con sentenza n. 35816 del 9 dicembre 2010 ha chiarito che l'identificazione delle persone fisiche munite di poteri di rappresentanza, per le quali ai sensi dell'art. 38, primo comma, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 le società di capitali sono tenute a presentare una dichiarazione attestante la sussistenza dei requisiti morali e professionali, deve essere effettuata non solo in base alle qualifiche formali rivestite, ma anche alla stregua dei poteri sostanziali attribuiti, con conseguente inclusione, nel novero dei soggetti munite di poteri di rappresentanza, delle persone fisiche in grado di impegnare la società verso i terzi e dei procuratori *ad negotia* laddove, a prescindere dal *nomen*, l'estensione dei loro poteri conduca a qualificarli come amministratori di fatto. Detta interpretazione estensiva del dettato di legge affonda le sue radici nell'esigenza di evitare la partecipazione alle gare pubbliche di soggetti che non diano le garanzie di affidabilità morale e professionale necessarie ai fini della piena tutela dell'interesse pubblico. In questa verifica delle funzioni sostanziali occorre aver riguardo al concreto assetto delle competenze quale delineato dallo statuto societario, riconoscendo dette funzioni a tutti coloro ai quali sia stato conferito un potere di amministrazione e rappresentanza nel senso sopra indicato.

La Sez. III, con sentenza 8 settembre 2010, n. 32141 si è soffermata sui requisiti dei consorzi. Ha premesso che sia il consorzio semplice che la società consortile si caratterizzano per avere la medesima finalità, e cioè dare vita ad una figura soggettiva alla quale affidare alcuni compiti imprenditoriali, e che la scelta se perseguire tale obiettivo con l'istituzione di un consorzio, dotato di autonomia (di quell'autonomia che gli viene conferita) ma non di personalità giuridica, ovvero mediante una più compiuta figura soggettiva, la società consortile per azioni, dotata di propria personalità giuridica e capace di assumere in proprio obbligazioni, è operazione che non incide sulla natura consortile dell'ente, in quanto si tratta della stessa finalità giuridica del conferimento ad un organo terzo di alcune proprie facoltà imprenditoriali", con la conseguenza che

allorché una società consortile prende parte ad una gara pubblica occorre distinguere tra i requisiti generali per la partecipazione alle procedure rilevanti sotto l'aspetto dell'ordine pubblico economico (attinenti, in particolare, all'idoneità morale e professionale dell'esecutore e all'assenza di procedure concorsuali in itinere) ed i requisiti speciali di capacità economico-finanziaria e tecnica riferiti alla singola procedura, dato che, mentre quelli del secondo tipo possono essere riferiti senz'altro alla società consortile, i requisiti inerenti all'ordine pubblico economico devono essere posseduti anche dalle imprese concretamente incaricate dell'esecuzione della prestazione (stante la pregnanza dell'interesse pubblico alla moralità e all'affidabilità in senso assoluto del soggetto chiamato all'esecuzione dell'appalto), pena la possibilità per gli operatori sprovvisti di requisiti di aggirare mediante un agevole espediente (l'aggregazione in forma di società consortile) delle inderogabili prescrizioni fondamentali per le procedure dell'evidenza pubblica".

Ancora in tema di requisiti necessari per partecipare ad una gara pubblica la Sez. I *bis* ha escluso (sentenza n. 932 del 26 gennaio 2010) che una società appartenente ad una *holding* possa dimostrare la capacità economica facendo mero riferimento al fatturato del gruppo di cui faceva parte. Ha chiarito che la semplice appartenenza ad una *holding* non comporta di per sé solo un'immedesimazione delle varie società componenti il gruppo, le quali conservano la loro autonomia quali centri di imputazione di rapporti giuridici. Da ciò discende che la semplice esistenza di un rapporto di controllo societario, anche se comporta la possibilità astratta di avvalersi dei requisiti tecnici ed organizzativi di altre società del gruppo, non può ritenersi idonea a dimostrare l'effettiva disponibilità dalla capacità tecnica o finanziaria facente capo ad altre società del gruppo medesimo. Ha pertanto precisato che, per potersi configurare un valido avvalimento, occorre l'assunzione di un apposito impegno da parte delle imprese ausiliarie rivolto a consentire la disponibilità dei propri mezzi economici, tecnici e finanziari a favore dell'impresa concorrente, appartenente al medesimo gruppo, che ne sia sprovvista al fine della partecipazione alla gara. Va da sé che tale assunzione di responsabilità è irrinunciabile, atteso che l'impresa ausiliaria deve impegnarsi, oltre che nei confronti dell'impresa ausiliatrice, anche in particolar modo nei confronti della stazione appaltante, vigendo un regime di responsabilità solidale disposto dal Codice dei contratti, al fine di consentire alla Società concorrente la possibilità di fruire delle risorse

necessarie all'appalto, con la conseguenza che l'impresa ausiliaria acquista la natura di soggetto passivo titolare di un'obbligazione accessoria collegata a quella principale della Società concorrente che si perfeziona con l'aggiudicazione della gara a favore della suddetta Società, di cui segue le sorti.

In tema di subappalto è da segnalare la sentenza della Sez. III n. 32132 del 7 settembre 2010, che ha chiarito che l'art. 118, secondo comma, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che regola l'istituto del subappalto nell'ambito dei lavori pubblici, prevede che tutte le prestazioni nonché le lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili a condizione che ricorrano i presupposti dettati dallo stesso secondo comma del cit. art. 118, fra i quali non è ricompreso che il subappalto debba necessariamente riguardare le lavorazioni o parti delle stesse integralmente considerate. Da tale premessa la Sezione ha fatto conseguire che è illegittimo il diniego di autorizzazione al subappalto di una delle prestazioni (posa in opera) ricomprese in una delle lavorazioni (fornitura di materiale e relativa posa in opera) facenti parte dell'appalto di cui la richiedente era risultata aggiudicataria. Quanto al quarto comma dello stesso art. 118 - il quale stabilisce che l'affidatario deve praticare per le prestazioni affidate in subappalto i medesimi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con un ribasso non superiore al venti per cento - la Sezione osserva che la finalità perseguita dalla richiamata disposizione, che è quella di evitare che siano affidati in subappalto a prezzi troppo bassi lavorazioni o prestazioni facenti parte del contratto di appalto onde assicurare la corretta esecuzione delle stesse, non può di per sé precludere la possibilità di ricorrere a tale forma contrattuale solamente per prestazioni facenti parte delle lavorazioni previste nel bando. A tal fine è necessario scomporre il prezzo unitario delle singole lavorazioni indicando i prezzi unitari delle prestazioni che erano ricomprese nelle suddette lavorazioni, al fine di consentire alla stazione appaltante di verificare il rispetto della previsione di cui al citato quarto comma per le prestazioni subappaltate. In altre parole, deve ritenersi che qualora l'affidatario intenda subappaltare singole prestazioni contrattuali, il limite del 20% deve essere riferito al prezzo di queste ultime come specificatamente indicato in sede di offerta, per cui in presenza di tale presupposto e delle altre condizioni indicate dal secondo comma, la stazione appaltante è tenuta ad autorizzare il subappalto anche di singole prestazioni.

Quanto all'avvalimento, la Sez. I (sentenza n. 33033 del 27 ottobre 2010) ha chiarito che l'art. 49 del Codice dei contratti non distingue affatto tra avvalimento totale e parziale, in specie non modulando in alcun modo gli incumbenti di verifica rimessi alla stazione appaltante nelle due diverse ipotesi. Ha aggiunto che si tratta di istituto di carattere generale che, ancorché non specificamente ammesso dal bando di gara, deriva dal recepimento di norma comunitaria (art. 47 direttiva 2004/18/CE), volta ad implementare la partecipazione alle gare pubbliche, in vista della più ampia ed effettiva concorrenzialità dei procedimenti preordinati all'apprensione dall'esterno di utilità da parte dell'Amministrazione, corrispondente all'interesse pubblico alla scelta del miglior contraente.

Ed è proprio la lettera della cit. fonte comunitaria (art. 47, punto 2: " Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi") che ha consentito alla giurisprudenza del giudice amministrativo sia di concludere nel senso che gli obblighi interni tra l'avvalente e l'avvalso sono del tutto irrilevanti ai fini della partecipazione e dell'aggiudicazione della gara, sia di affermare, anche per l'effetto, che l'ordinamento non prevede uno schema o un tipo specifico di contratto di avvalimento tra imprese, con la conseguenza che esso può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo. Principio, quest'ultimo, del resto pienamente conforme all'ambito dell'autonomia contrattuale che il nostro ordinamento garantisce alle parti ex art. 1322 cod.civ. e dalla quale discende che la presunzione di onerosità può essere superata da una prova contraria, ovvero dalla prassi, dimostrandosi di conseguenza irrilevante (ai fini della validità del vincolo *inter partes*) l'avvenuta assunzione, da parte del mandante, dell'obbligo di corrispondere un compenso al mandatario per l'attività da lui svolta , peraltro assistito da presunzione ex art. 1709 cod.civ.. Viene allora in considerazione - ai fini della corretta configurazione della fattispecie - unicamente l'esigenza che la stazione appaltante sia posta in condizione di acquisire piena certezza in ordine alla disponibilità dei requisiti tecnici e organizzativi ed economico-finanziari apportati al concorrente mediante l'avvalimento.

In materia di offerta è da segnalare la sentenza della Sez. II *quater* n. 8824 del 29 aprile

2010, che ha dichiarato legittima la previsione del disciplinare di gara (nella specie, bandita per l'effettuazione di lavori di manutenzione stradale) che fissava, quale condizione di ammissibilità dell'offerta, una percentuale minima dell'utile di impresa, pari al 5%, sancendo l'automatica esclusione delle offerte formulate al di sotto di tale soglia, trattandosi di clausola che appare logicamente finalizzata a garantire la serietà dell'offerta. L'imposizione di un limite alla compressione dei costi (globalmente intesi e non con riferimento a singole voci), di cui i concorrenti devono tener conto nella formulazione delle offerte, appare infatti volto ad assicurare un margine di redditività all'attività imprenditoriale, che consenta di escludere dalla selezione le imprese che, proponendo condizioni non ritenute dall'Amministrazione adeguatamente remunerative, secondo un giudizio che implica valutazioni di mercato e di sostenibilità economica del rischio di impresa non sindacabili dal giudice amministrativo, non garantiscono la necessaria affidabilità. La Sezione ha quindi concluso nel senso che, una volta accertata la legittimità della clausola, è irrilevante che la ricorrente abbia tentato di dimostrare la sostenibilità in concreto di costi inferiori, poiché il rispetto del limite era condizione di garanzia della *par condicio* tra le concorrenti.

Sulla pubblicità delle gare la Sez. I, con sentenza n. 33538 del 17 novembre 2010 ha chiarito che legittimamente la Commissione ha aperto le buste di ciascuna Società concorrente con la dicitura "offerta economica", al fine dell'attribuzione del punteggio, in seduta riservata, dopo che aveva verificato in seduta pubblica l'integrità delle buste contenenti dette offerte e, prima di esse, del plico che a sua volta le conteneva. L'apertura delle buste costituisce, infatti, un'attività strettamente legata alla lettura e valutazione del loro contenuto con la conseguenza che, nelle procedure di gara per l'aggiudicazione degli appalti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ciò che rileva, al fine di salvaguardare il principio della pubblicità, è la verifica dell'integrità dei plichi e delle buste concernenti l'offerta economica.

Da segnalare è anche la sentenza della Sez. III *quater* n. 26793 del 19 luglio 2010, che ha chiarito che per "rinegoziazione" s'intende la revisione delle clausole contrattuali che, pur concordemente decisa tra l'amministrazione appaltante e l'impresa aggiudicataria, si risolve nell'introduzione di una appendice negoziata nella procedura di gara condotta secondo modalità concorrenziali. Il ricorso a siffatto meccanismo, se da un lato si presenta idoneo ad aggirare le

rigorose condizioni in costanza delle quali è consentito derogare ai sistemi competitivi di scelta del contraente privato, dall'altro lato è elusivo degli sbarramenti posti dalla legge alla presentazione di offerte prive dei necessari requisiti di congruità e serietà, siccome destinati ad operare nel corso dello svolgimento della gara (ed al cui operare, quindi, non possono non restare sottratte le modificazioni del prezzo contrattuale che, come quelle scaturenti dalla cd. rinegoziazione, vengano introdotte solo successivamente alla sua conclusione).

Con riferimento alla garanzia da produrre in sede di gara la Sez. II *ter* ha chiarito (sentenza 4 novembre 2010, n. 33188) che la mancanza di univocità del contenuto della garanzia bancaria deve indurre la stazione appaltante a non trarre automatiche conseguenze sfavorevoli per la ricorrente (l'esclusione dalla gara) bensì ad attivare, privilegiando il criterio di massima partecipazione alle gare pubbliche, l'obbligo ai sensi dell'art. 46, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 di richiedere i necessari chiarimenti, in applicazione del principio del giusto procedimento.

La Sez. III *ter* (sentenza n. 22062 del 1 luglio 2010) ha giudicato legittima l'esclusione dalla gara d'appalto indetta per via telematica ai sensi degli artt. 77 e 253, dodicesimo comma, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, giustificata dalla mancata autenticazione della firma digitale della polizza fidejussoria allegata dalla Ditta partecipante, tenendo presente che: a) i formalismi richiesti espressamente e tassativamente dalle prescrizioni di gara costituiscono lo strumento tipico con il quale si rende trasparente, tramite procedimentalizzazione, la discrezionalità amministrativa e si pongono tutti i concorrenti sullo stesso piano, richiedendo loro un eguale impegno di diligenza, attenzione e rispetto verso le clausole dei bandi e dei capitolati; b) l'autentica notarile della firma non può essere considerata una prescrizione ingiustificatamente aggravante il procedimento, in ragione della finalità cui la stessa è connessa. Ha quindi ricordato che il provvedimento di espulsione da una gara d'appalto costituisce atto vincolato rispetto alla clausola del disciplinare di gara che indica le modalità di presentazione dei documenti a pena di esclusione in quanto, in sede di aggiudicazione di contratti pubblici, la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo rigoroso ed incondizionato le clausole inserite nella *lex specialis* relative ai requisiti, formali e sostanziali, di partecipazione ovvero alle cause di esclusione. La tesi svolta è che il formalismo, che caratterizza la disciplina delle procedure di gara, risponde per un verso ad esigenze pratiche di

certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti. In altri termini, i formalismi richiesti espressamente e tassativamente dalle prescrizioni di gara costituiscono lo strumento tipico con il quale si rende trasparente, tramite procedimentalizzazione, la discrezionalità amministrativa e si pongono tutti i concorrenti sullo stesso piano partecipativo, richiedendo loro un eguale impegno di diligenza, attenzione e rispetto verso le clausole dei bandi e dei capitolati. Non occorre, allora, interrogarsi sulla *ratio* della clausola che richiede l'autentica della firma digitale apposta sulla polizza fideiussoria, ovvero se essa abbia una valenza sostanziale o solo formale, in quanto, in presenza di un'espressa comminatoria di esclusione della domanda di partecipazione alla gara, in conseguenza del mancato rispetto della sopra indicata prescrizione, non è consentito al giudice amministrativo di sovrapporre le proprie valutazioni a quelle dell'amministrazione, dato che il cd. criterio teleologico ha un valore esclusivamente suppletivo rispetto a quello formale, nel senso che può essere utilizzato solo nel caso in cui una determinata formalità non sia prevista espressamente a pena di esclusione.

Sempre in tema di garanzia la Sez. I *ter*, con sentenza 17 giugno 2010, n. 18454 ha affermato che, ai sensi dell'art. 75, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non sussistono distinzioni nell'ambito dei soggetti che, al fine di partecipare a un appalto-concorso, intendano riunirsi o consorziarsi; pertanto, in caso di costituzione di un'associazione, ovvero di un raggruppamento, temporaneo d'impresa, anche i progettisti devono prestare la prevista cauzione provvisoria, assumendo carattere meramente aggiuntivo l'obbligo di costituire la garanzia di cui all'art. 111 del Codice dei contratti pubblici (nella specie, è stato ritenuto che la polizza per garantire l'Amministrazione nei termini di legge doveva essere intestata a tutte le associate, individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara, al fine di scongiurare una carenza di tutela per la stazione appaltante).

Sul rispetto dello *stand still* da parte della stazione appaltante la Sez. III *ter*, con sentenza n. 35816 del 9 dicembre 2010 ha chiarito che la questione deve essere posta d'ufficio dal giudice, atteso che la violazione del termine di sospensione è punita con la sanzione alternativa (il cui gettito è versato al bilancio dello Stato) anche se non ha avuto effetti sull'aggiudicazione ed è

dunque scollegata dalla domanda del ricorrente. Nella fattispecie c'era un rilievo di parte ricorrente fondato sull'assunto che il *dies a quo* del termine dilatorio di trentacinque giorni stabilito per la stipula del contratto era stato fatto decorrere dall'aggiudicazione definitiva non ancora efficace. Preliminarmente il Collegio chiarisce che l'eventuale violazione dello *stand still* non può certo riverberare come profilo di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione della gara, e cioè di un atto antecedente detta violazione; aggiunge che correttamente la stazione appaltante ha fatto decorrere il termine di trentacinque giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e non dall'avvenuta efficacia della stessa. E' noto, infatti, che lo *stand still* è un impedimento temporaneo alla stipulazione del contratto, che opera *ex lege* per trentacinque giorni, a prescindere dalla proposizione o meno di ricorsi giurisdizionali. E' uno *spatium deliberandi* lasciato ai concorrenti, per valutare se proporre o non ricorso giurisdizionale, con la garanzia che, se ricorrono, non saranno pregiudicati da una stipulazione già avvenuta. E' dunque dalla data di comunicazione del provvedimento impugnabile, che comincia a decorrere non solo il termine, per il concorrente che si ritiene leso dall'esito della gara a suo avviso illegittimo, di trenta giorni per ricorrere ex art. 120, quinto comma, c.p.a., ma anche il termine di trentacinque giorni durante i quali alla stazione appaltante è inibito stipulare il contratto. In altri termini, ciò che il legislatore ha voluto garantire è un periodo di tempo durante il quale il concorrente può decidere se ricorrere o non, sapendo che la procedura resterà a "bocce ferme" e che dunque la statuizione, quanto meno cautelare, del giudice eventualmente adito interviene su una situazione fattuale non pregiudicata dalla stipulazione del contratto. Tale finalità è garantita anche facendo decorrere il termine di trentacinque giorni dello *stand still* dall'aggiudicazione definitiva non ancora efficace, contenendo tale termine quello di trenta giorni per ricorrere (termine cui andranno aggiunti altri venti giorni di sospensione ove sia presentata istanza cautelare di sospensione del provvedimento impugnato), mentre lo spostamento in avanti della decorrenza di detto termine rischierebbe di paralizzare troppo l'azione della stazione appaltante, e ciò in palese violazione dell'altro interesse che il legislatore comunitario prima e quello nazionale poi hanno voluto tutelare, *id est* non paralizzare lo svolgimento delle gare pubbliche.

Infine, relativamente al settore scolastico, con sentenza della Sezione III bis 1° luglio 2010, n. 22064 è stata ritenuta la legittimità delle "Disposizioni ed istruzioni per l'attuazione delle iniziative cofinanziate dai Fondi Strutturali Europei 2007/2013", contenute nell'atto-regolamento edizione 2008 del Ministero della P.I. del 18 febbraio 2008, nella parte in cui non ammettono le "società, enti di formazione, associazioni etc...consulenza produzione di software etc. all'affidamento totale o parziale della progettazione e/o della attuazione di un Piano integrato.

Al riguardo la Sezione ha specificato che il Programma "Competenze e sviluppo" - sottoposto nel caso al suo esame - finanziato dal Fondo Sociale Europeo (c.d. investimento di tipo "immateriale") prevede un insieme di azioni finalizzate ad ampliare e migliorare l'offerta formativa allo scopo di ridurre la dispersione scolastica e migliorare le competenze di base non solo degli studenti ma anche degli adulti in formazione. Ciò avviene attraverso corsi formativi aggiuntivi rivolti agli studenti, o agli insegnanti, ovvero agli adulti a seconda di quanto previsto per le singole azioni.

Nella cornice degli interventi diretti a dare attuazione alle suindicate iniziative finanziate dal F.S.E. il Piano integrato assume valore di specifico strumento offerto alle Scuole per migliorare, arricchire e consolidare la propria offerta, sì da costituire tali migliorie un vero e proprio "valore aggiuntivo".

La sua progettazione nella fase di predisposizione ed elaborazione non può quindi che rimanere riservata agli Istituti scolastici chiamati a partecipare alla nuova programmazione ed impegnati a predisporre piani articolati di interventi che devono essere definiti mediante rilevazione che solo gli Istituti stessi possono e devono compiere in regime di "autodiagnosi".

6. Accesso ai documenti

Molte le sentenze interessanti in materia di accesso ai documenti.

Da segnalare la sentenza della Sez. III *quater* n. 1475 del 3 febbraio 2010, che ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto avverso il diniego di accesso formulato al fine di ricostruire il fascicolo di causa in un giudizio civile pendente. Ha chiarito che l'accesso agli atti è collegato con l'esigenza da parte del soggetto aspirante accedente di conoscere determinati atti al fine di verificare se sussiste o meno una lesione della propria sfera giuridica e un interesse per

procedere nella sede ritenuta più opportuna per la salvaguardia delle proprie posizioni giuridiche; pertanto, non rientra nella fattispecie quella della completezza documentale per meglio operare in sede giustiziale: se un ricorso vi è stato, vuol dire che la fase della conoscenza della lesione si è già verificata e sono state intraprese le opportune azioni a tutela della medesima lesione; per cui sarà il giudice o l'autorità amministrativa, qualora ne abbia l'esigenza, a chiedere il deposito o la trasmissione di alcuni atti, anche a richiesta di parte.

Importante anche la sentenza n. 29077 del 29 luglio 2010, con la quale la Sez. II ha chiarito che il diritto di accesso ad atti redatti dalla Commissione delle Comunità europee o in suo possesso non può essere deferito ad organi giudiziari nazionali e che, anche nel caso che penda un giudizio a livello nazionale, spetta alla Commissione provvedere sull'istanza di accesso alla stessa inoltrata.

Ugualmente da segnalare è la sentenza della Sez. I 24 novembre 2010, n. 33883, la quale ha precisato che gli atti strumentali all'esercizio della funzione giurisdizionale ovvero gli atti conclusivi del relativo procedimento non possono essere ricompresi tra gli atti amministrativi di cui all'art. 22 e s.s. della l. 7 agosto 1990, n. 241 ed agli stessi, pertanto, non sono applicabili le norme sull'accesso previste da quest'ultima legge. Conseguentemente la Sezione ha ritenuto la legittimità del diniego espresso dal Ministero della Giustizia in merito ad una domanda di accesso agli atti, avanzata da un cittadino che ha ricusato un magistrato ex art. 52 c.p.c., tendente ad ottenere copia della memoria difensiva prodotta, innanzi al g.o., dallo stesso magistrato, al fine di confutare la sussistenza dei presupposti per la ricusazione. Detta memoria infatti – ha osservato la Sezione - è un atto processuale, e non già amministrativo ex art. 22 e segg. della l. 7 agosto 1990 n. 241, e, in quanto tale, è escluso dal diritto di accesso previsto dalle medesime norme; con l'ulteriore conseguenza dell'inesperibilità, in tal caso, del rito speciale ex art. 25, l. 241 del 1990.

La Sez. I, con sentenza n. 30410 del 9 agosto 2010, ha ritenuto accessibili le bobine di registrazione di una seduta plenaria del Consiglio Superiore della Magistratura, che costituiscono la testimonianza fonica della seduta, rientrando le stesse nella definizione normativa di "documento amministrativo". Le disposizioni sul diritto di accesso previste dalla l. 7 agosto 1990 n. 241 sono infatti pienamente applicabili anche agli atti e documenti del C.S.M.. Ed invero, la natura

dell'organo, definito di rilevanza costituzionale, se comporta aspetti dell'attività, *status* e guarentigie dei componenti, non osta alla riconducibilità della sua attività, pur espletata in attuazione dell'art. 105 Cost., ai principi e garanzie cui deve soggiacere l'attività di ogni soggetto di diritto pubblico (*in primis*, imparzialità e buon andamento, ex art. 97 Cost.); né osta alla piena applicazione, nei confronti della medesima attività, delle garanzie costituzionali apprestate per i destinatari degli effetti dell'attività stessa, a tutela del loro inviolabile diritto di difesa (art. 24, commi primo e secondo, Cost.), anche con riguardo agli atti amministrativi, per i quali la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi ("sempre ammessa", ex art. 113, primo comma, Cost.), non può essere esclusa o limitata "a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti" (art. 113, comma secondo, Cost.). In definitiva, la natura del soggetto (organo di rilevanza costituzionale) non influisce necessariamente sulla natura e disciplina degli atti dallo stesso adottati. In tal senso, l'argomentazione delle amministrazioni resistenti renderebbe inapplicabile, senza plausibile ragione, una parte della disciplina degli atti amministrativi alle deliberazioni ed agli altri atti del C.S.M., e, per di più, proprio una parte di quella disciplina (cioè il diritto di accesso) volta, per un verso, a favorire la trasparenza dell'attività amministrativa (riconducibile all'art. 97 Cost.), per altro verso, al migliore esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale, affermato e garantito dall'art. 24 Cost.. E poiché non vi è ragione per non ricondurre alla categoria degli atti amministrativi quelli adottati dal Consiglio superiore della magistratura nella attività di "costituzione" e "gestione" del rapporto di impiego in regime di diritto pubblico dei magistrati, non vi è ragione per non ritenere applicabile a tali atti la disciplina del diritto di accesso di cui alla l. n. 241 del 1990. Né, tantomeno, vi è ragione per privare i magistrati (con ciò distinguendoli *in pejus* sia da tutte le altre categorie di dipendenti di pubbliche amministrazioni, cd. contrattualizzati, sia da altre categorie di dipendenti pur esse in regime di diritto pubblico) di forme e mezzi di tutela previsti, in via generale, dalla legge.

Da segnalare anche la sentenza della Sez. I n. 33041 del 27 ottobre 2010 che, in relazione al diritto di accesso a "documenti amministrativi" nei confronti di atti detenuti dalla Curia Arcivescovile di Chieti ed attinenti al percorso di formazione ai fini dell'acquisizione dello *status* di diacono (ossia di ministro di taluni sacramenti) ha affermato che la Curia Arcivescovile non è

sussumibile nella sfera soggettiva passiva del diritto di accesso, non rivestendo natura di pubblica amministrazione o di organismo di diritto pubblico, trattandosi di struttura e articolazione della Chiesa cattolica né, e correlativamente, gli atti da essa detenuti relativi al percorso formativo e all'ammissione al diaconato rivestono contenuto di atti amministrativi, posto che sono atti interni di esercizio delle prerogative e del magistero ecclesiastico diocesano, nei confronti dei quali l'interessato può attivare i soli rimedi previsti dall'ordinamento canonico, con il ricorso ai Tribunali di quell'ordinamento, a partire dall'Autorità vescovile, che costituisce Tribunale di prima istanza: cfr. libro VII, parte prima, titolo II, capitolo I, art. 1, canone 1419 del Codice di diritto canonico.

Con sentenza 28 maggio 2010, n. 13895 la Sez. I ha affermato che anche in materia di accesso agli atti della Consob, nel bilanciamento di interessi che connota la relativa disciplina, il diritto di accesso prevale sull'esigenza di riservatezza del terzo ogniqualvolta venga in rilievo per la cura o difesa di interessi giuridici del richiedente, salvo che non si tratti di dati personali (c.d. dati sensibili) o di atti idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale di terzi, nel qual caso l'art. 60, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 prescrive che l'accesso è possibile solo se il diritto che il richiedente deve far valere o difendere è di rango almeno pari a quello della persona cui si riferiscono i dati stessi.

La Sez. III, con sentenza n. 32135 dell'8 settembre 2010 ha invece escluso il diritto di accesso alla documentazione in possesso della Banca d'Italia relativa alla sua attività di vigilanza sugli istituti di credito (nella specie, l'indagine riguardava le commissioni applicate dalle banche su affidamenti e sconfinamenti di conto), senza che sia necessaria specifica motivazione, essendo sufficiente il richiamo al segreto d'ufficio che, ai sensi dell'art. 7, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (Testo unico bancario), copre i detti dati. Tale conclusione trova il proprio fondamento nel cit. art. 7, primo comma, secondo cui "tutte le notizie, le informazioni e i dati in possesso della Banca d'Italia in ragione della sua attività di vigilanza sono coperti da segreto d'ufficio anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni, a eccezione del Ministro dell'economia e delle finanze, Presidente del CICR. Il segreto non può essere opposto all'autorità giudiziaria quando le informazioni richieste siano necessarie per le indagini, o i procedimenti relativi a violazioni sanzionate penalmente". Detta norma costituisce un'ipotesi tipica di segreto o di divieto di divulgazione altrimenti previsto

dall'ordinamento, che l'art. 24, primo comma, l. 7 agosto 1990, n. 241 sottrae all'accesso, indipendentemente dalla sussistenza dei presupposti di cui al secondo comma, lett. d).

In materia di accesso ai documenti inerenti i procedimenti finalizzati all'adozione dei decreti autorizzativi l'immissione in commercio di medicinali, la Sez. III *quater* ha dichiarato illegittimo il diniego di accesso opposto dall'amministrazione ad un'azienda farmaceutica che abbia chiesto di accedere agli atti inerenti al procedimento che ha condotto al rilascio delle autorizzazioni all'immissione in commercio di specialità medicinali dei suoi diretti concorrenti equivalenti al farmaco di cui è titolare. La notevole entità economica degli interessi in gioco fonda infatti pienamente il diritto di accesso, essendo evidente che la relativa richiesta è diretta all'immediata tutela degli interessi commerciali della industria farmaceutica interessata. Ha aggiunto che il diritto di accesso ai documenti amministrativi prevale sull'esigenza di riservatezza del terzo ogni qualvolta l'accesso venga in rilievo per la cura o la difesa di interessi giuridici del richiedente in quanto titolare di una posizione soggettiva giuridicamente rilevante e qualificata dall'ordinamento come meritevole di tutela. In base a quanto previsto dall'art. 98, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, è solo in occasione dell'immissione in commercio di un farmaco di nuova invenzione che, proprio in relazione alla sussistenza del requisito della novità, l'ordinamento accorda una piena tutela alla riservatezza delle analisi e delle relative indagini.

Sul diniego di accesso all'offerta tecnica, opposto in ragione del segreto industriale, la Sez. III *ter* ha ricordato (ordinanza 22 ottobre 2010, n. 1458) che il legislatore ha inteso escludere dal raggio di azionabilità del diritto di ostensione la documentazione suscettibile di rivelare il *know-how* industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti, sì da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso non già per prendere visione della stessa, allorché utile a coltivare la legittima aspettativa al conseguimento dell'appalto, quanto piuttosto per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato. Sebbene tale esclusione dall'accesso non sia assoluta, in quanto il sesto comma lo consente "al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito del quale viene formulata la richiesta di accesso" (c.d. accesso difensivo), è

altresì vero che tale disposizione, dal contenuto più restrittivo di quella dell'art. 24, l. 7 agosto 1990, n. 241, è interpretata dalla giurisprudenza più recente nel senso che impone di effettuare un accurato controllo in ordine all'effettiva utilità della documentazione richiesta, alla stregua di una sorta di prova di resistenza. Ha infine aggiunto che lo stesso quinto comma dell'art. 13, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 subordina il funzionamento della causa di esclusione alla manifestazione di interesse da parte della stessa impresa cui si riferiscono i documenti ai quali altri intende accedere, nel senso che è necessario che si tratti di informazioni integranti, secondo motivata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali.

Da segnalare è anche la sentenza della Sez. III *ter* 9 ottobre 2010, n. 32736, che ha affermato la legittimità del diniego opposto dalla RAI, Radiotelevisione Italiana s.p.a., in ordine ad una domanda di accesso finalizzata ad ottenere una copia della registrazione di un filmato trasmesso in occasione di una trasmissione televisiva. Infatti – ha osservato la Sezione - la normativa sull'accesso ha per oggetto i "documenti amministrativi", per essi intendendosi quelli che costituiscono espressione dell'esercizio di funzioni amministrative da parte delle pubbliche amministrazioni o dei soggetti incaricati di pubbliche funzioni, ed è palese che tale connotazione non può essere riconosciuta ad un filmato relativo ad una trasmissione televisiva riconducibile alla RAI, trattandosi di un'opera di ingegno e non di un provvedimento amministrativo da essa emanato nell'esercizio di un potere autoritativo in esecuzione di un pubblico servizio.

7. Silenzio dell'amministrazione

Importante è la sentenza della Sez. II n. 33190 del 4 novembre 2010, che ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso proposto avverso il silenzio rifiuto opposto sulla richiesta di adozione degli atti amministrativi necessari a disciplinare le modalità di consultazione delle organizzazioni dei consumatori. Ha chiarito che la tutela avente ad oggetto l'inerzia dell'Amministrazione che pregiudichi "i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori" per la "violazione di termini o (per la) mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo" non è realizzabile mediante l'istituto dell'azione di accertamento sul silenzio-inadempimento ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., ma per il

tramite dell'azione contemplata dal d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198 (c.d. *class action* pubblica), allo stato non proponibile in concreto per effetto di quanto stabilito dall'art. 7 del citato decreto legislativo.

8. Sanità

Tra le molte sentenze della Sez. III *quater* in materia di sanità, di particolare interesse è la n. 30740 del 12 agosto 2010, che ha ricordato che l'art. 8, d.l. 18 settembre 2001, n. 347 prevede esplicitamente che le Regioni possono stipulare accordi con le associazioni sindacali delle farmacie convenzionate, pubbliche e private, per consentire agli assistiti di rifornirsi delle categorie di medicinali che richiedono un controllo ricorrente del paziente anche presso le farmacie predette con le medesime modalità previste per la distribuzione attraverso le strutture aziendali del Servizio sanitario Nazionale, da definirsi in sede di convenzione. Ad avviso della Sezione la norma deve essere interpretata nel senso che determinate categorie di medicinali, tra i quali rientrano quelli per la cura dell'emofilia, che richiedono un controllo ricorrente del paziente, sono normalmente forniti agli assistiti col sistema della distribuzione diretta, proprio perché necessitano di tale controllo sistematico; tuttavia, in considerazione del fatto che non si tratta di medicinali necessari per interventi di immediata criticità, distribuibili solo in sede ospedaliera, essi possono essere forniti anche tramite la rete delle farmacie convenzionate, ma con le stesse modalità previste per la distribuzione attraverso le strutture aziendali del Servizio sanitario Nazionale, e cioè attraverso acquisti centralizzati in sede pubblicistica e distribuzione per la vendita "per conto" a tutte le farmacie convenzionate. Trattasi di normativa speciale che trova una diretta ed immediata applicazione rispetto ad altre norme di carattere generale desumibili dall'ordinamento sanitario pubblico. E' chiaro tuttavia che gli atti amministrativi di applicazione delle suddette norme di legge non devono comportare la lesione di quegli interessi primari all'efficacia ed appropriatezza dell'assistenza farmaceutica, tutelati dall'ordinamento sanitario.

Del divieto di fumo nei locali privati aperti al pubblico si è occupata la sentenza n. 32903 del 20 ottobre 2010, secondo cui la circolare del Ministero salute 17 dicembre 2004 non ha portata meramente interpretativa, ma contiene indicazioni attuative dei divieti conseguenti all'entrata in

vigore dell'art. 51, l. 16 gennaio 2003 n. 3 (da tale premessa la Sezione ha fatto conseguire la giurisdizione del giudice amministrativo allorché gli interessati intendano sindacare la legittimità delle previsioni in essa dettate). Ha poi dichiarato tale circolare illegittima nella parte in cui disciplina il servizio di controllo dello stato di malattia dei lavoratori dipendenti mediante le visite mediche domiciliari, atteso che l'art. 13, quinto comma, d.l. 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 novembre 1983, n. 638, riserva la materia ad appositi decreti ministeriali del Ministero del lavoro, da adottare di concerto con il Dicastero della salute, sentiti la Federazione nazionale degli ordini dei medici e il consiglio di amministrazione dell'I.N.P.S.. Ha invece dichiarato legittima la stessa circolare nella parte in cui, con norme di natura organizzativa del servizio di controllo, stabilisce che, al fine di pervenire all'ottimizzazione economica del settore, l'I.N.P.S. assegni in via prioritaria le visite di controllo ai medici inseriti nell'apposita lista che abbiano il loro domicilio in prossimità dell'indirizzo di reperibilità indicato dal lavoratore.

Da segnalare anche la sentenza della Sez. III *bis* n. 32541 del 28 settembre 2010 secondo cui, ai sensi dell'art. 35, quarto comma, d.lgs. 17 agosto 1999, n. 368, il personale medico in servizio presso le strutture sanitarie private accreditate può essere ammesso alle scuole di formazione specialistica nei limiti del dieci per cento in più del numero stabilito per il corso, atteso che le suddette strutture concorrono su di un piano di parità con quelle pubbliche all'erogazione delle prestazioni sanitarie.

Con sentenza n. 30425 del 9 agosto 2010 la Sez. I ha chiarito che il Commissario delegato dal Governo per l'emergenza brucellosi negli allevamenti bufalini della Provincia di Caserta e zone limitrofe, benché costituito presso un assessorato della Giunta regionale della Campania, ha veste di organo straordinario della Presidenza del Consiglio dei ministri, di cui il competente apparato statale si avvale per lo svolgimento dei compiti previsti dalla l. 24 febbraio 1992, n. 225 in materia di istituzione del servizio nazionale di protezione civile; pertanto, gli atti assunti nell'esercizio delle dette funzioni delegate sono riferibili alla stessa Presidenza del Consiglio, che esercita nei confronti del Commissario delegato medesimo una potestà di supervisione e indirizzo.

9. Pubblico impiego

9.1 Principi comuni

In tema di pubblici concorsi interessante è la sentenza n. 8795 del 29 aprile 2010 della Sez. I *bis*, secondo cui il superamento dei limiti di età per partecipare alla procedura si verifica il giorno successivo al compimento dell'età e non al compimento del successivo anno, e ciò in quanto dal giorno successivo a quello del compleanno si entra nell'età "superiore".

Con sentenza n. 17503 del 14 giugno 2010 la stessa Sez. I *bis* ha chiarito che i requisiti di partecipazione ad una procedura selettiva ovvero di accesso al pubblico impiego devono sussistere non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione delle domande di ammissione al concorso, così come si desume dal principio generale sancito dall'art. 2, ultimo comma, t.u. 10 gennaio 1957, n. 3, ma anche al momento del conferimento della nomina, fatto salvo il solo limite di età massima.

Con riferimento al dipendente che assiste un familiare portatore di handicap, la Sezione I *quater*, con sentenza s4 febbraio 2010 n. 1464, ha precisato che i presupposti soggettivi ed oggettivi richiesti per il diritto di avvicendamento previsto dall'art. 33, 5° comma, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 n. 104 e s.m.i., sono i seguenti: 1) riconoscimento, da parte della competente Azienda Sanitaria Locale, dell'handicap in situazione di gravità dell'assistito; 2) insussistenza di ricovero a tempo pieno di quest'ultimo presso strutture ospedaliere o simili; 3) relazione di parentela o affinità entro il terzo grado con il dipendente; 4) continuità dell'assistenza; 5) inesistenza di altri parenti o affini che abbiano usufruito della medesima normativa o siano comunque in grado di sopperire alle esigenze del portatore di handicap; 6) gradimento del disabile all'assistenza da parte del richiedente. La Sezione ha da ciò desunto che è legittimo il rigetto di una domanda di trasferimento avanzata da un pubblico dipendente, ex art. 33, 5° comma, cit. per prestare assistenza ad un parente od affine handicappato (nella specie, si trattava del padre dell'interessato), nel caso in cui il diniego sia motivato con riferimento al fatto che non tutti i parenti ed affini, entro il terzo grado, del disabile avevano dimostrato la propria oggettiva ed effettiva impossibilità ad assisterlo, difettando in tal caso il presupposto dell'esclusività dell'attività e/o prestazione di assistenza da parte del dipendente interessato al trasferimento.

Nella medesima materia la sentenza della Sez. I *bis* n. 10743 dell'11 maggio 2010 ha ricordato che il principio ispiratore della norma di cui all'art. 33, l. 11 febbraio 1992, n. 104 è soltanto di salvaguardare la condizione del dipendente già impegnato nel prestare assistenza – in via continuativa – ad un familiare portatore di “handicap”, e non anche di favorire le aspettative di chi aspiri ad esser trasferito: al fine di poter instaurare, in futuro, un simile rapporto. Segue da ciò che il beneficio del trasferimento alla sede di lavoro più vicina al proprio domicilio non si applica nel caso in cui il dipendente chieda l'applicazione della legge 104 proprio per instaurare il rapporto di assistenza. Alle medesime conclusioni è pervenuta la Sez. I *quater* con sentenza n. 36991 del 16 dicembre 2010.

Da segnalare la sentenza n. 813 del 25 gennaio 2010, con la quale la Sez. I *bis* ha chiarito che a seguito dell'introduzione, nel Servizio Sanitario Nazionale, con d.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761, del sistema delle qualifiche funzionali, alle quali si accede mediante pubblico concorso, non è possibile conferire, al personale medico collocato a riposo, la qualifica superiore rispetto a quella posseduta, come era invece previsto dalla l. 24 maggio 1970, n. 336 a favore degli *ex* combattenti ed assimilati.

9.2 Magistrati

Riguardo al rapporto di impiego dei magistrati, va segnalata la sentenza della Sez. I 19 novembre 2010, n. 33666, secondo cui è viziato da nullità *ex art. 21 septies*, della legge 7 agosto 1990, n. 241 - e cioè da un vizio rilevabile di ufficio dal g.a. ai sensi dell'art. 31, comma 4, del Codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. n. 104 del 2010 - il provvedimento con il quale il Presidente della Corte dei Conti non ha autorizzato un magistrato contabile, appena nominato in servizio, a proseguire nell'incarico, già ricoperto al momento di detta nomina, di consigliere comunale e nel connesso incarico di membro del Comitato delle Regioni dell'Unione Europea, trattandosi di provvedimento reso in carenza di attribuzione, poiché non vi è nell'ordinamento alcuna norma, di rango costituzionale o di fonte ordinaria, in forza della quale possa ritenersi sussistente una oggettiva situazione di incompatibilità *ex lege*, in capo al magistrato

contabile, tra lo svolgimento di tale funzione e il fatto di ricoprire, contestualmente, la carica di consigliere comunale.

9.3 Docenti universitari

Quanto ai professori universitari, da segnalare la sentenza n. 32604 del 29 settembre 2010, con la quale la Sez. III ha dichiarato illegittima, ai sensi dell'art. 3, secondo comma, d.P.R. 23 marzo 2000, n. 117, la commissione nominata per la valutazione comparativa a posti di professore ordinario composta non da soli ordinari ma anche da un professore straordinario. Tale norma dispone, infatti, che possono essere componenti delle commissioni giudicatrici i professori "che hanno conseguito la nomina a ordinario". Questa espressione deve essere interpretata come non comprensiva dei professori straordinari. Il riferimento, infatti, è evidentemente alla previsione dell'art 6, d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, che prevede che "le norme del presente decreto che contemplano professori ordinari si intendono riferite anche ai professori straordinari, fatte salve le disposizioni riservate ai professori che abbiano conseguito la nomina ad ordinario".

Di notevole interesse anche la sentenza n. 18111 del 16 giugno 2010 che ha chiarito, riprendendo principi affermati dalla Corte giust. comm. eu. 17 dicembre 2009, n. 586, che nell'ordinamento italiano la posizione di professore universitario non costituisce una professione regolamentata, per la quale possa farsi quindi luogo all'applicazione della normativa di riconoscimento delle qualifiche professionali - di cui al d.lgs. 9 novembre 2007, n. 206 - ai fini dell'esercizio in Italia di una professione per la quale si sia conseguita all'estero la relativa qualifica (nella specie, è stato reputato legittimo il diniego di riconoscimento dell'equipollenza di un diploma conseguito in Germania quale idoneità all'insegnamento come professore universitario di prima fascia).

Da segnalare anche la sentenza della Sez. III n. 33062 del 29 ottobre 2010, secondo cui in tema di inquadramento nella fascia dei professori associati, la sanatoria prevista dall'art. 8, settimo comma, l. 19 ottobre 1999, n. 370 riguarda solo i tecnici laureati che, essendo stati ammessi con riserva alla procedura di inquadramento sulla base di ordinanze cautelari di sospensione degli effetti degli atti preclusivi della partecipazione, abbiano superato le relative prove; pertanto, essa

non può essere estesa a ulteriori categorie di beneficiari ivi non contemplate ovvero a coloro nei cui confronti la relativa istanza era stata definita negativamente con sentenza passata in giudicato. La norma della legge del 1999 è confermata dall'art. 4 *bis*, d.l. 7 aprile 2004, n. 97 per cui, a decorrere dall'anno 2005, analogamente a quanto previsto dall'art. 8, settimo comma, l. 19 ottobre 1999, n. 370, è legittimamente conseguita l'idoneità di cui agli artt. 50, 51, 52 e 53, d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382 da parte di coloro che, ammessi con riserva ai relativi giudizi per effetto di ordinanza di sospensione dell'efficacia di atti preclusivi alla partecipazione emessi dai competenti organi di giurisdizione amministrativa, li abbiano superati e siano stati inquadrati dalle università nel ruolo dei professori associati. La disposizione di sanatoria, appare, dunque, di stretta interpretazione e non ammette un'estensione sistematica ad ulteriori categorie di beneficiari ivi non contemplati.

Del collocamento fuori ruolo dei docenti universitari, introdotto dalla legge finanziaria per il 2008 (24 dicembre 2007, n. 244) si è occupata la sentenza n. 7103 del 15 aprile 2010, che ha preliminarmente chiarito che non sussiste alcun diritto quesito dei professori universitari ad un determinato periodo di fuori ruolo. Anche la Corte Costituzionale, nella sentenza 24 luglio 2009, n. 236, pur non affrontando direttamente la questione di coloro che sarebbero stati collocati fuori ruolo successivamente all'entrata in vigore della legge, ha affermato che il sacrificio imposto ai docenti già collocati fuori ruolo appare ingiustificato e irragionevole, mentre il fine di abolire per il futuro l'istituto del collocamento fuori ruolo per tutti i professori universitari rientra nella discrezionalità del legislatore e si inserisce in un indirizzo già seguito dalla legge Moratti. Con precipuo riferimento alla legittimità costituzionale dell'abolizione del fuori ruolo e della sua riduzione per i professori universitari per cui non era stato ancora disposto all'entrata in vigore della nuova disciplina, la Sezione ha richiamato l'orientamento della Corte Costituzionale rispetto alla materia previdenziale, secondo cui non sussistono limiti per il legislatore ordinario nella modifica delle discipline vigenti, che non siano quelli della ragionevolezza, se non quando la situazione sia divenuta di diritto con il collocamento in quiescenza. Nel caso di specie, inoltre, neppure si può ritenere la scelta del legislatore del tutto irragionevole, essendo l'abolizione del fuori ruolo, già prevista per i professori nominati ai sensi della nuova l. 4 novembre 2005, n. 230 (legge Moratti), una scelta complessiva dell'ordinamento universitario. L'ambito di applicazione

della nuova normativa e la disciplina di diritto transitorio conducono altresì a non ritenerne la manifesta irragionevolezza. Infatti la totale abolizione del fuori ruolo è stata prevista solo per i professori che avevano ancora davanti tre anni di servizio, i quali ben avrebbero potuto rideterminare le loro attività scientifiche e di programmazione in tale lasso temporale; per coloro, come il ricorrente, che dovevano essere ancora collocati fuori ruolo al momento di entrata in vigore della norma la progressiva riduzione del periodo di due anni e poi ad un anno, ha lasciato comunque, dal momento di entrata in vigore della legge finanziaria, un congruo lasso temporale per la organizzazione e pianificazione dell'attività scientifica. Ne deriva la manifesta infondatezza altresì delle censure relative all'illegittimità costituzionale per la violazione dell'art 97 Cost.. Non si può, infatti, ritenere contraria al principio di buon andamento dell'azione amministrativa una nuova disciplina del collocamento fuori ruolo che ne preveda una riduzione progressiva, consentendo alle Università la programmazione dell'attività scientifica, secondo anche le previsioni della l. n. 230 del 2005, per cui i professori universitari hanno il diritto e il dovere di svolgere attività di ricerca e di didattica, con piena libertà di scelta dei temi e dei metodi delle ricerche nonché, nel rispetto della programmazione universitaria di cui all'art. 1 *ter*, d.l. 31 gennaio 2005, n. 7, dei contenuti e dell'impostazione culturale dei propri corsi di insegnamento. La Sezione ha ricordato che dalle norme vigenti prima della legge finanziaria per il 2008 non derivava alcun diritto perfetto in capo ai professori universitari al godimento del fuori ruolo, i quali conformemente a tutti gli altri dipendenti pubblici hanno una aspettativa al trattamento di quiescenza secondo la disciplina in vigore, nel rispetto delle anzianità maturate e della situazione previdenziale in corso. La Sezione ha poi aggiunto che per gli insegnanti universitari l'art. 16, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503, nel testo modificato dall'art. 72, settimo comma, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, ha previsto che il prolungamento biennale del servizio oltre i limiti di età per il collocamento a riposo consegue a una scelta discrezionale dell'Amministrazione, in relazione sia alle sue esigenze organizzative, sia alla particolare esperienza professionale acquisita dal richiedente in determinati o specifici ambiti. Tale esercizio di potere discrezionale è limitato dalla norma alla valutazione di specifici presupposti, alcuni legati ai profili organizzativi generali dell'amministrazione, "in base alle proprie esigenze organizzative e funzionali"; gli altri alla

situazione specifica soggettiva e oggettiva del richiedente, “in relazione alla particolare esperienza professionale acquisita dal richiedente in determinati o specifici ambiti ed in funzione dell’efficiente andamento dei servizi”. La norma, come detto, richiede, peraltro, anche una disamina relativa alla posizione del singolo dipendente, sia in relazione alla sua specifica esperienza sia in relazione al servizio svolto. E’ evidente che tali valutazioni vadano effettuate in considerazione della specifica professionalità del dipendente pubblico che presenta la domanda di prolungamento biennale del servizio. Pertanto, nel caso dei professori universitari si deve tener conto della particolarità dell’attività svolta, di insegnamento e di ricerca; tali aspetti devono, dunque, essere oggetto di valutazione da parte dell’Amministrazione (se, ad esempio, siano in corso programmi di ricerca non suscettibili di immediata interruzione o corsi di insegnamento non facilmente sostituibili).

9.4 Personale della scuola

In materia di personale della scuola, va anzitutto segnalata l’ordinanza della Sez. III *bis* 5 febbraio 2010, n. 230, con la quale è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 4 *quater* del d.l. n. 134 del 2009 (cd. decreto salva precari, conv. in l. n. 167 del 2009), che, ai fini dell’aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento del personale docente, ha previsto trasferimenti ad altra provincia, con inserimento “a pettine” sono a partire dal biennio 2011-2013.

Con riferimento alle graduatorie degli insegnanti è da segnalare la sentenza della Sez. III *bis* n. 21793 del 30 giugno 2010 ha chiarito che ai sensi dell’art. 1, d.l. 7 aprile 2004, n. 97, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 giugno 2004, n. 143, l’art. 1, d.m. 8 aprile 2009, n. 42, che disciplina l’integrazione e l’aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento del personale docente per gli anni scolastici 2009/2010 e 2010/2011, è illegittimo nella parte in cui non prevede l’obbligo degli Uffici provinciali scolastici di consentire ai docenti già iscritti in dette graduatorie e che non hanno presentato la prescritta domanda di conferma, espressamente prevista dall’art. 1, d.l. n. 97 del 2004 cit., di farvi luogo in un termine all’uopo prefissato, atteso che l’omissione suddetta non costituisce un indice presuntivo assoluto di disinteresse alla permanenza in graduatoria, che è il presupposto per il depennamento da quest’ultima, non intendendo di converso la norma primaria

sanzionare il mero inadempimento dell'insegnante, che perciò stesso assurge al rango di semplice incompletezza documentale, sanabile ai sensi e con il procedimento dettato dall'art. 11, quarto comma, d.m. n. 42 cit..

Merita di essere segnalata anche la sentenza della Sez. III *bis* 15 novembre 2010, n. 33433, la quale ha osservato che, coerentemente rispetto alle previsioni della normativa concordataria, il docente di religione - per gli alunni che si sono avvalsi dell'insegnamento della religione cattolica (c.d. avvalentisi) - nelle valutazioni collegiali non esprime un voto numerico ma sempre e comunque un giudizio. Di conseguenza la Sezione ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 4, comma 1, e 6, comma 3, del d.P.R. 22 giugno 2009, n. 122, nella parte in cui è stata apprestata, in sede di credito scolastico, una disciplina discriminatoria per i docenti delle attività alternative all'insegnamento della religione cattolica, attraverso l'omessa loro partecipazione al consiglio di classe che decide in ordine all'attribuzione del credito scolastico.

Infine, sempre in tema di insegnanti di religione, la sentenza della Sez. III 29 settembre 2010, n. 32586, ha escluso che essi abbiano titolo per partecipare agli esami di abilitazione all'insegnamento, stante la loro peculiare posizione, che non trova corrispondenza nella dotazione di organico dei ruoli ordinari, traendo fonte il relativo rapporto di lavoro da incarichi annuali e senza collegamento con altre classi di concorso.

10. Militari

Molte sono le pronunce della Sezione I *bis* sui militari.

Da segnalare innanzitutto la sentenza n. 2425 del 18 febbraio 2010, con la quale è stato chiarito che ai fini dell'arruolamento nell'Arma dei carabinieri la sola presenza di un tatuaggio è circostanza neutra, che abbisogna, per fondare un giudizio di non idoneità, della positiva valutazione di rilevante alterazione funzionale e fisiognomica. La previsione di siffatta causa di non idoneità è giustificata dalla rilevanza della prestanza fisica nell'ambito degli ordinamenti militari e/o assimilati, con la conseguenza che anche un tatuaggio può assumere rilievo ai fini dell'adozione di un giudizio di non idoneità al servizio, seppure nei limiti in cui possa ridondare a disonore dell'istituzione e della sua immagine, con la conseguenza che, in questa limitata prospettiva, è

logico che la verifica dei requisiti fisici si spinga a valutare l'interezza del soggetto, comprensiva anche del suo aspetto esteriore, destinato a rappresentare l'istituzione nel suo complesso proprio perché ne indosserà l'uniforme. La Commissione medica non può dunque fondare il giudizio di inidoneità sulla semplice presenza di un tatuaggio in una zona del corpo non visibile, ma deve darsi carico di accertare se a causa del rilevato tatuaggio la figura del ricorrente risulti deturpata, ovvero se dalla forma e dalle dimensioni delle figure incise sulla pelle possa attribuirsi al deducente una personalità abnorme, motivazione, questa, che manca del tutto, ove la Commissione si limiti a richiamare la stessa formula genericamente usata dalla normativa.

Interessante anche la sentenza n. 5728 del 7 aprile 2010, secondo cui affinché, ai sensi dell'art. 14, quinto comma, l. 28 luglio 1999, n. 266 e delle connesse norme regolamentari, possa avvenire il transito nei ruoli civili del personale militare giudicato non idoneo per lesioni fisiche al servizio militare incondizionato, occorre che si tratti di personale legato all'Amministrazione dal rapporto di servizio stabile e continuativo, con la conseguente esclusione del personale volontario in ferma breve.

Da segnalare anche la sentenza n. 8458 del 26 aprile 2010, con la quale è stato escluso che per il militare in missione in Albania e nei territori dell'ex Jugoslavia sia configurabile il diritto a vedersi monetizzare, mediante la corresponsione della relativa indennità, i giorni di riposo compensativo fruiti in patria. Ciò in quanto l'invio all'estero del personale militare per l'espletamento di operazioni internazionali è disposto in base a specifici provvedimenti normativi che stabiliscono il trattamento economico attribuibile agli operatori ed i limiti, territoriali e temporali, entro cui questo può essere concretamente goduto. Aggiungasi, ed il rilievo assume carattere assorbente di ogni altra considerazione, che l'art. 39 *viciet semel*, trentanovesimo comma, l. 23 febbraio 2006, n. 51 ha precisato che il trattamento economico previsto, per le missioni all'estero, dal r.d. n. 941 del 1926 ha carattere onnicomprensivo.

11. Libere professioni

In tema di concorso per notai la Sez. I (sentenza n. 26342 del 16 luglio 2010) ha chiarito che ai sensi dell'art. 11, settimo comma, d.lgs. 24 aprile 2006, n. 166, l'esclusione del candidato

dalle prove orali di un concorso a posti di notaio per inidoneità di uno degli elaborati scritti presuppone la declaratoria generale dei criteri di valutazione, cui accede l'ulteriore onere della specificazione contenutistica delle fattispecie di nullità e grave insufficienza, ovvero di quegli elementi che, in ragione dell'insuperabile (ovvero accentuatamente grave) presenza di errori o incompletezze, consentano di disporre la detta esclusione dalla procedura selettiva senza dover procedere alla valutazione complessiva degli elaborati medesimi.

In tema di responsabilità disciplinare dei notai la Sez. III *quater*, con sentenza n. 30580 del 10 agosto 2010 ha chiarito che principi di deontologia professionale che prevedono l'adozione di particolari formalità per la redazione di taluni atti, oltre quelle già previste dalla legge, non apportano alcuna modifica alla legge stessa, nel senso che l'atto rogato senza l'osservanza delle formalità di cui alle norme deontologiche conserva integra la propria validità, ma si limitano ad imporre regole di condotta volte a conformare il comportamento del notaio alle norme dell'etica professionale, la cui enunciazione è istituzionalmente rimessa all'autonomia del Consiglio Notarile; quindi dette regole non sono dirette ad imporre formalità *praeter legem* funzionali ad una valida redazione dell'atto, ma si pongono come strumentali alla verifica di una condotta ritenuta dal Consiglio conforme alla deontologia professionale. La violazione delle suddette regole quindi non ha alcuna interferenza sulla funzione pubblicistica "esterna" del notaio, ma solo una rilevanza "interna" ai fini deontologici e disciplinari.

12. Edilizia

Molte sono le sentenze del Tar Lazio in materia di edilizia.

La sentenza del 18 ottobre 2010, n. 32861 della Sez. II *bis* ha chiarito che la fattispecie del cd. "lotto intercluso" si realizza quando l'area edificabile di proprietà del richiedente si trova in una zona interessata da costruzioni, dotata di opere di urbanizzazione primaria e secondaria e valorizzata da un progetto conforme agli strumenti urbanistici: elementi, questi, che consentono l'intervento costruttivo diretto, attesa la sussistenza di tale situazione di fatto del fondo e non potendo l'inedificabilità dell'area essere considerata *sine die* per l'assenza di un piano di dettaglio, la cui attuazione risulta necessaria in presenza di zone parzialmente urbanizzate nelle quali detto

strumento urbanistico può conseguire l'effetto di correggere e compensare il disordine edificativo in atto.

Con sentenza n. 33920 del 24 novembre 2010 la Sez. I *quater* ha affermato che la pendenza di una domanda di condono edilizio preclude l'adozione di provvedimenti sanzionatori prima della sua definizione anche se il Comune, in via incidentale e in violazione del principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi, ha espresso una valutazione di improcedibilità della domanda di condono "al momento".

Da segnalare anche la sentenza della Sez. III *ter* n. 5413 dell'1 aprile 2010, che ha dichiarato l'illegittimità del decreto del Ministero delle attività produttive 23 luglio 2009 avente ad oggetto "Miglioramento della sicurezza degli impianti ascensoristici anteriori alla direttiva 95/16/Ce" nella parte in cui impone ai privati proprietari pesanti prestazioni personali e patrimoniali al di fuori di qualsiasi prescrizione legislativa e lascia ampio spazio nella loro individuazione ad una associazione privata (l'Uni), alle cui libere determinazioni, assunte nel tempo e finalizzate ad un continuo adeguamento delle tecniche di valutazione dei rischi degli impianti, da esse imposte, dipende la loro progressiva quantificazione e i vantaggi economici che l'associazione ne ricava. Ha chiarito che l'ordinamento vigente già impone ai proprietari di immobili dotati di ascensori due verifiche annuali e una straordinaria ad opera di tecnici specializzati ed autorizzati, con i relativi costi di non limitato livello. Per effetto del decreto impugnato a detto sistema, niente affatto abrogato ma tuttora vigente e cogente, ora se ne sovrappone un altro motivato con riferimento alla migliore qualità che garantirebbero le tecniche UNI, come se la loro applicazione non potesse essere imposta ai tecnici che effettuano i primi controlli. In sostanza si mantiene in piedi un sistema, della cui efficacia si dubita, ma che obbliga i suoi operatori a segnalare immediatamente eventuali difetti dell'ascensore ai relativi proprietari perché provvedano ad eliminarli, e ad esso se ne sovrappone un altro, che introduce un'ulteriore verifica. Il primo controllore è controllato dal secondo, senza che sia neppure stabilito, in caso di esiti diversi, a quale dei due i privati proprietari devono conformarsi.

13. Urbanistica

Da segnalare la sentenza n. 1524 del 4 febbraio 2010 della Sez. II *bis*, che ha pronunciato sul ricorso avente ad oggetto un piano regolatore comunale. Ha preliminarmente chiarito che nell'attuale ordinamento urbanistico, non meno che in tutto il diritto pubblico (che vuole che in uno Stato di diritto non possa una Pubblica amministrazione avvalersi di poteri che la legge non le ha previamente conferito), esiste un inderogabile principio di nominatività e tipicità degli strumenti urbanistici: esso è tale per cui una Pubblica amministrazione non può adottare, od approvare, una figura di piano di organizzazione del territorio che non corrisponda (per presupposti, competenze, oggetto, funzione ed effetti) ad uno schema già predeterminato, in via generale ed astratta, da una norma primaria dell'ordinamento. La gestione dell'assetto del territorio è infatti una funzione che si estrinseca in una molteplice tipologia di manifestazioni di potestà pubbliche, in cui ciascuna deve essere caratterizzata per legge (a garanzia dei destinatari) da una propria causa, da propri effetti, e da una corrispondente competenza, con la conseguenza che nell'attuale ordinamento non può essere riconosciuto ad alcun centro amministrativo un generale ed indifferenziato potere di pianificazione del territorio, libero quanto a mezzi e a forme, capace di incidere sui diritti dei consociati. Gli strumenti urbanistici legittimamente applicabili sono pertanto soltanto quelli previsti - per nome, causa e contenuto - dalla legge; e dunque, al di fuori di un tale numero chiuso, non può legittimamente un'Amministrazione procedere ad introdurre nella realtà giuridica qualsivoglia, indicativa o coercitiva che sia, nuova categoria di strumento di pianificazione dell'assetto del territorio". In particolare, poi, non può ricavarsi una deroga al principio del *numerus clausus* degli strumenti di pianificazione urbanistica previsti dalla legge dal principio dell'autonomia degli Enti locali, in quanto gli atti normativi di rango secondario o ulteriormente subordinato posti in essere dai suddetti Enti debbono comunque rispettare le fonti primarie. Con precipuo riferimento al nuovo piano regolatore di Roma, ha dichiarato illegittima la riserva a titolo gratuito di una consistente quota parte dell'edificabilità di un'area privata a favore del Comune, tenendo presente che esso, con riferimento agli ambiti di compensazione, configura una forma di espressa sottrazione ai proprietari della parte maggioritaria della quota di edificabilità aggiuntiva agli stessi riconosciuta, senza previa negoziazione, posto che la quota riservata alla mano pubblica è stabilita a priori dal piano, il quale dapprima la quantifica con precisione, facendo salve le indicazioni del programma

preliminare solo in senso più restrittivo, e conseguentemente stabilisce a carico dei proprietari degli ambiti di compensazione un puntuale obbligo — una volta approvato lo strumento urbanistico esecutivo — di cedere al Comune, o a soggetti terzi dallo stesso individuati, la superficie fondiaria corrispondente alle previsioni edificatorie riservate al Comune medesimo, né è dato rinvenire alcuna disciplina, di fonte legislativa, che autorizzi una riserva di proprietà fondiaria alla mano pubblica in assenza di specifica normativa primaria e al di fuori delle garanzie previste in proposito dall'art. 42 Cost.. Ha altresì dichiarato illegittima la previsione che, in aggiunta agli oneri di urbanizzazione, impone un contributo straordinario a carattere non tributario — carente della necessaria base legislativa, non solo a livello statale ma anche a livello regionale — che viene *a priori* quantificato sia nella quota di maggiorazione di edificabilità che ne costituisce la base sia nell'individuazione della misura minima, con successivo scomputo mediante realizzazione diretta delle opere.

14. Espropriazione

Con sentenza 29 luglio 2010, n. 29121 la Sez. II *bis* ha chiarito che nell'ambito dei soggetti legittimati ad impugnare gli atti di una procedura espropriativa, è compreso anche il livellario, in quanto il livello costituisce un diritto sul fondo, i cui contenuti sono assimilabili a quello d'enfiteusi, e il livellario è titolare di una posizione differenziata e qualificata, ed ha quindi interesse ad impugnare i provvedimenti facenti parte del procedimento di espropriazione di un'area in suo possesso.

Da segnalare la sentenza della Sez. II *ter* n. 33111 del 2 novembre 2010, con la quale è stato chiarito che il valore del ristoro spettante per l'ipotesi di occupazione illegittima di aree private deve essere integrale e, pertanto, sulla somma spettante a titolo di risarcimento danni, costituente la sorte capitale di un debito di valore, vanno corrisposti la rivalutazione monetaria, secondo gli indici ISTAT dei prezzi al consumo, e gli interessi legali (di natura compensativa) sulle somme anno per anno rivalutate fino alla data di deposito della sentenza e soltanto gli interessi legali da tale data fino a quella di effettivo soddisfo.

Con sentenza n. 11984 del 18 maggio 2010 la Sez. II *bis* è intervenuta in una vicenda che, secondo la precedente impostazione avrebbe dovuto portare all'applicazione dell'istituto dell'accessione invertita. Ha chiarito che, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fanno parte del diritto dell'Unione e, quindi, la violazione di quei diritti (nella specie, il diritto di proprietà) consente la diretta disapplicazione della norma nazionale difforme da parte del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 11 Cost., a differenza di quanto accade per gli altri diritti pattizi internazionali, che trovano tutela nell'art. 117, primo comma, Cost. e che necessitano dell'intervento della Corte costituzionale.

15. Ambiente

Con sentenza n. 36740 del 15 dicembre 2010 la Sez. I ha chiarito che la scansione procedimentale prevista dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 ai fini della valutazione di impatto ambientale (nella versione all'epoca vigente) è incompatibile con l'adempimento disciplinato dall'art. 10 *bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241. E' noto, in primo luogo, che l. n. 241 del 1990 è una legge "sul procedimento amministrativo". Essa, pertanto, rispetto a procedimenti disciplinati da leggi speciali anteriori, esplica una valenza precettiva autonoma solo se essi siano lacunosi o carenti rispetto alle garanzie dalla stessa assicurate. Con particolare riferimento al procedimento di valutazione d'impatto ambientale, esso è contenuto in una legge speciale successiva all'introduzione dell'art. 10 *bis* nel corpo della l. n. 241 del 1990 e, relativamente ai rapporti con la legge generale sul procedimento amministrativo, solo a partire dal d.lgs. n. 4 del 2008 è stato precisato che le modalità di partecipazione previste dallo stesso decreto soddisfano i requisiti di cui agli artt. da 7 a 10, l. n. 241 del 1990. La partecipazione al procedimento di valutazione di impatto ambientale ha poi caratteristiche peculiari, assimilabili per certi versi a quella tipica dei procedimenti di pianificazione territoriale, in relazione ai quali la stessa l. n. 241 del 1990 rinvia "alle particolari norme che ne regolano la formazione". In particolare, tra le finalità proprie della VIA, vi è anche quella di assicurare che, in ogni fase della procedura siano garantiti, non solo "lo scambio di informazioni e la consultazione tra il soggetto proponente e l'autorità competente" ma anche

“l’informazione e la partecipazione del pubblico al procedimento” (cfr. l’art. 24, d.lgs. n. 152 del 2006, nella versione applicabile *ratione temporis* al caso esaminato dalla Sezione). E’ stato altresì ricordato che – sebbene gli atti conclusivi delle procedure di VIA siano stati da sempre considerati come autonomamente impugnabili, in particolare da parte dei soggetti interessati alla protezione dei valori ambientali – essi si inseriscono pur sempre all’interno del più ampio procedimento di realizzazione di un’opera o di un intervento, per cui la fase di interlocuzione prevista dall’art. 10 *bis* appare come naturalmente configurabile non già rispetto al giudizio di compatibilità ambientale, quanto rispetto al provvedimento finale, conclusivo della procedura di autorizzazione. Inoltre, siffatto giudizio (sebbene determini un forte vincolo procedimentale, essendo rivolto a sensibilizzare l’autorità decidente con l’apporto di elementi tecnico–scientifici, idonei ad evidenziare le ricadute sull’ambiente di una determinata opera), non comporta automaticamente il diniego di autorizzazione in caso di valutazione negativa, o comunque un definitivo arresto procedimentale, potendo questi ultimi essere superati con determinate procedure e con adeguata motivazione. Ha infine concluso nel senso che l’applicazione del c.d. “preavviso di rigetto” al contenuto proprio del giudizio di compatibilità ambientale appare distonica e, comunque, foriera di conseguenze contraddittorie rispetto ai principi stessi di partecipazione del pubblico, i quali trovano invece nel d.lgs. n. 152 del 2006 la loro disciplina, organica e compiuta (cfr., in particolare, l’art. 29, quarto comma, - nella parte in cui è prevista una specifica forma di contraddittorio tra il proponente e i soggetti, che abbiano presentato pareri e osservazioni, ovvero il quinto comma della medesima disposizione, nella parte in cui prescrive che, ove il committente o il proponente intenda uniformare, in tutto o in parte, il progetto ai pareri e/o osservazioni emersi nel corso dell’inchiesta pubblica o del contraddittorio, è tenuto a farne richiesta all’autorità competente e al deposito del progetto modificato). Anche a volere ammettere, inoltre, che l’autorità competente sia tenuta a preannunciare al proponente il proprio giudizio (se di carattere negativo), al fine di stimolarne le controdeduzioni, analogo adempimento dovrebbe riguardare, in caso di giudizio positivo, anche i soggetti che abbiano partecipato al procedimento mediante pareri e osservazioni contrarie alla realizzazione dell’intervento, atteso il procedimento di VIA ha carattere “circolare” ed è volto a considerare “contestualmente” i rilievi dei soggetti interessati, i pareri forniti dalle pubbliche

amministrazioni e le altre eventuali osservazioni del pubblico (cfr., ancora, l'art. 29, primo comma, d.lgs. n. 152 del 2006, cit.).

16. Beni culturali

Molte e di notevole interesse sono le pronunce della Sez. Il *quater* in materia di beni culturali.

Da segnalare innanzitutto la sentenza 8 gennaio 2010, n. 94, che ha pronunciato sulla natura giuridica di legge-provvedimento della l. 4 giugno 1934, n. 928, con la quale la Collezione Barberini-Corsini è stata liberata dai vincoli di inalienabilità (relativa) ed indivisibilità sanciti dalla legislazione speciale sulle raccolte *ex-fidecommissarie*; contestualmente è stato consentito il trasferimento gratuito allo Stato di parte ed esentata dalla tassa di esportazione, e sulla resistenza della particolare disciplina derogatoria, d'origine convenzionale, alle modifiche successivamente intervenute, con riferimento alla disciplina del regime di circolazione internazionale dei dipinti. Ha in particolare chiarito che con la l. n. 928 del 1934, che ha chiara natura di legge-provvedimento, la Collezione Barberini-Corsini - sulla base di valutazioni politiche che esulano dal presente giudizio - è stata liberata dai vincoli di inalienabilità (relativa) ed indivisibilità sanciti dalla legislazione (speciale) sulle raccolte *ex-fidecommissarie*; contestualmente è stato consentito il trasferimento gratuito allo Stato di parte delle opere di rilevante valore artistico, si è assoggettato solo parte delle opere rimanenti all'ordinario regime vincolistico e si è riconosciuta ai privati - quale evidente e ponderata contropartita della cessione gratuita di parte del patrimonio - la piena ed assoluta proprietà delle restanti opere, nonché la libera esportabilità, con esenzione dal pagamento di dazi doganali altrimenti previsti. Non è dubbio che, relativamente a tali beni (inclusi nell'allegato B della Convenzione), la legge in questione ha impresso una disciplina specifica derogatoria che li sottrae non tanto e non solo ai vincoli altrimenti incombenti in quanto elementi di una collezione *fidecommissarie*, ormai già sciolta, ma anche e soprattutto all'ordinario regime autorizzatorio al quale altrimenti dette opere sarebbero sottoposte. Sotto tale aspetto, la legge in questione si configura come atto derogante che, seppur privo dei tradizionali caratteri di generalità ed astrattezza, ha comunque natura normativa, caratterizzato da innovatività sotto un duplice profilo,

in quanto, nel rinviare alla disciplina contenuta nell'atto in deroga da esso previsto (cioè nella Convenzione), aggiunge un *quid novi* sia alla disciplina precedente delle raccolte *ex fidecommissarie* - estraniando da tale ambito la raccolta in questione e dettando una disciplina derogatoria ad essa specifica - sia alla disciplina generale dell'esportazione delle cose d'arte, esonerando i proprietari non solo dall'obbligo allora vigente di pagare le relative tasse, ma anche e soprattutto dall'obbligo di munirsi della prescritta licenza, con implicito assenso alla libera circolazione senza alcun limite temporale. In tal modo vengono introdotte una norma eccezionale, derogatoria alla legislazione speciale sulle raccolte *ex-fidecommissarie*, che ha consentito lo "smembramento" di una collezione altrimenti indivisibile ed il passaggio di proprietà di singole opere che ne facevano parte, nonché una norma singolare che, rispetto ad alcune opere che facevano parte di detta raccolta e non assoggettate a vincolo (cioè quelle incluse nel ripetuto allegato B), prevede un regime di circolazione di particolare favore, esentando i proprietari dagli oneri amministrativi e fiscali connessi al trasferimento all'estero delle stesse. Tale disciplina derogatoria, seppur priva di motivazione esplicita - non essendo questa rinvenibile né nella legge n. 936 (atto derogante), né nella Convenzione (atto in deroga) - trova la sua causa, come già anticipato, nel rapporto di scambio tra il trasferimento a titolo gratuito di alcuni capolavori ed il corrispettivo riconoscimento del diritto di proprietà piena ed assoluta, con facoltà di esportazione "libera e franca" sui restanti pezzi della raccolta, che lo Stato ha ritenuto di non dover vincolare in alcun modo, valutandone l'irrelevanza rispetto all'interesse pubblico perseguito.

Di sicuro interesse è anche la sentenza 12 ottobre 2010, n. 32765, che ha chiarito che in caso di impugnazione della dichiarazione di non sussistenza dei requisiti di interesse storico artistico, l'art. 16, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, come modificato dall'art. 2, primo comma, lett. e), d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156, nel prevedere espressamente l'impugnabilità del "provvedimento conclusivo della verifica di cui all'art. 12", non consente alcuna distinzione in base all'esito, positivo o negativo, del procedimento di verifica e quindi in base al contenuto dell'atto dell'oggetto di impugnativa, che ben può essere costituito dal provvedimento con cui si riscontra la presenza o meno dell'interesse storico-artistico del bene. A supporto di tale tesi la Sezione richiama la finalità dello strumento di garanzia costituito dal ricorso amministrativo al suo esame, che non è solo

quella, di evidente ispirazione liberistica, di tutelare esclusivamente gli enti proprietari dei beni in questione, consentendone la piena disponibilità, bensì anche quella, più generale, di assicurare, nell'interesse generale, la possibilità di tutela di cose di proprietà di questi consentendo all'Amministrazione di ravvisarne l'effettivo interesse storico-artistico, magari sfuggito in occasione del primo accertamento. In tale prospettiva, non appare dirimente il rilievo delle diverse conseguenze giuridiche che derivano dai due diversi esiti dell'attività di accertamento condotta dall'Amministrazione (cioè che solo il provvedimento impositivo l'atto di accertamento positivo immuta lo *status* giuridico della 'cosa' indagata), in quanto si tratta di considerazioni che attengono unicamente al profilo degli effetti giuridici immediati del provvedimento di accertamento positivo, trascurando il profilo degli interessi materiali implicati nella vicenda amministrativa, ed *in primis* quello dell'interesse pubblico perseguito dall'Amministrazione, alle cui cure è affidato il delicato compito di preservare e trasmettere alle future generazioni i beni costitutivi del patrimonio culturale comune, oltre che quello della collettività di non vedere dispersi beni cui è legata la propria identità culturale; interessi che, non a caso, proprio perché fondamentali, possono essere perseguiti anche da associazioni quali quella ricorrente, per espressa previsione di legge. Una simile impostazione comporta perciò l'esigenza di riconoscere rilievo centrale agli interessi sostanziali coinvolti nella vicenda amministrativa che trova espressione nel "prisma" dell'atto conclusivo della verifica di cui all'art. 12, interessi che possono trovare adeguata ed effettiva tutela solo in sede di ricorso amministrativo, potendo il sindacato sulla sostanza delle decisioni di apposizione o meno del vincolo, nella forma piena "di legittimità e di merito", essere pienamente svolto esclusivamente davanti alla stessa autorità amministrativa in funzione giustiziale. Dette esigenze, infatti, non potrebbero trovare alcuna effettiva tutela in sede giurisdizionale, stanti i limiti che il sindacato del giudice amministrativo incontra, particolarmente stringenti nelle materie in esame, essendo allo stesso precluso ogni sindacato sui vizi "di merito.

Da segnalare anche la sentenza, sempre della Sez. II *quater*, n. 18615 del 17 giugno 2010 secondo cui nella vendita all'asta di un'opera d'arte, nel caso in l'Amministrazione eserciti la c.d. prelazione legale artistica, ai sensi degli artt. 60 e ss., t.u. 29 ottobre 1999, n. 490, lo Stato non è tenuto al pagamento di oneri aggiuntivi, quali compensi per i mediatori intervenuti, diritti d'asta,

perizie, trasporto, assicurazione, consulenze legali etc., in quanto l'esercizio della detta facoltà non comporta l'inserimento dell'Amministrazione nel contratto originario e la sua sostituzione alla parte acquirente, bensì la caducazione del contratto con la conseguente inefficacia delle pattuizioni in esso contenute.

17. Spettacolo

Tra le numerose sentenze della Sez. Il *quater* in materia di spettacolo merita di essere segnalata la n. 26077 del 15 luglio 2010, con la quale è stato affermato che legittimamente l'Amministrazione non ha ammesso al beneficio dell'incentivazione della distribuzione cinematografica le opere la cui istanza di incentivazione è stata presentata dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 28, e cioè dopo il 6 febbraio 2004. La decisione evidenzia la profonda differenza del sistema di sostegno pubblico all'attività di distribuzione delle opere filmiche prodotte dalle imprese cinematografiche rispetto al precedente. Ha chiarito che nel sistema precedente, l'intervento a sostegno della distribuzione cinematografica, gestito dalla Sezione Autonoma della BNL, consisteva nel tradizionale prestito bancario a tasso agevolato volto a coprire le spese di edizione e pubblicizzazione del film, erogato con le stesse modalità dei mutui per la produzione del film ed in misura percentuale di questi. Nella legge di riforma la modifica del sistema di sostegno alla distribuzione assume un ruolo centrale, volto a recuperare la funzione di una fase considerata l'"anello debole della catena" dell'intervento pubblico al settore, che assume un ruolo centrale nel recupero, mediante la proiezione nelle sale cinematografiche, dei finanziamenti alla produzione delle opere cinematografiche prodotte con le provvidenze statali. In tale ottica, la riforma dell'intervento pubblico a sostegno dell'attività di distribuzione in Italia ed all'estero dei film prodotti prevede la concessione di un finanziamento, determinato con meccanismi di tipo automatico e commisurato ai risultati dell'attività di distribuzione precedentemente svolta, ridefinito come contributo automatico, con obbligo di reinvestimento (essendo i fondi assegnati destinati a "successivi" investimenti nella distribuzione dei film di interesse culturale prodotti con il sostegno statale), collegati alla dimostrata capacità dell'impresa di svolgere l'attività di ricerca ed ampliamento della platea di spettatori che la legge intende

incentivare (essendo la misura del contributo correlata al dato quantitativo del “numero di ingressi” di spettatori nelle sale cinematografiche in cui il film è stato proiettato; ed analogamente per l’esportazione, con l’aggiunta della cessione dei diritti di sfruttamento commerciale dell’opera). In tal modo, correlando il riconoscimento del beneficio alla capacità, già dimostrata, dall’istante di distribuire il prodotto filmico nelle sale cinematografiche, il legislatore autore della riforma ha inteso perseguire l’obiettivo di stimolare e premiare le società di distribuzione che si siano più efficacemente impegnate attivamente nella ricerca ed ampliamento del pubblico al quale il film è destinato, e quindi risponde alla logica delle leggi di incentivazione delle attività private in misura maggiore rispetto al previgente sistema che prevedeva la mera concessione di fondi destinati alla divulgazione dell’opera prodotta, determinati in misura meramente percentuale dei costi di produzione del film, a prescindere dalla dimostrazione dell’effettiva capacità di perseguire l’obiettivo di diffusione commerciale dell’opera. La Sezione ha respinto il ricorso perché ha escluso la possibilità di applicare la norma transitoria, atteso che le istanze di riconoscimento del beneficio in parola erano state presentate dalle società ricorrenti successivamente all’entrata in vigore del d.lgs. n. 28 del 2004, sicchè, alla stregua della norma intertemporale sancita dall’art. 27, settimo comma, del decreto legislativo in parola, la disciplina applicabile alla fattispecie va individuata non in quella previgente, dettata dall’art. 10, d.l. n. 26 del 14 gennaio 1994, convertito in legge n. 153 dell’1 marzo 1994, bensì in quella vigente dettata dall’art. 14, d.lgs. n. 28 del 2004.

Interessante è anche la sentenza 2 aprile 2010, n. 5634, con la quale sono stati dichiarati legittimi i provvedimenti con cui la Direzione generale Cinema ha disposto la revoca (*rectius*, annullamento d’ufficio) dei provvedimenti con i quali aveva concesso alla società di produzione cinematografica ricorrente un finanziamento a valere sul fondo di intervento di cui di cui all’art. 2, l. n. 819 del 14 agosto 1981, ai sensi dell’art. 16, d.l. 14 gennaio 1994, n. 26, per la produzione e distribuzione del film riconosciuto di interesse culturale nazionale “Cefalonia: i giorni dell’amore e dell’odio”. Trattasi di un caso di decadenza dai benefici già concessi per mancanza dei presupposti prescritti per l’ammissione alle provvidenze a favore della cinematografia (art. 5, primo comma, ultimo periodo, l. 4 novembre 1965, n. 1213, confermato anche a seguito della riforma dall’art. 9, primo comma, d.lgs. n. 28 del 2004, in particolare, nel caso di variazioni di elementi fondamentali

dell'opera finanziata con fondi pubblici (art. 13, quinto comma). Nella fattispecie il ricorrente aveva ottenuto il finanziamento in questione prospettando un progetto di realizzazione del film che presentava tutte o alcune voci di costo artificiosamente gonfiate, e ciò aveva determinato insanibili vizi di legittimità degli atti preparatori, in particolare della "perizia" e del conseguente provvedimento di determinazione dell'ammontare del finanziamento, in quanto affetto da errori di giudizio e/o travisamento dei fatti (per quanto concerne l'individuazione dell'importo esatto corrispondente) che si ripercuotono sul provvedimento concessorio finale, di ammissione al finanziamento, che ne risulta viziato per invalidità derivata. Il Tribunale ha ritenuto però viziate, nella fattispecie, le modalità del concreto esercizio di tale potere di autotutela in quanto la Pubblica amministrazione si era basata solo sulla sentenza di condanna del legale rappresentante della Società di produzione ricorrente per il reato di cui all'art. 640 *bis* c.p. (truffa aggravata per aver conseguito "con artifici o raggiri" un incentivo finanziario che altrimenti non sarebbe spettato), peraltro emessa a seguito di giudizio abbreviato, fondata sulla considerazione che le spese effettivamente sostenute per le forniture di uomini, mezzi, tecnologie durante le riprese in Bulgaria non sarebbero state adeguatamente documentate, in quanto attestate solo da fatture rilasciate dalla società bulgara Radiovision, senza che il passaggio di denaro risultasse ulteriormente comprovato. L'Amministrazione avrebbe dovuto invece effettuare un'autonoma ed adeguata valutazione dei presupposti di fatto dell'azione amministrativa, in quanto le circostanze evidenziate dal giudice penale non erano di per sé sufficienti a far ritenere, come assiomaticamente indicato nelle premesse motivazionali dell'atto, che fossero venuti meno "i presupposti di legittimità alla base del finanziamento alla produzione del film" in questione e, quindi, a giustificare il provvedimento di "revoca" impugnato. Questi, alla stregua della legislazione in materia di intervento pubblico a sostegno dell'attività cinematografica all'epoca vigente consistevano, oltre che nel riconoscimento della nazionalità italiana e dell'interesse culturale del film – condizioni che non erano rimesse in discussione dall'Amministrazione che aveva anzi riconosciuto il Premio di qualità di cui all'art. 3, d.lgs. n. 3 dell'8 gennaio 1998 – anche nel positivo riscontro della verifica della congruità e fattibilità del progetto sotto il profilo tecnico-contabile e finanziario ("valutazione tecnico-finanziaria"). La fase procedimentale su cui la sentenza penale di condanna veniva ad

incidere era infatti quella della verifica di congruità contabile del progetto di produzione del film in questione, che, alla stregua della ricostruzione del giudice penale, poteva risultare viziata in quanto fondata su voci di costo ritenute sovrastimate. Però ciò non implicava il venir meno di tale requisito - tanto più che il previgente sistema prevedeva l'erogazione dell'incentivo finanziario gradualmente per stati di avanzamento della produzione del film, come previsto dall'art. 2, ultimo comma, d.m. 7 dicembre 1971, nonché una verifica a posteriori della persistenza dei requisiti in questione, quale la dichiarazione di nazionalità definitiva, la valutazione della qualità e della rispondenza del prodotto filmico realizzato rispetto a quello progettato, ma obbligava piuttosto l'Amministrazione all'esercizio del proprio potere di autotutela nella direzione di un'approfondita revisione della fase procedimentale sopra richiamata, essendo questa tenuta ad operare un riesame della verifica della congruità delle somme indicate nel progetto filmico per la copertura dei costi della produzione effettuata all'estero e a suo tempo comunque "approvate", in sede di perizia, nella relazione istruttoria effettuata dalla società di revisione contabile concessionaria della BNL (e confermate, ai fini dell'erogazione delle relative somme, mediante le verifiche dello stato di avanzamento delle riprese), "rettificando" i valori precedentemente assegnati alle diverse voci di costo, eventualmente rivedendo l'importo del finanziamento ammissibile e nel caso disponendo il recupero nei confronti del beneficiario della (sola) differenza del diverso importo. Secondo la Sezione illegittimamente, pertanto, anziché procedere a tale riesame della valutazione economica-finanziaria, l'Amministrazione ha disposto il recupero "immediato ed integrale" dell'intero ammontare del finanziamento concesso al ricorrente.

E' da segnalare, infine, la sentenza n. 38961 del 29 dicembre 2010, che ha dichiarato legittimo il provvedimento del Ministero per i beni e le attività culturali - Direzione Generale per lo Spettacolo dal Vivo, con cui si nega il contributo per l'attività di distribuzione promozione formazione del pubblico svolta dalla ricorrente, in base al parere della Commissione Consultiva per la Danza, fondato non solo su carenze qualitative del progetto artistico, ma anche su rilievi attinenti ai valori quantitativi presentati da ogni organismo, in base alla valutazione della congruità delle spese previste e della loro idoneità alla realizzazione degli stessi progetti. La pronuncia ribadisce il principio, già affermato dalla stessa Sezione, relativo alla valenza ostativa "dell'eccessiva

previsione deficitaria di bilancio”: tale rilievo appare insuperabile stante l’espressa previsione dell’art. 3, secondo comma, d.m. 8 novembre 2007 che sancisce che “il contributo non può comunque eccedere il pareggio tra entrate ed uscite dei preventivi e consuntivi del soggetto beneficiario”. Nella precedente decisione era stato precisato che l’equilibrato rapporto tra risorse proprie o autonomamente reperite e contributo statale costituisce “un indicatore della capacità organizzativa di ciascuna singola impresa (cd. qualità organizzativa e dei processi), intesa come capacità di reperimento ed allocazione di risorse umane e materiali che contribuisce a determinare la qualità della sua produzione teatrale (cd. qualità del prodotto finale, che non dipende solo dal valore dell’idea artistica, cioè dalla qualità del progetto ma anche, e soprattutto, dalla capacità di darvi effettiva realizzazione, che è notoriamente condizionata anche dalla misura delle risorse a disposizione e dalla capacità di utilizzarle in modo ottimale, cd. qualità finanziaria)”; si concludeva quindi nel senso che “l’adeguatezza della capacità organizzativa sotto il profilo economico-finanziario rappresenta un significativo elemento di valutazione della “qualità complessiva” dell’iniziativa in sé considerata”.

18. Imposte e tasse

E’ da segnalare la sentenza n. 33676 del 19 novembre 2010 della Sez. II, resa sull’impugnazione della circolare dell’Agenzia delle Entrate-Direzione Centrale Servizi ai contribuenti, Direzione Centrale Accertamento - n. 57/E del 23 dicembre 2009, nella parte in cui ha escluso dal novero dei soggetti legittimati al rilascio del Visto di conformità, ai fini della compensazione dei crediti IVA ex art. 10, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, i professionisti che esercitano abitualmente l’attività di consulenza fiscale. Ha chiarito che i professionisti che abitualmente esercitano detta attività (c.d. tributaristi), quindi indipendentemente dalla rilevanza specificamente attribuita al visto di conformità delle dichiarazioni dal cit. art. 10 ai fini della fruizione delle compensazioni dei crediti IVA, in base alle disposizioni generali non sono legittimati al rilascio del visto. Né il fatto che i tributaristi siano abilitati alla trasmissione telematica delle dichiarazioni secondo la previsione di cui all’art. 3, terzo comma, lett. e), d.P.R. 22 luglio 1998, n. 322 costituisce circostanza sufficiente a farli ritenere, per ciò stesso, abilitati al rilascio del visto di

conformità con riguardo alle medesime dichiarazioni. E ciò alla stregua della dirimente considerazione della scelta del d.l. n. 78 del 2009 di affidare detta abilitazione soltanto ai soggetti previsti dall'art. 35, terzo comma, d.lgs. 9 luglio 1997 n. 241, e quindi ai soli soggetti contemplati alle lett. a) e b) del terzo comma dell'art. 3, d.P.R. n. 322 del 1998, e non anche a quelli contemplati alla lett. e) della medesima norma in combinato disposto con quanto previsto dal d.m. 19 aprile 2001.

Da segnalare anche la sentenza della Sez. II n. 1983 dell'11 febbraio 2010, con la quale il Tar ha dichiarato la legittimità del d.i. 3 settembre 2008, n. 156, recante i criteri di ripartizione del contingente di biodiesel fiscalmente agevolato, che assegna la quota preliminarmente assegnabile tra i soggetti titolari di impianti facendo riferimento alla media dei quantitativi espressi in tonnellate, del biodiesel realizzato e ceduto per la successiva immissione in consumo nel territorio nazionale, per ciascuno dei due anni solari precedenti, e alla capacità produttiva annua degli impianti, espressa in tonnellate, e ciò in quanto è immaginabile supporre che i soggetti capaci di produrre maggiori quantità di biodiesel si attendano che l'ordinamento nazionale, nel rispetto dei principi comunitari, sia in grado di garantire loro non solo il mantenimento del livello di produttività fino a quel momento raggiunto, ma semmai di implementarlo. Con riferimento all'asserita illegittimità costituzionale dell'art. 22 *bis*, primo comma, d.lgs. 31 dicembre 1995, n. 504, dalla quale si farebbe discendere l'illegittimità in via derivata dell'art. 3, quarto comma, d.i. n. 156 del 2008 per assenza di prescrizioni nella fonte legislativa idonee ad orientare il confezionamento delle disposizioni regolamentari di attuazione, e ciò in asserito contrasto con i principi costituzionali di eguaglianza e di ragionevolezza in materia tributaria, di imparzialità e buon andamento della Pubblica amministrazione nonché di pari trattamento delle imprese concorrenti, la Sezione esclude che possa raffigurarsi una distonia normativa, nelle disposizioni richiamate, rispetto al quadro costituzionale di riferimento. Ricorda che l'art. 23 Cost., contenente una riserva relativa di legge, vieta che le prestazioni personali o patrimoniali siano imposte direttamente da una fonte secondaria, ma non esclude che il precetto legislativo possa essere da detta fonte integrato, essendo anche ammissibile il rinvio a provvedimenti amministrativi diretti a determinare elementi o presupposti della prestazione, purché risultino assicurate, mediante la previsione di adeguati

parametri, le garanzie in grado di escludere un uso arbitrario della discrezionalità amministrativa. Ne deriva la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità sollevata in riferimento all'art. 23 cost. del cit. art. 22 *bis*, primo comma, d.lgs. n. 504 del 1995 - il quale prevede che con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dello sviluppo economico, dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e delle politiche agricole alimentari e forestali, da emanare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore dell'appena citata disposizione, sono determinati i requisiti che gli operatori e i rispettivi impianti di produzione, nazionali e comunitari, devono possedere per partecipare al programma pluriennale, nonché le caratteristiche fiscali del prodotto con i relativi metodi di prova, le percentuali di miscelazione consentite, i criteri per l'assegnazione dei quantitativi agevolati agli operatori su base pluriennale dando priorità al prodotto proveniente da intese di filiera o da contratti quadro, le modalità per la contabilizzazione e la fruizione del beneficio fiscale – essendo dimostrato che i presupposti per ottenere i benefici fiscali derivano dalle indicazioni fornite dalla fonte primaria, la quale detta, per l'esercizio della potestà regolamentare, indicazioni per l'individuazione dei soggetti interessati, e stabilisce le caratteristiche dei prodotti cui destinare i benefici nonché le basi per definire i criteri per l'assegnazione dei quantitativi agevolati.

Con riferimento alle tasse aeroportuali la Sez. III *ter*, con sentenza n. 14104 del 31 maggio 2010 ha giudicato illegittima la richiesta di corresponsione delle tasse e dei diritti aeroportuali operata dall'E.N.A.C. nei confronti di una Società privata che esercita l'attività di elisoccorso per conto delle Regioni o delle Province autonome, atteso che gli aeromobili adibiti a tale attività, con espresso provvedimento ministeriale, adottato ai sensi dell'art. 746 cod. nav., sono stati espressamente equiparati agli aeromobili di Stato, e la salvezza dell'obbligo della corresponsione delle suddette tasse e diritti aeroportuali è venuta meno ad opera dell'art. 8, settimo comma, d.lgs. 15 marzo 2006, n. 151, che ha sostituito l'art. 748, secondo comma, cod. nav., aggiungendo alla categoria degli aeromobili esentati anche quelli equiparati agli aeromobili di Stato, ai sensi dell'art. 746 cod. nav..

19. Stranieri

Tra le numerose sentenze in materia di stranieri merita di essere segnalata la n. 3205 dell'1 marzo 2010, con la quale la Sez. Il *quater* ha chiarito che ai fini dell'applicazione dell'art. 4, terzo comma, t.u. 25 luglio 1998, n. 286 - che non consente l'ammissione in Italia dello straniero il quale risulti condannato, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per reati previsti dall'art. 380, primo e secondo comma, c.p.p. ovvero per alcuni reati tra cui quelli inerenti agli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina - occorre distinguere la posizione del soggetto beneficiario di un provvedimento di dichiarazione di estinzione della pena, circostanza che non incide sui requisiti negativi contemplati dalla suddetta legislazione in materia di immigrazione, dalla posizione di chi ha ottenuto un provvedimento di dichiarazione di estinzione del reato, qual è la riabilitazione, istituto che, oltre a richiedere la sussistenza di rigorose condizioni soggettive, consente al riabilitato il riacquisto dei requisiti soggettivi perduti a seguito della condanna (in applicazione di tale principio è stato ritenuto legittimo il provvedimento negativo adottato dalla Prefettura sulla richiesta nominativa di nulla osta al lavoro subordinato in favore di soggetto condannato per reati sugli stupefacenti, a nulla rilevando l'intervenuta estinzione della pena).

Di sicuro interesse è anche la sentenza, anch'essa della Sez. Il *quater*, n. 37926 del 17 novembre 2010, che ha accolto, per non essere stata messa in condizione la straniera interessata di partecipare al procedimento, il ricorso avverso il provvedimento con cui la richiesta di cittadinanza italiana era stata dichiarata inammissibile, in quanto non appariva certa l'identificazione dell'istante. La tesi svolta dalla Sezione è che l'omessa comunicazione del cd. "preavviso di rigetto" aveva impedito alla ricorrente di collaborare con l'autorità procedente nel procedimento di accertamento dell'identità personale, al fine di scongiurare eventuali "scambi di persona" e di rappresentare, nell'eventualità, elementi utili a superare motivi ostativi riscontrati, in sede di istruttoria, dalla Questura di Roma. Il Tribunale ha ritenuto "inconsistente" il motivo posto a fondamento del rifiuto "pregiudiziale" oggetto di impugnazione, non essendo la fornitura di *alias* da parte dell'istante un insuperabile elemento atto a determinare incertezza in merito alla identificazione della ricorrente, che avrebbe ben potuto essere convocata per chiarire ed

eventualmente sottoporsi agli accertamenti preliminari necessari per raccogliere informazioni utili per la decisione “di merito” sull’istanza di concessione della cittadinanza italiana.

Da segnalare anche la sentenza n. 34749 del 6 ottobre 2010, che ha dichiarato illegittimo il diniego di accesso alla documentazione relativa ai rilievi dattiloscopici sulla base dei quali è stato disposto il trattenimento della ricorrente nel Centro di Identificazione ed Espulsione di Ponte Galeria ai sensi dell’art. 14, quarto comma, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, motivato con riferimento all’interesse alla tutela giurisdizionale dei propri diritti ed in particolare ad ottenere il risarcimento del danno subito per effetto della privazione della libertà personale in assenza delle condizioni previste dalla normativa in materia.

Con sentenza n. 33921 del 24 novembre 2010 la Sez. I *quater* ha dichiarato legittimo il diniego di visto di ingresso in Italia opposto dalla competente rappresentanza all’estero allorquando sia plausibile che il cd. rischio immigratorio, desumibile dalla mancanza di una stabile posizione lavorativa e reddituale nel Paese di origine e di significativi legami familiari, fonti di reddito, titolarità di beni immobili, cosicché è plausibile ritenere che lo straniero non abbia il centro dei propri interessi all’estero e, pertanto, che proprio per questa ragione non intenda farvi ritorno.

Da segnalare anche la sentenza della Sez. I *ter* 29 ottobre 2010, n. 33085, che ha chiarito come ai fini del rilascio del permesso di soggiorno, ai sensi dell’art. 5, quinto comma, t.u. 25 luglio 1998, n. 286, l’amministrazione deve tenere conto di tutti gli elementi sopravvenuti, con conseguente illegittimità del diniego di rinnovo fondato su un’istruttoria limitata alla valutazione del solo periodo anteriore alla scadenza del titolo, senza considerazione delle sopravvenienze che, oculatamente valutate, ne consentano il rilascio. Ha aggiunto che, ai sensi dell’art. 26, terzo comma, t.u. n. 286 del 1998 cit., l’onere di allegazione e produzione documentale a carico dello straniero, che intenda esercitare nel territorio nazionale un’attività non occasionale di lavoro autonomo, ai fini della dimostrazione della possibilità di disporre di un reddito annuo proveniente da fonti lecite di importo superiore al livello minimo previsto dalla legge per l’esenzione dalla partecipazione alla spesa sanitaria, grava su chi intenda ottenere il permesso di ingresso nel territorio nazionale (o il suo rinnovo) e deve essere adempiuto all’interno del relativo procedimento amministrativo dinanzi all’Autorità competente.

Importanti sono anche le conclusioni alle quali è pervenuta la sentenza della Sez. I *ter* n. 30615 dell'1 agosto 2010, secondo cui ai sensi della l. 9 gennaio 2006, n. 16, di ratifica ed esecuzione del Trattato di adesione della Repubblica di Bulgaria e della Romania all'Unione europea, ai cittadini rumeni non è applicabile la normativa italiana in materia di immigrazione degli stranieri extracomunitari. Tale norma, infatti, prevede che a fare data dall'1 gennaio 2007 la Romania è entrata a fare parte dell'Unione Europea e, conseguentemente, i cittadini dello Stato in argomento si trovano nella condizione di poter beneficiare, ai sensi dell'art. 18 del Trattato Istitutivo della Comunità Europea, del diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli altri Stati membri e, pertanto, anche dello Stato Italiano. Preso atto di tale nuova realtà, i cittadini rumeni non possono essere più qualificati stranieri, secondo l'accezione tecnica di cui all'art. 1, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 e successive modifiche. Pertanto, in linea con la nuova situazione normativa che caratterizza la Romania, è da escludere che i cittadini di tale Stato siano ancora sottoposti alla normativa italiana sull'immigrazione degli extracomunitari.

20. Quote latte

Tra le tante sentenze della Sezione II *ter* in materia di quote latte merita di essere segnalata la n. 4099 del 16 marzo 2010, con la quale è stato ribadito che non contrasta con il diritto comunitario il criterio di preferenza, nella restituzione del prelievo supplementare versato in eccesso, per i produttori che hanno regolarmente effettuato i versamenti mensili del prelievo anticipato. Trattasi invero di un criterio ragionevole posto a vantaggio dei produttori che pagano regolarmente il prelievo, evitando di trattarli in modo uguale a chi non è in regola con i pagamenti. E' stato chiarito che la compatibilità di tale criterio con la disciplina comunitaria è da verificare sulla base dell'art. 13 del Regolamento CE n. 1788/2003, che disciplina appunto gli importi pagati in eccesso o non pagati. Il primo comma di tale disposizione stabilisce che, qualora per le consegne o le vendite dirette il prelievo sia dovuto e il contributo riscosso dai produttori sia superiore al prelievo, gli Stati membri possono: a) destinare in tutto o in parte l'eccedenza riscossa al finanziamento delle misure di cui all'art. 18, prg. 1, lett. a) e/o b) ridistribuirlo in tutto o in parte ai produttori che rientrano in categorie prioritarie stabilite dallo Stato membro in base a criteri

obiettivi. Solo in caso di prelievo interamente non dovuto, il successivo secondo comma prevede l'incondizionata restituzione degli anticipi riscossi. Da ciò emerge che, anche se il prelievo non è stato versato dagli acquirenti (e quindi dai produttori) al momento del conteggio finale, l'eventuale prelievo in eccesso (anche se in concreto non ancora corrisposto) è soggetto alla disciplina degli importi pagati in eccesso, potendo quindi non essere imputato al produttore soltanto se ricorrono i suddetti presupposti per la restituzione. Una diversa interpretazione condurrebbe a privilegiare, o quanto meno a porre sullo stesso piano, chi non versa (direttamente o per il tramite degli acquirenti) gli importi dovuti (anche se in anticipo) rispetto a chi esegue regolarmente i pagamenti.

21. Sport

Molte le sentenze della Sez. III *ter* in materia sportiva.

Con la sentenza n. 33423 dell'11 novembre 2010 la Sezione ha dichiarato illegittimo il Regolamento della Federazione Italiana Giuoco Calcio (F.I.G.C.) nella parte (art. 4, secondo comma, lett. f) in cui esclude che possa essere socio di una società la persona fisica che risulti legata da un rapporto di coniugio, parentela o affinità fino al secondo grado "con agenti non soci", con conseguente divieto per il soggetto che abbia detto rapporto con altro agente che ha invece optato per l'esercizio di procuratore a titolo individuale. Si tratta di limite di cui è taciuta la *ratio* sottostante, che non spiega perché esso si riferisce solo agli agenti non soci e non anche a quelli che sono soci anche di altra società, che introduce un divieto assolutamente immotivato e sconosciuto nel nostro ordinamento e in quello comunitario per ogni altra associazione di professionisti e che si traduce in un'ingiusta, irragionevole penalizzazione per l'agente che abbia un congiunto che ha liberamente scelto di esercitare la medesima professione in forma individuale. Se la ragione del divieto fosse individuabile nell'esigenza di evitare situazioni di incompatibilità, ma si tratta di mera supposizione non sorretta da alcun elemento testuale o logico, la censura sarebbe egualmente fondata atteso che le situazioni di incompatibilità con l'esercizio dell'attività di agente, eventualmente derivante dai succitati rapporti di coniugio, parentela e affinità entro il secondo grado, sono compiutamente disciplinate dall'art. 11 del regolamento, che per queste situazioni prevede l'applicazione delle sanzioni di cui al successivo art. 25, cioè misure disciplinari che

trovano il loro presupposto logico in un legame societario in atto, che a seconda della gravità dell'infrazione accertata può portare anche alla revoca della licenza ma che, in mancanza di un'espressa previsione regolamentare, non può da solo incidere sul legame societario. In effetti nello stesso senso aveva già concluso l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per la quale "le restrizioni alla concorrenza fra agenti derivanti dall'esistenza di legami di parentela con soggetti operanti nel mondo del calcio dovrebbero essere risolti sulla falsariga delle previsioni del regolamento in tema di incompatibilità".

Con successiva sentenza n. 33427 dell'11 novembre 2010 la Sezione ha dichiarato illegittimo il Regolamento della Federazione Italiana Giuoco Calcio che, nel disciplinare l'attività degli agenti di calciatori, fissa in cinque il numero massimo di agenti che possono far parte della stessa società. Ha preliminarmente chiarito che l'agente di calciatori non è affiliato né è legato da alcun rapporto associativo o di altra natura alla F.I.G.C. ma, come dichiarato anche dall'art. 1 del Regolamento della suddetta Federazione, è un libero professionista che, avendo ricevuto, a titolo oneroso, l'incarico, cura e promuove i rapporti fra un calciatore e una società in vista della stipula di un contratto di prestazione sportiva ovvero fra due società per la conclusione del trasferimento o la cessione del contratto di un calciatore. Svolge quindi un'attività inquadrabile nella prestazione d'opera professionale (art. 2229 cod. civ.), che ha come presupposto l'avvenuto rilascio di un mandato senza rappresentanza e come oggetto un'obbligazione di mezzi, e non di risultato. Non è affiliato né tesserato né legato da alcun rapporto associativo o di altra natura alla F.I.G.C. (art. 1, secondo comma, del regolamento), ma svolge un'attività che il giudice comunitario (Corte giust. CE, ord. 23 febbraio 2006) ha definito solo "periferica all'attività sportiva, e non peculiare al mondo dello sport", come tale soggetta non solo alla disciplina civilistica dettata dall'ordinamento dello Stato di appartenenza per le prestazioni d'opera intellettuale, ma anche a quella comunitaria e nazionale in tema di concorrenza e di antitrust. Segue da ciò il diritto dell'agente al rispetto delle libertà civili ed economiche riconosciute ad ogni operatore e, quindi, anche delle sue libere scelte in ordine allo svolgimento della propria attività a titolo individuale o in forma associativa, nella stessa misura in cui le stesse sono riconosciute ad ogni altra associazione professionale e ai suoi componenti, e senza limiti e condizioni che si pongano in irragionevole contrasto con i principi

innanzi richiamati di libertà di concorrenza, di iniziativa economica e di associazione. Sulla necessità di assicurare anche all'agente di calciatori tutti i diritti di cui fruiscono i medesimi operatori in ambito comunitario è intervenuta l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Delibera IC27 del 21 dicembre 2008) la quale, a conclusione di un'ampia ed articolata indagine conoscitiva, avente ad oggetto il "settore del calcio professionistico", ha individuato le parti del pregresso regolamento da rivedere perché invasive di competenze riservate al legislatore nazionale e limitative dei diritti che questo riconosce ad ogni prestatore d'opera intellettuale. Ciò premesso, la Sezione ha ritenuto fondata la censura proposta avverso l'art. 4, secondo comma, lett. d) del Regolamento, nella parte in cui limita a cinque il numero massimo di agenti che possono assumere la qualità di soci nella stessa società, atteso che (come insegna la normativa in tema di accesso ai corsi universitari di medicina e chirurgia) il ricorso al criterio del "numero chiuso" per l'esercizio di determinate professioni può considerarsi legittimo solo se imposto da una specifica legge e in presenza di un mercato ormai saturo, quindi al fine di evitare che l'accesso di nuovi operatori possa determinare distorsioni alla libera concorrenza. Ha affermato la Sezione che questa situazione certamente non ricorre nel caso portato al suo esame, atteso che uno degli obiettivi perseguiti dal nuovo regolamento è quello di contrastare le posizioni oligarchiche presenti nel mercato e di assicurare l'accesso allo stesso a chiunque sia in possesso dell'unico titolo a tal fine richiesto, e cioè la licenza di agente di calciatori conseguibile a seguito del superamento di apposito esame. Sotto questo profilo è palese il contrasto dell'impugnata norma regolamentare con i principi di libera concorrenza predicati dal legislatore comunitario, codificati da quello nazionale e tutelati dal giudice anche sotto il profilo della libertà di associazione assicurata dall'art. 18 della Carta costituzionale. Detta limitazione è inoltre priva di qualsiasi motivazione, e una giustificazione ragionevole non si ritrova neppure negli scritti difensivi dei resistenti, sicché risulta ignota la ragione che ha indotto la F.I.G.C. a ritenersi autorizzata a contravvenire a regole comunitarie e codicistiche in ordine alle modalità di svolgimento di una libera professione, quale è quella di agente di calciatori e, in via subordinata, parimenti sconosciute restano le regole tecniche che sarebbero state applicate nel quantificare in cinque il numero massimo dei soci della stessa società.

In materia di giurisdizione del giudice amministrativo sull'impugnazione delle sanzioni disciplinari sportive che abbiano rilevanza esterna (e, quindi, ad esempio non la mera squalifica) la stessa Sezione ha sollevato (ord. n. 241 dell'11 febbraio 2010) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, primo comma, lett. b), e, *in parte qua*, secondo comma, d.l. 19 agosto 2003, n. 220, convertito dalla l. 17 ottobre 2003, n. 280, nella parte in cui riserva al solo giudice sportivo la competenza a decidere le controversie aventi ad oggetto sanzioni disciplinari "non tecniche", ma con effetti che vanno oltre l'ambito sportivo, inflitte ad atleti, tesserati, associazioni e società sportive, sottraendole allo scrutinio del giudice amministrativo, ancorché a giudizio di quest'ultimo sia palese la loro incidenza su diritti e interessi legittimi che dall'ordinamento generale egli è chiamato a tutelare. Ha chiarito che l'unico modo per superare i dubbi di costituzionalità del cit. art. 2, d.l. n. 220 del 2003 sarebbe sostenere che anche le sanzioni disciplinari, inflitte non in violazione di regole tecniche di gioco, hanno carattere meramente interno ed esauriscono la loro efficacia all'interno dell'ordinamento sportivo. Ma a questa conclusione la Sezione ritiene di non poter pervenire, atteso che tali sanzioni non si esauriscono in ambito sportivo ma, essendo dirette a modificare in modo sostanziale, ancorché non sempre totalmente irreversibile, lo *status* dell'affiliato, ridondano pure in danno della sua sfera giuridica nell'ambito dell'ordinamento statale. E non è certo l'incontestata autonomia di cui gode l'ordinamento sportivo (riconosciuta e favorita ex art. 1, d.l. n. 220 del 2003), rispetto a quello statale, a contrastare tale affermazione. Autonomia sta, infatti, a significare inibizione per un ordinamento giuridico di interferire con le proprie regole e i propri strumenti attuativi in un ambito normativamente riservato ad altro ordinamento coesistente (nella specie, quello sportivo), ma a condizione che gli atti e le pronunce in detto ambito intervenuti in esso esauriscano i propri effetti. Tale situazione non ricorre affatto allorché la materia del contendere è costituita innanzi tutto da valutazioni e apprezzamenti personali che, a prescindere dalla qualifica professionale rivestita dal soggetto destinatario degli stessi e dal settore nel quale egli ha svolto la sua attività, investono con immediatezza diritti fondamentali dello stesso in quanto uomo e cittadino, con conseguenze lesive della sua onorabilità e negativi, intuitivi riflessi nei rapporti sociali. Verificandosi questa ipotesi è davvero difficile negare il diritto all'interessato ad accedere a chi di dette vicende è incontestabilmente il giudice naturale.

22. Giurisdizione

Con sentenza n. 16762 del 9 giugno 2010 la Sez. II ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione sul ricorso proposto per l'annullamento del provvedimento con cui l'Agenzia delle entrate ha negato l'iscrizione all'Anagrafe unica delle Onlus. È, infatti, devoluta alla giurisdizione del giudice tributario, ai sensi dell'art. 2, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, l'impugnazione del provvedimento, di competenza dell'Agenzia delle entrate, di cancellazione o rifiuto di iscrizione dall'Anagrafe unica delle Onlus prevista dall'art. 11, d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, trattandosi di un atto che, oltre a rispondere a finalità di carattere prettamente fiscale, avuto riguardo alle agevolazioni tributarie che la legge ricollega all'iscrizione a detta Anagrafe, non presenta alcun margine di discrezionalità, in quanto l'iscrizione è subordinata alla verifica dei requisiti prescritti dal cit. d.lgs. n. 460, e non modifica lo *status* dell'ente, il quale non costituisce un tipo particolare di compagine sociale, con la conseguenza che la controversia esula sia dalla giurisdizione amministrativa che da quella ordinaria.

Da segnalare anche la sentenza della Sez. I, 3 novembre 2010, n. 33134 secondo cui spetta al giudice amministrativo la cognizione della controversia avente ad oggetto la cartella esattoriale notificata al Comune per il mancato pagamento della tariffa per lo smaltimento dei rifiuti relativa ad un dato anno, in cui siano recate censure riguardanti l'esercizio del presupposto potere impositivo, contestandosi, sotto diversi profili, la latitudine espansiva e le modalità di svolgimento dei poteri rimessi all'organismo commissariale investito di poteri emergenziali nella Regione Calabria.

Con sentenza n. 304 del 18 gennaio 2010 la Sez. I ha chiarito che tra le controversie devolute alla cognizione del Tribunale superiore delle acque pubbliche devono includersi tutte quelle riguardanti i provvedimenti che influiscono sul regime delle acque pubbliche e che, per effetto della loro incidenza sulla realizzazione, modificazione, sospensione o eliminazione di un'opera idraulica riguardante un'acqua pubblica, concorrono, in concreto, a disciplinarne le modalità di utilizzazione. Sicché vi sono compresi anche i provvedimenti espropriativi o di occupazione d'urgenza delle aree occorrenti per la realizzazione dell'opera idraulica, compresi

quelli successivi aventi ad oggetto la loro sospensione o la loro revoca, nonché i provvedimenti comunque influenti sulla localizzazione dell'opera idraulica o il suo spostamento.

Da segnalare la sentenza della Sez. III *ter* n. 22485 del 5 luglio 2010, secondo cui rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia instaurata da una società proprietaria di un impianto di produzione di energia elettrica alimentato da fonti rinnovabili, realizzato ai sensi dell'art. 12, d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, contro l'applicazione di una diversa tariffa onnicomprensiva che il Gestore dei servizi elettrici è chiamato a corrispondere a fronte della suddetta produzione, atteso che tale modificazione è il risultato di una modifica della tariffa stessa operata dalla l. 23 luglio 2009, n. 99, all'entrata in vigore della quale il Gestore stesso ha proceduto ad effettuare i conguagli, operando sul piano della mera applicazione diretta ed automatica di norme positive, senza che residui in capo ad esso alcun profilo di discrezionalità amministrativa e a nulla rilevando che nella specie si versi nel campo dei servizi pubblici, atteso che in questi ultimi la posizione del privato assume la consistenza di interesse legittimo o di diritto soggettivo, a seconda che si versi nell'ipotesi o meno di esercizio di un potere autoritativo.

Rilevante è anche la sentenza della Sez. III, 4 gennaio 2010 n. 34, per la quale esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo, per rientrare in quella del giudice ordinario, una controversia relativa alla legittimità o meno del diniego di autorizzazione al subappalto, opposto dalla stazione appaltante alla ditta aggiudicataria di una gara per l'affidamento di un appalto di progettazione esecutiva e di esecuzione di Il.pp., atteso che, in tal caso, la questione giuridica in discussione attiene alla fase esecutiva del rapporto contrattuale. Infatti – ha osservato la Sezione – la decisione di ricorrere al subappalto non sembra in alcun modo riconducibile alle procedure di scelta dell'affidatario (il contraente risulta già individuato a seguito dell'espletamento della procedura di gara), traducendosi essenzialmente in una peculiare modalità esecutiva dell'opera, rimessa, come tale, alla determinazione delle parti; il che consente di escludere l'applicazione del criterio di collegamento individuato dall'art. 244 Codice dei contratti pubblici (radicante la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo).

In relazione al riparto di giurisdizione in materia di pubblico impiego privatizzato è da segnalare la sentenza della Sez. III *bis* 30 agosto 2010, n. 31948, secondo cui rientra nella

giurisdizione del giudice ordinario la controversia riguardante l'accertamento del diritto alla costituzione del rapporto di lavoro promossa, a conclusione di un concorso per la nomina a dirigente scolastico, da un candidato utilmente collocato nella graduatoria finale, ritualmente approvata, ai sensi dell'art. 1, commi 605, lett. c), e 619, l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), atteso che, una volta conclusa la procedura con la compilazione della graduatoria finale, colui che in essa sia utilmente collocato agisce per l'accertamento del suo diritto soggettivo alla nomina, che non può che essere rivendicato nei riguardi di un soggetto (Ministero istruzione) il quale agisce in qualità di datore di lavoro e non di Autorità pubblica.

23. Processo amministrativo

Sulla rappresentanza e difesa in giudizio da segnalare la sentenza della Sez. II *ter* n. 13001 del 24 maggio 2010, secondo cui Il difetto di legittimazione processuale di una persona fisica, che agisce in giudizio in rappresentanza di una società, può essere sanato in qualunque grado e stato del giudizio con efficacia retroattiva, e tanto la ratifica quanto la conseguente sanatoria devono ritenersi ammissibili anche in relazione ad eventuali vizi inficianti la procura originariamente conferita al difensore da soggetto non abilitato a rappresentare la parte in giudizio, trattandosi di atto soltanto inefficace e non anche invalido, mentre la sanatoria successiva non paralizza l'efficacia dell'art. 182 cod. proc. civ., a norma del quale sono fatte salve le decadenze già verificatesi.

Da segnalare, in materia di intervento, la sentenza della Sez. III, n. 5097 del 30 marzo 2010, la quale ha chiarito che nel processo amministrativo la regola secondo cui l'intervento in giudizio è ammissibile solo a tutela di posizioni giuridiche collegate o dipendenti da quella del ricorrente principale e che non legittimerebbero di per sé all'impugnazione, salvo in quest'ultima ipotesi a valere come ricorso autonomo se proposto nei termini di decadenza, trova eccezione nel caso in cui la legittimazione sia attribuita in via generale dalla legge o comunque sia esercitata a tutela di interessi superindividuali; in tale ipotesi, si deve ritenere che la facoltà di impugnare i provvedimenti amministrativi comprende anche quella di intervenire nei giudizi proposti da altri soggetti (nella specie, è stato ritenuto ammissibile l'intervento di una Provincia nel giudizio

concernente la legittimità degli aumenti dei pedaggi autostradali, essendo esso preordinato alla tutela di un interesse collettivo).

La Sez. II, invece, con riferimento all'istituto della riassunzione ha chiarito (sentenza n. 17029 del 10 giugno 2010) che in tutti i casi di prosecuzione del giudizio amministrativo, che sia stato per qualsiasi ragione sospeso, trovano applicazione le regole fissate dagli artt. 297 e 367 cod. proc. civ. e i generali principi di economia processuale ed effettività della tutela, con la conseguenza che, una volta cessata la causa di sospensione, è sufficiente un'istanza di fissazione di udienza, da depositare entro sei mesi dalla conoscenza legale dell'intervenuta cessazione della causa di sospensione.

Tra le prime pronunce sul nuovo Codice del processo amministrativo merita di essere segnalata la n. 32797 del 13 ottobre 2010, con la quale la Sez. II *bis* ha chiarito che il Codice del processo amministrativo, pur non prevedendo espressamente una specifica azione di accertamento, conferma la normativa e l'evoluzione giurisprudenziale in tema di disapplicazione incidentale dell'atto nullo da parte del giudice amministrativo. Pertanto, qualsiasi atto amministrativo adottato in "difetto assoluto di attribuzione" in ragione della sua "violazione o elusione del giudicato", non è in grado di affievolire la pretesa sostanziale del ricorrente al bene della vita consentito dall'esecuzione del giudicato, imponendo al Giudice dell'ottemperanza, nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva estesa al merito, di accertare incidentalmente la sua "nullità" e di procedere oltre.

24. Risarcimento dei danni

Da segnalare la sentenza della I Sez., 23 marzo 2010, n. 4555 secondo cui un'impresa, che lamenti la mancata aggiudicazione di un appalto, non può reclamare il risarcimento del pregiudizio risentito con riferimento ai sostenuti costi di partecipazione alla gara. La partecipazione alle gare di appalto implica, infatti, costi che, ordinariamente, restano a carico dei soggetti che abbiano inteso prendere parte alla procedura di selezione, sia in caso di aggiudicazione sia in caso di mancata aggiudicazione. Tali costi acquisiscono connotazione di danno emergente solo qualora un'impresa subisca un'illegittima esclusione, perché in tal caso viene in considerazione il diritto

soggettivo del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili (secondo il modello risarcitorio conseguente ad una fattispecie di responsabilità precontrattuale, alla stregua di quanto previsto agli artt. 1337-1338 cod.civ.). Essi, peraltro, vanno, in via prioritaria e preferenziale, ristorati in forma specifica, mediante rinnovo delle operazioni di gara e solo ove tale rinnovo non sia possibile, vanno ristorati per equivalente. Per converso, nel caso in cui l'impresa ottenga il risarcimento del danno per mancata aggiudicazione (o per la perdita della possibilità di aggiudicazione), non sussistono i presupposti per il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla gara, atteso che mediante il risarcimento non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione. La Sezione riconosce - a titolo di lucro cessante - il profitto che la ricorrente avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto. In ordine alla quantificazione di tale danno afferma che il riferimento al criterio del 10% del prezzo a base d'asta, ai sensi dell'art. 345, l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. F, se pure è in grado di fondare una presunzione su quello che normalmente è l'utile che un'impresa ritrae dall'esecuzione di un appalto, non può, tuttavia, formare oggetto di applicazione automatica e indifferenziata. Il criterio del 10%, pur evocato come criterio residuale in una logica equitativa, conduce di regola al risultato che il risarcimento dei danni è per l'imprenditore ben più favorevole dell'impiego del capitale. In tal modo, il ricorrente non ha più interesse a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe di meno. Appare, allora, preferibile l'indirizzo che esige la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto; prova desumibile, in primo luogo, dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara. Nel senso che la percentuale del 10% non rappresenti un criterio automatico di quantificazione del danno sembra deporre, del resto, anche l'art. 20, quarto comma, d.l. n. 185 del 2008. Tale norma, con riferimento agli appalti relativi ad investimenti pubblici strategici da individuarsi con successivo d.P.C.M., stabilisce che il risarcimento del danno, possibile solo per equivalente, non può comunque eccedere la misura del decimo dell'importo delle opere, che sarebbero state seguite se il ricorrente fosse risultato aggiudicatario in base all'offerta economica presentata in gara. Pur essendo dettata con riferimento ad una particolare tipologia di appalti, tale norma conferma che il 10% non può essere riconosciuto automaticamente

e che è possibile quantificare il danno in misura minore. Se ciò vale, per espressa previsione legislativa, nei casi in cui il risarcimento per equivalente rappresenta l'unico strumento di tutela (essendo espressamente escluso il subentro), si deve ritenere che, a maggior ragione, ciò valga anche quando (come accade negli altri casi) la tutela per equivalente è alternativa (almeno in origine) con la tutela in forma specifica. Inoltre, il lucro cessante da mancata aggiudicazione può essere risarcito per intero se e in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi; mentre laddove tale dimostrazione non sia stata offerta, è da ritenere che l'impresa abbia ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile. Si tratta, appunto, di una applicazione del principio dell'*aliunde perceptum*, in base al quale, per evitare che a seguito del risarcimento il danneggiato possa trovarsi in una situazione addirittura migliore rispetto a quella in cui si sarebbe trovata in assenza dell'illecito, va detratto dall'importo dovuto a titolo risarcitorio quanto da lui percepito grazie allo svolgimento di diverse attività lucrative, nel periodo in cui avrebbe dovuto eseguire l'appalto in contestazione. L'onere di provare (l'assenza del) *aliunde perceptum* grava peraltro non sull'Amministrazione, ma sull'impresa: a questa conclusione è pervenuta la giurisprudenza, che la Sezione richiama, muovendo dalla presunzione che l'imprenditore (specie se in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative dalla cui esecuzione trae utili. In sede di quantificazione del danno, pertanto, spetta all'impresa dimostrare, anche mediante l'esibizione all'Amministrazione di libri contabili, di non aver eseguito, nel periodo che sarebbe stato impegnato dall'appalto in questione, altre attività lucrative incompatibili con quella per la cui mancata esecuzione chiede il risarcimento del danno.

Con sentenza n. 32215 del 10 settembre 2010 la Sez. II *bis* ha chiarito che il c.d. danno da contatto, che tutela l'affidamento ingenerato dal rapporto procedimentale intercorso tra Amministrazione e privato, prescindendo dalla sicura acquisizione del bene della vita, è da

risarcire in misura corrispondente alle spese sostenute e documentate. Ha osservato che tale figura di risarcimento presenta una fisionomia propria, non riconducibile al mero modello aquiliano ex art. 2043 cod. civ., in quanto caratterizzata dalla presenza di alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento di obbligazioni, da cui discendono importanti corollari riguardo la disciplina applicabile all'area del danno risarcibile e dell'onere della prova dell'imputazione soggettiva. In tale ipotesi, qualora sia accertata l'illegittimità dell'atto ritenuto lesivo dell'interesse del privato, nella generalità dei casi ciò può rappresentare indice presuntivo della colpa dell'Amministrazione (con onere di provare il contrario ovvero l'errore scusabile) e il danno da contatto qualificato da risarcire è pertanto limitato al c.d. interesse negativo con riguardo alle sole spese sostenute e documentate.

La Sez. I *bis* ha escluso (sentenza n. 32497 del 28 settembre 2010) il risarcimento per *mobbing* nel caso in cui non risulti comprovata una sistematica condotta del datore di lavoro protratta nel tempo e concretatasi nel compimento di una pluralità di atti, giuridici o meramente materiali, diretti alla persecuzione ovvero all'emarginazione del dipendente, il quale ha visto lesa, in tutte le sue espressioni e in violazione dell'obbligo di sicurezza posto a carico dello stesso datore di lavoro dal disposto dell'art. 2087 cod. civ., la propria sfera professionale o personale, si da integrare un'ipotesi di responsabilità civile. Ha concluso ricordando che i requisiti della fattispecie illecita si realizzano per mezzo una condotta libera, unicamente connotabile in base ai suoi effetti, quali la coartazione, diretta o indiretta, della libertà psichica del lavoratore.

Sempre in tema di risarcimento nel pubblico impiego la Sez. III (8 settembre 2010, n. 32139) ha chiarito che nell'ipotesi di nomina tardiva a dirigente per effetto di una sentenza che introduca modifiche alla graduatoria di un concorso pubblico, è configurabile una responsabilità extracontrattuale dell'Amministrazione datrice di lavoro, con conseguente risarcibilità dei diritti patrimoniali consequenziali, in quanto collegati al rapporto di lavoro con un nesso di mera occasionalità, derivanti dalla violazione dei doveri che la Pubblica amministrazione ha nei confronti della generalità dei cittadini in virtù della clausola generale del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 cod. civ.. Quantificando tale risarcimento, spettano al pubblico dipendente: a) le differenze retributive quantificate tenendo conto di quanto percepito dal ricorrente e di quanto gli sarebbe

stato corrisposto nella qualifica dirigenziale; b) l'ammontare delle contribuzioni pensionistiche che in relazione a dette differenze retributive l'Amministrazione avrebbe dovuto versare all'ente di previdenza obbligatoria; c) sulle somme di cui i punti a) e b) devono essere riconosciuti gli interessi legali e la rivalutazione monetaria come per legge, atteso che sul dovuto a titolo di risarcimento del danno, che è debito di valore, competono rivalutazione monetaria e interessi nella misura legale fino al soddisfo. Spettano altresì i danni esistenziali e di immagine conseguenti alla tardiva nomina dirigenziale ed all'espletamento delle relative funzioni; trattandosi di danni che non è possibile provare nel loro preciso ammontare, gli stessi, ai sensi degli artt.1226 e 2056 cod. civ., devono essere liquidati in via equitativa. A tal fine la Sezione li individua in una percentuale pari al 10% dell'ammontare delle differenze retributive riconosciute a titolo risarcitorio; tali somme, trattandosi di debito di valore, devono essere maggiorate degli interessi legali e della rivalutazione monetaria come per legge.