

**RASSEGNA GIURIDICA**  
a cura dell'Avvocatura della Città di Aosta

dirigente avvocato Valdo Azzoni

anno 2005 numero 1

Il presente lavoro si articola in tre sezioni che vogliono rispettivamente presentare: la prima, dal titolo "Sotto la lente di ingrandimento", uno o più scritti originali su un tema di particolare interesse per gli operatori e per i cittadini; la seconda, dal titolo "Sentenze per noi", alcune recenti decisioni degli organi di giustizia di immediato rilievo pratico per il funzionamento della complessa macchina amministrativa del Comune; la terza, dal titolo "Una disciplina sotto esame", alcuni passaggi salienti di un testo normativo in vigore, proposti con il corredo di un commento affidato prevalentemente ad estratti da sentenze rese dai giudici di tutto il Paese.

In tutti e tre i casi crediamo di offrire al lettore la possibilità di capire meglio la realtà comunale e di avvicinarsi alle sue logiche, magari anche - ce lo auguriamo di cuore - di scoprire prospettive nuove di salvaguardia dei propri diritti.

**SOMMARIO**  
del numero 1/05

**SEZIONE PRIMA**

**SOTTO LALENTE DI INGRANDIMENTO**

IL CONCETTO DI TEMPO NELLE PROCEDURE  
AMMINISTRATIVE

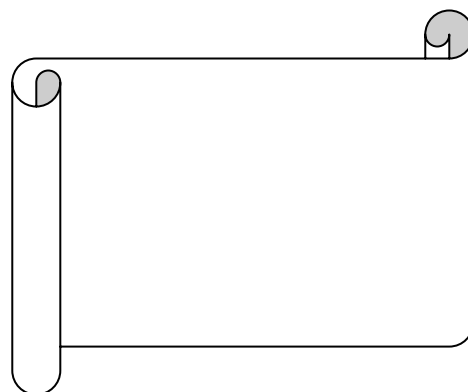
L'ICI E' CREDITO PRIVILEGIATO IN CASO DI  
FALLIMENTO



**SEZIONE SECONDA**

**SENTENZE PER NOI**

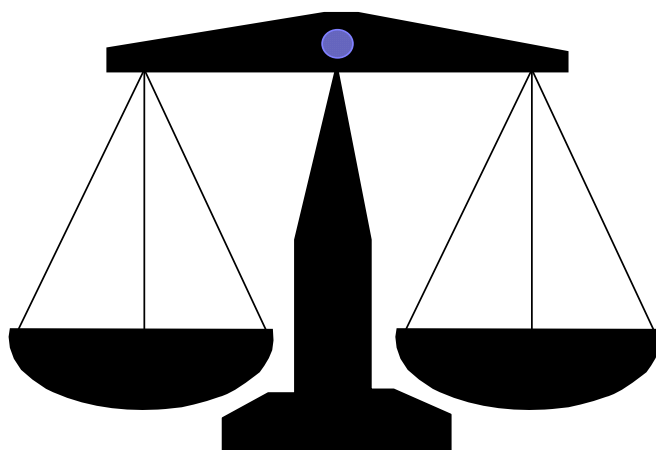
- I) Consiglio di stato, V, sentenza n. 6281 del 13 novembre 2002
- II) Corte di Cassazione, I, sentenza n. 11247 del 30 luglio 2002
- III) TAR Lazio, II, sentenza n. 9851 del 21 novembre 2001
- IV) Corte di Cassazione, III, sentenza n. 11356 del 31 luglio 2002
- V) Consiglio di Stato, V, sentenza n. 4906 del 12 novembre 2002



**SEZIONE TERZA**

**UNA DISCIPLINA SOTTO ESAME**

IL REGOLAMENTO PER LA CONCESSIONE DI  
PROVVIDENZE





**SEZIONE PRIMA**

**SOTTO LALENTE DI INGRANDIMENTO**

## IL CONCETTO DI TEMPO NELLE PROCEDURE AMMINISTRATIVE

Si è avuto modo di accennare a questo importante argomento in sede di commento ad una decisione riportata nella sezione "Sentenze per noi". Già in tale occasione abbiamo sottolineato come il principale distinguo, nell'ambito dei termini fissati dalla legge in seno ad una procedura amministrativa, sia quello fra termini perentori e termini ordinatori: i primi, la cui violazione genera un vizio insanabile del procedimento in corso; i secondi, la cui violazione, benché per più versi rilevante, non comporta necessariamente uno stato di irreversibile anomalia. A questa prima, fondamentale distinzione se ne aggiunge un'altra, fra termini acceleratori e termini dilatori: gli uni concepiti per imprimere snellezza alla conclusione della vicenda sottesa, che stabiliscono entro quanto tempo un certo atto vada compiuto; gli altri concepiti per salvaguardare profili di non minore rilievo, quale può essere il diritto al contraddittorio. I termini dilatori sono generalmente quantificati in un certo numero di giorni liberi, in relazione ai quali, in difformità dalla regola generale fissata dall'art. 2963 codice civile, non si computano né il dies a quo né il dies ad quem, e debbono necessariamente decorrere prima che un certo atto possa essere (o comunque dirsi) ritualmente compiuto. La distinzione più significativa per gli operatori è però l'altra, quella che riguarda il complesso capitolo delle conseguenze, cioè delle sanzioni a carico di chi abbia a violare i termini enunciati dall'ordinamento.

Innegabilmente l'esigenza di un procedimento veloce e snello è stata tenuta presente dal legislatore dei primi anni Novanta, impegnato com'era a riformare la condotta degli apparati pubblici improntandola ai fondamentali canoni di legalità, economicità, efficacia e pubblicità (art. 1 della legge 7 agosto 1990 n. 241) e fin dai suoi primi precetti fermo nel negare alla pubblica amministrazione la facoltà di "aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria" (art. 1, comma 2): dove l'aggravamento proibito potrebbe materializzarsi in un'eccedenza di forme rispetto allo scopo o appunto in ingiustificate dilazioni concesse alla mano pubblica nel fornire le risposte cui essa è tenuta. Infatti quella stessa legge, nota come colonna portante di un sistema ispirato a trasparenza, non manca di riservare al termine del procedimento una collocazione di rilievo, se è vero che si premura di sancire che "le pubbliche amministrazioni determinano per ciascun tipo di procedimento, in quanto non sia già direttamente disposto per legge o per regolamento, il termine entro cui esso deve concludersi" (art. 2, comma 2, prima parte) e che "qualora le pubbliche amministrazioni non provvedano ..., il termine è di trenta giorni" (art. 2, comma 3). Legge che onora l'impegno alla tutela di questo specifico interesse ritornando in numerosi passaggi sul nodo del termine ultimo per l'adozione del provvedimento o per la conclusione di una fase di esso. Pensiamo alle conferenze di servizi, in ordine alle quali è detto che "nella prima riunione ... le amministrazioni che vi partecipano determinano il termine entro cui è possibile pervenire ad una decisione conclusiva" (art. 14 ter, comma 3, prima parte), scaduto il quale la tendenza è a procedere comunque, dando per "acquisito l'assenso dell'amministrazione, il cui rappresentante non abbia espresso definitivamente la volontà dell'amministrazione rappresentata" (art. 14 ter, comma 7). Pensiamo alla disciplina dell'emissione

dei pareri, retta dalla medesima logica in fatto di termini predeterminati ("quarantacinque giorni dal ricevimento della richiesta", ai sensi dell'art. 16, comma 1, prima parte, in materia di pareri obbligatori; un arco temporale di volta in volta definito dall'organo consultivo, ai sensi dell'art. 16, comma 1, seconda parte, in materia di pareri facoltativi). Pensiamo alla residuale "facoltà dell'amministrazione richiedente di procedere indipendentemente dall'acquisizione del parere" qualora l'organo consultivo non l'abbia reso nel termine predeterminato ovvero, in via subordinata, non abbia segnalato il ricorrere di esigenze istruttorie tali da rallentare il riscontro (art. 16, comma 2).

Ciò nonostante, a fronte del dichiarato primato del procedimento ragionevolmente breve, dell'obbligo della pubblica amministrazione ad esprimersi con un atto espresso (art. 2, comma 1), giunto al termine di un iter partecipato dai diretti interessati o, comunque, a loro noto (art. 7, comma 1: vincolo che, non a caso, viene meno solo "ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento", cioè unicamente in vista di un accorciamento dei tempi), la giurisprudenza è uniforme nell'escludere la natura perentoria di siffatte scadenze e, quindi, nel ricusare l'attribuzione di portata decadenziale al loro eventuale superamento, qualora appunto ciò non sia stato espressamente prescritto dalla legge a titolo di perentorietà o non sia stato abbinato dalla legge ad una espressa sanzione di decadenza. Piena applicazione della linea interpretativa appena esposta si è avuta con particolare frequenza appunto con riguardo al termine ultimo per l'adozione dell'atto pubblico, termine - come già ricordato - fissato di norma dall'art. 2, comma 3, della legge n. 241/1990 in 30 giorni e che va calcolato "dall'inizio di ufficio del procedimento o dal ricevimento della domanda se il procedimento è ad iniziativa di parte" (art. 2, comma 2, secondo periodo). Ebbene, la giurisprudenza pressoché pacifica conferisce a detto termine "natura ordinatoria e non perentoria, non essendo comminata alcuna sanzione per il caso di inosservanza; pertanto, la sua inosservanza da parte dell'amministrazione non esaurisce il potere di provvedere spettante a quest'ultima".

Giurisprudenza compatta, o quasi, dunque nell'elevare a principio generale l'ordinarietà del termine e nel contemplare la perentorietà come eccezione, ammessa nel ricorrere alternativamente della qualificazione esplicita di perentorietà o della previsione della sanzione di decadenza. Alcuni distinguo, alcune dissonanze non sono però mancati: talora non particolarmente significativi, tal'altra, invece, di profonda importanza per l'intuizione sottesa. Vanno innanzitutto ricordate le pronunce che collegano l'automatico espandersi della regola dell'ordinarietà alla sola "mancanza di una specifica indicazione della perentorietà da parte del legislatore", senza cioè accennare all'alternativa della sanzione di decadenza comminata dalla legge. In secondo luogo, e di ben più incisivo spessore, quel filone giurisprudenziale che, all'opposto, ridimensiona il ruolo dell'enunciazione edittale, affermando che "la mera qualificazione testuale di un termine come perentorio non è di per sé sufficiente ad attribuirgli la corrispondente natura, occorrendo a tal fine la chiara ed esplicita comminatoria di una precisa sanzione di inosservanza". Decisione questa che mira alla sostanza e che va a collocarsi nel solco - segnato dal primato del valore contenutistico della norma, in virtù del quale al legislatore andrebbe sottratto qualunque apporto definitorio per rimetterlo al compito di fonte, di fabbricatore del precetto, di formulatore delle regole da seguire e delle sanzioni da infliggere - caro a quanti, nell'ambito della giustizia amministrativa, sostengono che "la natura decadenziale o meno di un termine introdotto in via amministrativa va desunta in concreto, e cioè dalla funzione che lo spazio di tempo così concesso è orientato ad assolvere". E' un taglio, quest'ultimo, di stampo avanzato e, quindi, dal piglio fortemente innovativo. Esso, infatti, mirando empiricamente alla sostanza funzionale delle conseguenze dei comportamenti considerati, consegna il ceto legislativo ad un ruolo essenziale a cui forse questo non è del tutto preparato, per tradizione e cultura. Secondo un risalente (ma nel corso del tempo abbandonato) distinguo, sul legislatore grava il compito di impartire gli ordini e di infliggere il fio; l'applicazione della norma nelle singole situazioni concrete è faccenda della mano giudicante; la sistemazione, infine, del dettato normativo in un complesso organico e razionale, quindi precipuamente definitorio, è compito della dottrina. Le contaminazioni fra i ruoli appaiono pericolose, basti pensare alla

congerie di problematiche, non di rado aperte - specie in tema di retroattività - dalle occasioni di interpretazione autentica in cui si cimenta il legislatore. La richiamata corrente giurisprudenziale minoritaria è indizio di un atteggiamento evoluto, sensibile alle concezioni proprie della common law e già su coordinate di respiro europeo. In altri termini, "ai fini della qualificazione di un termine come perentorio occorre la chiara ed esplicita comminatoria di una precisa sanzione per il caso di inosservanza". Secondo questa impostazione, i galloni della perentorietà un qualsiasi termine deve conquistarsi sul campo; in difetto, si rischia di arrovellarsi su pretese labiali prive di traduzione nelle cose. Questa, con tutta probabilità, sarà la futura frontiera del dibattito in tema di termini della procedura amministrativa.

Sterzando di 180 gradi, va detto che la regola illustrata non vige, invece, nell'ipotesi simmetrica. Nel senso che se, come si è visto, la pubblica amministrazione può - in maniera relativamente indolore - varcare i paletti temporali imposti dalla legge, non altrettanto vale per il privato allorché questi, instando per il riconoscimento di un beneficio, lasci scendere la data ultima fissatagli dall'ordinamento, e ciò pure in mancanza di un'espressa previsione di perdita del beneficio. Anche su questo punto la giurisprudenza sembra concorde, sancendo che "il termine fissato dalla legge per l'esercizio di un diritto, di una facoltà o di un onere da parte di un cittadino nei confronti dell'amministrazione pubblica deve essere considerato di natura perentoria, nel senso che le posizioni soggettive cui il diritto, la facoltà o l'onere sono correlati, sono conseguibili soltanto nel termine assegnato". Natura di perentorietà che permea l'intera posizione del soggetto passivo, investendo non solo l'istanza in senso stretto, ma anche il materiale a corredo, cioè "la fase di presentazione di documentazioni integrative richieste dall'amministrazione stessa, nel senso che, quando sia esercitata la facoltà di far integrare la documentazione, l'interessato deve provvedervi a pena di decadenza nel termine assegnatogli". La conclusione sembra persuasiva, anche sulla scorta della dottrina espressasi al riguardo. A ben vedere, una simile fattispecie, caratterizzata dal circuito domanda-beneficio, è riconducibile al paradigma dell'onere, istituito in forza del quale l'ottenimento del vantaggio è vincolato al preventivo espletamento di un'apposita attività. Frutto composito (senza, peraltro, diventare commistione ibrida) di esercizio di un diritto subordinato all'adempimento di un dovere, la figura dell'onere è tale che la frattura fra le sue componenti determina una sanzione costituita dallo "strumento negativo dell'inefficacia", ditalché l'eventuale inosservanza dell'onere "si manifesta nell'impedire che la diversa ... fattispecie dell'esercizio del potere possa spiegare i suoi effetti e conseguire il suo normale risultato giuridico".

(VA)

## L'ICI E' CREDITO PRIVILEGIATO IN CASO DI FALLIMENTO

Buone notizie per le amministrazioni comunali in materia di diritto fallimentare. Con una decisione destinata a fare testo (n. 5611/04 del 5 maggio 2004), il tribunale di Milano si è pronunciato favorevolmente a che il credito per l'imposta comunale sugli immobili (ICI), vantato dall'ente locale in occasione di procedure concorsuali, assuma natura privilegiata sui mobili del debitore, ai sensi dell'art. 2752, ultimo comma, codice civile. Ciò pone maggiori e più consistenti prospettive di recupero di questo tipo di imposta nei confronti di contribuenti insolventi, per i quali sia instaurato procedimento di fallimento.

Si sa, chi fallisce è perché non ha più la necessaria solidità economica e soprattutto non ha più la possibilità di soddisfare tutti i propri creditori. Inevitabile, dunque, che questi ultimi, nel loro

complesso, non siano appagati interamente dall'esito della ripartizione dell'attivo del fallito: possiamo dire, che va già di lusso se gli stessi riescono a recuperare una metà di quanto devono avere.

Buon per alcuni di loro, dunque, allorché il credito è riconosciuto, da una legge o dal codice, privilegiato rispetto a quelli degli altri. Possono, così, i più tutelati (e fortunati) sperare in qualcosa di più.

A tal proposito occorre dire che gli enti comunali, in generale, non godono di particolare tutela. Non sono infatti riconosciuti privilegiati - per parlare solo di alcuni fra quelli più frequenti - i crediti relativi ad acconti (anche consistenti) ed anticipi per stati di avanzamento, corrisposti a ditte nel frattempo fallite incaricate dell'esecuzione di lavori pubblici, di servizi e di forniture; come parimenti non godono di privilegio e restano "chirografarie" le somme dovute per infrazioni ai regolamenti comunali o al codice della strada e, fino alla citata sentenza del tribunale lombardo, sembravano non rientrare nemmeno gli importi dovuti per ICI.

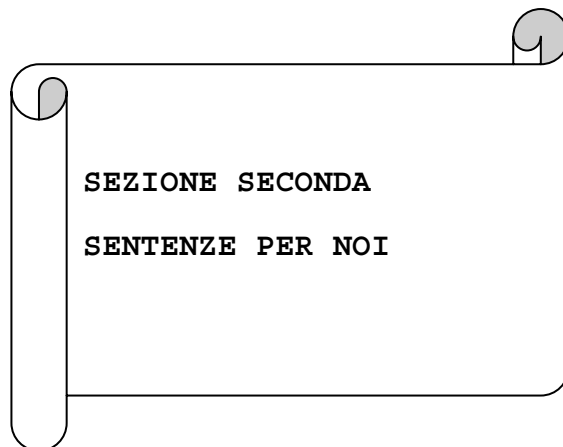
I giudici milanesi hanno infatti ritenuto che, se il legislatore - con l'espressione "*hanno ... privilegio ... i crediti per le imposte, tasse e tributi dei comuni previsti dalla legge per la finanza locale*" - avesse inteso riferirsi alle sole imposte previste dalla legge per la finanza locale vigente all'epoca in cui l'art. 2752 è stato riformulato con l'art. 3 della legge 29 luglio 1975 n. 26, avrebbe operato, nel testo dello stesso articolo 2752, un richiamo tecnicamente più idoneo, indicando gli estremi dell'identificazione del testo legislativo, vale a dire il regio decreto 14 settembre 1931 n. 1175, e non la generica locuzione "*legge per la finanza locale*". Ne consegue che questo riferimento alla legge per la finanza locale è chiamato ad assumere una portata che in gergo si chiama dinamica, legato strettamente alla evoluzione normativa della stessa materia e può ben ritenersi perciò che nel suo ambito legislativo possa includersi il d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 504 che ha introdotto l'ICI. Imposta comunale sugli immobili che proprio negli ultimi anni ha assunto, nel sistema tributario territoriale, una fondamentale e irrinunciabile fonte di entrate per la cosiddetta finanza locale.

Dalla sentenza n. 5611 del 5 maggio 2004 vanno tratti altri due importanti insegnamenti.

Il tribunale meneghino ha ritenuto operante l'estensione del privilegio anche agli interessi del credito tributario per l'anno in corso alla data del fallimento e per l'anno precedente; ciò in virtù del combinato disposto di cui all'art. 54, terzo comma, legge fallimentare e all'art. 2749 cod. civ., così come interpretato in base alla sentenza della Corte Costituzionale 28 maggio 2001 n. 162.

Lo stesso collegio giudicante ha ritenuto altresì che mantengono una collocazione chirografaria i crediti inerenti le sanzioni correlate all'ICI, in quanto l'art. 2752, terzo comma, non prevede - a differenza del secondo comma in tema di imposta sul valore aggiunto - alcuna estensione del *favor privilegii* alle pene pecuniarie.

(AO)



**I) Consiglio di Stato, V (presid. Varrone, relatore Zaccardi) sentenza n. 6281 del 13 novembre 2002 - Società A.L.S. contro Azienda Policlinico ..... più altri**

.....OMISSIS.....

DIRITTO. Si deve tenere presente che, per gli enti pubblici, la capacità di agire nei rapporti contrattuali non è rimessa alla libera scelta degli organi chiamati a manifestare la volontà dell'ente ma, invece, è strettamente correlata allo svolgimento, da parte degli organi competenti, di procedure definite in modo compiuto dal legislatore, siano esse concorsuali o, come accade in alcune ipotesi eccezionali individuate specificamente dall'ordinamento, non concorsuali. L'attuazione di tali procedure sostituisce il procedimento logico di formazione della volontà, e di conseguente scelta del contraente, riservato, nei rapporti interprivati, alla libera autonomia negoziale e che si concreta nelle singole manifestazioni di volontà dei soggetti privati. In altri termini, nel nostro ordinamento giuridico, la capacità giuridica e di agire degli enti pubblici è disciplinata dalle disposizioni di diritto positivo relative alle persone giuridiche, ma, in relazione al principio della necessaria evidenza pubblica delle scelte effettuate da detti enti, le persone giuridiche pubbliche possono assumere impegni solo nei limiti e nei modi stabiliti dalla legislazione che regola la loro attività per il perseguimento dei fini che sono loro assegnati (in tal senso, cfr., tra le altre decisioni, Consiglio di Stato, Adunanza generale, n. 2/2000 del 17 febbraio 2000). Da tale premessa, ormai consolidata, discende, per il carattere inderogabile delle disposizioni che prevedono tali procedure, sicuramente ascrivibili al novero delle norme imperative, l'obbligo di seguire i procedimenti nei quali è, per così dire, cristallizzata la volontà dell'ente, volontà che, così come deve manifestarsi secondo tali procedure, parimenti può essere modificata solo con il ricorso ai medesimi procedimenti e, di regola, con l'adozione di atti espressione del potere di autotutela, ove sussistano i presupposti per il ricorso ai relativi istituti. Al di fuori dei limiti segnati dalle norme dell'ordinamento di settore, che fissano le regole che le amministrazioni devono seguire nel contrattare, non vi è, pertanto, capacità di agire di diritto privato, che possa essere utilmente esercitata dalla pubblica amministrazione. Siamo, perciò, in presenza dell'illegittimo esercizio della funzione amministrativa, in palese contrasto con le norme in tema di procedure di evidenza pubblica. Le norme qui richiamate, e che prevedono le singole procedure di gara, corrispondono in primo luogo all'esigenza di consentire alle amministrazioni di provvedere, nel modo più economico e conveniente, alla provvista di beni e servizi ed alla realizzazione di opere, ma assolvono anche alla essenziale funzione di consentire a tutti i soggetti dell'ordinamento di partecipare, a parità di condizioni, alla redistribuzione delle risorse pubbliche che attraverso il sistema degli affidamenti pubblici viene effettuata. Si tratta, con evidenza, di risorse dei bilanci degli enti pubblici prevalentemente conseguite con il prelievo fiscale e con gli altri strumenti propri della finanza pubblica e per le quali è doveroso consentire, in linea con i principi costituzionali di cui agli artt. 3 e 41 Cost., prima ancora che con i principi posti a garanzia della concorrenza nell'ordinamento interno e comunitario, la possibilità di un libero accesso a tutti gli operatori economici giudicati idonei tecnicamente per fornire i beni, prestare i servizi e realizzare le opere nei confronti di enti pubblici. Appare utile differenziare la fattispecie in esame dai casi in cui si individuano singoli vizi del procedimento di formazione della volontà degli

enti pubblici e, quindi, delle procedure di affidamento, che determinano, secondo indirizzi consolidati della Corte di cassazione, una incapacità relativa dell'ente, con la conseguenza che il disposto annullamento dell'aggiudicazione determina solo l'annullabilità del contratto stipulato sulla base della stessa e non la sua nullità.

Nel caso nostro, invece, l'esercizio della funzione amministrativa in contrasto con norme imperative non dà luogo alla semplice annullabilità del provvedimento, prevista espressamente dalla legge per i soli casi di atto e/o provvedimento di tipo autoritativo, bensì alla nullità dell'assetto di interessi posto in essere con l'assenso del privato interessato (art. 11 legge n. 241 del 1990). E' evidente, infatti, che, nelle ipotesi considerate, non sussistendo una capacità di diritto privato, liberamente esplicabile da parte della pubblica amministrazione, trattasi pur sempre di esercizio illegittimo della funzione amministrativa, che trasmoda in nullità del regolamento di interessi posto in essere al di fuori e senza la prescritta osservanza delle regole della evidenza pubblica (v. al riguardo Consiglio di Stato, Commissione speciale, 12 ottobre 2001, secondo cui, in tal modo, si introduce un elemento distorsivo nella gara, così da trasformare illegittimamente una procedura aperta [ovvero ristretta] in una procedura negoziata). L'inconfigurabilità, in astratto, di una capacità di diritto privato della stazione appaltante o, più in generale, dell'amministrazione tenuta all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica, radica l'esame della controversia nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, secondo l'espressa previsione contenuta nell'art. 7 legge n. 205 del 2000, lett. d), comma 2, trattandosi in ogni caso di una funzione amministrativa spettante alla stessa pubblica amministrazione, ma esercitata in modo arbitrario e contra legem. Si è in presenza, in altri termini, di fattispecie di segno eguale e contrario a quelle che rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, allorché non è in astratto configurabile un potere della pubblica amministrazione di incidere legittimamente sulla situazione soggettiva del privato (cosiddetta carenza in astratto del potere). In questi casi, invece, esiste sì il potere della pubblica amministrazione di conformare le situazioni soggettive facenti capo ai privati, ma esso è illegittimamente esercitato mediante il ricorso a moduli convenzionali palesemente contra legem, attesa la espressa previsione legislativa di norme inderogabili, che presiedono e procedimentalizzano il corretto esercizio del potere della pubblica amministrazione. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ha appunto ad oggetto le ipotesi, in cui il diritto soggettivo del privato è in astratto suscettibile di essere assoggettato, per ragioni di pubblica utilità, al potere conformativo della pubblica amministrazione, anche in relazione a singole facoltà che concorrono a determinare il relativo contenuto (artt. 41 e 42 Cost.); ragioni che spetta alla pubblica amministrazione in concreto di valutare e al giudice amministrativo ex post di poter sottoporre al suo sindacato di legittimità, secondo le significative indicazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale n. 355 del 2002. E' sulla base di tali considerazioni che va negata la possibilità di modificare le condizioni contrattuali di affidamento di un servizio o di una fornitura o della realizzazione di un'opera, sia prima che dopo l'aggiudicazione, perché in ogni caso non vi è capacità di agire di diritto privato dell'ente in tal senso ed, inoltre, vi è palese violazione delle regole di concorrenza e di parità di condizioni tra i partecipanti alle gare pubbliche.

e

## **II) Corte di Cassazione, I (presid. Olla, relatore Salvago) sentenza n. 11247 del 30 luglio 2002 - Comune di Mineo contro D.S. (massima)**

Nei contratti di diritto privato stipulati da un ente pubblico, la volontà negoziale deve essere tratta unicamente dalle pattuizioni intercorse tra le parti contraenti e risultanti dal contratto tra esse stipulato, interpretato secondo i canoni di ermeneutica di cui agli artt. 1362 segg. codice civile, senza che possa farsi ricorso alle deliberazioni dei competenti organi dell'ente, le quali attengono alla fase preparatoria e non hanno alcun valore di interpretazione autentica o ricognitiva delle clausole negoziali

*Commento. Le due decisioni concordano nel tracciare una netta separazione, in fatto di trattamento giuridico, fra i due segmenti temporali che, dall'idea di realizzare un'opera di pubblico interesse, portano alla stipulazione del relativo appalto con l'impresa che, fra tutte, si è rivelata più idonea allo scopo. Il primo segmento a sua volta muove dall'insorgere dell'iniziativa nella mente degli amministratori e conduce - attraverso una procedura di selezione più o meno allargata, eventualmente ristretta e persino negoziata con una sola ditta interlocutrice, beninteso quando ricorrano speciali circostanze - alla identificazione del partner ritenuto più indicato e come tale prescelto. Questo primo segmento non può che essere illuminato e governato da norme di diritto pubblico, a conferma - come non manca di ribadire la prima delle sentenze qui passate in rassegna - che la materia non rientra nella disponibilità dei rappresentanti dell'ente di riferimento, è loro sottratta per disposto legislativo; e ciò per ragioni insieme di trasparenza, affinché ogni singolo momento della procedura non sfugga al controllo dall'esterno, e di convenienza, affinché dallo scrupoloso rispetto delle sequenze previste dalla legge derivino maggiori opportunità alla stazione appaltante, in termini vuoi di risparmio vuoi di bontà del risultato.*

*La ferreità delle prescrizioni del regime pubblicistico, nel duplice senso di puntualità delle direttive operative e comportamentali impartite e di gravità delle conseguenze della loro eventuale trasgressione, è concepita in funzione di garanzia della tutela della cosa pubblica. Tutta la fase della scelta fra i più o meno numerosi aspiranti obbedisce a questo superiore interesse che il regime privatistico non è in grado di assicurare, non essendo stato istituito per scegliere la controparte negoziale quanto per tracciare i criteri dell'interpretazione degli accordi raggiunti e per prevenire, per moderare i potenziali contrasti.*

*Diversa la finalità del secondo segmento. Qui si tratta, a scelta fatta, di impostare con chiarezza il rapporto con la ditta aggiudicataria, di stendere con ogni ragionevole obiettività la rete di reciproche attese, quella miscellanea di diritti e di doveri che connota ogni vicenda contrattuale.*

*L'assorbente pregnanza di questa demarcazione, stante la diversa finalizzazione dell'attività amministrativa da dispiegare, condiziona ogni aspetto collaterale: dal giudice cui rivolgersi alla rilevanza degli eventuali vizi dei diversi atti. Al punto che - a differenza di quanto capita a proposito delle leggi, la cui interpretazione è arricchita, sostenuta, persino talora decisa dal richiamo ai lavori preparatori: non a caso si parla di ratio legis, con ciò significando l'importanza di una lettura fedele agli intenti manifestati dal legislatore - nella contrattualistica pubblica perdono rilievo i propositi espressi, negli atti di loro competenza, dagli amministratori che hanno patrocinato l'iniziativa. In sede di ripartizione di compiti e oneri, a quel punto dell'iter procedimentale, le parti si collocano sullo stesso piano senza sbilanciamenti a favore della mano pubblica. Da quel momento l'ente pubblico è parte negoziale come qualunque altra e non può vantare condizioni di privilegio.*

(VA)

### **III) TAR Lazio, II (presid. Marzano, relatore Sapone) sentenza n. 9851 del 21 novembre 2001 - D.A.G. contro Comune di Montiroso (massima)**

Nell'ordinamento non sussiste un principio generale in base al quale la composizione di una commissione esaminatrice deve rimanere inalterata nel corso dello svolgimento di un pubblico concorso, mentre, nel caso di nomina di un nuovo componente, è richiesto unicamente, ai fini della legittimità dell'operato della commissione, che quest'ultimo ratifichi e faccia proprio il precedente operato del detto organo

*Commento. Decisione notevole, quella in rassegna, perché opportunamente rovescia la regola, imperante nel nostro ordinamento, della continuità dei lavori di ogni collegio investito di competenza decisionale, a qualunque livello esso operi. Se ad esempio i due rami del Parlamento proseguono nell'iter legislativo anche qualora - nel corso di una delle sue fasi: esame, discussione,*

*voto - la composizione dell'assemblea dovesse mutare, senza necessità che i nuovi componenti debbano ratificare quanto già deliberato dai predecessori e questo non solo per evidenti ragioni di economicità dell'attività relativa ma anche per il principio che l'organo collegiale esiste, lavora e manifesta la propria volontà come entità autonoma a prescindere da qualunque incidenza che possa riguardare le persone fisiche che lo integrano; e se questa regola ha appunto un respiro universale, in quanto di applicazione generale fintantoché non ci imbattiamo in una prescrizione espressa con diverso contenuto; qui succede l'opposto: come sottolinea il giudice amministrativo, manca, nel sistema specifico, un precetto diverso che, poniamo, disponga che il venir meno di un componente comporti l'automatica dissoluzione della commissione, così come, per converso, manca una norma che imponga ai nuovi componenti di proseguire i lavori da quel momento in avanti, senza spazio per uno sguardo retrospettivo e potenzialmente critico. Mancando dunque qualsiasi direttiva espressamente vincolante, la soluzione individuata si ispira a ragionevolezza, coniugando il valore della speditezza dell'azione amministrativa con quello della coerente motivazione del provvedimento o dei provvedimenti conclusivi. Di qui la condivisibilità dell'indirizzo espresso: la commissione è storicamente una, nel senso che eventuali cambiamenti soggettivi al suo interno non ne inficiano l'attività; essenziale però, ad assicurare che la continuità non sia solo un dato formale ma rivesta anche un contenuto sostanziale, è che il nuovo o i nuovi componenti facciano proprio - riteniamo anche con una semplice presa d'atto - quanto dagli altri deciso in precedenza.*

(VA)

**IV) Corte di Cassazione, III (presid. Giustiniani, relatore Segreto) sentenza n. 11356 del 31 luglio 2002 - L. contro Comune di Augusta (massima)**

Nell'appalto di opere pubbliche, l'appaltatore conserva, anche se in limiti più ristretti rispetto agli appaltatori di opere private (obbligatorietà della nomina del direttore dei lavori, continua ingerenza dell'amministrazione appaltante ecc.), margini di autonomia, e perciò, di regola, è da considerarsi unico responsabile dei danni cagionati ai terzi nel corso dei lavori; sussiste, tuttavia, la responsabilità concorrente e solidale dell'amministrazione committente qualora il fatto dannoso sia stato posto in essere in esecuzione del progetto o di direttive impartite dall'amministrazione committente, mentre una responsabilità esclusiva di quest'ultima resta configurabile solo allorché essa abbia rigidamente vincolato l'attività dell'appaltatore, così da neutralizzare completamente la sua libertà di decisione

*Commento. La decisione in rassegna è degna senz'altro del massimo interesse perché ha l'innegabile merito di circoscrivere con scrupolo e rigore l'area di responsabilità delle amministrazioni pubbliche che appaltano i lavori. Affidata la realizzazione di un'opera all'impresa aggiudicataria, è su questa che ricade la responsabilità per i danni procurati nel corso dei lavori. In caso, ad esempio, di interruzioni viarie non segnalate o di sospensione nell'erogazione di energia, è l'impresa operante che deve rimediare ai guai determinati dalle sue omissioni, con la conseguenza tecnica che, se chiamato a risponderne, il Comune ben può sollecitare la stessa impresa a manlearlo e ad assumersi, oltre alle spese, anche l'eventuale resistenza giudiziale.*

*Le uniche eccezioni sono quelle messe dalla sentenza in opportuno quanto lucido rilievo e ricorrono nel primo caso - ciò comportando una responsabilità concorrente e solidale - quando l'errore da cui è derivato il danno sia riconducibile in parte anche alla stazione appaltante: quando, ad esempio, quest'ultima abbia fornito all'appaltatore grafici progettuali di una certa zona, in cui lo stesso appaltatore deve eseguire gli scavi, riportanti una profondità parzialmente diversa dei tracciati dove insistono condutture private; nel secondo caso - ciò comportando una responsabilità esclusiva della pubblica amministrazione - quando, nell'esempio già fatto, l'amministrazione stessa, attraverso un proprio funzionario tecnico presente in loco, abbia imposto all'appaltatore di eseguire gli scavi ad una errata profondità.*

*In altre parole, allorché la procedura di selezione della persona dell'appaltatore risulta incensurabile, la pubblica amministrazione non può rispondere di "culpa in eligendo", cioè di colpa per la scelta fatta; deve invece rispondere di "culpa in vigilando", cioè di colpa per mancato controllo, ma solo allorché - e nella misura in cui - la legge o le norme contrattuali contemplino una sfera di supervisione dell'operato della ditta.*

(VA)

**V) Consiglio di Stato, V (presidente Quaranta, relatore Pullano) sentenza n. 4906 del 12 novembre 2002 - Comune di Carsoli contro società I.S. (massima)**

Nei giudizi in cui sia parte un Comune, la rappresentanza in giudizio dell'ente spetta al Sindaco, con la conseguenza che è inammissibile l'appello proposto personalmente da un dirigente comunale

*Commento. Per quanto riguarda gli enti pubblici territoriali istituiti e operanti in Valle d'Aosta, la questione della legittimazione processuale può dirsi ormai risolta. La conclusione del problema giunge alla fine di una lunga fase storica in cui ad accettare le liti, cioè ad avviarle come a resistervi, le amministrazioni pubbliche addivenivano in forza di una deliberazione dell'assemblea elettiva (il Consiglio comunale, nel nostro caso), l'unico fra i vari organi della persona giuridica a detenere un simile potere, cosicché in caso d'urgenza - situazione non rara nelle dinamiche processuali - la Giunta municipale si poteva sostituire al Consiglio nell'esprimere l'autorizzazione alla lite, ma solo per assicurare una difesa immediata. La ratifica consiliare doveva poi intervenire "nella prima adunanza successiva" a pena di perdita di efficacia, cioè di qualsiasi utilità, di tutti gli atti difensivi nel frattempo messi in campo. Ha tenuto dietro una seconda, più breve fase storica in cui - a sèguito anche della diversa logica introdotta nel riparto delle competenze agli inizi degli anni Novanta, in base alla quale al Consiglio doveva spettare, come tuttora spetta, la definizione degli indirizzi di massima e alla Giunta la loro traduzione nel concreto - il compito in questione è stato consegnato appunto alla Giunta quale organo numericamente più piccolo e quindi più duttile e agile, al cui interno, fra l'altro, il dibattito sull'opportunità di resistere nel contenzioso avviato (o di avviarne uno nuovo) è opportunamente coperto dal segreto, regola tipica dei lavori di quel consesso.*

*A partire dal 1° gennaio 1999, con l'entrata in vigore della legge regionale 7 dicembre 1998 n. 54, è sul Sindaco che - ai sensi dell'art. 26, comma 1 - nei Comuni della Valle d'Aosta grava la decisione sul se affrontare il contenzioso. Beninteso, nel prendere quella decisione, quella figura - esponenziale per definizione della collettività (anzi, sempre di più) nonché, sempre per definizione legislativa, rappresentativa dell'ente pubblico - deve essere affiancata e sostenuta dal responsabile del servizio direttamente interessato (o dai più servizi, se del caso) in modo che si tratti sempre di una scelta non casuale e approssimativa ma ponderata e tecnicamente supportata.*

*Testualmente la norma richiamata dispone: "Il Sindaco....determina di agire e di resistere in giudizio per conto e nell'interesse del Comune". Con riferimento a tale indicazione, un modello standard di determinazione sindacale di resistenza in giudizio può essere visto nel seguente:*

"Il Sindaco

su iniziativa del Dirigente al.....

Premesso:

- che, con ricorso qui notificato in data ....., il sig. .... (rappresentato e difeso dall'avv. ....) insta avanti il Tribunale ..... per ottenere.....;
- che si ritiene di doversi costituire nella vertenza, come sopra avviata, per rappresentare le legittime ragioni dell'Ente;

Ai sensi dell'art. 26, comma 1, della legge Valle d'Aosta 7 dicembre 1998 n. 54, il presente provvedimento compete al Sindaco;

determina

- che sia formalmente avviata la resistenza nella vertenza meglio identificata in premessa, incaricando della difesa delle ragioni dell'Amministrazione l'avv. .... del Foro di .....
- che l'importo di Euro ....., previsto quale onere presuntivo, sia imputato al capitolo .....

*oppure, se del caso:*

- di dare atto che il presente provvedimento non comporta spesa poiché la difesa dell'amministrazione comunale sarà assunta dall'avv. .... dell'Avvocatura interna.

Il presente provvedimento di resistenza nella vertenza di cui trattasi, allestito da ....., viene adottato di concerto con il dirigente....., il quale ha favorevolmente valutato l'opportunità della sua adozione.

Il Dirigente .....

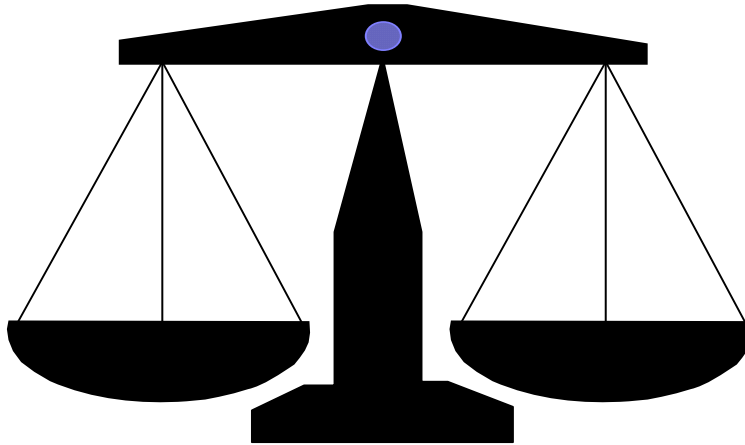
Il Sindaco .....

Visto di regolarità contabile e copertura finanziaria imp. n. ....

Il Dirigente dei servizi finanziari ....."

*Da notare che il provvedimento sindacale deve recare anche, nel caso di incarico di patrocinio a professionista legale esterno, l'impegno di spesa, che altrimenti risulterebbe decisa un'iniziativa di natura onerosa non supportata nel concreto dal dovuto corredo finanziario, collocandosi in tal modo fuori dal sistema.*

(VA)



### SEZIONE TERZA

#### UNA DISCIPLINA SOTTO ESAME

## IL REGOLAMENTO PER LA CONCESSIONE DI PROVVIDENZE

Nove, densi articoli, distribuiti in tre Capi ("Norme generali", "Concorsi in denaro", "Uso dei beni") e destinati ora alla definizione dei concetti ora alla concreta disciplina della materia: questo il disegno architettonico, lo scheletro portante del Regolamento per la concessione di provvidenze approvato con provvedimento del Consiglio Comunale di Aosta circa otto anni fa (deliberazione n. 312 del 20 dicembre 1996) ed oggi in vigore. I due aspetti evidenziati - il primo, cioè la descrizione degli istituti e delle fattispecie, e il secondo, cioè la normazione delle diverse situazioni che si possono avverare - hanno obbedito, nella mente dei redattori del documento, ad un intento di chiarezza, al bisogno, essenziale per un ente pubblico territoriale improntato a trasparenza, di non lasciare ombre e incertezze (o quanto meno, visto che nessun prodotto normativo può aspirare alla assoluta completezza, tentare di circoscriverle il più possibile): e ciò proprio per evitare, in un settore tanto delicato e coinvolgente, lo spazio per i dolorosi dissidi constatati fino alla vigilia della sua adozione. Infatti, se è vero che, con l'elargizione di contributi a fronte di singole iniziative dei privati, il Comune offre l'altra faccia di sé, cioè quella di erogatore all'occorrenza di incentivi (anche e soprattutto) in denaro a terzi (profilo che si sovrappone a quello principale di incamerare, attraverso l'imposizione coattiva, ricchezze private per gestire i pubblici servizi), è altrettanto vero che questa funzione è, per un primo verso, importante perché caldeggia, orienta e razionalizza l'attività spontaneistica dei cittadini e, per altro verso, delicatissima perché, senza una adeguata regolamentazione a monte, finisce per ingenerare false aspettative nonché - quasi di conseguenza - cocenti delusioni, soprattutto fra gli organizzatori delle manifestazioni che, magari in assoluta buona fede, presumono, sulla base di pallidi ricordi o di frettolosi confronti con le regole imperanti presso altre amministrazioni, di poter pretendere qualcosa di diverso e di più.

Partendo appunto dalle nozioni di fondo, chiediamoci quali sono le provvidenze concedibili a cui pone mente il Regolamento. L'art. 1, se estende al massimo il lotto dei soggetti privati che possono esserne destinatari in quanto tutti sono potenzialmente ricompresi ("persone fisiche ed enti pubblici o privati, riconosciuti o meno, aventi o meno finalità di lucro"), distingue accuratamente in due tipologie il momento oggettivo: da un lato (lettera a) i "concorsi in denaro", cioè "sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari e sponsorizzazioni in occasione della realizzazione di interventi (opere, progetti, attività ed iniziative) di interesse comunale nei settori economico, produttivo,

commerciale, turistico, sociale, culturale, sportivo, ambientale, sanitario, scolastico nonché in tutti gli altri settori di competenza comunale"; dall'altro (lettera b) "l'uso temporaneo di beni, mobili o immobili, di proprietà comunale per interventi di pubblico interesse".

Sotto la prima delle due voci - l'unica che qui studieremo, considerate la sua preponderanza e l'elevata frequenza - si è voluto comprendere ogni tipo di erogazione in denaro, nelle diverse locuzioni che il concetto ha via via assunto nella prassi nel corso del tempo, anche per sgombrare il campo da un equivoco sempre incombente nella gestione di queste operazioni: che a parole diverse debba corrispondere una diversa disciplina. Da rilevare poi come il filo conduttore di tutte le possibili vicende raggruppate in questa voce sia quello, oculatamente evidenziato, dell'"interesse comunale" in uno qualsiasi dei settori affidati istituzionalmente al più piccolo, al più elementare (e pur tuttavia fondamentale) fra gli enti territoriali pubblici esistenti nel nostro paese. "Interesse comunale": cioè motivo di crescita e strumento di impulso per la comunità, non importa se originale o meno, non importa se diffuso a tutta la popolazione e a tutto il territorio ovvero ristretto a determinati settori della vita collettiva. Va peraltro ricordato che, in base all'art. 2, gli interventi devono mirare "al soddisfacimento di un pubblico interesse ed in particolare risultare coerenti con i bisogni sociali e morali della collettività locale e/o essere collegati con i fini istituzionali, la storia, le tradizioni, le vocazioni, le problematiche e gli interessi anche contingenti della Città" (art. 2, comma 1) e che, fra tutti, sono privilegiati i servizi che "favoriscono il coinvolgimento partecipativo" oppure quelli "rivolti a settori di cittadini in particolari condizioni di disagio e/o bisogno" (art. 2, comma 2).

Conta piuttosto rilevare un altro profilo, l'assoluta libertà dell'amministrazione di valutare favorevolmente la domanda e quindi di ammetterla al beneficio secondo un atteggiamento di totale discrezionalità che, come insindacabile scelta di merito, si configura incensurabile da parte di qualsiasi giudice. Nulla però esclude che, per rafforzare il valore della sua proposta, il richiedente possa comunque farsi parte diligente nel chiarire le finalità di pubblico interesse che si intendono perseguire con l'intervento (art. 3, comma 1, lettera d del Regolamento) e che comunque mai possono debordare nell'affiancamento ad altre misure di tipo "assistenziale", dovendo queste ultime essere regolate "da separate apposite normative" (art. 1, comma 2).

Per quanto riguarda i concorsi in denaro, le diverse fasi dell'iter procedurale sono descritte agli artt. 1 bis ("Termini per la presentazione delle domande"), 3 ("Contenuto delle domande") - i quali individuano soprattutto obblighi a carico dei richiedenti - nonché 4 ("Verifica della sussistenza dei requisiti") e 6 ("Liquidazione delle provvidenze") - i quali due ultimi viceversa contemplano modalità istruttorie rimesse all'apparato burocratico comunale: il tutto in vista dell'emissione del sospirato atto di liberalità, quel "Provvedimento di concessione" cui pone mente l'art. 5.

Andando per ordine, occorre sapere che le domande, mai generiche e sempre riferite ad un evento o ad una sequenza di eventi specifici, devono segnalare con precisione le generalità, se persona fisica, ovvero gli estremi legali, se persona giuridica, del richiedente, con l'ulteriore cautela, nel secondo dei due casi, di riportare alcune indicazioni essenziali quali i dati referenziali dell'atto costitutivo o dello statuto societario o associativo e ancora quelli, codice fiscale compreso, del legale rappresentante. Irrinunciabile, poi, è una anche sommaria, purché esauriente, descrizione dell'intervento in ragione del quale la domanda è rivolta. Soprattutto essenziali i riferimenti di tipo finanziario, cioè un rapido ma completo piano finanziario dell'intervento, ovverosia un compendio di massima delle principali voci di entrata e di spesa, al cui interno un ruolo determinante assume (proprio in considerazione delle pesanti conseguenze alle quali il mendacio espone) l'esatta enunciazione dei contributi (da intendersi in senso lato) richiesti o già ricevuti da parte di terzi (questo per evitare ingiustificati doppioni nella percezione dei sussidi, come ammonisce anche l'art. 2, comma 3). Inoltre deve essere espressa, per quanto ancora a livello di mera previsione, l'entità (in genere sotto forma percentuale) della spesa totale che il concorso del Comune consentirà di coprire. Infine il richiedente deve formulare l'impegno a presentare agli uffici, a manifestazione avvenuta e a bilancio definitivamente stilato, un rendiconto conclusivo, comprensivo sia degli oneri sopportati sia degli introiti realizzati, il tutto corredato delle competenti, congrue pezze giustificative da

prodursi anche in copia libera. Tanto è sufficiente per impostare il rapporto; non è però escluso che il Comune, soppesato il livello dell'iniziativa promossa (in particolare per quanto riguarda l'impegno economico e l'intensità dello sforzo collegato), inviti il richiedente a esibire documentazione ulteriore, oltre a verificare con scrupolo quella già depositata chiedendone se del caso la conveniente integrazione.

Se va da sé che, se le domande non sottoscritte si sottraggono per definizione all'esame conseguente, e più propriamente non sono neppure prese in considerazione, troviamo invece rigorosamente prefissati dal Regolamento i termini di presentazione delle stesse: stando al dettato dell'art. 1 bis, per i concorsi in denaro il termine di presentazione è di almeno trenta giorni prima della data dell'intervento, termine riducibile alla metà solo "nei casi di particolare urgenza ed imprevedibilità". Di qui il monito a non cullarsi nell'illusione che l'eccezione possa sovvertire la norma e il vincolo possa finire eluso tramite l'esercizio di incaute pressioni cui certe male abitudini possono fare pensare.

La regola che, su tutte, presiederà alla decisione se concedere o meno il beneficio invocato è quella, fissata all'art. 2, comma 5, che consente l'erogazione solo "una tantum" (mai quindi con caratteri di continuità) e con rigorosa esclusione della "mera copertura delle spese di gestione dell'ente richiedente". L'unica eccezione consentita è contemplata dal comma successivo e riguarda l'eventualità di una convenzione apposita, finalizzata a dispiegare "forme di promozione e diffusione delle attività istituzionali" fra le quali spicca il risalto da dare all'immagine della Città.

Il meticoloso controllo della ricorrenza dei requisiti è anzi un momento doveroso a carico dell'apparato burocratico dell'ente, chiamato a ufficializzare per iscritto la "sussistenza di tutti i requisiti e di tutte le condizioni stabiliti da norme legislative o regolamentari, con particolare riguardo alle finalità di pubblico interesse perseguite" (art. 4).

Qui si esaurisce il primo momento valutativo da parte dell'ente, che sfocia, ad istruzione conclusa, nell'adozione del provvedimento di concessione, da emanare "con deliberazione della Giunta comunale" la quale peraltro non potrà trascurare, fra le altre, le risultanze delle disponibilità di bilancio (art. 5).

Ed è inutile illudersi sulla necessità e sulla meticolosità sia della verifica preventiva della sussistenza dei requisiti (art. 4) sia dei controlli finali (art. 6). L'una e gli altri sono affidati alla cura del dirigente competente per materia, il quale risponde personalmente sul piano amministrativo (cosiddetta responsabilità disciplinare), civile (cosiddetta responsabilità patrimoniale), contabile (cosiddetta responsabilità per la resa dei conti) e infine anche penale. Il dirigente è infatti la figura professionale che sta dietro all'intera operazione, dai suoi albori (anche se la formale concessione avviene con deliberazione della Giunta comunale) fino alla liquidazione delle spettanze, momento che suggella il complesso iter, previa la disamina del rendiconto e la conferma della bontà dell'iniziativa "in termini di efficacia e di proficuità" (art. 6, comma 4).

Da ricordare in ultimo che non è vietata, anzi espressamente prevista (art. 6, ultimo comma), la concessione di acconti, il cui ammontare complessivo non può peraltro superare il quaranta per cento degli oneri via via sostenuti.

(VA)