



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**25 luglio
2016**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ Nei moduli di accettazione di candidatura per le elezioni prevalgono gli aspetti sostanziali rispetto a quelli formali per valutarne la validità
- ❖ Condanna per concussione dell'amministratore pubblico e danno erariale
- ❖ La riforma del Codice degli appalti ha dimezzato i lavori pubblici
- ❖ Il mancato esercizio di un uso pubblico non fa venir meno il potere del Comune di impedire la chiusura di una strada

SEDE CENTRALE - Piazzale Risorgimento n. 14 - 24128 Bergamo
Tel. 030/40.35.40 . Fax 035/25.06.82 - C.F. 95100580166
www.conord.org conord@conord.org

Nei moduli di accettazione di candidatura per le elezioni prevalgono gli aspetti sostanziali rispetto a quelli formali per valutarne la validità

Il Tar Campania, Napoli, Sezione II si è espresso in merito alle elezioni del Presidente della Regione Campania, con la sentenza del 5 luglio 2016 numero 3342.

Durante la compilazione della documentazione necessaria per partecipare ad una competizione elettorale, la mancata indicazione del luogo in cui viene autenticata la firma di un candidato, solitamente apposta in calce al documento di dichiarazione di presentazione di candidatura, non è una causa invalidante in quanto il procedimento di autenticazione delle sottoscrizioni ha valore sostanziale e non formale.

Il fatto parte da un ricorso proposto da alcuni candidati alla carica di Consiglieri regionali non eletti che hanno impugnato il verbale di proclamazione degli eletti, dopo che l'Ufficio elettorale regionale presso la Corte di appello di Napoli aveva proclamato, all'esito delle votazioni regionali, eletto alla carica di Presidente della Regione Campania il candidato Vincenzo De Luca. Il motivo del ricorso era in particolare uno, cioè si eccepiva che l'autenticazione dell'accettazione di candidatura alla carica di Presidente della Giunta regionale apposta dai soggetti previsti dalla legge in calce al documento, fosse priva dell'indicazione del luogo dove questa autenticazione è avvenuta. Inoltre un altro motivo di ricorso riguardava il fatto che nelle varie accettazioni di candidatura l'autenticazione non specificasse la precisa modalità di identificazione del candidato, essendosi il pubblico ufficiale limitato ad attestare la certezza dell'identità con la frase "della cui identità sono certo".

Il Tar Campania ha respinto il ricorso con la dettagliata e puntuale sentenza in commento che dà una serie di spunti di

riflessione intorno alle questioni evidenziate.

La sentenza è in linea con i principi interpretativi dati dalla giurisprudenza in merito all'articolo 21 del Dpr numero 445 del 2000. Il consiglio di Stato ritiene che a garanzia della massima trasparenza nelle competizioni elettorali democratiche sia necessario operare in un contesto normativo chiaro che dia la massima certezza, e pone in evidenza che il procedimento di autenticazione delle sottoscrizioni di candidatura non ha un rilievo solo formale, ma le normative hanno come preciso scopo quello sostanziale di garantire l'autenticità delle firme, per impedire abusi e contraffazioni, per cui l'autenticazione rappresenta un elemento fondamentale della presentazione delle liste e delle candidature, non un mero elemento formale di prova. La mancanza di indicazione del luogo dove è avvenuta l'autenticazione non comporta quindi ipso iure l'invalidità della stessa, in quanto è stata fatta da soggetti legalmente legittimati. Per quanto riguarda la seconda eccezione, cioè la modalità di identificazione del candidato che mancherebbe nell'atto di accettazione di candidatura, il Tar si affida ai principi ermeneutici elaborati da giurisprudenza consolidata, cioè che quanto rileva per la validità della sottoscrizione è che l'identità sia stata effettivamente accertata per conoscenza diretta personale ovvero tramite documento di identità e che di questo accertamento sia stato dato atto.

La prescrizione normativa per cui le modalità di identificazione del sottoscrittore vanno inserite dall'autenticatore nell'atto, non vanno intese letteralmente, non essendo necessario indicare le modalità sostanziali con cui avviene l'accertamento, ma essendo sufficiente per la validità del procedimento di autenticazione che l'operazione sia stata eseguita correttamente dal pubblico ufficiale, non aggiungendo nulla l'eventuale indicazione delle modalità di identificazione. La dicitura "della cui

identità sono certo” nella sostanza integra la fattispecie di identificazione per conoscenza personale, cioè il riscontro da parte del pubblico ufficiale dell’identità del sottoscrittore per conoscenza personale e diretta del medesimo.

La sentenza commentata non può che essere condivisibile, non avendo punti di debolezza, in quanto considera gli aspetti sostanziali dell’operato dei pubblici ufficiali autorizzati per legge ad autenticare le dichiarazioni di accettazione della candidatura, non soffermandosi su quelli formali per mettere in discussione il corretto operato degli stessi nell’applicazione delle regole contenute nel Tu delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa che valorizzano ad adiuvandum dei ragionamenti esposti, il principio del favor participationis.

Condanna per concussione dell’amministratore pubblico e danno erariale

Con l’interessante sentenza n. 85/2016 la Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale per il Veneto, torna ad occuparsi del danno erariale cagionato dall’amministratore pubblico per reati commessi nell’esercizio delle proprie funzioni.

La fattispecie oggetto di giudizio trae origine dalla condanna penale definitiva comminata ad un Assessore di un Comune veneto per il reato di concussione continuata ex artt. 81 e 317 del c.p. in quanto, con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso, abusando della sua qualità, minacciava un dipendente comunale con mansioni di operatore ecologico di dargli dei soldi poichè, se non lo avesse fatto, sarebbe stato licenziato.

Le difese del convenuto cercano, anzitutto, di contestare la giurisdizione del giudice contabile giacché la normativa si rivolgerebbe esclusivamente alla categoria dei pubblici dipendenti e non, invece, anche agli amministratori pubblici che non intrattengono con lo Stato e gli enti pubblici nessun rapporto lavorativo o di impiego, ragione per cui la loro responsabilità e le conseguenze risarcitorie andrebbero accertate dinanzi al Giudice Ordinario anziché alla Corte dei conti.

L’eccezione difensiva viene disattesa, stante il pacifico orientamento secondo cui la perseguibilità per danno all’immaginem nei confronti del convenuto in veste di amministratore di un ente locale non incontra nessun tipo di ostacolo o di limitazione nonostante il testo normativo contenuto nell’art. 7 della Legge n. 97/2001, stante anche il fatto che l’art. 17, co. 30 ter del D.L. n. 78/2009 conv. in L. n. 102/2009, nel disciplinare l’azione di responsabilità per danno all’immagine, non fa alcuno specifico riferimento a determinate categorie di soggetti.

Il Collegio evidenzia, poi, come risulterebbe priva di qualsiasi razionale giustificazione ed in contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza un’interpretazione dell’art. 17, comma 30-ter che conducesse ad affermare che, a fronte della commissione di delitti contro la P.A., l’amministratore di un Ente Pubblico non possa essere chiamato, a differenza di un dipendente pubblico, a rispondere del risarcimento del danno illecitamente cagionato all’immagine ed al prestigio dell’Amministrazione d’appartenenza soltanto perché si tratterebbe di un soggetto di nomina politica.

Al contrario, gli “amministratori” pubblici o coloro che “rivestono un incarico politico” per effetto di un mandato elettivo ricevuto, direttamente o indirettamente, dal corpo elettorale, rappresentando, a fortiori e più di ogni altra categoria, per la rilevanza e la fondamentale importanza che inevitabilmente questi ultimi assumono per

la vita democratica ed istituzionale, l'immagine stessa del Paese, inteso nel significato di ente pubblico o di Stato dotato di autonoma personalità o soggettività giuridica pubblica.

Unico elemento su cui il Giudice Contabile ritiene possa distinguersi la figura dell'amministratore rispetto a quella del dipendente pubblico in tema di danno all'immagine è la presunzione relativa della quantificazione ex lege del danno all'immagine della P.A. commisurato al duplum, solamente nel caso di indebita utilità indebitamente percepita dal dipendente, come previsto del dettato testuale dell'art. 1, co. 1-sexies della L. 14/1/1994, n. 20.

Pertanto, il danno all'immagine cagionato dagli amministratori potrebbe essere quantificato dal giudice ricorrendo al criterio equitativo ex art. 1226 c.c., in misura equivalente a quella prevista per i dipendenti, ma, naturaliter, anche maggiore –o difficilmente minore- a seconda della contestualizzazione del danno e delle risultanze di causa, ivi compresa la qualifica ed il livello rivestiti dal soggetto agente in seno all'Amministrazione.

Trova invece parziale accoglimento l'eccezione relativa all'intervenuta prescrizione dell'azione risarcitoria esercitata dalla Procura, dato che l'Amministrazione comunale non si è mai costituita parte civile nel processo penale a carico dell'imputato, circostanza che rileva anche ai fini di idonea interruzione della prescrizione.

Occorre, però, distinguere tra le diverse poste di danno contestato.

Ed infatti, con riferimento al danno all'immagine, non può ritenersi essere maturata alcuna prescrizione dato che l'art. 17, co. 30 ter del D.L. n. 78/2009 impedisce alla Procura contabile di esercitare la propria azione fino alla conclusione del procedimento penale con contestuale sospensione del termine di prescrizione.

Il Collegio, però, giunge ad opposta conclusione in relazione al danno da disservizio poichè, a differenza del danno all'immagine, la cui azione risarcitoria trova legittimo impedimento c.d. "giuridico" in assenza del presupposto di legge determinato dalla sentenza penale di condanna irrevocabile per delitto contro la P.A., il termine iniziale (dies a quo) di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da disservizio –non dissimilmente da quanto avviene per le diverse tipologie di danno erariale- non può che collocarsi nel momento in cui la fattispecie dannosa, quanto meno nei tratti essenziali, è stata conosciuta o era legalmente o meramente conoscibile dal soggetto danneggiato (P.A.)

Nel caso in questione il deposito della richiesta di rinvio a giudizio in sede penale risale al 2008, così come le notizie di stampa che potrebbero comportare una conoscenza oggettiva della fattispecie astratta dannosa.

Pertanto, limitatamente a tale posta di danno, viene dichiarata la prescrizione dell'azione di responsabilità proposta dal Procuratore regionale essendo trascorso, dall'esordio del termine utile per l'esercizio del diritto di risarcimento, un lasso di tempo significativo superiore al quinquennio senza che siano intervenuti atti interruttivi idonei ad impedirne il decorso.

Quanto, infine, alla quantificazione del danno all'immagine cagionato all'Amministrazione di appartenenza, il Collegio ha ritenuto che la natura e la gravità delle condotte illecite osservate del convenuto e dalla conseguente diffusione della notizia nell'opinione pubblica abbiano cagionato un serio discredito ed una grave perdita di prestigio ai danni dell'Ente pubblico e, pertanto, determinando così ai sensi dell'art. 1226 c.c. in € 25.000,00 il risarcimento spettante al Comune.

La riforma del Codice degli appalti ha dimezzato i lavori pubblici

Grido d'allarme dell'Anac che commenta le cifre diffuse dal Cresme e dall'osservatorio congiunturale dell'Associazione dei costruttori che già avevano prefigurato una situazione molto difficile per il settore, ma i dati ufficiali raccolti dall'Autorità nazionale anticorruzione sugli appalti dopo averli elaborati dalla banca dati nazionale dei contratti pubblici testimoniano un vero e proprio crollo: tra aprile e giugno 2016 gli appalti di lavori sono stati il 52% in meno rispetto al medesimo periodo del 2015 per un valore complessivo che è sceso ancora di più, cioè del 62%

Per l'Anac a creare questa situazione è stata, seppur non da sola, la riforma del Codice degli appalti, che ha cambiato le regole dei contratti pubblici imponendo alle amministrazioni locali un complicatissimo lavoro di adattamento a quelle centrali, il tutto senza prevedere un periodo di transizione fra le vecchie e nuove norme che avrebbe potuto far da ponte ed attenuare il problema. Questo tipo di riforma ha prodotto uno shock da innovazione, destinato ad attenuarsi col passare del tempo. Questa tendenza pare già essere confermata dai dati siccome fra aprile e maggio la contrazione degli appalti di lavori superiori al milione di euro ha raggiunto, secondo i calcoli dell'Anac, ben l'84% rispetto all'anno precedente, mentre nel mese di giugno la riduzione si era quasi dimezzata al meno 45%.

L'Autorità guidata da Raffaele Cantone, per analizzare meglio l'impatto della riforma del codice degli appalti sul sistema, divide in due periodi la dinamica dei contratti nel primo semestre dell'anno in corso. Già fra il 1 gennaio ed il 19 aprile, il ritmo era calato, con una flessione degli appalti nel numero del 16% e del 33% nel valore. Il 19 aprile è il giorno di entrata in vigore del nuovo codice e quello che era un

trend in diminuzione ha avuto una vera e propria picchiata verso il basso, arrivano come abbiamo già detto a più che dimezzare i numeri rispetto al 2015. Per quanto invece riguarda gli appalti di forniture e servizi, la dinamica è diversa, con una riduzione dei primi del 13% per numero e 23% per valore nel semestre, ma con un aumento dei secondi a più 30% in numero di contratti e più 4% per importi. Anche per quanto riguarda le forniture ed i servizi però, dal momento di entrata in vigore della riforma il calo è stato netto.

Questa situazione è spiegabile leggendo i contenuti della riforma, a partire dal fatto che la nuova formulazione del codice prevede che nei lavori pubblici sia consentito mettere a base di gara solo il progetto esecutivo, chiudendo la strada all'appalto integrato che rimane possibile solo nel partenariato pubblico privato e nella realizzazione di opere con general contractor. Sono diventate anche molto più rigide le regole per la qualificazione delle stazioni appaltanti, che dovranno essere definite con una disciplina ad hoc realizzata proprio dall'Autorità nazionale anticorruzione.

Il mancato esercizio di un uso pubblico non fa venir meno il potere del Comune di impedire la chiusura di una strada

La V^a Sezione del Consiglio di Stato ha indirettamente affrontato il problema, sempre più diffuso nei territori collinari e montani, del mantenimento di usi pubblici su strade e sentieri che, con il venir meno delle attività agricole, sono sempre meno frequentati ed anzi spesso in stato di abbandono.

I fatti di causa traggono origine da un ricorso proposto da alcuni proprietari terrieri innanzi al Tribunale amministrativo contro l'ordinanza con cui il Comune gli aveva imposto di ripristinare

l'uso pubblico di una strada eliminando la recinzione apposta al confine della loro proprietà che interrompeva il passaggio su di essa.

Esperita l'istruttoria, il TAR riteneva che, accertato l'uso pubblico della strada e l'esistenza dell'ostacolo ad esso arrecato dalla recinzione apposta, il provvedimento fosse legittimo.

La sentenza di primo grado viene appellata ma, con la pronuncia n.3273 del 20.7.2016, il Consiglio di Stato ribadisce la legittimità dell'ordinanza, e ciò nonostante il "cattivo stato" in cui versa la strada in questione.

Ed infatti con l'informativa dei vigili urbani posta a base dell'ordinanza, viene dato conto di come l'uso pubblico di quel sentiero risalga agli anni '30 e '40 del 1900 e che, successivamente, in concomitanza con lo spopolamento delle campagne, era stato pressochè abbandonato tanto che la crescita di alberi e sterpaglie impedisce, oramai, di distinguere esattamente il tracciato.

Cionondimeno i Giudici di Palazzo Spada condividono l'operato del Comune, ribadendo innanzitutto come la sdemanializzazione tacita di una strada richieda comportamenti inequivoci dell'ente proprietario, incompatibili con la volontà di conservare il bene all'uso pubblico, tali da non potere essere desunti dalla sola circostanza che un bene non sia più adibito anche da lungo tempo ad uso pubblico, (Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, n. 12062, 26 luglio 2002, n. 11101; Sez. II, 11 marzo 2016, n. 4827, 19 febbraio 2007, n. 3742).

In altre e più semplici parole il solo disuso, ancorchè prolungato, non fa venire meno la destinazione pubblicistica della strada.

Inoltre non può ritenersi sufficiente a dimostrare l'inesistenza di un uso pubblico la circostanza per cui la strada medesima non sia riportata nelle cartografie dell'Istituto geografico militare del 1943: ciò che rileva a questo scopo è infatti la destinazione di fatto della strada, accertata

nel caso di specie dalle informazioni raccolte dalla polizia municipale.

Anche la circostanza per cui la recinzione di cui è stata ordinata la rimozione sarebbe molto risalente non cambia le cose. Detto impedimento di fatto all'uso pubblico, sebbene tollerato nel tempo, non è di per sé idoneo ad eliminare la destinazione della strada all'uso pubblico e, per contro, legittima la reazione del Comune mediante l'esercizio dei poteri di autotutela possessoria di diritto pubblico ex art. 378 l. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F ("Legge sulle opere pubbliche"), come avvenuto nel caso di specie.

Resta, eventualmente, la possibilità per i ricorrenti di valorizzare questo elemento in sede civile, ai fini della domanda di usucapione, ma non già per contestare un ordine autoritativo adottato dal Comune per il ripristino della destinazione originaria della strada.

Pertanto il libero passaggio sulla strada dovrà essere ripristinato.