



# Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

**Newsletter**

**13 febbraio  
2017**

**CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD**

## IN QUESTO NUMERO

- ❖ Il rilascio di un permesso di costruire illegittimo non comporta automaticamente una responsabilità penale del dirigente comunale
- ❖ E' entrato in vigore il nuovo regolamento di vigilanza sui contratti pubblici
- ❖ La lista che alle elezioni comunali non raggiunga il 3% dei voti validi non può ottenere seggi mediante l'apparentamento al secondo turno
- ❖ Errore scusabile per il pagamento da parte dell'ente dell'oblazione comminata al Sindaco

**SEDE CENTRALE - Piazzale Risorgimento n. 14 - 24128 Bergamo**  
**Tel. 030/40.35.40 . Fax 035/25.06.82 - C.F. 95100580166**  
**[www.conord.org](http://www.conord.org) [conord@conord.org](mailto:conord@conord.org)**

**Il rilascio di un permesso di costruire illegittimo non comporta automaticamente una responsabilità penale del dirigente comunale**

Non può essere sanzionato penalmente il responsabile dell'area tecnica di un Comune per aver rilasciato, in un'area sottoposta a vincolo paesaggistico, un permesso di costruire illegittimo, quando mancano le prove di *“un concorso consapevole, o quantomeno colposo, nella condotta”* o comunque di *“una responsabilità omissiva nella realizzazione di opere illegittime”*. Questo è quanto ha deciso il 6 febbraio con la sentenza numero 5439/2017 la Corte di Cassazione accogliendo il ricorso di un dirigente comunale.

Il pubblico dipendente era stato condannato sia in primo grado che in appello. Questo in quanto secondo l'orientamento giurisprudenziale precedente, vedasi la sentenza numero 19566/2004, il dirigente dell'area tecnica comunale che rilasci un permesso di costruire, allora concessione edilizia, illegittimo, è responsabile *“in quanto incaricato in ragione del proprio ufficio del rilascio di quello specifico atto, è titolare in via diretta ed immediata della relativa posizione di garanzia”* principio questo che si basa sulla previsione normativa dell'articolo 40 del Codice Penale secondo cui *“non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”*. La Cassazione invece cambia indirizzo ritenendo che tale responsabilità non sia configurabile per l'assenza di qualsiasi omissione dal parte del funzionario pubblico, inoltre una condotta *“commissiva”* come quella di rilasciare il permesso illegittimo, non può rientrare nella fattispecie punita dalla norma.

Vi è un obbligo di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia che grava sul dirigente o responsabile dell'ufficio comunale e che *“gli impone di intervenire ogni qualvolta venga accertato l'inizio o l'esecuzione di opere eseguite*

*senza titolo o in difformità della normativa urbanistica, attraverso la emanazione di provvedimenti interdittivi e cautelari”*, ma nel nostro caso al dirigente ricorrente *“non si contesta di non essersi attivato, pur avendone l'obbligo, omettendo, ad esempio, in presenza di una specifica denuncia, i necessari provvedimenti cautelari ed interdittivi”*. Ciò che viene contestato invece è al contrario una condotta commissiva *“mediante il rilascio di un permesso di costruire illegittimo, e di aver quindi consentito l'esecuzione di lavori in una zona vincolata, in quanto rientrante in fascia di rispetto”*. Ci troviamo in una situazione completamente diversa dal modello giurisprudenziale che porterebbe ad una condanna per responsabilità penale.

La normativa individua gli autori del reato di abuso edilizio nelle figure del committente, del costruttore e nel direttore lavori, come primo aspetto non citando la figura del dirigente comunale. Detto ciò però non si può escludere a priori il concorso nel reato di soggetti diversi, a patto che sia accertato che *“l'extraneus abbia apportato, nella realizzazione dell'evento, un contributo causale rilevante e consapevole (sotto il profilo del dolo o della colpa)”*. Questa circostanza non si presenta nella sentenza impugnata, in quanto non viene individuata *“alcuna forma di concorso o cooperazione”*, ma l'unico elemento presente è l'illegittimità del permesso di costruire da cui si fa derivare la responsabilità del tecnico comunale. La Cassazione però chiarisce che il pubblico funzionario non è fra i *“soggetti attivi del reato proprio indicati dall'art. 29 Dpr 380/2001, e, ai sensi dell'art. 27, riveste una posizione di garanzia limitata alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale ed alla demolizione delle opere abusive, non già di carattere generale”*

## **E' entrato in vigore il nuovo regolamento di vigilanza sui contratti pubblici**

In forza dei nuovi poteri affidati all'Anac dalla riforma del Codice degli appalti, l'Autorità ha proceduto a una revisione generale del Regolamento sull'esercizio della propria attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, che mira a consentire un intervento tempestivo su questioni attinenti alla tutela della trasparenza, della concorrenza e della legittimità delle procedure di gara.

Meritevole di segnalazione è l'attenzione posta dall'Autorità, nella definizione dell'iter procedurale, ad una gestione più razionale dell'ingente numero di segnalazioni pervenute all'Autorità, mediante l'individuazione di ipotesi specifiche di archiviazione delle segnalazioni nonché mediante la individuazione di un ordine di priorità nella trattazione delle stesse.

Ecco, brevemente, alcune delle novità più significative:

In merito all'archiviazione delle segnalazioni, l'art. 7 prevede ulteriori casistiche, rispetto a quelle relative alle segnalazioni anonime, in cui la segnalazione deve intendersi archiviata. Uno di questi casi è quello delle richieste generiche riferite agli ambiti dell'attività contrattuale delle stazioni appaltanti, volte a una sorta di controllo generalizzato dell'attività delle stesse che, ad oggi, può essere effettuato mediante altre forme di partecipazione quali l'accesso civico. In ogni caso la segnalazione deve intendersi archiviata se gli uffici non procedono alla comunicazione di avvio del procedimento nei termini prescritti dall'art. 13, comma 2, ovvero 60 giorni; la comunicazione dell'archiviazione, però, sarà effettuata solo nel caso di espressa richiesta da parte del segnalante.

Quanto all'ordine di priorità delle segnalazioni, l'art. 11 va ad individuare un

ordine di priorità della trattazione delle segnalazioni, salva diversa indicazione del Consiglio. È stato inoltre accolto il suggerimento formulato dal Consiglio di Stato di inserire le segnalazioni del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 1, comma 32-bis, della l. 6 novembre 2012, n. 190 fra i criteri di priorità nella trattazione delle segnalazioni.

Le disposizioni concernenti l'avvio del procedimento amministrativo di vigilanza (ed in particolare l'art. 13) sono state formulate con l'intenzione di prevedere un intervento quanto più possibile puntuale e tempestivo dell'azione dell'Autorità. Si prevede, infatti, che il procedimento debba essere avviato entro 60 gg. dalla ricezione della segnalazione e che nella comunicazione debbano essere specificate - oltre alle informazioni inerenti il responsabile del procedimento e l'ufficio competente - anche l'oggetto del procedimento e le contestazioni delle presunte violazioni. La comunicazione di avvio di istruttoria, tenuto conto della previsione di cui all'art. 211, comma 2, appare di particolare rilevanza in quanto, ove ne ricorrano i presupposti, deve essere il momento in cui si forniscono alle parti quelle informazioni che possano renderle edotte delle questioni oggetto della vigilanza.

Inoltre, laddove ricorrano i presupposti, l'Autorità esplicita nella comunicazione di avvio che il procedimento si potrà concludere con l'adozione di un atto di raccomandazione vincolante. A tal proposito, il comma 5 prevede che la comunicazione di avvio del procedimento preordinato all'adozione della raccomandazione vincolante non può essere effettuata oltre l'effettivo inizio dell'esecuzione del contratto. La norma risulta particolarmente importante poiché viene a stabilire un limite temporale entro il quale l'Autorità può avviare un procedimento di vigilanza preordinato all'adozione di una raccomandazione vincolante.

Diversi sono i possibili atti conclusivi del

procedimento di vigilanza ove lo stesso non sia stato archiviato oppure definito ai sensi dell'art. 20, comma 2. Ai sensi dell'art. 12 tali atti si identificano in: atti dirigenziali in caso di procedimento in forma semplificata di cui all'art. 21; atti con il quale l'Autorità registra che la stazione appaltante ha adottato buone pratiche amministrative meritevoli di segnalazione; atti di raccomandazione ai sensi dell'art. 213, comma 1; atti di raccomandazione vincolante, ai sensi dell'art. 211, comma 2, del codice.

Gli atti di raccomandazione vincolante sono adottati nei soli casi di gravi violazioni specificamente previste che, in gran parte, riprendono i casi previsti dall'art. 121 del Codice del processo amministrativo.

Infine, sempre a riguardo delle raccomandazioni vincolanti – tenuto conto dei provvedimenti sanzionatori che l'Autorità potrebbe adottare in caso mancata esecuzione da parte della stazione appaltante – vengono espressamente disciplinate la fase di comunicazione e successiva verifica sulla sua esecuzione (art.22): in questa prospettiva sono stati disciplinati gli atti successivi all'adozione dell'atto di raccomandazione vincolante con cui l'Autorità invita la stazione appaltante ad agire in autotutela per annullare gli atti della procedura di gara affetti da vizi di legittimità e per rimuoverne gli eventuali effetti. Al fine di rendere edotta l'Autorità degli atti adottati, la stazione appaltante è tenuta a comunicarli entro il termine massimo di 15 giorni (comma 3). Nel caso la stazione appaltante non si adegui alla raccomandazione vincolante dell'Autorità, la norma prevede la trasmissione degli atti, accompagnata da una apposita relazione istruttoria del dirigente, al competente ufficio dell'Autorità per l'avvio del procedimento sanzionatorio (comma 5). Il procedimento sanzionatorio è avviato anche nei casi di mancato riscontro alle richieste di informazione ai sensi dell'art. 213, comma 13 del Codice.

**La lista che alle elezioni comunali non raggiunga il 3% dei voti validi non può ottenere seggi mediante l'apparentamento al secondo turno**

I magistrati della III Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza numero 434 del 1 febbraio hanno affermato un principio importante in materia di elezioni amministrative, cioè che per una lista che non ha superato al primo turno il 3% la dichiarazione di apparentamento al ballottaggio serve solamente a dare un'indicazione di voto politica nei confronti di un candidato Sindaco sostenuto da partiti o liste con un programma affine al proprio, ma non a partecipare alla distribuzione dei seggi in Consiglio Comunale.

Il ricorso era stato presentato davanti al Tar Lombardia da un candidato sindaco per il Comune di Milano, alle ultime elezioni amministrative del maggio 2016, la cui lista al primo turno non aveva superato il 3% che chiedeva la non applicazione della soglia di sbarramento per le liste che al secondo turno si fossero apparentate ad uno dei candidati al ballottaggio. Questo in quanto la soglia di sbarramento si applicherebbe alle liste singole o ai gruppi di liste in coalizione che al primo turno non superano il 3%, ma avendo aderito con l'apparentamento nel ballottaggio ad un gruppo di liste che la soglia l'aveva superata secondo il ricorrente la sua lista acquisiva il titolo per partecipare alla ripartizione dei seggi. Il Tar precisa invece, respingendo il ricorso, che la lista che al primo turno non supera il 3% non partecipa alla ripartizione dei seggi anche se al secondo turno fa dichiarazione di collegamento con un gruppo di liste. La stessa impostazione ha avuto la decisione presa dal Consiglio di Stato con la sentenza che stiamo esaminando.

Le motivazioni della sentenza seguono il corso di una consolidata giurisprudenza



amministrativa secondo la quale le soglie di sbarramento previste dalle leggi elettorali hanno come scopo quello di scongiurare una eccessiva frammentazione delle liste e la conseguente parcellizzazione del risultato elettorale, che nei casi più estremi può portare ad una ingovernabilità quando il risultato delle elezioni non permetta la formazione di maggioranze di governo. La *ratio* delle leggi elettorali è dunque quella di spingere le varie forze politiche ad una concentrazione a sostegno di pochi candidati con coalizioni o liste omogenee, mediante un sistema che premia queste aggregazioni a discapito delle liste o gruppi di liste che non raggiungono la soglia di sbarramento minima.

Quindi, il Consiglio di Stato con la sentenza in commento specifica in maniera chiara che le liste che non abbiano ottenuto il 3% dei voti validi al primo turno, quando decidano di collegarsi al secondo turno con le liste di uno dei candidati al ballottaggio, esprimono solamente un'indicazione di voto rivolta a chi ha sostenuto una lista che non parteciperà all'assegnazione dei seggi, che avverrà soltanto una volta terminato il secondo turno con la proclamazione del Sindaco, a sostenere uno dei due candidati Sindaco in competizione. Per i magistrati del Consiglio di Stato quindi la dichiarazione di apparentamento *“vale, in sostanza, soltanto ad esprimere un indirizzo di tipo politico, concretizzando l'indicazione di votare per il candidato sindaco di un partito politico o di altro schieramento che presenti una maggiore affinità di programma con quello che non ha superato lo sbarramento del 3 per cento”*.

**Errore scusabile per il pagamento da parte dell'ente dell'oblazione comminata al Sidaco**

L'interessante sentenza della Corte dei conti, Sezione giurisdizionale d'appello per la Regione Siciliana, n. 32/2017 prende in esame una particolare ipotesi in cui, dopo una complessa vicenda, l'Ente comunale ha provveduto direttamente al pagamento di un'oblazione comminata al Sindaco.

I fatti di causa traggono origine dall'avvenuto accertamento, da parte dell'Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali, di gravi ritardi ed inadempienze da parte del Comune nell'applicazione della normativa vigente in tale peculiare materia, con conseguente emissione di due provvedimenti.

In particolare il Garante comunicava d'aver ravvisato la sussistenza degli elementi costitutivi del reato previsto dall'art. 169, comma 1, del D.L.vo n.196/2003 (recante il “Codice delle norme in materia di protezione dei dati personali”) e la sua imputabilità al Sindaco e legale rappresentante del Comune, colpevole di aver omesso di approntare le misure minime indispensabili per la sicurezza dei dati personali.

Il Garante, pertanto, oltre ad impartire le prescrizioni occorrenti per porre rimedio alle criticità riscontrate, ammetteva, in base all'art. 169, comma 2, del Codice, il primo cittadino al pagamento della somma di € 30.000,00, pari ad ¼ del massimo della sanzione in vigore ai sensi dell'art. 162, comma 2-bis.

Con successiva nota il Garante contestava inoltre al Comune, sempre in persona del sindaco, legale rappresentante pro tempore, l'illecito di natura amministrativa, di cui al combinato disposto degli artt. 33 e 162, comma 2-bis, del Codice e dell'art. 14 della L. n.689/1981.

Il sindaco trasmise poi al Garante la quietanza dell'avvenuto versamento, da parte del Comune, della somma di € 30.000,00, con la causale "pagamento della sanzione pecuniaria irrogata".

Così stando le cose, la Procura contabile evidenziava che la somma di € 30.000,00 non avrebbe dovuto essere pagata con denaro dell'Ente Locale bensì direttamente dal primo cittadino, trattandosi di oblazione finalizzata all'estinzione del reato previsto dall'art. 169 del D.P.R. n.196/2003, che era stato contestato personalmente al sindaco per aver egli omesso di approntare le misure minime indispensabili per la sicurezza dei dati personali nell'ambito dell'Amministrazione e, pertanto, lo ha citato in giudizio unitamente al dirigente che aveva emesso il mandato di pagamento.

Contrariamente, però, a quanto prospettato dalla Procura, la Sezione di primo grado ha assolto entrambi gli imputati non ravvisando nei loro comportamenti profili di colpa grave.

A tal proposito, il Giudice di primo grado ha sostenuto che la normativa contenuta nel D.L.vo n.196/2003 (recante il "Codice delle norme in materia di protezione dei dati personali") è assai complessa ed articolata e, quindi, non consentirebbe d'individuare agevolmente il soggetto che debba ritenersi effettivamente responsabile della mancata tempestiva predisposizione delle misure minime occorrenti per garantire la sicurezza dei dati personali nell'ambito delle Amministrazioni Pubbliche ed, in particolare, degli Enti Locali.

Il Giudice di primo grado ha evidenziato, altresì, che entrambe le note del Garante erano state indirizzate al sindaco quale "legale rappresentante pro tempore del Comune" ed erano pervenute contestualmente nella sede dell'Ente Locale

D'altronde, al sindaco Garozzo non era mai stata notificata, da parte della competente Procura della Repubblica,

alcuna comunicazione concernente l'iscrizione del proprio nominativo nel registro di cui all'art. 335 del c.p.p..

In pratica, secondo il Giudice di primo grado, tali circostanze, unitamente alla notevole complessità della normativa in materia di protezione dei dati personali, sarebbero state idonee ad ingenerare equivoci sulla reale portata dei provvedimenti inviati dal Garante al Comune e, quindi, ad indurre in errore scusabile sia il sindaco che il dirigente del Servizio Finanziario nel ritenere che la somma di € 30.000,00, il cui pagamento era stato richiesto dal Garante a titolo di sanzione, dovesse essere versata direttamente dalla stessa Amministrazione comunale.

Così concluso il processo di primo grado, la Procura Regionale ha tuttavia ritenuto di proporre appello esclusivamente in ordine all'assoluzione del sindaco.

A detta del P.M., infatti, il comportamento tenuto dal sindaco sarebbe stato connotato quantomeno da colpa grave e comunque inescusabile in quanto egli, esercitando la professione di avvocato penalista, avrebbe potuto agevolmente avvedersi che il Garante aveva contestato a lui personalmente il reato di cui all'art. 169, comma 1, del D.L.vo n.196/2003 e che, conseguentemente, il versamento della somma a titolo di oblazione non poteva gravare sulle finanze comunali.

Al contrario, invece, l'errore compiuto dal dirigente nell'emettere, a carico del bilancio comunale, il mandato di pagamento di € 30.000,00 sarebbe scusabile, in quanto egli, non possedendo specifiche cognizioni in materia, avrebbe incontrato difficoltà nell'individuare la reale valenza dei provvedimenti sanzionatori, provenienti dall'Autorità Garante della Protezione dei Dati Personali.

Anche in sede di appello le tesi dell'accusa vengono integralmente rigettate.

La Sezione ha sostanzialmente condiviso

le argomentazioni con cui il Giudice di primo grado ha ritenuto non ravvisabili profili di colpa grave nel comportamento tenuto dal sindaco, proprio per la complessità della normativa contenuta nel D.L.vo n.196/2003 e della difficoltà di individuare, nell'ambito delle Amministrazioni Pubbliche ed, in particolare, di quelle degli Enti Locali, il soggetto che debba ritenersi effettivamente responsabile della mancata tempestiva predisposizione delle misure indispensabili per garantire la sicurezza dei dati personali.

In questi casi – precisa opportunamente il Giudice – tale soggetto non potrebbe comunque essere identificato “tout court” nel sindaco, in quanto Organo di vertice dell'Amministrazione comunale.

Inoltre il complesso delle circostanze del caso concreto fa ritenere si siano ingenerati equivoci nell'individuazione dell'effettiva valenza dei provvedimenti inviati dal Garante al Comune inducendo in errore scusabile sia il sindaco che il dirigente.

Infine – per quanto attiene anche alla decisione della Procura di impugnare la sentenza nei soli confronti del sindaco e non anche del dirigente – viene eccepito non essere stato documentalmente provato che il sindaco abbia influito in maniera preponderante sulla determinazione assunta dal dirigente, che, in qualità di dirigente del Servizio Finanziario, avendo istituzionalmente competenza esclusiva in materia gestionale, aveva indubbiamente anche il dovere di verificare in maniera approfondita (eventualmente avvalendosi della consulenza del segretario generale dell'Ente Locale o dell'Ufficio Legale) la legittimità del pagamento di € 30.000,00, che egli s'accingeva ad effettuare in nome del Comune.

Pertanto, l'appello proposto dalla Procura viene essere respinto con conseguente conferma dell'assoluzione del sindaco.