



# Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

**Newsletter**

**8 maggio  
2017**

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

## IN QUESTO NUMERO

- ❖ Il Sindaco non può ordinare il ricollocamento di ospiti non autosufficienti
- ❖ Vittoria degli enti locali al Consiglio di Stato sulla chiusura degli uffici postali: i criteri che giustificano la soppressione dei presidi non possono essere applicati automaticamente
- ❖ Incarichi affidati a legali esterni direttamente dal Sindaco e danno erariale
- ❖ Il candidato che ha patteggiato una pena può concorrere alle elezioni anche senza formale richiesta di riabilitazione

**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 Sindaco non può ordinare il ricollocamento di ospiti non autosufficienti**

Con la sentenza 5.6.2017, n. 1238 il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia ha annullato un'ordinanza sindacale contingibile e urgente assunta da un Sindaco con cui è stato ordinato ad una Residenza per Anziani di provvedere immediatamente e comunque entro 30 giorni "a ricollocare nel più breve tempo possibile n.6 ospiti NON AUTOSUFFICIENTI... in accordo e collaborazione con i familiari in altra o altre strutture idonee o presso il domicilio, con responsabilità del corretto collocamento a carico del destinatario della presente ordinanza".

Tale provvedimento sindacale trae origine da alcune visite ispettive condotte dagli organi periferici del Servizio Sanitario Nazionale presso l'Istituto, l'ultima delle quali avvenuta in data 22 giugno 2016, in occasione della quale era stato ritenuto che sei ospiti fossero da considerare non autosufficienti e quindi non idonei alla permanenza nella struttura.

L'istituto interessato, avente natura di fondazione di diritto privato, ha impugnato l'ordinanza sindacale denunciando plurimi vizi di legittimità, tra cui, in particolare, la violazione dell'art. 54 TUEL, poiché non sussisterebbero i presupposti per l'adozione di provvedimenti extra ordinem, che richiedono la necessità di fronteggiare situazioni di carattere eccezionale ed urgente, consistenti in imminenti minacce per la pubblica incolumità e per la sicurezza pubblica.

Il Collegio accoglie il ricorso proprio sotto tale profilo poiché, ad un'attenta disamina, il provvedimento pare non poter essere ricondotto a tale disposizione.

E' noto che l'art. 54 del D.lgs. 267/2000 al comma 4 attribuisce al Sindaco, quale ufficiale del Governo, il potere di adottare

motivati provvedimenti contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. Tali provvedimenti sono preventivamente comunicati al prefetto anche ai fini della predisposizione degli strumenti ritenuti necessari alla loro attuazione.

Il decreto del Ministro dell'interno 5 agosto 2008 (Incolumità pubblica e sicurezza urbana: definizione e ambiti di applicazione), all'art. 1, ha definito l'incolumità pubblica come «l'integrità fisica della popolazione», mentre la sicurezza urbana è descritta come «un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale».

E', peraltro, di tutta evidenza l'assenza nel caso di specie del presupposto della necessità di eliminare un grave pericolo per l'incolumità pubblica.

L'art. 54 comma 4 TUEL è una norma che attribuisce al Sindaco poteri extra ordinem e che giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente solo in caso di impossibilità di fronteggiare l'emergenza con i rimedi ordinari, in ragione dell'accidentalità, imprescindibilità ed eccezionalità della situazione verificatasi nonchè in presenza di un'assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile.

Proprio perché consente di derogare alle norme vigenti e si fonda sul presupposto dell'urgenza, gli effetti devono essere necessariamente temporanei (cfr. Corte Cost. n. 115/2011).

Invero, nel caso in questione, l'ordinanza interviene su una situazione che non riveste i caratteri dell'urgenza né dell'eccezionalità, non avendo affatto come presupposto l'esistenza di un grave pericolo per l'incolumità pubblica.

Nè, parimenti, può essere affermato – come invece si propone di fare il Comune – che in realtà l’ordinanza impugnata sarebbe stata adottata ai sensi dell’art. 50 TUELL, trattandosi di intervenire in materia di tutela sanitaria.

La norma attribuisce al Sindaco il potere di adozione di ordinanze contingibili e urgenti in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale.

Anche in relazione a tale previsione vengono rammentati i principi enucleati dalla giurisprudenza pressochè costante secondo cui l’adozione di ordinanze contingibili e urgenti postula "la necessità di provvedere con immediatezza in ordine a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile, cui sia impossibile far fronte con gli strumenti ordinari apprestati dall'ordinamento".

Trattandosi di manifestazione di un potere extra ordinem residuale e atipico, a rischio di frizione con il principio di legalità dell'azione amministrativa, il suo esercizio legittimo è condizionato dall'esistenza dei presupposti tassativi, di stretta interpretazione, di pericolo per l'igiene o la sanità, pericolo che deve essere peraltro dotato del carattere di eccezionalità tale da rendere indispensabile interventi immediati ed indilazionabili, consistenti nell'imposizione di obblighi di fare o di non fare a carico del privato.

Nel caso de quo il Comune è infatti intervenuto per “regolare” una specifica situazione che non aveva i caratteri della urgenza in materia sanitaria come sostenuto dalla difesa dell’Amministrazione, non evidenziando l’ordinanza impugnata alcun elemento utile sotto tale profilo né emergendo circostanze riconducibili negli atti istruttori. In sede di sopralluogo l’ATS ha infatti accertato che gli ospiti si presentavano in buone condizioni igieniche.

Pertanto il provvedimento impugnato viene ritenuto totalmente carente non solo sotto il profilo motivazionale ma ancor più

dell’architettura generale, con conseguente accoglimento dei motivi di gravame.

**Vittoria degli enti locali al Consiglio di Stato sulla chiusura degli uffici postali: i criteri che giustificano la soppressione dei presidi non possono essere applicati automaticamente**

La lunga disputa fra comunità locali e Poste Italiane in merito alla chiusura degli uffici postali ha trovato finalmente un epilogo con la sentenza del Consiglio di Stato, Sezione VI, numero 2140/2017, nella quale viene data ragione agli enti locali e viene fissato il principio per cui l’esigenza imprenditoriale di garantire un equilibrio economico del servizio non può essere un criterio sufficiente a giustificare le chiusure degli uffici postali o la riduzione degli orari di apertura.

La pronuncia riguardava la precedente sentenza numero 600 del 14 giugno 2016 emessa dal Tar Emilia Romagna, che trattava di una serie di ricorsi presentati da alcuni Comuni romagnoli contro gli atti con cui le Poste avevano disposto la chiusura degli uffici postali. I motivi alla base dei ricorsi erano due, cioè che con la chiusura non sarebbe più stato garantito il servizio pubblico universale, escluso per motivi meramente economici, e che la popolazione si sarebbe vista privata della possibilità di fruire di un servizio postale nelle distanze che costituiscono i parametri limite previste dalle norme in materia. Il Tar aveva respinto i ricorsi siccome la decisione di Poste aveva rispettato i criteri previsti dal Dm 1 ottobre 2008 riguardo ai divieti di chiusura degli uffici postali sul territorio nazionale, che dipendono dalla distanza massima di accessibilità al servizio calcolata in chilometri che l’utente deve percorrere per arrivare all’ufficio postale più vicino.

Per quanto riguarda il tema della “antieconomicità” dell’ufficio postale da chiudere i giudici amministrativi affermano che pur non essendo un criterio legittimo per giustificare la soppressione di un presidio, il contratto di programma riconosce alle società la facoltà di riorganizzare la distribuzione della propria rete di uffici postali “secondo parametri più economici”, a patto che questa facoltà venga esercitata per contenere gli oneri del servizio universale, ma prevedendo l’obbligo di eliminare gli uffici diseconomici in considerazione anche dell’incremento dei mezzi informatici alternativi alla posta tradizionale per inviare comunicazioni e documenti.

Il Consiglio di Stato con la sentenza in commento ribalta il giudizio ed accoglie gli appelli presentati dai piccoli Comuni con il conseguente annullamento degli atti mediante cui Poste Italiane aveva chiuso o ridotto gli orari di apertura al pubblico degli uffici postali. Nella sentenza come prima cosa viene esposto il quadro normativo di riferimento, a partire dalle direttive 15 dicembre 1997, numero 97/67/CE e 20 febbraio 2008, numero 2008/6/CE, recepite in Italia con il decreto legislativo numero 261/1999, modificato successivamente col decreto legislativo numero 58/2011, che ha di fatto creato i presupposti per un mercato postale completamente liberalizzato. Il decreto è stato poi attuato col Dm 7 ottobre 2008, che ha individuato come “criterio di distribuzione” la distanza massima di accessibilità al servizio, intesa come il numero di chilometri che l’utente deve percorrere per poter accedere allo sportello più vicino. A queste normative si aggiunge poi la delibera dell’Agcom numero 342/2014, che tratta la questione dei criteri di distribuzione sul territorio dei punti di accesso alle rete postale pubblica. A disciplinare i rapporti fra lo Stato ed il fornitore del servizio universale è il Contratto di programma. Inoltre i magistrati di Palazzo Spada fanno riferimento alla recente giurisprudenza ormai consolidata, ricostruendone le

principali conclusioni: il servizio postale, essendo per natura un servizio universale, deve essere garantito indipendentemente dalle considerazioni di mercato; il contraddittorio procedimentale effettivo fra enti locali e operatore postale è obbligatorio; quando ci sono delle chiusure di presidi, Poste ha l’onere di spiegare in modo puntuale e preciso le ragioni per cui restano garantiti i servizi e le prestazioni minime richieste dalla normativa europea e nazionale, essendo quindi illegittime le chiusure di uffici che abbiano come motivazione solamente un riferimento al mero dato geografico della distanza chilometrica, senza fare alcun riferimento alla situazione reale e concreta ad esempio analizzando il bacino o la composizione della popolazione; il criterio della massima distanza previsto dalla legge è necessario ed obbligatorio, ma non sufficiente per ritenere che il concessionario continui a garantire il servizio universale; tutti i criteri, sia quello della economicità del servizio che quello delle distanze chilometriche, non possono essere automaticamente presi per buoni, occorrendo una valutazione attenta che superi il dato meramente formale per verificare l’adeguatezza della rete di distribuzione degli uffici postali sul territorio.

Per sintetizzare questi concetti consolidati, bisogna sapere che né l’economicità del servizio né la distanza minima sono requisiti sufficienti da soli, ma è sempre necessaria una approfondita istruttoria sulla situazione locale di fatto, che non può prescindere da un confronto effettivo e diretto con i comuni coinvolti, da cui deve emergere un quadro che tenga conto sia delle risultanze del confronto che delle verifiche sulla specificità territoriale locale. Per la Sesta Sezione del Consiglio di Stato, queste modalità operative non sono state rispettate nei casi esaminati, in quanto Poste Italiane ha fatto solo generici riferimenti a disposizioni normative, piani di efficientamento e al disequilibrio economico nella erogazione del servizio. Sulla base di quanto esposto in sentenza invece si sarebbe dovuto motivare ogni

singola decisione valutando caso per caso *“l'impatto sulle collettività interessate, avendo riguardo alle situazioni altimetriche, alla composizione della popolazione e ai disagi per la stessa, alla percorribilità delle strade, alle difficoltà di spostamento anche in relazione alla situazione del trasporto pubblico locale e al fatto che le reti postali assicurano la coesione socio-economico-territoriale”*.

### **Incarichi affidati a legali esterni direttamente dal Sindaco e danno erariale**

Secondo un ormai pacifico e consolidato orientamento del Giudice contabile le Pubbliche Amministrazioni possono legittimamente ricorrere ad incarichi esterni esclusivamente laddove sia stata verificata, in concreto ed al di là delle formalità previste, l'effettiva indisponibilità di risorse interne professionalmente competenti a svolgere quel determinato incarico. Principio che, a ben vedere, non poteva non informare la pronuncia in esame con cui la Sezione adita ha dovuto pronunciarsi sull'azione proposta nei confronti di un ex Sindaco del Comune di Roma Capitale per il presunto danno erariale (pari ad Euro 468.720,00) determinato dall'illegittimo conferimento di incarico di patrocinio dell'Ente locale a due avvocati del libero foro.

La vicenda prende le mosse dall'approvazione della deliberazione n. 64 del 13.12.2012, assunta su proposta della Giunta Comunale n. 85 del 3.08.2011 e trasmessa alla Procura Regionale ai sensi dell'art. 23, comma 5, legge n. 289/2002, con la quale l'Assemblea Capitolina aveva riconosciuto, ai sensi dell'art. 194, comma 1, D.L.vo n. 267/2000, la legittimità del debito fuori bilancio, relativo all'anno 2009, per complessivi euro 468.720,00, somma interamente destinata al pagamento della prestazione professionale di un avvocato del libero foro che aveva patrocinato l'ente

locale in un giudizio avanti al TAR Lazio, avente ad oggetto l'affidamento del servizio pubblico della gestione e della manutenzione delle strade comunali relative alla cd. "Grande viabilità" per un valore complessivo di circa 529 milioni di Euro.

Detto giudizio veniva poi risolto da una transazione sottoscritta il 14.11.2009, a cui seguiva la richiesta di pagamento delle proprie competenze da parte dell'avvocato esterno incaricato, poi effettivamente liquidate dal Comune previa assunzione della delibera di riconoscimento del debito fuori bilancio sopra richiamata.

Peraltro la successiva attività di indagine svolta dall'organo requirente ha posto in evidenza come tale incarico fosse stato affidato in spregio non solo delle specifiche disposizioni regolamentari vigenti ma, più in generale, dei fondamentali principi di economicità, efficienza e buon andamento che devono informare l'attività della Pubblica Amministrazione.

In particolare, è emerso che l'incarico era stato attribuito dal Sindaco mediante semplice sottoscrizione della procura a margine dell'atto giudiziale, in assenza di una preventiva proposta o autorizzazione della Giunta Comunale ed in totale violazione del Regolamento sull'Ordinamento degli Uffici e dei Servizi in allora vigente, secondo cui gli incarichi ad avvocati del libero foro potevano essere conferiti, qualora ritenuti opportuni e convenienti, dal Capo dell'Avvocatura Comunale, sentito il responsabile del Settore competente.

In disparte, poi, il rispetto dell'anzidetto Regolamento è altresì emerso che nessun parere era stato richiesto all'Avvocatura in ordine alla sostenibilità in proprio della difesa nel giudizio, e ciò nonostante la stessa contasse in allora ben 24 avvocati in servizio permanente, né, parimenti, era stata svolta alcuna valutazione in termini di opportunità e convenienza dell'incarico, attribuito addirittura senza una definizione preventiva del compenso da corrispondere

e senza alcuna valutazione comparativa curriculare tra più possibili candidati al patrocinio.

Alla luce del quadro così sommariamente delineato, il Collegio giudicante ha quindi ritenuto di dover condannare il Sindaco per il danno erariale cagionato all'Ente.

L'illegittimità dell'incarico viene, infatti, censurata in ragione della chiara violazione delle disposizioni regolamentari citate, in base alle quali apparteneva al Capo dell'Avvocatura Comunale sia il potere di proposta di conferimento di incarichi professionali ad avvocati del libero foro, sia il potere di scelta del legale esterno, mentre, nel caso in questione, la nomina dei legali esterni è avvenuta mediante la procura a firma del Sindaco a margine dell'atto di costituzione in giudizio del Comune di Roma.

Ma, ciò che più viene biasimato all'Amministratore dal Giudice contabile, è l'aver totalmente omesso una preliminare verifica in ordine alla effettiva impossibilità di ricorrere a risorse interne, imposta sia dalle disposizioni regolamentari richiamate che, più in generale, da norme di legge ordinaria, carenza istruttoria per cui la nomina dei legali esterni viene vista come frutto di scelta esclusivamente fiduciaria da parte del ex Sindaco convenuto in giudizio il cui agire è stato ritenuto, pertanto, connotato da una colpevolezza grave per aver violato disposizioni normative chiare, non connotate da complessità esegetiche, in ordine al conferimento di incarichi esterni.

Infine, quanto all'elemento oggettivo, il Collegio – dopo aver rigettato l'istanza di integrazione del contraddittorio rivolta nei confronti dei consiglieri che approvarono la delibera di riconoscimento del debito, in virtù di quanto disposto dall'art. 83, c. 2 del Codice di giustizia contabile, a mente del quale nel caso in cui alcune parti che hanno concorso a cagionare il danno non siano state convenute, il giudice tiene conto del loro apporto ai fini della determinazione della minore somma da

porre a carico dei convenuti – ha rideterminato il danno risarcibile in favore dell'Ente locale in euro 312.480,00, oltre alla rivalutazione monetaria dalla data dell'esborso.

**Il candidato che ha patteggiato una pena può concorrere alle elezioni anche senza formale richiesta di riabilitazione**

Il Tar Lazio ha emesso una sentenza molto interessante sul tema delle incandidabilità, pronunciandosi su un caso relativo alle prossime elezioni amministrative, con la sentenza numero 6103 del 22 maggio 2017, sostenendo che non si possa escludere dalle liste elettorali un candidato dal cui certificato penale emerga una sentenza di condanna emessa col rito dell'applicazione della pena su richiesta ex articolo 444 c.p.p.

La vicenda nasce dall'impugnazione dinanzi al Tribunale amministrativo di Roma del verbale della sottocommissione elettorale circondariale che aveva disposto l'esclusione di un candidato alla carica di Consigliere comunale in quanto, sulla base degli accertamenti effettuati in merito all'incandidabilità era emerso che il candidato aveva subito una condanna penale per la violazione del Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e delle sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza.

Il Tar Lazio con la sentenza in commento ha accolto il ricorso del candidato escluso riammettendolo in lista, sulla base di un ragionamento logico giuridico che ora andremo ad analizzare.

Secondo i magistrati amministrativi si deve censurare l'operato della sottocommissione elettorale, in quanto questa non avrebbe valutato che la sentenza di condanna è stata patteggiata ai sensi dell'articolo 444 c.p.p.

Questo in quanto le sentenze di patteggiamento, anche se equiparate in modo esplicito a livello normativo alle sentenze di condanna, sono sottoposte ad una disciplina speciale, che le distingue dalle condanne in generale, avente lo scopo di attribuire una connotazione premiale al rito dell'applicazione della pena su richiesta, con tutta una serie di benefici, fra cui quello che in questa sede ci interessa, cioè l'effetto estintivo del reato disciplinato dal secondo comma dell'articolo 445 c.p.p.

Secondo questa norma il reato si estingue, qualora sia stata inflitta una pena detentiva non superiore a due anni soli o congiunti a pena pecuniaria, se nel termine di cinque anni in caso di delitto, oppure due anni in caso di contravvenzione, l'imputato non commette un reato della stessa indole. Con l'estinzione così come disciplinata, cessa ogni effetto penale, e nel caso in cui sia stata applicata una pena pecuniaria o una sanzione sostitutiva, l'applicazione non è comunque di ostacolo alla concessione di una successiva sospensione condizionale della pena.

Questo articolo fa sorgere l'esigenza di considerare i rapporti intercorrenti fra l'effetto estintivo della pena e l'istituto della riabilitazione, in maniera coerente, per arrivare a stabilire se esista o meno l'obbligo per il patteggiante di attivarsi per richiedere e poi eventualmente vedersi accordare la riabilitazione, con la finalità di ottenere l'eliminazione di ogni effetto penale della condanna e, nel caso che ci interessa, la candidabilità alle elezioni.

Per il Tar, anche in considerazione della giurisprudenza della Cassazione penale costante, si deve annullare il provvedimento impugnato che ha escluso il candidato, sulla base del fatto che in diverse occasioni i Tribunali di sorveglianza, competenti per materia, hanno dichiarato il "non luogo a procedere" sulle istanze di riabilitazione quando la pena sia applicata in seguito ad un patteggiamento, perché il risultato dell'eliminazione di ogni effetto penale che la riabilitazione comporta è esattamente

identico a quello dell'estinzione del reato maturata nei termini di legge per la disciplina speciale dell'applicazione della pena su richiesta delle parti.

Sulla base di questo ragionamento quindi per il Tar non si sarebbe dovuto escludere il candidato in quanto il reato si era estinto da tempo e non avrebbe avuto alcuna concreta motivazione giuridica far richiedere all'interessato e poi ottenere una formale declaratoria di riabilitazione dal parte del Giudice dell'esecuzione per poter godere dei benefici derivanti dall'estinzione del reato.