



Il COA nell'attuale quadro normativo: inquadramento della natura degli Ordini professionali, procedimenti e buone prassi

Raffaella Veniero - Giovanni Vaglio

Roma, 11-12 aprile 2014

Indice

IL COA NELL'ATTUALE QUADRO NORMATIVO PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO: SEMPLIFICAZIONE.	pag. 2
LE BUONE PRASSI	5
ACCESSO AGLI ATTI E TUTELA DELLA PRIVACY CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE	8



IL COA NELL'ATTUALE QUADRO NORMATIVO

1. Come noto, gli ordini professionali sono “enti pubblici” (ai sensi delle varie leggi istitutive ed in virtù della legge n 70 del 1975, recante il censimento di tutti gli enti pubblici diversi dallo Stato), ed appartengono alla categoria specifica degli “enti pubblici associativi” (a base associativa necessaria) in quanto costituiscono enti esponenziali di gruppi sociali organizzati costituiti dall' insieme degli esercenti una determinata professione.

Sulla natura dei COA non vi è stata univoca opinione

La S. C. Cassazione, investita della questione al termine di un lungo contenzioso, con la decisione della I sez. civile 14 ottobre 2011 n. 21226 ha, conclusivamente affermato la non assoggettabilità del COA al giudizio contabile di responsabilità erariale.

“[...] Ed infatti, considerato che è incontestata la circostanza che gli ordini professionali non beneficiano di alcun contributo pubblico, non è dato comprendere quale possa essere l'interesse dello Stato (che giustificerebbe poi le eventuali iniziative conseguenti) ad esercitare un controllo sulla correttezza della gestione degli enti in questione, al semplice fine di accertarne la rispondenza fra gli obiettivi programmati ed i risultati conseguiti [...]”

In conclusione, la natura degli ordini professionali è quella di **enti pubblici non economici, che operano sotto la vigilanza dello Stato per scopi di carattere generale**; le prestazioni lavorative subordinate integrano quindi un rapporto di pubblico impiego così com'è indubitabile la qualificazione pubblica del patrimonio dell'ente, **affermazioni tutte che però non valgono a fondare l'obbligo di sottoposizione al controllo di gestione da parte della Corte dei Conti.**

Infatti, incontestata la circostanza che gli ordini professionali non beneficiano di alcun contributo pubblico, non è dato comprendere quale possa essere l'interesse dello Stato (che giustificerebbe poi le eventuali iniziative conseguenti) ad esercitare un controllo sulla correttezza della gestione degli



enti in questione, al semplice fine di accertare la rispondenza fra gli obiettivi programmati ed i risultati conseguiti.

2. Come noto, la legge n. 247/2012, all'art. 24, comma 3 ha ribadito la natura dei COA, precisando

“3. Il CNF e gli ordini circondariali sono enti pubblici non economici a carattere associativo istituiti per garantire il rispetto dei principi previsti dalla presente legge e delle regole deontologiche, nonché con finalità di tutela della utenza e degli interessi pubblici connessi all'esercizio della professione e al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale. Essi sono dotati di autonomia patrimoniale e finanziaria, sono finanziati esclusivamente con i contributi degli iscritti, determinano la propria organizzazione con appositi regolamenti, nel rispetto delle disposizioni di legge, e sono soggetti esclusivamente alla vigilanza del Ministro della giustizia”.

Sulla natura dei COA e sulle norme applicabili agli stessi anche con riferimento all'evidenza pubblica ed ai controlli è intervenuta, come si vedrà anche la CE con la decisione del 12 settembre 2013, che definitivamente esclude i COA dal controllo della Corte dei Conti, sul presupposto della autonomia finanziaria degli stessi e della interpretazione funzionale della nozione di organismo di diritto pubblico e di amministrazione aggiudicatrice.

3. Sulla individuazione della natura dei COA; fondamentale la sentenza della Corte di Giustizia U.E. sez. V. del 12 settembre 2013 (causa C.- 526/11- Pres. Von Danwitz, rel. Svaby, IVD GmbH &Co, KG c. Arztekammer Westfalen – Lippe) che con riferimento a problematiche in materia di appalti, ripercorre le condizioni che debbono sussistere per potere configurare un ordine professionale quale organismo di diritto pubblico ex art. 1, paragrafo 9, secondo comma, lettera c) della Direttiva 2004/18/CE.

La Corte ha affermato che *“l'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, lettera c), della direttiva 2004/18/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31.3. 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che un organismo, come un ordine professionale di di-*



ritto pubblico, non soddisfa a) né il criterio relativo al finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica, quando tale organismo è finanziato in modo maggioritario dai contributi versati dai suoi membri, il cui importo è fissato e riscosso in base alla legge dallo stesso organismo, nel caso in cui tale legislazione non stabilisca la portata e le forme delle attività che tale organismo deve svolgere nell'ambito dell'esercizio delle sue funzioni istituzionali che tali contributi sono destinati a finanziare, **b) né il criterio relativo al controllo della gestione da parte dell'autorità pubblica**, per il solo fatto che la decisione con cui lo stesso organismo fissa l'importo dei suddetti contributi deve essere approvata da una autorità di controllo”.

4. Occorre infine segnalare che **la legge 30 ottobre 2013, n. 125** (in G.U n. 255 del 30 ottobre 2013) - che ha convertito in legge, con modificazioni, il decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, recante disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni, all'art. 2 ha aggiunto in sede di conversione, i seguenti commi

“ 2. Gli ordini, i collegi professionali, i relativi organismi nazionali e gli enti aventi natura associativa che sono in equilibrio economico e finanziario sono esclusi dall'applicazione dell'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135. Ai fini delle assunzioni, resta fermo, per i predetti enti, l'articolo 1, comma 505, penultimo periodo, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. Per tali enti, fatte salve le determinazioni delle dotazioni organiche esistenti alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, l'eventuale variazione della consistenza del ruolo dirigenziale deve essere comunicata al Ministero vigilante e al Dipartimento della funzione pubblica. Decorsi quindici giorni dalla comunicazione, la variazione si intende esecutiva.

2-bis. Gli ordini, i collegi professionali, i relativi organismi nazionali e gli enti aventi natura associativa, con propri regolamenti, si adeguano, tenendo conto delle relative peculiarità, ai principi del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ad eccezione dell'articolo 4, del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, ad eccezione dell'articolo 14, nonché delle disposizioni di cui al titolo III e ai principi generali di razionalizzazione e contenimento della spesa, in quanto non gravanti sulla finanza pubblica”.

Alla luce di tale norma è ancora più evidente la natura dei COA ed è chiaro che l'attività posta in essere dallo stesso *debba essere ispirata ai principi del d.lgs. 165/2001*, ma che tuttavia, come meglio appresso si dirà



(nella parte dedicata al cd. diritto di accesso civico), il medesimo non debba soggiacere a tutte le norme in tema di *spending review*, perché non si tratta di ente finanziato con oneri a carico dello stato o di altro ente pubblico.

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO: SEMPLIFICAZIONE. LE BUONE PRASSI

Da tempo molta attenzione è stata dedicata dal legislatore alla proceduralizzazione e semplificazione amministrativa ed alla ricerca dell'ottimale assetto dell'assegnazione di funzioni e competenze tra i livelli di governo.

Dal punto di vista normativo fondamentali per l'attuazione e la comprensione di questo percorso sono la L. 7.8.1990 n. 241, le leggi ccdd. Bassanini e da ultimo il Codice del processo amministrativo di cui al D.Lgs. 104/2010 in tema di tutela delle posizioni giuridiche soggettive.

Correlativamente allo sviluppo della legislazione sulla semplificazione e trasparenza dell'azione amministrativa, si è andata sviluppando anche la disciplina legislativa dedicata alla tutela dei dati personali.

Dal punto di vista normativo nel corso degli anni si è passati dalla L. 675/1996 che ha rappresentato il primo tentativo di sistematizzazione della materia per arrivare al D.lgs. 196/2003, Testo unico sul trattamento dei dati personali, comunemente conosciuto come Codice della privacy.

Con l'intervento del legislatore nazionale sono stati quindi introdotti termini ed istituti nuovi con i quali si è progressivamente imparato a dialogare fra questi: i concetti di dato personale, sensibile, supersensibile, quello di trattamento, di misura di sicurezza, e soprattutto quello di consenso al trattamento da parte dell'interessato.

Si pongono evidenti esigenze di bilanciamento fra diritti di altissimo rango, attività particolarmente delicata che è posta a carico dall'amministrazione procedente.



Anche in questo caso il codice riserva alcune specifiche disposizioni contenute negli articoli 59 e segg. del tit. IV.

Gli strumenti organizzativi/semplificativi. Un esempio. Lo schema di delibera.

La corretta procedimentalizzazione riguarda evidentemente anche la formazione della volontà del Consiglio che deve estrinsecarsi attraverso altrettante delibere precedute da idonea, adeguata istruttoria.

In tal senso si ritiene di dovere suggerire l'adozione di n. X delibere da parte dei COA, a seconda del numero delle questioni da deliberate, in uno al verbale delle sedute, secondo il sintetico schema che segue.

La delibera, atto conclusivo di un procedimento amministrativo, presuppone una **adeguata istruttoria** in modo tale che il provvedimento sia **adeguatamente motivato** con riferimento all'istruttoria e che sempre sia anche documentalmente ricostruibile, a prescindere dagli operatori, la modalità di formazione dell'atto.

In tale senso al verbale della seduta del Coa dovrebbero essere allegare le singole delibere contenenti ciascuna la puntuale istruttoria, e la motivazione anche alla luce delle valutazioni emerse durante la discussione nella seduta del Coa.

1. atti presupposti – istruttoria (riferita a criteri generali uniformi predeterminati)
2. discussione durante la seduta e motivazione adeguata
3. deliberato rispettoso degli atti istruttori e della discussione
4. pubblicazione del verbale e della (e) delibera (e)



Regolamenti

Nel contesto dell'attività di una pubblica amministrazione, quindi anche di un Coa, l'attività regolamentare si presenta come uno strumento necessario di organizzazione laddove questa sia prevista dal sistema normativo di riferimento, utile quando, pur non essendovi una previsione diretta, serva per una migliore definizione delle procedure adottate e incida sull'efficienza/efficacia dell'azione amministrativa, sulle performance complessive e sulla chiarezza nel rapporto tra amministrazione e utente.

Per ottenere questi risultati e perché, al contrario, un apparato regolamentare non si trasformi, anche nel caso in cui questo sia obbligatoriamente previsto dalla legge, come "condizione di procedibilità" dell'azione amministrativa, è necessario che l'attività di redazione dei regolamenti risponda a specifici criteri giuridici e redazionali:

1 - Criteri giuridici

- a) consapevolezza della posizione sul piano delle fonti del regolamento
- b) natura obbligatoria o meno del regolamento
- c) funzione di norma tecnico/applicativa del regolamento rispetto alla funzione regolatrice generale della legge
- d) corretta individuazione della funzione (es. sostitutiva, integrativa, attuativa, organizzativa) attribuita dalla fonte primaria al regolamento
- e) corretta individuazione del soggetto giuridico preposto dalla legge all'adozione (es. Ministero previo parere CNF, CNF, Coa)

2 – Criteri redazionali

- a) Il regolamento non deve ripetere pedissequamente il contenuto della fonte primaria altrimenti è un'inutile ripetizione e costituisce un aggravio della procedura
- b) la struttura topografica del regolamento deve seguire regole logiche predeterminate



- c) il testo delle disposizioni non deve generare contraddizioni o dubbi interpretativi rispetto alla fonte primaria di riferimento
- d) il linguaggio utilizzato deve essere coerente con il testo normativo di riferimento ma non deve distinguersi per ridondanza e scarsa chiarezza
- e) le disposizioni devono avere un contenuto normativo univoco ed evitare eccessivi rimandi ad altre disposizioni del testo o a diversi testi normativi.

In sostanza il regolamento rappresenta il collegamento fra fonte primaria e sua attuazione (procedimento amministrativo ed effetti sui soggetti destinatari) integrando il rapporto fra generalità e astrattezza della disposizione primaria rispetto alla particolarità e concretezza della fonte secondaria/regolamentare. Questo deve essere visto come uno strumento di attuazione facilitativo della fonte primaria. Solo quando misurando l'applicazione si ottiene questo risultato si può affermare di aver raggiunto lo scopo per cui il regolamento è stato realizzato

ACCESSO AGLI ATTI E TUTELA DELLA PRIVACY CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE.

Il diritto di accesso agli atti. Rapporto con la tutela della privacy; la tutela giurisdizionale del diritto di accesso e casistica. Esercizio del diritto di accesso agli atti del procedimento disciplinare

La tutela giurisdizionale del diritto di accesso è contenuta nel Codice del processo amministrativo di cui al D.Lgs. n. 104/2010 all'art. 116 che prevede un rito semplificato ed abbreviato per tali controversie.

Alcuni casi tratti dalla giurisprudenza possono *contribuire* all'approfondimento della prassi applicativa della disciplina.



1) Accesso agli atti di gara:

[...] ordinanza 15 marzo 2012 n. 131 TAR Lombardia – Brescia.

2) Accesso agli atti di un concorso:

[...] sentenza 30 gennaio 2012 n. 1032 TAR Lazio – Roma

3) Accesso agli atti di un procedimento disciplinare del COA

sentenza 18 novembre 2010 n. 6080 TAR Veneto – Venezia

sentenza 6 aprile 2009 n. 3160 TAR Lombardia – Milano

sentenza del 11 ottobre 2012, n. 298 Tar Trento

sentenza 5 dicembre 2006 n. 7111 Consiglio di Stato

Scheda sintetica

Sul procedimento di accesso agli atti del procedimento disciplinare

“Ai sensi dell’art. 3 D.P.R. 184 del 2006; si comunica che in data ____ il sig. _____ ha chiesto a questo COA l’accesso agli atti del fascicolo relativo a _____. Può presentare le sue osservazioni entro dieci giorni dalla ricezione della presente [pec o racc.a/R]. Decorso il termine di dieci giorni dalla ricezione della presente da parte della SV Ill.ma, questo ente provvederà comunque a determinarsi in ordine alla istanza di accesso”.

La nota di cui sopra andrà inviata in copia per conoscenza anche al richiedente l’accesso.

Con riferimento alla Sua richiesta di accesso del _____ agli atti del procedimento _____, si comunica che lo stesso è tutt’oggi in corso e che pertanto la valutazione sulla sussistenza delle condizioni per consentire l’accesso alla SV Ill.ma è differito all’esito della conclusione del procedimento.

A seguito della sua istanza in data ____ per accedere agli atti del procedimento _____ si comunica che l’ufficio presso cui visionare gli atti ed estrarre copie è _____, il RdP è _____ e l’orario presso cui è possibile recarsi presso lo stesso è _____.

Si prega di contattare telefonicamente il RDP per concordare il giorno e l’ora.

L’estrazione delle copie comporterà un costo di €...per ciascuna copia.

Distinti saluti.



Decreto legislativo n. 33/2013. L'accesso civico.

Occorre fare qualche riflessione sul nuovo diritto di "Accesso civico", introdotto dal recentissimo Decreto legislativo n. 33 del 2013 recante il riordino della disciplina sugli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, dal quale si evince una definizione del principio generale di trasparenza come "Accessibilità totale" delle informazioni che riguardano l'organizzazione e l'attività delle PA, allo scopo di favorire *forme diffuse di controllo* sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

Tale diritto, previsto all'art. 5 del predetto decreto, mira ad alimentare il rapporto di fiducia tra cittadini e PA e, soprattutto a promuovere il principio di legalità (e prevenzione della corruzione).

Si distingue dal diritto di accesso così come sino ad oggi configurato dalla legge 241/90 (precedentemente esposto); dalla lettura dell'art 5 del D.lgs. 33 del 2013 emerge infatti che non vi sono limiti soggettivi al diritto di "accesso civico": viene riconosciuto a chiunque, prescindendo dalla titolarità di un interesse qualificato, il diritto di chiedere al responsabile della pubblica amministrazione documenti, informazioni o dati detenuti e per qualche motivo non ancora divulgati (la domanda va presentata, a differenza del diritto di accesso di cui alla legge 241/90, al Responsabile per la trasparenza).

La nuova disciplina di favore per la trasparenza relega di fatto il diritto di accesso ordinario ad un ambito residuale e marginale. Viene quindi ampliato il diritto di accesso previsto al capo V della legge 241/90.

Tale nuova forma di accesso consegue all'obbligo per le amministrazioni di creare nei siti istituzionali un'apposita sezione - "Amministrazione trasparente" - nella quale inserire tutto quello che il decreto 33/2013 prevede.



Analizzata la natura giuridica del COA, da un punto di vista meramente formale non si può affermare la soggezione anche dei COA alle disposizioni del decreto 133/2013.

Tuttavia, non può non rilevarsi che gli obblighi di cui al decreto 33/2013 si riferiscono soprattutto ad un controllo sulla spesa che se per gli enti inseriti nel conto economico consolidato dello Stato è funzionale, non lo è rispetto alla natura dei COA, alla funzione degli stessi, anche con riferimento alle osservazioni puntuali contenute nella decisione sopra citata della Corte di Cassazione.

Naturalmente non si esclude, ed anzi si ritiene di dovere favorire – in linea con le previsioni di cui al recente decreto 333/2013 - l'adozione di misure di sempre maggiore pubblicità degli atti dei COA al fine di consentire ai propri iscritti la possibilità di riconoscersi nell'attività svolta dall'ente.

avv. Raffaella Veniero (Foro di Napoli) avv. Giovanni Vaglio (Foro di Pisa)

Roma, 11-12 aprile 2014