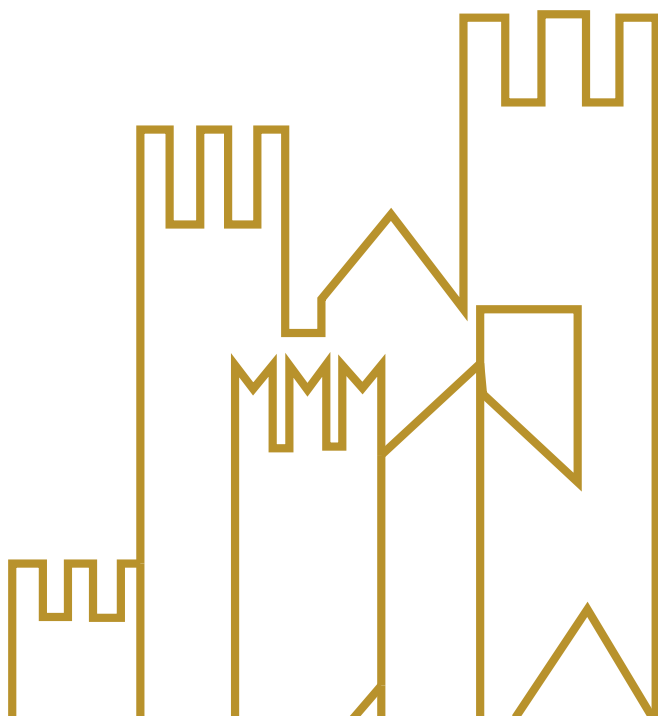


quadrimestrale di diritto ed economia

---

# Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni

---



**1/2024**

Gennaio-Aprile



Rivista  
di Diritto  
ed Economia  
dei Comuni



## Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni

Registrazione al Tribunale di Roma n. 136/2022 del 30.11.2022  
Registro degli Operatori di Comunicazione n. 39826

Gennaio-Aprile n. 1/2024

*Direttore Scientifico:* **Harald Bonura**

*Direzione Scientifica:* **Luigi Caso, Marcello Clarich,  
Michele Corradino, Margherita Interlandi, Bernardo Giorgio Mattarella,  
Guido Meloni, Veronica Nicotra**

*Comitato Scientifico:* **Vincenzo Antonelli, Gaetano Armao, Antonio Barone,  
Daniela Bolognino, Carlo Buonauro, Elisa D'Alterio, Fabrizio Dall'Acqua,  
Daniele Donati, Marco Dugato, Giuliano Fonderico, Felice Giuffrè, Tommaso Giupponi,  
Carlo Iannello, Mario Gorlani, Nicola Lupo, Luciano Monti, Pasquale Passalacqua,  
Aldo Sandulli, Fabrizio Tigano, Giovanni Valotti, Antonio Viscomi**

*Comitato di redazione:* **Gianpiero Madeo e Massimiliano Maitino (Coordinamento  
Responsabilità e Controllo); Gianluca Briganti, Pierfrancesco Miele,  
Alessandro Popolato, Anna Laura Rum, Federica Zaccarelli**

*Coordinamento di redazione:* **Annalisa D'Amato, Maria Rosaria Di Cecca**

*Direttore Responsabile:* **Stefania Dota**

*Editore:* **Comunicare - ANCI comunicazione ed eventi srl unipersonale  
Via dei Prefetti, 46 - 00186 Roma**

*Progetto grafico e impaginazione:* **Francesco Botteri**

*Stampa:* **Tipografia Facciotti srl  
Vicolo Pian due Torri, 74- 00146 - Roma**

**Finito di stampare nel mese di Giugno 2024**

**[www.rivistagiuridicadeicomuni.eu](http://www.rivistagiuridicadeicomuni.eu)**



<https://www.linkedin.com/company/93206826/admin/>



<https://twitter.com/RivistaCOMUNI>



## INDICE GENERALE

### Editoriale

- Un anno di lavoro..... 15  
DI HARALD BONURA

### Memorie

- Il magistrato al servizio delle istituzioni. Le idee e il lavoro di Fabio Viola..... 17  
DI GUIDO CARLINO

### Saggi

1. Funzioni fondamentali e associazionismo comunale: quali prospettive..... 19  
DI ANNALISA D'AMATO
2. Modelli organizzativi possibili e spazi della potestà statutaria e dell'autonomia regolamentare dei Comuni..... 27  
DI STEFANIA DOTA
3. Nozione ed individuazione dei beni paesaggistici e relativi vincoli. La pianificazione paesaggistica..... 31  
DI ANTONELLA MANZIONE
4. Disarmonie contabili. Risorse, bilanci e fondi per la gestione del personale..... 55  
DI PIERLUIGI MASTROGIUSEPPE
5. Verso un "nuovo" TUEL..... 67  
DI VERONICA NICOTRA
6. La tutela dei diritti digitali dei cittadini nel modello di *governance* proposto in attuazione del Pnrr. Verso una parabola discendente del Difensore civico per il digitale?..... 73  
DI LORENZA TOMASSI
7. Il lavoro negli enti locali tra testi (unici) e contesti (molteplici). Appunti per una possibile riforma del TUEL..... 95  
DI ANTONIO VISCOMI
8. Politiche di formazione dei dipendenti pubblici. La nuova fase della PA italiana: alla ricerca di strumenti attrattivi per il consolidamento del senso di appartenenza..... 105  
DI FEDERICA ZACCARELLI

### Atti del Convegno in memoria di Fabio Viola

1. L'unitarietà delle funzioni della Corte dei conti..... 129  
DI GIANCARLO ASTEGIANO
2. Le partecipazioni societarie delle pubbliche amministrazioni, tra esigenze e suggestioni: appunti per un tentativo di ricostruzione del fenomeno..... 133  
DI HARALD BONURA
3. Lettera aperta a Fabio Viola..... 139  
DI GIANLUCA BRAGHÒ

4. Riflessioni nel ricordo di Fabio Viola.....	143
DI ELENA BRANDOLINI	
5. La funzione consultiva quale servizio e strumento di prevenzione: potenzialità e limiti alla luce dell'art. 100 Costituzione.....	147
DI DONATO CENTRONE	
6. L'elemento soggettivo nella responsabilità per danno erariale: il funzionario pubblico al servizio della buona amministrazione.....	173
DI ADELISA CORSETTI	
7. L'organizzazione del controllo.....	177
DI LUISA D'EVOLI	
8. Verso una nuova Corte dei conti?.....	183
DI VITO MORMANDO	
9. Ausiliarietà e controllo in corso di gestione. Modalità istruttorie.....	187
DI EMANUELA PESEL	
10. Il coordinamento delle funzioni di controllo della Corte dei conti da parte delle Sezioni riunite e della Sezione delle autonomie.....	191
DI FRANCESCO PETRONIO	
11. Diritto vivente e contabilità pubblica. La ricognizione delle leggi regionali recanti oneri. Spunti di riflessione sui contributi del giurista Fabio Viola.....	197
DI MARCO PIERONI	
12. La Corte dei conti e Fabio Viola (Conclusioni).....	207
DI LUIGI CASO	
<b>Note</b>	
1. Atto di "alta amministrazione": i vincoli normativi alla discrezionalità politica e la sindacabilità dell'atto (Nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 1° dicembre 2023, n. 10418).....	211
DI LIDIA AIELLO	
2. Servizio idrico integrato: il Consiglio di Stato ricostruisce l'istituto e ne delinea la natura giuridica (Nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 2 febbraio 2024, n. 1115).....	217
DI ANNA LAURA RUM	
3. Il Consiglio di Stato si esprime in tema di obblighi gravanti sul proprietario di un'area inquinata, nel caso di spontanea attivazione degli interventi (Nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 2 febbraio 2024, n. 1110).....	233
DI ANNA LAURA RUM	
<b>Giurisprudenza e Controllo</b> .....	251



<b>Procedure ad evidenza pubblica</b>	
Consiglio di Stato, sez. III, 4 gennaio 2024, n. 161.....	251
<b>Circolazione stradale</b>	
Consiglio di Stato, sez. V, 9 gennaio 2024, n. 282 .....	252
<b>Servizi pubblici</b>	
Consiglio di Stato, sez. V, 11 gennaio 2023, n. 376 .....	253
<b>Contratti pubblici</b>	
Consiglio di Stato, sez. III, 12 gennaio 2024, n. 392.....	254
<b>Titolo edilizio</b>	
Consiglio di Stato, sez. VI, 16 gennaio 2024, n. 527.....	254
<b>Concessioni demaniali marittime</b>	
Consiglio di Stato, sez. VII, 25 gennaio 2024, n. 796.....	255
<b>Servizi pubblici</b>	
Consiglio di Stato, sez. IV, 2 febbraio 2024, n. 1115.....	256
<b>Pianificazione urbanistica</b>	
Consiglio di Stato, sez. IV, 14 febbraio 2024, n. 1476.....	258
<b>Servizi pubblici</b>	
Consiglio di Stato, sez. V, 20 febbraio 2024, n. 1671.....	259
<b>Abuso edilizio</b>	
Consiglio di Stato, sez. II, 7 marzo 2024, n. 2228.....	261
<b>Abuso edilizio</b>	
Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 8 marzo 2024, nn. 1, 2, 3.....	261
<b>Gioco d'azzardo</b>	
Consiglio di Stato, sez. V, 12 marzo 2024, n. 2369.....	261
<b>Servizi pubblici</b>	
Consiglio di Stato, sez. V, 22 aprile 2024, n. 3605.....	266
<b>Provvedimento amministrativo</b>	
Consiglio di Stato, sez. II, 22 aprile 2024, n. 3645 .....	267
<b>Demanio marittimo</b>	
Tar Campania, Napoli, sez. VII, 8 gennaio 2024, n. 216.....	270
<b>Beni culturali</b>	
Tar Liguria, Genova, sez. I, 11 gennaio 2024, n. 16.....	271



<b>Pianificazione urbanistica</b>	
Tar Lombardia, Milano, sez. III, 12 gennaio 2024, n. 67.....	271
<b>Servizi pubblici</b>	
Tar Marche, Ancona, sez. II, 20 gennaio 2024, n. 64.....	272
<b>Procedimento amministrativo</b>	
Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 30 gennaio 2024, n. 767.....	272
<b>Pianificazione urbanistica</b>	
Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 9 aprile 2024, n. 293.....	273
<b>Abuso edilizio</b>	
Tar Umbria, sez. I, 17 aprile 2024, n. 268.....	274
<b>Ordinanze contingibili e urgenti</b>	
Tar Veneto, Venezia, sez. III, 24 aprile 2024, n. 786.....	276
<b>Servizi Pubblici</b>	
Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 29 aprile 2024, n. 1434.....	276
<b>Servizi pubblici</b>	
Tar Sicilia, Catania, sez. V, 30 aprile 2024, n. 1577.....	277
<b>Danno erariale</b>	
Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per il Molise, 5 gennaio 2024, n. 1.....	279
<b>Patrimonio cimiteriale comunale</b>	
Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per l'Umbria, 8 gennaio 2024, n. 1.....	279
<b>Giudizio di conto</b>	
Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per il Veneto, 8 gennaio 2024, n. 2.....	280
<b>Garante per la protezione dei dati personali</b>	
Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per il Trentino-Alto Adige – sede di Bolzano, 9 gennaio 2024, n. 1.....	280
<b>Responsabilità Amministrativa</b>	
Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per l'Abruzzo, 11 gennaio 2024, n. 1.....	281
<b>Dipendente comunale</b>	
Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per la Campania, 22 gennaio 2024, n. 35.....	281
<b>Trattamento dati sensibili</b>	
Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per la Puglia, 27 febbraio 2024, n. 40.....	282
<b>Contributi indiretti</b>	
Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per la Calabria, 5 marzo 2024, n. 22.....	282
<b>Affidamento diretto servizi comunali</b>	
Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per l'Umbria, 6 marzo 2024, n. 11.....	282

**Responsabile ufficio tecnico**

Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per l'Umbria, 18 marzo 2024, n. 12..... 282

**Danno erariale**

Corte dei conti, Sezione giurisdizionale regionale per la Campania, ordinanza 18 dicembre 2023, n. 228..... 283

**Società partecipate**

Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, 22 aprile 2024, n. 27/2024/PASP..... 284

**Personale**

Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Liguria, 17 aprile 2024, n. 27/2024/PAR..... 284

**Controlli interni**

Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per le Marche, 15 aprile 2024, n. 35/2024/VSGC..... 285

**Valorizzazione patrimonio immobiliare**

Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, 22 marzo 2024, n. 17/2024/PAR..... 285

**Valorizzazione patrimonio immobiliare**

Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Campania, 12 marzo 2024, n. 49/2024/PAR..... 285

**Bilancio**

Corte dei conti, Sezione regionale di controllo del Lazio, 11 marzo 2024, n. 15/2024/PRSP..... 286

**Personale**

Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Regione Siciliana, 14 febbraio 2024, n. 30/2024/PAR..... 286

**Spese di personale**

Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Toscana, 29 gennaio 2024, n. 3/2024/PAR..... 287

**Società partecipate**

Corte dei conti, Sezione regionale di controllo del Lazio, 16 gennaio 2024, n. 2/2024/VSG..... 287

**Società partecipate**

Corte dei conti, Sezione regionale di controllo del Veneto, 3 gennaio 2024, n. 1/2024/PAR..... 288



HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

**LIDIA AIELLO** - Corsista del master di II° livello in Diritto delle Pubbliche Amministrazioni dell'Università degli Studi di Palermo

**GIANCARLO ASTEGIANO** - Vice Procuratore generale della Corte dei conti

**HARALD BONURA** - Docente a contratto di Diritto dei Contratti e dei servizi pubblici presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

**GIANLUCA BRAGHÒ** - Magistrato della Corte dei conti

**ELENA BRANDOLINI** - Magistrato della Corte dei conti

**GUIDO CARLINO** - Presidente della Corte dei conti

**LUIGI CASO** - Magistrato della Corte dei conti

**DONATO CENTRONE** - Magistrato della Corte dei conti

**ADELISA CORSETTI** - Vice Procuratrice generale della Corte dei conti

**ANNALISA D'AMATO** - Responsabile Riforme Istituzionali e Semplificazione amministrativa Associazione Nazionale Comuni Italiani-ANCI

**LUISA D'EVOLI** - Magistrato della Corte dei conti

**STEFANIA DOTA** - Vice Segretario Generale Associazione Nazionale Comuni Italiani-ANCI

**ANTONELLA MANZIONE** - Consigliere di Stato

**PIERLUIGI MASTROGIUSEPPE** - Direttore Generale Agenzia per la Rappresentanza Negoziale delle Pubbliche Amministrazioni-ARAN

**VITO MORMANDO** - Professore ordinario di Diritto Penale presso l'Università degli studi di Bari "Aldo Moro". Componente del Consiglio di Presidenza della Corte dei conti

**VERONICA NICOTRA** - Segretario Generale Associazione Nazionale Comuni Italiani-ANCI

**EMANUELA PESEL** - Presidente della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti-Friuli-Venezia Giulia

**FRANCESCO PETRONIO** - Presidente Preposto al Referto della Sezione delle Autonomie della Corte dei conti

**MARCO PIERONI** - Presidente della Sezione giurisdizionale della Corte dei conti-Piemonte

**ANNA LAURA RUM** – Avvocato, è Assistente di studio presso il Consiglio Superiore della Magistratura. È coautrice del volume “*La riforma dei contratti pubblici. Commento al d.lgs. 31.03.2023, n. 36*” e autrice di numerose pubblicazioni scientifiche in materia di diritto amministrativo, civile, fallimentare e penale

**LORENZA TOMASSI** - Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

**ANTONIO VISCOMI** - Professore ordinario di Diritto del Lavoro presso l'Università degli Studi “Magna Græcia” di Catanzaro. Direttore del Centro di Ricerca “Transizione Digitale, Autonomie Negoziali e Relazioni di Lavoro”

**FEDERICA ZACCARELLI** - Cultrice delle materie di Contabilità Pubblica presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali-LUISS “Guido Carli” e di Legislazione Anticorruzione e Responsabilità Amministrativa presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale





EDITORIALE

# Un anno di lavoro

DI HARALD BONURA

Poche righe, in apertura del primo numero del secondo anno di vita della Rivista.

Poche righe per l'anno appena trascorso: tre numeri ricchi di contributi di alto livello scientifico; organi composti da un numero crescente di giuristi ed economisti, autorevoli e partecipativi; un sito *internet* in costante aggiornamento, puntualmente alimentato da giurisprudenza massimata (con un efficace motore di ricerca); rapporti fecondi con il mondo accademico, confermati dall'organizzazione di due convegni di grande richiamo (il primo, in collaborazione con l'Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro, in occasione dei trent'anni della riforma avviata con il decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29; il secondo, in collaborazione con l'Università degli Studi Ca' Foscari di Venezia, in relazione a un altro trentennale, quello della legge sull'elezione diretta dei sindaci) e dal patrocinio di due prestigiose iniziative promosse, rispettivamente, dall'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale (nell'ambito delle attività per "*Le Unici[t]tà 2023-L'Università di Cassino e del Lazio Meridionale incontra le città nelle città*") e da quella di Brescia (sul tema della riforma del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali); una scia di "prospettive", culminata con l'intervento del Capo dello Stato; uno sguardo sempre attento al confronto disciplinare e al dialogo tra studiosi, interpreti e operatori.

Insomma, tanti piccoli, ma buoni motivi di pacata soddisfazione per il conseguimento degli obiettivi che ci eravamo assegnati; ma, soprattutto, tutti motivi di sincera gratitudine (e di ringraziamento) verso coloro che di tali risultati sono i veri protagonisti: l'Editore, la Direzione Scientifica, il Comitato Scientifico, la Redazione e, soprattutto, quanti hanno pubblicato sulla Rivista e coloro che la hanno consultata e usata.

Poche righe per questo numero della Rivista, che ha scelto di ospitare, tra gli altri, gli atti di un importante "Incontro di studi" promosso dalla Corte dei conti e dall'Associazione dei magistrati della Corte dei conti in memoria di Fabio Viola, già Presidente di coordinamento della Sezione Autonomie della Corte, scomparso il 28 novembre dell'anno scorso, dopo una lunga malattia. Il tema dell'Incontro di studi ("*Il magistrato al servizio delle Istituzioni*"), la figura del presidente Viola, il rilievo attribuito al confronto tra la magistratura, specie contabile, e il mondo delle autonomie richiamano, infatti, in modo esatto, lo scopo della Rivista. Da qui, la scelta di raccogliere e pubblicare gli atti, come prima di un'altra serie di iniziative congiunte con la Corte.

Poche righe, infine, per il tempo futuro che ci attende.

La Rivista si è posta un obiettivo ambizioso, che ripetiamo: promuovere una nuova stagione di studio intorno ai temi delle autonomie locali, favorendo un ribaltamento di prospettiva, un cambio di approccio, che restituiscano centralità agli "spazi locali", invertendo il processo di ri-centralizzazione che ha caratterizzato almeno l'ultimo decennio. Siamo consapevoli delle difficoltà e degli ostacoli. Siamo altrettanto fiduciosi, però, della rilevanza della sfida e della qualità di chi sostiene e accompagna i nostri sforzi.

*Ad maiora.*





# Il magistrato al servizio delle istituzioni. Le idee e il lavoro di Fabio Viola

DI GUIDO CARLINO

Gentilezza, garbo e signorilità, uniti alla sua peculiare competenza ed elevata cultura, rendevano il Presidente Fabio Viola una persona speciale, con rare doti professionali e umane, come comprovano le innumerevoli attestazioni di stima dei colleghi e del personale amministrativo, che ne conservano il ricordo vivo e indelebile.

Il suo legame con la Corte dei conti è sempre stato forte e profondo e andava ben oltre la pur rilevante dimensione istituzionale.

È stato per tutti noi un esempio da cui trarre stimoli e preziosi insegnamenti.

Mosso da un radicato sentimento di appartenenza, amava svolgere con equilibrio ed entusiasmo il suo lavoro, mediante il dialogo e il confronto con i colleghi, sempre con quella passione e impegno da cui attingeva la forza per servire il nostro Istituto anche nei momenti più difficili. Di questo gliene siamo riconoscenti.

Nel corso della sua intensa e variegata vita professionale, Fabio ha svolto con rettitudine e non comune abnegazione funzioni di controllo, giurisdizionali e di amministrazione attiva, queste ultime sia come Vicesegretario generale che come Segretario generale, con la consapevolezza di operare ogni giorno a garanzia del bene pubblico, animato costantemente da un ineguagliabile spirito di servizio. Non possiamo non ricordare, infatti, l'importante impegno da lui profuso come relatore di atti di fondamentale rilievo per l'Istituto.

Pensiamo non solo al regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo del 2000, ma anche, tra tante altre, alla delibera delle SSRR in sede di controllo n. 54 del 2010 che, in sede nomofilattica, ha individuato correttamente l'ampiezza dell'espressione "materie di contabilità pubblica" utilizzata dall'art. 7 della legge 131/2003.

Straordinario è stato poi il suo apporto nelle delicate funzioni direttive svolte negli ultimi anni, come presidente della Sezione di controllo della Liguria e Presidente di coordinamento della Sezione delle Autonomie; nonostante il gravissimo male che lo aveva colpito, contro il quale ha strenuamente lottato, ha continuato a svolgere le sue funzioni con ineguagliabile impegno, con una grandissima capacità di ascolto di tutte le opinioni talvolta divergenti e con la capacità di sapere sempre individuare, nella sintesi, le soluzioni più conformi ai principi dell'ordinamento amministrativo e contabile del nostro Paese.

Accogliere il testimone della visione di Fabio vuol dire porre al centro dell'azione della Corte dei conti la vita e la dignità delle persone, unitamente a uno spiccato senso delle istituzioni.



ORGANIZZAZIONE DEGLI ENTI LOCALI: I PICCOLI COMUNI

# Funzioni fondamentali e associazionismo comunale: quali prospettive\*

**SOMMARIO:** 1. L'individuazione delle funzioni fondamentali e l'associazionismo comunale: un nodo inestricabile 2. Un cambio di prospettiva: le indicazioni della Corte costituzionale 3. Appunti per il futuro legislatore.

DI ANNALISA D'AMATO

**ABSTRACT:** Il testo ripercorre la recente evoluzione legislativa in materia di associazionismo comunale, analizzando la stretta interconnessione tra il percorso di individuazione delle funzioni fondamentali ad opera del legislatore statale dopo la Riforma del Titolo V e la definizione degli obblighi di associazione per i Comuni di minore dimensione demografica. L'inquadramento dei processi di associazionismo esclusivamente in una prospettiva di razionalizzazione economica, con interventi poco organici, ha decretato il sostanziale insuccesso degli stessi ed una situazione di perdurante stallo. Per poter ripartire, occorre ricondurre il tema dell'associazionismo di funzioni all'obiettivo prioritario dell'innalzamento qualitativo dei servizi resi dai Comuni ai cittadini, attraverso la definizione di regole stabili e percorsi graduali.

**ABSTRACT:** *The paper traces the recent legislative evolution regarding municipal associationism, analysing the close interconnection between the path of identification of fundamental functions by the State legislator after the Title V Reform and the definition of association obligations for smaller demographic size Municipalities. Having framed the associationism's processes exclusively in a perspective of economic rationalization, with unorganized interventions, has determined not only their failure but also a situation of substantial stalemate. In order to start again, it is necessary to bring the issue of associationism of functions back to the priority objective of increasing both the quantity and the quality of services provided by Municipalities to citizens, through the definition of stable rules and necessarily gradual paths.*

## 1. L'individuazione delle funzioni fondamentali e l'associazionismo comunale: un nodo inestricabile.

Il tema della dimensione ottimale della gestione delle funzioni comunali è stato sovente oggetto di dibattito politico istituzionale e ha interessato il nostro sistema amministrativo nazionale sin dall'unità d'Italia: se ne occupava infatti già la legge 20 marzo 1865, n. 2248 "Per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia"<sup>(1)</sup>. Pur non volendo andare così indietro nel tempo, la storia repubblicana è costellata di numerosi processi

\* Il saggio rielabora l'intervento al Convegno, promosso dalla Rivista, "Il TUEL che vorremmo: appunti per una riforma". Roma, 26 febbraio 2024.

<sup>1</sup> La legge 20 marzo 1865, n. 2248 prevedeva, all'art. 14 dell'allegato A, che "i Comuni contermini che hanno una popolazione inferiore 1500 abitanti, che manchino di mezzi sufficienti per sostenere le spese comunali, che si trovino in condizioni topografiche da rendere comoda la loro riunione, potranno per decreto reale essere riuniti, quando il consiglio provinciale abbia riconosciuto che concorrono tutte queste condizioni".

di riforma che hanno tentato di affrontare tale questione; a seguito della revisione del Titolo V della Costituzione con la riforma del 2001, il tema della definizione dell'assetto delle funzioni dei Comuni e della concreta declinazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, appare strettamente e indissolubilmente connesso al tema delle prospettive aggregative comunali.

Il nodo da cui partire per sciogliere una matassa divenuta sempre più intricata è certamente la definizione delle funzioni fondamentali dei Comuni, ossia, usando le parole della Corte costituzionale, sentenza n. 33/2019, di quella che è la “dotazione funzionale tipica, caratterizzante e indefettibile, dell'autonomia comunale”<sup>(2)</sup>.

Dopo la riforma del Titolo V, il legislatore statale ha attuato la lett. p), c. 2, art. 117 della Costituzione in ordine alla determinazione delle funzioni fondamentali dei comuni piuttosto tardivamente, con interventi disorganici, che negli sviluppi legislativi degli ultimi anni si sono (quasi) sempre sovrapposti al tema della gestione associata delle funzioni da parte dei piccoli Comuni.

In estrema sintesi, dopo la mancata attuazione della delega legislativa contenuta nell'art. 2 della legge 5 giugno 2003, n. 131, recante delega in favore del Governo per l'attuazione dell'articolo 117, secondo comma, lett. p) della Cost., la successiva legge delega 5 maggio 2009, n. 42, all' art. 21, c. 3, per la prima volta, anche se in via provvisoria, individua le funzioni fondamentali dei comuni per consentire la definizione dell'entità e del riparto dei fondi perequativi degli enti locali in base al fabbisogno *standard* o alla capacità fiscale.

A questa prima definizione provvisoria, strettamente funzionale al processo di attuazione del federalismo fiscale, si aggancia l'art. 14 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla Legge 30 luglio 2010, n. 122: il richiamato art. 14, c. 28-31, impone infatti, l'esercizio associato obbligatorio delle funzioni fondamentali previste dall'art. 21, c. 3 della l. n. 42/2009 da parte dei comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti (o 3.000 ab. per quelli montani), attraverso il ricorso o alle convenzioni o alle Unioni di Comuni. In qualche modo, il dato economico-finanziario intorno al quale sono state individuate le prime funzioni fondamentali nel 2009, finisce con il proiettare la propria incidenza sul piano funzionale e, per taluni aspetti, anche su quello istituzionale. La rilevanza della parziale e non definitiva individuazione dei compiti fondamentali ad opera della legge delega sul federalismo fiscale assume così, proprio con le richiamate norme del 2010 sull'associazionismo obbligatorio per i piccoli comuni, una valenza ultronea rispetto a quella dichiarata dal legislatore delegante<sup>(3)</sup>.

Anche i successivi sviluppi normativi del 2011 e segnatamente l'art. 16 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla Legge 14 settembre 2011, n. 148, proseguono nella direzione della “razionalizzazione” dell'esercizio delle funzioni comunali, imponendo ai piccolissimi comuni con meno di 1.000 abitanti l'esercizio di tutte le funzioni e i servizi comunali attraverso l'unione di comuni speciale.

Con l'art. 19 del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, sulla c.d. *spending review*, la cui rubrica recita appunto “*Funzioni fondamentali dei comuni e modalità di esercizio associato di funzioni e*

2 Cfr. paragrafo 7.6 Considerato in diritto “A seguito dell'infelice esito dei vari tentativi, pur esperiti nell'ultimo quindicennio, di approvazione della cosiddetta Carta delle autonomie locali, il problema della dotazione funzionale tipica, caratterizzante e indefettibile, dell'autonomia comunale non è, quindi, stato mai stato risolto ex professo dal legislatore statale, come invece avrebbe richiesto l'impianto costituzionale risultante dalla riforma del Titolo V della Costituzione. Una «fisiologica dialettica», improntata a una «doverosa cooperazione» (sentenza n. 169 del 2017), da parte del sistema degli attori istituzionali, nelle varie sedi direttamente o indirettamente coinvolti, dovrebbe invece assicurare il raggiungimento del pur difficile obiettivo di una equilibrata, stabile e organica definizione dell'assetto fondamentale delle funzioni ascrivibili all'autonomia locale”.

3 Così G. MELONI, *Le funzioni fondamentali dei comuni*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2012, n. 24, 5.

*servizi comunali*” sono state individuate in modo più compiuto rispetto a quanto fatto in via provvisoria dalla l. n. 42/2009, le funzioni fondamentali dei comuni, attraverso una elencazione che, seppure nell’ambito di una decretazione d’urgenza, si presenta più ampia e con un carattere di maggiore definitività rispetto a quella contenuta nella legge n. 42/2009 ma comunque strettamente connessa alla definizione degli obblighi di esercizio associato per i piccoli comuni.

Se dunque da un lato la ricognizione operata dalla legge statale appare ampia, non finalizzata ad esclusivi obiettivi di razionalizzazione delle spese, dall’altro resta ferma l’interconnessione (e la sovrapposizione) tra individuazione delle funzioni fondamentali e imposizione dell’obbligo associativo a carico dei piccoli Comuni, assolvibile mediante Unione di Comuni o convenzione.

Tra l’altro, come è stato rilevato, proprio perché l’obbligo associativo per i piccoli Comuni oggi riguarda un ambito di funzioni assai più ampio ed incisivo, il vincolo ribadito dall’art. 19 del d.l. n. 95/2012 risulta particolarmente incisivo, *“assorbente rispetto ai possibili margini residuali della soggettività locale”*<sup>(4)</sup>.

Cosa è accaduto negli anni successivi all’entrata in vigore dell’obbligo disposto dal richiamato decreto legge n. 95/2012 è ormai storia: dalla definizione del quadro normativo ora tracciato in poi, i percorsi di associazionismo, precedentemente sviluppatasi in forma volontaria e spontanea, hanno subito una decisa battuta d’arresto, con la conseguenza che, di anno in anno, il legislatore ha sistematicamente rinviato, fino ad oggi, l’entrata in vigore dell’obbligo di gestione associata.<sup>(5)</sup>

Come è stato rilevato, le misure di razionalizzazione della spesa e di riduzione degli apparati *“hanno avuto un indubbio effetto moltiplicatore delle difficoltà insite nei processi di riorganizzazione dei modi di esercizio delle funzioni amministrative comunali”*<sup>(6)</sup>.

E su questo risultato ha inciso anche il ruolo interpretato dalle Regioni: l’emanazione di provvedimenti legislativi regionali non sempre omogenei tra loro ha prodotto un quadro regolatorio disordinato e frammentato a livello territoriale, determinato anche dall’incerto confine tra competenza statale e regionale in materia, ormai risolto dagli ultimi approdi della Corte costituzionale a favore della competenza statale a legiferare in tema di gestione associata di funzioni. La Corte costituzionale con sentenza n. 44/2014 ha ravvisato il titolo legittimante della competenza statale nella materia *de quo* nel “coordinamento della finanza pubblica”, ai sensi dell’art. 117, terzo comma, Cost.<sup>(7)</sup>; successivamente, con la sentenza n. 50/2015, la Corte ha statuito che *“le unioni – risolvendosi in forme istituzionali di associazione tra Comuni per l’esercizio congiunto di funzioni o servizi di loro competenza e non costituendo, perciò, al di là dell’impropria definizione sub comma 4 dell’art. 1, un ente territoriale ulteriore e diverso rispetto all’ente Comune – rientrano, infatti, nell’area di competenza statale sub art. 117, secondo comma, lettera p), e non sono, di conseguenza, attratte nell’ambito di com-*

4 Così G. MELONI, *op. ult. cit.*, 14.

5 Per una disamina approfondita sul numero di Unioni e sul *trend* evolutivo dello sviluppo delle gestioni associate si rimanda a: <https://www.anci.it/il-quadro-delle-unioni-e-la-principale-normativa-sulle-gestioni-associate/>;

6 Così C. TUBERTINI, *Il percorso di (in)attuazione dell’art. 118, comma 1 Cost. Proposte per una ripartenza*, www.federalismi.it 2022, n. 20, 6. In generale, sugli effetti della legislazione d’emergenza, si veda, tra gli altri di F. MANGANO, *Profili problematici e prospettive del sistema delle autonomie locali*, in “Istituzioni del Federalismo” numero speciale 2019, Anno X, 63, che a sua volta richiama L.VANDELLI, nel volume *Il sistema delle autonomie locali* “Ma la riduzione della spesa – ed è qui il punto più grave – non è solo un evento temporaneo a cui si potrebbe porre rimedio in futuro, ma è un danno permanente all’organizzazione amministrativa, in quanto «incide in termini strutturali sulle organizzazioni pubbliche tendendo a ridimensionare, accorpare, sopprimere organi ed enti», ma anche S. STAIANO *Le autonomie locali in tempi di recessione: emergenza e lacerazione del sistema* in federalismi.it, 2012, n. 17, 16, che parla di “scompaginamento di un complesso e sedimentato sistema di relazioni istituzionali”.

7 Cfr. paragrafi 6 e 6.1 del Considerato in diritto.

*petenza residuale di cui al quarto comma dello stesso art. 117.*<sup>(8)</sup>

In ogni caso, è indubbio che l'insuccesso delle disposizioni richiamate è derivato soprattutto dalla prospettiva in cui lo strumento dell'associazionismo intercomunale è stato collocato, non certo promozionale, ma di razionalizzazione economica. Nessun mutamento di questo indirizzo è del resto disceso dalla legge 7 aprile 2014, n. 56, che anzi ha confermato l'esigenza prioritaria del conseguimento del risparmio di spesa per le Unioni di Comuni.<sup>(9)</sup>

Va ricordato infine che negli anni più recenti il legislatore, all'articolo 1, comma 2-ter del decreto legge 25 luglio 2018, n. 91, come introdotto dalla legge di conversione 21 settembre 2018, n. 108, si è nuovamente occupato del tema, prevedendo l'istituzione presso la Conferenza Stato-città ed autonomie locali di un tavolo tecnico-politico per la redazione di Linee guida finalizzate all'avvio di un percorso di revisione organica della disciplina in materia di ordinamento delle province e delle città metropolitane, *al superamento dell'obbligo di gestione associata delle funzioni e alla semplificazione degli oneri amministrativi e contabili a carico dei comuni, soprattutto di piccole dimensioni*. I lavori del tavolo tecnico – politico si sono protratti per svariati mesi e le proposte in materia di associazionismo comunale condivise dai componenti denotano sicuramente un cambio di passo rispetto alla precedente impostazione; le linee guida, tuttavia, non hanno trovato successiva formale attuazione in un approdo legislativo.<sup>(10)</sup>

## 2. Un cambio di prospettiva: le indicazioni della Corte costituzionale.

Per scongiurare il rischio che l'*impasse* in cui versano i processi associativi si traduca in un acuirsi, di fatto, del divario tra le capacità del livello municipale di erogare servizi alle comunità, bisogna decisamente e convintamente cambiare prospettiva: l'esercizio delle funzioni in modalità associata non deve più essere finalizzato solo (ed esclusivamente) alla razionalizzazione ed all'efficiamento della spesa ma deve essere strumento effettivo e prioritario di *adeguatezza*, intesa in termini capacità effettiva di poter gestire una determinata funzione,<sup>(11)</sup> e di *differenziazione*, da realizzare sul piano organizzativo.

In un sistema in cui gli enti territoriali sono (*rectius*: dovrebbero essere) il centro propulsore dello sviluppo socio - economico dei territori, l'associazionismo dovrebbe avere come finalità primaria il miglioramento della qualità dell'azione amministrativa e quindi della qualità dei servizi resi alla cittadinanza, l'incremento dell'attrattività dei territori in ottica di sviluppo locale e, in ultima analisi, l'innalzamento complessivo della capacità delle amministrazioni di soddisfare le esigenze delle comunità di riferimento.

In questo cambio di paradigma, utili indicazioni possiamo trarle dalla richiamata sentenza della Corte cost. n. 33/2019: in continuità con la sua precedente giurisprudenza, la Corte fonda il titolo di intervento dello Stato sulla potestà concorrente in

8 Cfr. paragrafo 6.2.1. del Considerato in diritto.

9 In questi termini C. TUBERTINI, *IL percorso di (in)attuazione dell'art. 118*, cit., 7; Negli stessi termini, quanto alla ratio della legge 7 aprile 2014, n. 56 (c.d. 'legge Delrio'), R. BIN, *Chi ha paura delle autonomie?*, in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli 2016, 45-57 "La legge Delrio non si discosta da questa logica. È una legge molto più preoccupata della razionalizzazione della spesa che di un'inefficiente allocazione delle funzioni: non è l'autonomia la sua parola chiave, ma gli oneri finanziari."

10 Per una disamina complessiva e puntuale degli esiti dei lavori del Tavolo di cui all'articolo 1, comma 2-ter del decreto-legge n. 91/2018, si veda il *Rapporto sulle attività Conferenza Stato - Città ed autonomie Locali 2018-2019*, a cura dell' Ufficio di Segreteria della Conferenza, disponibile in <http://www.conferenzastatocitta.it/>.

11 In questi termini, G. C. DE MARTIN *Le funzioni comunali tra sussidiarietà e adeguatezza*, in *Istituzioni del Federalismo*, Suppl. 5-06, 36 "L'adeguatezza significa la capacità effettiva di potere gestire una determinata funzione e la differenziazione è legata alla presa d'atto che l'uniformità non è un valore cui legare necessariamente l'allocazione delle funzioni".

materia di coordinamento della finanza pubblica.

La sentenza, tuttavia, segna una discontinuità significativa rispetto ai suoi precedenti, limitando la discrezionalità del legislatore.

Secondo la Corte, la previsione generalizzata dell'obbligo di gestione associata per tutte le funzioni fondamentali (ad esclusione della lett. l del comma 27) sconta, infatti, in ogni caso un'eccessiva rigidità, al punto che non consente di considerare tutte quelle situazioni in cui, a motivo della collocazione geografica e dei caratteri demografici e socio ambientali, la convenzione o l'unione di Comuni non sono idonee a realizzare, mantenendo un adeguato livello di servizi alla popolazione, quei risparmi di spesa che la norma richiama come finalità dell'intera disciplina<sup>(12)</sup>.

Il sacrificio imposto all'autonomia comunale non è in grado di raggiungere l'obiettivo cui è diretta la normativa stessa; questa finisce così per imporre un sacrificio non necessario, non superando quindi il *test* di proporzionalità<sup>(13)</sup>. La Corte dichiara dunque il menzionato comma 28 illegittimo nella parte in cui non prevede la possibilità, in un contesto di Comuni obbligati e non, di dimostrare, al fine di ottenere l'esonero dall'obbligo, che a causa della particolare collocazione geografica e dei caratteri demografici e socio ambientali, del Comune obbligato, non sono realizzabili, con le forme associative imposte, economie di scala e/o miglioramenti, in termini di efficacia ed efficienza, nell'erogazione dei beni pubblici alle popolazioni di riferimento.

Come è stato evidenziato, la pronuncia legittima, quindi, l'intervento statale, sulla base della competenza concorrente «coordinamento della finanza pubblica» letta in collegamento con il principio del buon andamento, nel rispetto del principio di adeguatezza. Se la gestione associata consente di migliorare sotto il profilo economico-finanziario le erogazioni di servizi che un ente è già in grado di offrire senza pregiudicarne il livello o addirittura innalzandolo, l'associazionismo obbligatorio va inteso anche come strumento finalizzato al buon andamento, principio di rango costituzionale posto dall'art. 97 comma 2, Cost., cui tutta la P.A., autonomie locali comprese, è subordinata<sup>(14)</sup>. Con un netto richiamo alla necessità che le forme associative siano idonee a realizzare risparmi di spesa “mantenendo un adeguato livello di servizi alla popolazione”, dalla Corte arriva il monito a prestare attenzione a particolari situazioni differenziate, situazioni dalla più varia complessità in cui “l'ingegneria legislativa non combacia con la geografia funzionale”.

### 3. Appunti per il futuro legislatore.

Per capire perché alcuni processi stentano a decollare e immaginare cosa dovrebbe fare il legislatore per favorirli bisogna ripartire da una considerazione: gli interventi finora realizzati sembrano ispirati ad una unica logica, ossia ricondurre ad omogeneità, razionalità ed intellegibilità un sistema che di per sé è complesso, multiforme e variegato. E forse questo, oltre alla finalizzazione degli interventi al mero risparmio di spesa, spiega le ragioni di questo perdurante insuccesso o comunque le ragioni di una resistenza/difficoltà che certo non può essere semplicisticamente liquidata come

12 Cfr. Paragrafo 7.5 Considerato in diritto.

13 Cfr. Paragrafo 7.5 Considerato in diritto.

14 In questi termini di D. MONE, *L'associazionismo comunale tra autonomia, buon andamento e garanzia dei diritti fondamentali. Nota a sentenza Corte Cost. n. 33 del 4 marzo 2019*, in *Dirittifondamentali.it* - Fascicolo 2/2019, 7-8. Per una lettura della pronuncia in senso diverso, si veda M. GALDI, *L'obbligatorietà di forme associative per gli enti locali fra tentativi di attuazione e ristabilimento dello status quo. Commento a Corte cost., 4 marzo 2019, n. 33* in *Dirittifondamentali.it* - Fascicolo 1/2019, 16-17, secondo il quale “Ma non vi è dubbio che nella decisione determinante sia stato il riferimento e, segnatamente, l'esigenza di economicità, di cui la ricerca della migliore economia di scala costituisce un'evidente specificazione. Un'impostazione, quella della Corte, che alla luce del dibattito in corso, teso all'eliminazione dell'obbligo di gestione associata delle funzioni fondamentali, assume il tono di un monito sulla tenuta dei conti pubblici italiani, in un momento peraltro così delicato per la vita della nostra Nazione”.



ristagno campanilistico o semplice miopia istituzionale.

La complessità del sistema locale, la diversità dei territori e delle tradizioni amministrative che essi esprimono - che è al contempo però ricchezza e forza del nostro Paese - richiede un approccio adeguato, “certosino” e rispettoso di tale complessità.

Partendo dall'assunto che il ricorso all'esercizio associato di funzioni deve rappresentare, in primo luogo, uno strumento di gestione adeguata delle stesse, occorre innanzitutto un ragionamento più puntuale e meditato sul tipo di funzioni ma anche di servizi che si prestano ad una gestione in forma associata: l'individuazione delle funzioni *ex* comma 28 è molto ampia, si è parlato infatti di “ambiti di funzioni”, in relazione ai quali è del tutto verosimile che una gestione associata *tout court* sia difficile da realizzare. Bisogna quindi ragionare per singole funzioni o, meglio ancora, per singoli servizi. Non tutte le funzioni si prestano allo stesso modo e con la stessa modalità alla gestione associata<sup>(15)</sup>: nel rispetto dell'autonomia dell'Ente locale, bisogna puntare evidentemente sulle funzioni/servizi che richiedono maggiore livello di specializzazione professionale e che si prestano, nel tempo, al raggiungimento di significative economie di scala.

In secondo luogo, occorre evitare l'imposizione di regole di “ingegneria legislativa” di cui sfugge la *ratio*: ad esempio, tanto per citarne una, la definizione di un limite demografico minimo. Attualmente, secondo quanto previsto dal c. 31 dell'art. 14 d.l. n. 78/2010, il limite demografico minimo delle Unioni e delle convenzioni è fissato in 10.000 abitanti, ovvero in 3.000 abitanti se i Comuni appartengono o sono appartenuti a comunità montane, fermo restando che, in tal caso, le Unioni devono essere formate da almeno tre Comuni, e salvo il diverso limite demografico ed eventuali deroghe in ragione di particolari condizioni territoriali, individuati dalla regione. Tali limiti appaiono del tutto irrazionali: per la conformazione stessa del territorio nazionale e per la complessità cui poc'anzi s'accennava, infatti, non è scontato che siano raggiungibili, anzi, spesso vi sono impossibilità oggettive per i piccoli Comuni non confinanti tra loro e questo, di fatto, finisce per bloccare i processi associativi.

Un ulteriore elemento da considerare, finora totalmente trascurato dal legislatore, attiene a quello che si può definire “l'investimento organizzativo” che ciascun processo associativo stabile e duraturo che si voglia mettere in piedi richiede. In questi anni il legislatore ha dimostrato di preferire quale strumento per realizzare percorsi di associazionismo l'Unione, ente locale dotato di propria personalità distinta da quella dei Comuni partecipanti, tendenzialmente stabile e duraturo<sup>(16)</sup>. Come l'esperienza dimostra, la definizione di percorsi associativi stabili richiede tempo e risorse, umane e strumentali. Se è condivisibile l'idea che l'associazionismo conduce ad una progressiva razionalizzazione e ad un innalzamento del livello dei servizi complessivamente resi alle rispettive comunità di riferimento, ciò non può avvenire immediatamente proprio perché l'investimento organizzativo iniziale che questo comporta richiede tempo e risorse, non può essere a costo zero.

Le conseguenze di questa premessa sono due: innanzitutto, per ottenere l'auspi-

15 S. MANESTRA-G. MESSINA-A. PETA, *L'Unione (non) fa la forza? Alcune evidenze preliminari sull'associazionismo comunale in Italia* in Quaderni occasionali della Banca d'Italia, n. 452, luglio 2018, 17, disponibile su:

<https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/gef/2018-0452/index.html?dotcache=refresh>; “La nostra interpretazione di questa evidenza è che la gestione associata mediante Unione non rappresenta un modello idoneo per tutte le funzioni comunali, estremamente eterogenee e diversamente caratterizzate dalla presenza di economie di scala. Gli effetti in termini di riduzione dei livelli di spesa, limitati ad alcuni servizi, richiedono comunque del tempo per manifestarsi: vi è probabilmente una fase transitoria iniziale caratterizzata da duplicazioni di costi e di strutture e ciò implica che una strategia di risanamento dei conti pubblici può fare leva sull'associazionismo comunale solo in una prospettiva di medio periodo.”

16 Per una disamina dei diversi istituti e modelli di cooperazione, si rimanda, tra gli altri a G. CARULLO, *Obbligo di esercizio «associato» delle funzioni e modelli di cooperazione a livello comunale*, in Foro Amministrativo, CdS, 2013, 10, 2879-2910.

cata razionalizzazione e dunque la riqualificazione della spesa bisogna ragionare in un'ottica di medio-lungo periodo, il risparmio di spesa conseguente ai processi associativi non è immediato, anzi bisogna accettare che nell'immediato la spesa aumenti.

In secondo luogo, per favorire questo investimento organizzativo, occorrono regole chiare, funzionali alla definizione di assetti stabili e duraturi. I processi sono fatti "di" e "da" persone, da una guida politica salda che crede nell'obiettivo e da una guida tecnica forte e motivata: oggi, ad esempio, l'assenza della previsione di una figura apicale espressamente dedicata rappresenta un forte limite allo sviluppo dei percorsi associativi che evidentemente richiedono, soprattutto nella fase iniziale, grande capacità di mediazione, di governo tecnico e di ricomposizione di realtà amministrative molto diverse tra loro. Allo stesso modo, il legislatore dovrebbe preoccuparsi di definire un assetto ordinamentale stabile, volto a garantire massima robustezza e stabilità nel tempo del vertice politico.

La stabilità e la chiarezza di regole operative rappresentano un elemento essenziale, soprattutto in ordine alla gestione del personale, proprio perché i processi sono fatti di persone e da persone. Si pensi ad esempio al tema della cessione degli spazi assunzionali da parte dei Comuni alle Unioni, oggetto di svariate pronunce della Corte dei conti, e a tutto il complicato sistema di regole che governa la gestione personale delle Unioni di Comuni. Ancora una volta, è del tutto paradossale il fatto che il legislatore ha sempre dimostrato di preferire le Unioni, quale assetto stabile della gestione associata delle funzioni fondamentali da parte dei piccoli Comuni, ma, di fatto, non le ha messe nelle condizioni di svilupparsi in modo ordinato, attraverso una decisa semplificazione dell'insieme delle regole ordinamentali, in considerazione della complessità intrinseca dei processi associativi.

Occorre infine una politica di incentivi forte e mirata, tale da accompagnare progressivamente le singole realtà verso percorsi virtuosi, *in primis* attraverso un adeguamento consistente del Fondo nazionale per le Unioni di Comuni, rendendolo adeguato e funzionale ad una vera politica incentivante: una politica incentivante che renda effettivamente "conveniente" ed appetibile lo sforzo associativo nel lungo periodo (e di converso renda assolutamente poco "conveniente" la gestione in forma autonoma), con criteri di ripartizione equi, in un'ottica di premialità legata anche al tipo di funzione/servizio associato e al bacino dimensionale raggiunto.

A voler concludere, il legislatore dovrebbe avere come obiettivo prioritario mettere tutti i Comuni nelle condizioni di poter gestire effettivamente al meglio le funzioni cui sono chiamati, cambiando radicalmente prospettiva: occorre fare un salto di qualità, investendo seriamente nei processi associativi, con regole certe, stabili e rispettose dell'autonomia comunale.



POTESTÀ STATUTARIA

# Modelli organizzativi possibili e spazi della potestà statutaria e dell'autonomia regolamentare\*

DI STEFANIA DOTA

**ABSTRACT:** L'applicazione degli articoli 50 e 107, comma 6, del TUEL ha creato una specie di "corto circuito interno", con una sorta di "dominio della politica sull'amministrazione", per cui paradossalmente il dirigente, oggi, potrebbe non rispondere più di mancata adozione di un atto gestionale, ma, al suo posto, ne risponderebbe il Sindaco, che sarebbe collocato in questa posizione di "garanzia" dal primo comma dell'articolo 50 TUEL, dovendo sovrintendere alla funzione di amministrazione generale dell'ente.

**ABSTRACT:** *It has created a kind of "internal short circuit" between the application of the article 50 and the power of ordinance of the Mayors and article 107, paragraph 6, of the current Tuel, with a kind of "domination of politics on administration"; so paradoxically, today the manager may no longer be liable for failure to adopt a management act but the Mayor would be liable in his place, which would be in this position of "guarantee" according to article 50, paragraph 1, of the current Tuel, having to supervise the function of the general administration of the institution.*

Il tema del mio intervento doveva essere esclusivamente quello della separazione tra funzione di indirizzo politico amministrativo e gestione, nell'ambito, appunto, di modelli organizzativi in grado di riempire di contenuti tale principio e arginare il pericolo di una responsabilità oggettiva dei Sindaci che la formulazione attuale dell'articolo 107 del TUEL ha creato. Tuttavia, le suggestioni di alcuni argomenti trattati nella sessione precedente ed in particolare sui temi dell'associazionismo, sono talmente forti che voglio spendere una parte del mio breve intervento per alcune precisazioni e integrazioni di quanto è stato detto.

In particolare, sulle Unioni dei Comuni, e sulla necessità, nel nuovo TUEL, di affermare il principio di una loro autonomia organizzativa, sono molto d'accordo con l'intervento del professor Donati e della collega Annalisa D'Amato rispetto al fatto che è ora di superare l'idea che le Unioni dei Comuni siano come i Comuni. Il più volte evocato articolo 32 del TUEL comma 5 va superato. Va superato, aggiungo, anche perché ricordo che, ad oggi, nonostante una parificazione normativa della disciplina in materia di personale, la disciplina delle capacità assunzionali delle Unioni dei comuni però non è quella dei Comuni. La delibera n. 20 del 2018 della Sezione delle Autonomie della Corte dei conti, confermata dalla delibera della stessa sezione delle Autonomie, la n. 5 del 2021, continua ad affermare il principio in base al quale la nuova disciplina per le assunzioni di personale a tempo indeterminato per i Comuni (articolo 33 comma 2 del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34, e il decreto interministeriale

\* Il saggio rielabora l'intervento al convegno, promosso dalla Rivista, "Il TUEL che vorremmo: appunti per una riforma". Roma, 26 febbraio 2024.

riale del 17 marzo 2020), non si applica alle Unioni di Comuni, ovvero non si applica alle Unioni dei Comuni il principio della c.d. “sostenibilità finanziaria” per definire la capacità assunzionale di tutti i Comuni, introdotto nel 2020.

Che cosa accade? Per questa interpretazione, dovuta all'applicazione stringente della norma che noi vogliamo superare anche attraverso la revisione del TUEL, le Unioni dei Comuni non possono assumere autonomamente oggi neanche per svolgere quelle funzioni il cui esercizio in forma associata sarebbe obbligatorio per legge. Le Unioni dei Comuni, dunque, non hanno bisogno solo di incentivi finanziari, ma di una riforma ordinamentale che ne esalti la potestà organizzativa regolamentare che, ricordava prima il professor Mattarella, è garantita dall'articolo 117 comma 6 della Costituzione. Hanno necessità di organizzarsi per l'esercizio associato di quelle funzioni che sono ritenute adeguate e proporzionali rispetto alla dimensione degli enti e rispetto alla morfologia del territorio in cui l'Unione si forma.

Ecco perché il principio di delega contenuto nello schema predisposto dal Ministero dell'interno e condiviso con ANCI, speriamo si traduca in questa visione autonomistica delle Unioni di Comuni che sono e devono essere altro rispetto agli stessi Comuni.

E vengo al tema della separazione tra indirizzo politico amministrativo e gestione che ha toccato anche il Professore Mattarella, soprattutto vorrei soffermarmi su uno dei suoi corollari giuridici e cioè sul tema della c.d. responsabilità “oggettiva” dei Sindaci.

La Corte costituzionale (*ex pluris* sentenza n. 104/2007; sentenza n. 81/ 2013) ha più volte ribadito che la distinzione tra funzioni di indirizzo politico amministrativo e funzione di gestione amministrativa costituisce un principio di carattere generale che trova il suo fondamento nell'articolo 97 della Costituzione.

Il decreto legislativo n. 29/1993 di cui lo scorso anno ricorreva il trentennale e a cui la nostra Rivista ha dedicato un seminario di approfondimento, aveva tradotto in norma il criterio di delega di cui all'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421. Il tutto, poi riunito nel decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e ss.mm.ii. per tutte le pubbliche amministrazioni.

Nel vigente testo unico sull'ordinamento degli enti locali, gli articoli 88, 107 e 109 traducono il principio di separazione tra funzione di indirizzo politico amministrativo e gestione che spetta, in via esclusiva, ai dirigenti.

Poi, come ricordato da Sabino Cassese<sup>(1)</sup>, si è creato una specie di “corto circuito interno” tra applicazione articolo 50 e il potere di ordinanza dei Sindaci e l'articolo 107 comma 6 del TUEL vigente, con una sorta di “dominio della politica sull'amministrazione”, per cui paradossalmente il dirigente - come diceva appunto il consigliere Glinianski - non risponde più oggi ma risponde il Sindaco che sarebbe in questa posizione di “garanzia” in base all'articolo 50 comma 1 attualmente vigente del Testo unico, dovendo sovraintendere alla funzione dell'amministrazione generale dell'ente.

Perché parliamo di un corto circuito interno tra indirizzo politico e gestione? Perché negli anni le disposizioni normative che hanno individuato ulteriori obblighi relativi a controlli e supervisione da parte del Sindaco su atti gestionali sono aumentati in modo esponenziale e di fronte ad eventi lesivi della vita e dell'integrità fisica delle persone, la tradizionale flessibilità delle categorie dogmatiche e, in particolare, del reato omissivo improprio, si è manifestato con tutta la sua evidenza.

La necessità di ricercare, infatti, il dato normativo alla stregua del quale valutare la “giuridicità” dell'obbligo di impedimento dell'evento, ha finito molto spesso con

1 SABINO CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 1341.

l'imporre all'interprete un modello di responsabilità (quella per omesso impedimento dell'evento) che finisce con il cristallizzarsi sulla "funzione" svolta dal Sindaco piuttosto che sul fatto in concreto verificatosi.

È quanto oggi accade con riferimento specifico alla posizione di garanzia ricostruita a carico del Sindaco dove è dato registrare una casistica giurisprudenziale particolarmente ampia.

Dal settore degli appalti pubblici, dove viene riconosciuta una posizione di garanzia sull'operato dell'appaltatore (Cfr., Cass., Sez. IV pen., 29 novembre 2005, n. 14180) secondo cui: «*L'affidamento in appalto dell'esecuzione di opere pubbliche comunali implica che il sindaco assume la veste di committente, che non esclude in capo allo stesso il mantenimento della posizione di garanzia in riguardo alle situazioni di pericolo, da lui conosciute esistenti nell'area interessata dai lavori dati in appalto e temporaneamente sospesi dall'impresa appaltatrice, perché il Sindaco è titolare di poteri autoritativi che gli consentono di supplire all'eventuale inerzia o all'impossibilità concreta di agire sollecitamente da parte dell'appaltatore*», alle problematiche ambientali connesse alla gestione dei rifiuti e degli impianti di depurazione, la responsabilità commissiva mediante omissione del Sindaco è stata riconosciuta anche in caso di eventi pregiudizievoli nei confronti della vita e dell'incolumità dei consociati. Ed è certamente quest'ultimo l'ambito interpretativo maggiormente problematico. Ciò non solo per la delicatezza degli interessi che vengono in gioco, ma anche (e soprattutto) perché si tratta di stabilire se il mancato esercizio di poteri impeditivi (tuttavia andrebbe dimostrato che siano tali oggettivamente) esistenti in capo al Sindaco, sia perciò solo in grado di giustificare un ampio e quanto mai evanescente dovere di protezione nei confronti dei consociati rispetto a situazioni di pericolo che potrebbero cagionare loro un danno.

Al quesito, la giurisprudenza penale ha ritenuto di dover fornire una risposta positiva.

Dietro la "rassicurante" affermazione secondo cui non sia rinvenibile nell'odierno assetto normativo un obbligo di protezione in capo al Sindaco che sia tale da renderlo garante di ciascuno dei beni giuridici primari di ogni singolo cittadino, non sono mancate cioè pronunce che hanno viceversa riconosciuto una posizione di controllo in capo all'organo di governo in considerazione dei suoi poteri organizzativi, politici ed amministrativi.

Con la conseguenza che il Sindaco dovrebbe avere oggi proprietà taumaturgiche, dovrebbe tutelare tutti i beni giuridici di qualunque consociato e cittadino residente sul territorio.

Ed è qui che tutto entra in quel corto circuito con il principio di separazione delle funzioni di indirizzo politico amministrativo con la gestione di cui dicevo prima ed evocato dalla stragrande maggioranza della dottrina e che è alla base della richiesta di ANCI di risolvere la problematica con la riforma del TUEL.

L'orientamento che tende a costruire una posizione di garanzia in capo al Sindaco anche per gli eventi lesivi della vita e dell'incolumità individuale dei consociati, finirebbe per conferire proprio al Sindaco compiti e incarichi che, ad una più attenta analisi, non sembrerebbero essere di sua competenza in forza di quel surrichiamato principio di separazione tra politica e amministrazione precedentemente richiamato.

Né la validità operativa di tale principio – a nostro avviso – può essere "intaccata" dalla presenza di disposizioni che, come, ad esempio, proprio quella di cui all'art. 50 TUEL, attribuiscono all'organo di governo un obbligo di controllo suscettibile, *prima facie*, di ingenerare una responsabilità omissiva in caso di sua mancata attuazione.

Tale disposizione, infatti, nell'affermare, che «il sindaco e il presidente della provincia sono gli organi responsabili dell'amministrazione del comune e della provincia», sembrerebbe introdurre un dovere di controllo in capo all'organo di governo ma in

una visione sintetica e non atomistica, ossia non certo sui singoli atti adottati per cui vi è la responsabilità esclusiva dei dirigenti in base all'articolo 107 del Tuel stesso.

Per uscire da tale corto circuito, riteniamo positivo l'articolo 7 comma 1 lettera a) dello schema di legge delega che prevede, su richiesta dell'ANCI il seguente principio appunto di delega: "individuazione dei principi generali ai quali gli statuti e i regolamenti devono attenersi nel delineare la struttura organizzativa dell'ente per assicurarne la separazione rispetto alle funzioni di indirizzo e controllo politico amministrativo riservate agli organi di governo".

A nostro avviso, andrebbe inoltre compiuta una ricognizione di quale sia il bene giuridico da tutelare collegato alla posizione di garanzia del Sindaco. Faccio un'ipotesi: si potrebbe trovare una soluzione attraverso un confronto con quanto avviene oggi in merito alle responsabilità oggettiva in materia di impresa? È solo un'ipotesi di lavoro su cui ragionare per evitare che di un evento lesivo anche dell'incolumità pubblica a volte, risponda il Sindaco che non ha emanato un'ordinanza impeditiva su cui non aveva nessuna competenza tecnica a redigerla e quindi risponda per aver mal controllato, mal supervisionato un'attività gestionale.

AMBIENTE E GOVERNO DEL TERRITORIO

# Nozione ed individuazione dei beni paesaggistici e relativi vincoli.

## La pianificazione paesaggistica

**SOMMARIO:** 1. Premessa 2. I beni paesaggistici e il paesaggio 3. I beni paesaggistici in generale 4. I beni paesaggistici di natura “provvedimentale” 5. Aree tutelate per legge 6. I beni paesaggistici “residuali” 7. La pianificazione paesaggistica 8. Conclusioni.

DI ANTONELLA MANZIONE

**ABSTRACT:** Il saggio si concentra sulla nozione di “paesaggio”, che ha subito nel tempo un’evoluzione che ha portato a superare una visione meramente statica ed estetica, a vantaggio di un’accezione “culturale” e dinamica, ancorata al territorio e ai valori identitari che lo connotano. Essa non va confusa con quella di “beni paesaggistici”, che ne costituiscono una species, e unitamente a quelli culturali formano il “patrimonio culturale” del Paese.

**ABSTRACT:** *The essay focuses on the notion of ‘landscape’, which over time has undergone an evolution that has led to overcoming a merely static and aesthetic vision, in favour of a ‘cultural’ and dynamic meaning, anchored to the territory and the identity values that characterise it. It should not be confused with ‘landscape heritage’, which is a species of it, and together with cultural heritage forms the country’s ‘cultural heritage’.*

### 1. Premessa.

Il contributo intende approfondire le plurime sfaccettature della materia “paesaggio” e della sua connotazione specifica “beni paesaggistici”. Ad essa, cioè, ci si può approcciare da un’angolazione meramente concettuale-definitoria, e per questo anche idealistico-culturale, nonché politica, nell’accezione etimologica del termine, in ragione del suo innesto contenutistico negli strumenti di governo del territorio; ovvero comparatistica, giusta l’evidente portata limitativa dello *ius aedificandi* e dunque l’inevitabile intersecarsi con esigenze di produttività, anche in ragione dello sviluppo della ricerca di fonti di energie alternative. Il paesaggio, cioè, annoda inevitabilmente in un inestricabile intreccio questioni capaci di infervorare i dibattiti, non solo dottrinari, in considerazione dei potenziali conflitti fra interessi pubblici che sottende e della mutevolezza – ma non troppo, come vedremo – delle loro gerarchie di valore, della contiguità funzionale con altre nozioni (paesaggio e ambiente, ovvero paesaggio e governo del territorio) e dell’impatto sui principi che accompagnano la ripartizione delle competenze (stato, regioni, province e città metropolitane, comuni), quali la leale collaborazione, la cogestione e la sussidiarietà.

Per quanto, infatti, la parola “vincolo” abbia finito per scomparire progressivamente dalla legislazione sulla tutela paesaggistica, per lasciare il posto ad una assai più aulica nozione di “dichiarazione di notevole interesse generale”, non è casuale che la relativa qualificazione, pure se riveniente o comunque replicata nello specifico strumento pianificatorio, ne individua la declinazione limitativa in termini di concreta capacità di incidenza. Non è casuale, dunque, che proprio la regolamentazione del-



le bellezze naturali rappresenti da sempre uno dei punti di maggiore interesse per la elaborazione delle tesi ricostruttive basate sulla potestà conformativa della proprietà privata<sup>1</sup>). Essa infatti è caratterizzata, nel suo nucleo essenziale, dalla peculiare destinazione autoritativamente impressa dall'amministrazione competente, sulla base della previsione legislativa che riconosce ai beni, appunto, valenza ambientale-paesaggistica (binomio definitorio sostanzialmente inscindibile, pur con le precisazioni di cui più avanti nel testo). L'atto che dichiara di interesse paesaggistico l'immobile, dunque, prima e a monte del provvedimento autorizzatorio negativo o prescrittivo e al pari dello strumento di pianificazione che lo recepisce, determina inevitabilmente un limite alla facoltà domenicale, che per quanto esteso e profondo resta qualificato come semplice conformazione del contenuto del diritto, non avente connotazione espropriativa e come tale non soggetto ad alcuna forma di indennizzo.

Chi scrive ritiene che la chiave di volta per percepire la forza di tale ricostruzione, immutata nel tempo stante la ribadita priorità dell'interesse pubblico paesaggistico da parte dei giudici della Consulta, stia proprio nella sostanziale sostituzione della parola "vincolo" nella legislazione di settore. La locuzione, come noto, era invece utilizzata senza ulteriori cenni alla connotazione sostanzialmente espropriativa o meramente conformativa negli articoli 9, 16 e 17 nella legge 29 giugno 1939, n. 1497 e negli articoli 11, 14, 20, 25 e 26 del relativo regolamento di esecuzione. Per contro, nonostante ne resti comune l'uso in dottrina, in giurisprudenza, essa comincia a scomparire sin dalla c.d. legge Galasso (legge 8 agosto 1985, n. 431).

Nel Codice dei beni culturali, decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, di cui si "celebra" il ventennale, manca una puntuale definizione dell'espressione "vincolo" e si evita accuratamente di fare riferimento a una funzione di imposizione dello stesso e ad una sistematica considerazione dell'attività di gestione dello stesso. A ben guardare, infatti, la relativa dizione è rimasta nell'articolo 181, comma 1-*quater*, nell'ambito della disciplina del regime sanzionatorio e, in maggior dettaglio, della cosiddetta "sanatoria paesaggistica", ove si individua il soggetto destinatario della richiesta di sanatoria nell'«*autorità preposta alla gestione del vincolo*». Espressione che pare piuttosto frutto di un difetto di coordinamento conseguito all'introduzione della norma da parte della legge 14 dicembre 2005, n. 308, di valenza evidentemente generale e presumibilmente atecnica. Le limitazioni (*id est*, gli effetti del "vincolo") conseguono alla caratterizzazione del bene, e sono strumentalmente volte alla conservazione del suo valore, oggi di natura più latamente estetico-culturale. Il riferimento al rispetto dei vincoli non figura più neppure nel corpo dell'art. 146, relativo al rilascio dello specifico titolo autorizzatorio, essendo stato eliminato con le successive novelle. L'effetto valutativo prevalente che tipicamente connota il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, diversificandolo inevitabilmente dal regime dello stesso avuto riguardo al mero titolo edilizio, si colloca ancor più e prima, nella fase di imposizione del vincolo -*recte*, della qualificazione del bene. Ciò spiega perché si sia cercato di ravvisare nel Codice dei beni culturali e del paesaggio una tendenza ad avvicinare l'autorizzazione paesaggistica al permesso di costruire, riportando l'ambito delle valutazioni riservate all'amministrazione nell'alveo del giudizio di compatibilità con le prescrizioni imposte dal piano e dunque alla fase di redazione dello stesso e di qualifica del bene quale vera perimetrazione dei presupposti e dell'ampiezza della valutazione successiva. D'altro canto, come meglio chiarito nel prosieguo, il «*patrimonio culturale*» del Paese consta anche dei suoi beni paesaggistici ed ha un'intrinseca destinazione alla fruizione collettiva che ne esplicita sul piano

1 Cfr. in proposito M. LIPARI, *Il nuovo regime dei vincoli nella legislazione sul paesaggio*, Testo della relazione al Convegno di studi «*I vincoli di inedificabilità tra regime dei beni, urbanistica ed espropriazione*», organizzato dalla SAL - Scuola delle autonomie locali, Firenze, 24 febbraio 2006.

funzionale la natura “di interesse generale” (art. 2, comma 3, del Codice). Nella stessa logica, la valorizzazione del paesaggio concorre dichiaratamente «[...] a promuovere lo sviluppo della cultura» (art. 131, comma 5, che non a caso impone anche alle amministrazioni pubbliche di promuovere e sostenere «*appropriate attività di conoscenza, informazione e formazione*», prima e oltre che di «*riqualificazione e fruizione del paesaggio*» nonché di realizzazione di nuovi valori paesaggistici coerenti ed integrati. Di fatto, cioè, il legislatore ha inteso veicolare, attraverso una serie di richiami e aggettivazioni, in apparenza enfatiche e prive di portata precettiva, una visione del “paesaggio” quale bene comune, verso il quale orientare la sensibilità della collettività affinché ne difenda l’identità che lo connota, oggettivamente e per la relazione con la stessa. Il sostrato filosofico sotteso all’evoluzione del concetto di “paesaggio” quale “appartenenza dello stesso” si radica nel più antico pensiero dell’umanità. La valorizzazione della tutela diviene dunque realtà etico-culturale, riflesso, cioè, delle culture del luogo, cui «*si connettono altri beni culturali, anche immateriali, come i fenomeni etnografici, la memoria orale, il patrimonio linguistico dialettale, proponendosi in tal guisa «come realtà etica, secondo il significato originario di ethos, appunto, luogo, dimora e perciò, anche, espressione del genius loci (...)*»<sup>(2)</sup>.

## 2. I beni paesaggistici e il paesaggio.

Si tratta ora di comprendere cosa si intenda esattamente per “bene paesaggistico” e in che rapporto esso si ponga con la nozione più generale di “paesaggio”. Da un punto di vista terminologico e formale, infatti, i due termini vengono tenuti ben distinti dal legislatore del 2004, che affida al comma 1 dell’art. 131 la definizione di quest’ultimo, laddove per i primi occorre avere riguardo ad una pluralità di disposizioni. Risulta dunque pienamente delimitato il solo perimetro tipologico dei beni paesaggistici, ivi altresì esplicitandone il portato ontologico e finalistico, mentre del paesaggio è offerta una nozione più generale, ancorché, come unanimemente affermato in dottrina, non più condizionata, come in passato, dal solo valore estetico – quindi, dalla sola idea astratta di “bellezza”, che portava a rinvenire la ragione di tutela solo in quelle realtà che recavano un precipuo rilievo da tale punto di vista<sup>(3)</sup>.

Si dice anche che la nozione di “paesaggio” del Codice del 2004 recepisca pedissequamente la visione, più tipicamente culturale, appunto, ovvero come fattore morfologico identitario, e ancor più, identitario a livello nazionale, riveniente dai principi della Convenzione europea del paesaggio, firmata a Firenze il 20 ottobre 2000, nel meraviglioso scenario del salone dei Cinquecento di palazzo Vecchio dagli allora 19 Stati membri e ratificata in Italia con legge n. 14 del 9 gennaio 2006. In verità,

2 C. BARBATI, *Il paesaggio come realtà etico-culturale*, in Aedon, 2008, 2. Secondo l’Autrice – e compianta amica e collega – al riguardo, è dato «*andare molto indietro nel tempo, sino alle origini del sapere occidentale, ricordando la cultura greca classica, per la quale, come testimonia Senofonte nell’Economico, il gentiluomo di campagna, colui che si dedicava all’agricoltura era, anche per Socrate, il καλός αἰσθητός, ossia l’uomo bello e buono, in quanto agiva sullo spazio in cui sviluppa la vita umana, uno spazio che è totalità etica ed estetica; Cicerone che, nel De natura deorum, ricorda tra le arti necessarie quelle che vedono l’uomo creare nella natura quasi un’altra natura; Ovidio, per il quale, nelle Metamorfosi, la trasformazione del caos in cosmo si deve all’intervento delle Muse che conducono l’uomo a porre ordine nella natura*». L’Autrice rimarca infine che «*la ragione che ha spinto la filosofia moderna a riconoscere nel paesaggio una “realtà etica”, nel senso appunto kantiano, in quanto opera dell’uomo sulla natura, dunque espressione dell’azione libera dell’uomo che, come tale, ne richiama la responsabilità, la scelta, appunto l’etica. Premessa di quello che sarebbe, poi, diventato l’esito cui è giunta la filosofia contemporanea, secondo la quale il paesaggio è una realtà non solo estetica, ma anche etica, perché risultante dell’incontro fra uomo e natura. Di più, in quanto frutto della creazione non di un solo uomo, ma di un intero popolo, il quale crea il proprio paesaggio, incidendovi l’impronta di sé, è anche realtà etico-culturale. Tesi che trovano evidenti corrispondenze anche in quelle letture, proprie dell’analisi giuridica, volte ad individuare nel paesaggio la “forma del paese” oppure, ed anche, la “proiezione culturale del territorio”, espressione della sua identità ambientale*».

3 V. al riguardo E. GIARDINO, *La tutela dei beni paesaggistici nel processo di semplificazione amministrativa: dalla differenziazione all’omologazione del regime giuridico*, Paper in relazione al Panel “Domanda culturale, semplificazione e partecipazione”, Atti del Convegno annuale AIPDA 2018, Reggio Calabria, 4,5 e 6 ottobre 2018.

non sono mancate voci in dottrina volte a sottolineare e in certa misura criticare i punti di dissonanza, avuto riguardo in particolare al superamento, esso pure frutto di novelle rispetto alla stesura originaria delle norme, l' "aggancio", ben saldo nel testo della Convenzione, alla "percepiibilità" del valore identitario da parte della collettività di riferimento, che recupera sul piano del legame con la tipicità del singolo contesto territoriale il coinvolgimento dello stesso nel processo di individuazione delle tutele<sup>(4)</sup>.

Il "paesaggio", dunque, è determinato per effetto della combinazione degli elementi definitivi posti nell'art. 131, comma 1, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, che indica l'entità da considerare, ovvero tutto il territorio purché «*espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni*». Il successivo comma 2 individua l'oggetto di tutela nella «*rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali*». Può dunque dirsi che il paesaggio è il complesso territoriale individuabile in base alla presenza di "valori" consistenti in "manifestazioni identitarie". Si è ben lontani, come si vede, dal precedente sistema legislativo che individuava i beni e ne assicurava la tutela solo a condizione che si potessero identificare come "bellezze", dotate cioè di qualità estetiche tali da giustificare un interesse pubblico alla loro conservazione. Non a caso, si è anche parlato dell'avvenuto superamento del c.d. criterio della pietrificazione, che permetteva di cogliere il valore paesistico solo in quei beni che rappresentavano, appunto, "quadri naturali".

La discussione sulla nozione di "paesaggio", in quanto necessariamente polisemica<sup>(5)</sup>, per quanto appassionante ed elevata, finirebbe per portarci tuttavia ben al di fuori dello specifico *thema tractandum*. Essa, infatti, interseca da sempre anche quella di ambiente, cui spesso viene associata in ambito definitorio, anteponendo l'uno termine all'altro semplicemente a dare rilievo al contesto globalmente inteso nel quale si vive, composto da fattori identitari, certi, e interseca altresì quella di ambiente. Anzi, è proprio partendo da quest'ultima che M.S. Giannini formulava la triplice ed ancora attuale elencazione nella definizione di "ambiente" quale categoria cui fanno riferimento la normativa e il movimento di idee relative, rispettivamente e distintamente, al paesaggio, alla difesa del suolo, dell'aria e dell'acqua, e infine all'urbanistica<sup>(6)</sup>.

La materia si è arricchita di ulteriori spunti di riflessione dopo la novella costituzionale di cui alla legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, che, come noto, ha ricondotto l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche a tutela delle future generazioni (art. 9, comma 3) nell'alveo dei principi fondamentali, al pari del paesaggio, appunto, e del patrimonio storico e artistico, oggetto dell'originaria previsione del costituente. È chiara la portata innovativa e moderna della previsione, in linea, del resto, con la conclamata attenzione a tematiche quali il riscaldamento globale e il mutamento cli-

4 Sulle differenze tra dizioni contenute nella Convenzione e versione attuale dell'art. 131 del Codice, v. G.F. CARTEI, Codice dei beni culturali e del paesaggio e Convenzione europea: un raffronto, in Rivistaweb, Il Mulino, Fascicolo 3, dicembre 2008. In tale scritto l'autore evidenzia come la disposizione di cui all'art. 2 della Convenzione rivolge il proprio campo di applicazione, "a tutto il territorio delle Parti e riguarda gli spazi naturali, rurali, urbani e periurbani. Essa comprende i paesaggi terrestri, le acque interne e marine. Concerne sia i paesaggi che possono essere considerati eccezionali, sia i paesaggi della vita quotidiana sia i paesaggi degradati". Il paesaggio della Convenzione, dunque, non appare riconducibile unicamente a quello ascrivibile ad una dimensione differenziata di eccellenza, ma si declina secondo una pluralità di accezioni, estranee alla nozione di patrimonio culturale del Codice, perché comprendono anche realtà prive di pregio o interessate da processi di degrado o di abbandono. Perderebbe così significato la distinzione operata dal Codice tra paesaggio e beni paesaggistici; del pari, contrasterebbe con la Convenzione la previsione contenuta nell'art. 142, secondo comma, lett. a), del Codice che sottrae alla disciplina le aree classificate dagli strumenti urbanistici come zone destinate a politiche di completamento edilizio.

5 In tal senso cfr. S. SETTIS, *Il paesaggio come bene comune*, Napoli, 2013, 18; P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, in Riv. Trim. dir. Pubbl., n. 2/2004, 407.

6 M.S. GIANNINI, "Ambiente": saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 1973, 23.

matico<sup>(7)</sup> che impongono una doverosa riflessione sull'attenzione da dare, ad esempio, alla continua ricerca di fonti di energia alternativa a salvaguardia dell'ambiente. La riforma ha visto levarsi anche autorevoli voci di dissenso, preoccupate che l'avvenuta esplicitazione aggiuntiva della tutela da parte della Repubblica, rispetto alla già presente competenza legislativa statale (art. 117, comma 1, lett. s), finisca per incidere negativamente sull'ontologico primariato del bene paesaggio rispetto ad altri valori riconducibili all'ambiente *stricto sensu* intesi, equiordinandoli astrattamente al più «*ingannevole greenwashing industriale, solo che si vesta appunto di quel comodo e generoso abito* (della tutela dell'ambiente, appunto, n.d.r.)»<sup>(8)</sup>.

Talvolta, al contrario, la separazione dell'ambiente dal paesaggio è stata invocata in giurisprudenza per evitare di ricondurre al secondo una tutela inesistente con riferimento al primo, accedendo a quella che è stata definita un'impropria e "olistica" concezione del paesaggio stesso. Si è così potuto escludere che in assenza di uno specifico "vincolo", esigenze riconducibili all'ambiente, si ripercuotano sulla possibilità di condizionare lo *ius aedificandi*. Si è così affermato che l'arricchimento in senso contentutistico voluto dalla Convenzione europea del paesaggio, che migra in quella nazionale, pur con le segnalate divergenze, «*non può intaccare il nucleo essenziale di carattere estetico, in senso gnoseologico, del "paesaggio", al quale è inevitabilmente attribuibile un carattere soggettivo (e non oggettivo), dal quale discende l'importanza da attribuire alla fruibilità da parte della popolazione*» (Consiglio di Stato, sezione IV, 28 gennaio 2022, n. 624).

Pertanto, come affermato da parte della dottrina, resterebbe netta la distinzione tra paesaggio e ambiente, implicando - il primo - la percezione (per lo più qualitativa) e l'interpretazione da un punto di vista soggettivo e - il secondo - prevalentemente l'apprezzamento delle quantità fisico-chimiche e dei loro effetti biologici sull'ecosistema da un punto di vista oggettivo (approccio, quest'ultimo, implicito nella nozione - centrale nella legislazione ambientale - di inquinamento, *cf.* art. 5, lett. *i-ter*) decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

La lunga dissertazione effettuata, che pare travalicare il confine della tematica assegnatami (i beni paesaggistici, non il paesaggio, a stretto rigore) serve ad evidenziare come il mutamento dell'approccio al primo non possa non innestarsi nelle valutazioni sottese alla declinazione dei secondi. Ogni qual volta, cioè, la qualificazione del bene consegua ad un processo valutativo (ovvero nella maggior parte dei casi, salvo specifiche ipotesi di individuazione *ope legis* non necessitante di precisazioni aggiuntive) è evidente che la nuova visione del paesaggio e il tipo di valori sottesi alla stessa devono necessariamente assumere rilievo. Si imporrà, cioè, un giudizio non solo estetico, come pure la giurisprudenza continua ad affermare, ma quanto meno estetico in senso ampio, sicché pure ciò che non appare come un "quadro" apprezzabile nella sua pietrificazione potrà essere oggetto di tutela in quanto "caratteristico", "tipico", *id est* "identitario", nell'accezione giuridica sopra chiarita.

### 3. I beni paesaggistici in generale.

I beni paesaggistici, insieme con i beni culturali, costituiscono il patrimonio culturale della nazione e, qualora di proprietà pubblica, hanno una destinazione alla fruizione della collettività, «*compatibilmente con le esigenze di uso istituzionale e sempre che non vi ostino ragioni di tutela*» (art. 2 del d.lgs. n. 42 del 2004). A livello comuni-

7 Si veda al riguardo il Regolamento UE 2021/1119 del 30 giugno 2021 sulla c.d. "neutralità climatica" nonché il pacchetto *Fit for 55* del 14 luglio 2021, finalizzato a ridurre entro il 2030 le emissioni di gas serra del 55 % rispetto al 1990, in vista della *carbon neutrality*, da raggiungere entro il 2020.

8 Così testualmente G. SEVERINI-P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in Giustiziainsieme.it, 22 settembre 2021.

tario, al “patrimonio culturale” fa riferimento la Convenzione quadro del Consiglio d’Europa (Convenzione di Faro, dalla città portoghese dove è stata stipulata il 27 ottobre del 2005, sottoscritta dall’Italia nel 2013 e finalmente ratificata con la legge 1° ottobre 2020, n. 133). In forza di essa si riconosce che «*il diritto al patrimonio culturale è inerente al diritto a partecipare alla vita culturale, così come definito nella Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo*» affermando altresì «*una responsabilità individuale e collettiva nei confronti del patrimonio culturale*». Si stabilisce inoltre che «*la conservazione del patrimonio culturale, ed il suo uso sostenibile, hanno come obiettivo lo sviluppo umano e la qualità della vita*» e che «*il patrimonio culturale è un insieme di risorse ereditate dal passato che le popolazioni identificano, indipendentemente da chi ne detenga la proprietà, come riflesso ed espressione dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni, in continua evoluzione*». Infine «*l’esercizio del diritto al patrimonio culturale può essere soggetto soltanto a quelle limitazioni che sono necessarie in una società democratica, per la protezione dell’interesse pubblico e degli altri diritti e libertà*». È evidente che trattasi di concetti per così dire sopravvenuti, ma lo è egualmente che l’utilizzo della relativa terminologia finisce per arricchirla di ulteriori connotati di modernità.

Il Codice afferma di declinare i principi e la disciplina dei “beni paesaggistici” (art. 131, comma 3), mentre con riferimento al “paesaggio” parla più genericamente di “tutela”. La già chiarita compenetrazione tra i due concetti implica necessariamente che l’una comprenda gli altri, nel senso che attraverso la declinazione del regime giuridico dei “beni paesaggistici” si addivene alla salvaguardia dell’intero paesaggio di cui fanno parte e sono espressione.

Alcune sentenze, attraverso la tecnica del *remand*, finiscono per riproporre una categorizzazione interna all’art. 134, che si riferirebbe ai beni culturali “in senso stretto” (alla lettera a), e ai beni paesaggistici, ovvero solo quelli inclusi nei relativi piani, alla lettera c)<sup>9</sup>. La distinzione così posta non può essere condivisa, pur essendo veritiere le considerazioni che se ne traggono, ovvero la riconducibilità delle due categorie a «*strumentazioni tra loro parallele e differenziate*». Vero è altresì che «*la tutela dei beni paesaggistici riguarda o il risultato storico dell’interazione tra intervento umano e dato di natura, o lo stretto dato di natura*», mentre quella dei beni culturali immobili riguarda «*non visuali ma cose, in genere manufatti*». Possono dunque essere oggetto di tutela in entrambe le accezioni le realizzazioni dell’uomo, completamente artificiali, come nel caso degli edifici, ovvero costituite «*da dati di natura oggetto di cure e adattamenti umani*», come «*caratterizzazioni particolari dello spirito e dell’ingegno*», rappresentate ad esempio da parchi e giardini. In tali ultime ipotesi, ad esempio, la componente naturalistica rimane quantitativamente dominante, ma ciò non esclude la possibilità di apporre il vincolo perché si tratta pur sempre di tutelare «*l’intervento creativo umano che li origina, li modella, li condiziona e li guida*» (Consiglio di Stato, sezione VI, 3 luglio 2012, n.3893). In particolare, con riferimento al caso in cui si intenda vincolare una porzione di territorio particolarmente estesa, il tipo di vincolo da imporre non è necessitato a priori, ma dipende dalle finalità che in concreto si vogliono perseguire: quando, come avviene più di frequente, si intenda conservare la visuale, si imporrà la tutela dei beni paesaggistici; si potrà invece legittimamente imporre la tutela propria del bene culturale quando si intenda conservare non la visuale, ma la consistenza materiale dell’area, che rappresenti un’eredità storica.

La definizione dei “beni paesaggistici”, dunque, si trae dal combinato disposto

<sup>9</sup> Consiglio di Stato, sezione VI, 23 luglio 2020, n. 4708; id., 6 novembre 2019, n. 7570 e 11 novembre 2019, n. 7715. In tutte si legge testualmente: «La giurisprudenza ha chiarito che i beni di cui all’art. 134 comma 1 lettera a), ovvero i beni culturali propriamente detti, e quelli di cui all’art. 134 comma 1 lettera c), ovvero i beni paesaggistici [...]», così qualificando come “beni culturali” – ad avviso di chi scrive erroneamente- quelli paesaggistici di natura provvedimentoale.

del richiamato art. 134, con gli artt. 136, 142, 143 e 156, che ne individuano le varie possibili tipologie. All'interno di un paesaggio definito con un'ampiezza forse persino eccessiva il "bene paesaggistico" è pertanto quell'immobile, realizzato dall'uomo o preesistente in natura, che è stato qualificato tale in ragione del suo dichiarato notevole interesse pubblico (art. 136), individuato dal legislatore e ricompreso nel piano paesaggistico territoriale (art. 136, comma 1, lett. c) e art. 142, o semplicemente inserito nel piano paesaggistico (art. 143, comma 1, lett. e), ipotesi questa tradizionalmente definita dei c.d. "beni paesaggistici residuali", coincidenti cioè con la forma paesaggistica della restante parte del territorio, seppure considerata e apprezzata pur sempre sotto il profilo identitario, e quindi riconducibile sotto l'egida della nozione di paesaggio di cui si ritiene di avere ampiamente detto.

Ciò fa emergere il *fil rouge* contenutistico del piano paesaggistico, ovvero la ricognizione di tutto ciò ricade nella «*specifica normativa d'uso*» cui il territorio viene assoggettato (art. 135, comma 1), ricomprendendovi, per evidenti ragioni di certezza, sia gli immobili e le aree dichiarati di interesse pubblico ai sensi dell'art. 136 (art. 143, comma 1, lett. b), sia le aree tutelate per legge di cui all'art. 142 (art. 143, comma 1, lett. c), sia gli ulteriori immobili od aree di notevole interesse pubblico «*a termini dell'art. 134, comma 1, lettera c)*» (art. 143, comma 1, lett. d), sia, infine, «*gli eventuali, ulteriori contesti*» da sottoporre a specifiche misure di salvaguardia e di utilizzazione (art. 143, comma 1, lett. e).

#### 4. I beni paesaggistici di natura "provvedimentale".

La prima categoria di beni paesaggistici menzionata dall'art. 134 del d.lgs. n. 42 del 2004 è dunque costituita da quelli qualificati tali in forza di apposita declaratoria di interesse pubblico generale, cui fa riferimento l'art. 136. Vi rientrano quelle che un tempo venivano definite le "bellezze individue" (art. 10 del Regio Decreto n. 1357 del 1940, regolamento attuativo della legge 29 giugno 1939, n. 1947), ora descritte alle lettere a) e b) dell'art. 136 e le c.d. "bellezze d'insieme", di cui alle successive lettere c) e d).

Nel rinviare alla lettura della norma una più puntuale individuazione delle categorie di riferimento, non può farsi a meno di rilevare come, pur nel rimarcato contesto di avvenuto superamento del connotato solo estetico del "paesaggio", il "bene paesaggistico" finisce per essere definito utilizzando ampiamente il riferimento alla "bellezza". La relativa dizione, dunque, che evoca necessariamente un margine di soggettività di giudizio («*la bellezza è negli occhi di chi la guarda*», secondo il noto aforisma di Goethe), compare a più riprese nell'art. 136 del d. lgs. n. 42 del 2004: alla lettera a), riferito a cose immobili che hanno «*cospicui caratteri di bellezza naturale*»; alla lettera b), che valorizza ville, giardini e parchi, non tutelati come beni culturali, che si distinguono per la loro «*non comune bellezza*»; infine alla lettera d), che parla proprio di «*bellezze panoramiche*», come oggetto di tutela (lettera d)<sup>(10)</sup>.

Alcune notazioni vanno poi tratte da un'analisi di maggior dettaglio dell'elencazione fornita. Tra i «*complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale*» (art. 136, lettera c), vengono ricompresi «*i centri ed i nuclei storici*». Il che implica che gli stessi, per essere oggetto di tutela "identitaria" -*id est*, paesaggistica- necessitano della *interpositio* procedimentale costituita dalla declaratoria del loro notevole interesse pubblico. Il c.d. "diritto al borgo", dunque, quale

10 La felice espressione "diritto al borgo" quale rivendicazione del diritto a recuperare stili di vita antichi in particolare nei centri minori, ha parlato magistralmente G. P. CIRILLO, *Il diritto al borgo come una delle declinazioni del diritto alla bellezza e come luogo "dell'altrove"*, in [www.giustizia.amministrativa.it](http://www.giustizia.amministrativa.it), 2023. Il fondamento dello stesso si trae proprio dalla formulazione letterale dell'art. 136, lettera c), oltre che dalla Convenzione di Faro, pure citata nel testo, e diviene sinonimo di una sorta di diritto alla bellezza stessa, quale base di tutela dei beni culturali e del paesaggio, pur assorbito nell'ambiente latamente inteso, ma anche in un'accezione più ampia che travalica entrambi.

peculiare e finanche poetica declinazione del diritto alla bellezza del continuare a vivere in una realtà comunitaria intrisa di stili di vita ormai datati, in tanto è tutelato in quanto si riconosca al contesto *«un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale»*: sia estetico, dunque, che tradizionale, appunto, nel quale, cioè, la percezione di bellezza o gradevolezza o peculiarità deve andari di pari passo con quella di caratteristica vita “vissuta”, condivisione, percezione identitaria, per dirla nell’accezione della Convenzione europea del paesaggio. Esso cioè merita tutela in quanto gli si riconosca la capacità di custodire usanze e stili comportamentali societari che vale la pena di preservare<sup>(11)</sup>.

Il Codice dedica molte norme al procedimento attraverso il quale si avviene alla dichiarazione di notevole interesse pubblico. Il suo avvio è demandato o ad una commissione regionale che ha il compito di formulare la proposta ai sensi e con le modalità stabilite dagli articoli 136 e 138 del Codice dei beni culturali e del paesaggio o direttamente al Ministero, per il tramite del Soprintendente. La Commissione si compone di tre rappresentanti degli uffici regionali, il Soprintendente per i beni archeologici e quello per i beni architettonici e il paesaggio, nonché di quattro esperti. Sulla base dell’esegesi dell’art. 137, comma 2) la Regione non ha alcun obbligo di individuare i membri “esperti” attraverso una vera e propria procedura selettiva, sussistendo, di contro, la necessità che i soggetti abbiano una specifica e consolidata esperienza nel determinato settore e che, *«di norma»* la scelta ricada nell’ambito di terne designate da specifici ed individuati Enti, quali le università aventi sede nella Regione, le fondazioni aventi per statuto finalità di promozione e tutela del patrimonio culturale e le associazioni portatrici di interessi diffusi individuate ai sensi delle vigenti disposizioni di legge in materia di ambiente e danno ambientale (art. 137, comma 2). Pertanto, una nomina illegittima potrebbe sussistere solo ove si scelga in maniera manifestamente irragionevole un candidato carente della esperienza e della professionalità richiesta dalla legge (sul punto, cfr. Consiglio di Stato, sezione VI, 15 settembre 2023, n. 8349, ove si ritiene che la scelta sarebbe egualmente illegittima ove non ricadente sui soggetti indicati nelle terne; circostanza questa che chi scrive ritiene invece di escludere, stante che la legge impone di attingere alle stesse, come detto, *«di norma»*, con ciò consentendo evidentemente di prescindere, seppure in via del tutto eccezionale e ovviamente, dandone adeguata motivazione). Non è stata ritenuta necessaria, dunque, una vera e propria procedura selettiva.

La Commissione si attiva *«su iniziativa dei componenti di parte ministeriale o regionale, ovvero su iniziativa di altri enti territoriali interessati»* proponendo alla Regione l’adozione delle dichiarazioni, dopo aver consultato i comuni interessati ed, eventualmente, ulteriori esperti in materia, previa specifica istruttoria che deve concretizzarsi nell’acquisizione delle necessarie informazioni attraverso le soprintendenze e i competenti uffici regionali e provinciali. Una carenza di istruttoria, dunque, ben potrebbe inficiare gli esiti finali della valutazione. La proposta deve essere formulata con riferimento *«ai valori storici, culturali, naturali, morfologici, estetici espressi dagli aspetti e caratteri peculiari degli immobili o delle aree considerati ed alla loro valenza identitaria in rapporto al territorio in cui ricadono, e contiene proposte per le prescrizioni d’uso intese ad assicurare la conservazione dei valori espressi»*. Trattasi di un’ulteriore declinazione della nozione “polisenso” del valore paesaggistico, che rende il bene di interesse per la collettività nella sua connotazione attuale, come tale immodificabile senza titolo sin dal primo giorno di pubblicazione della proposta all’albo pretorio del Comune

11 Altra tipologia di tutela del “borgo”, infatti, è quella finalizzata al loro recupero e alla loro rivitalizzazione, che ha trovato nella legge 6 ottobre 2017, n. 158 un’importante motore di crescita e ancor più nell’inclusione di specifiche progettualità in ambito PNRR. Sul punto vedi ancora G.P. CIRILLO, op. cit. *supra*, ove si riportano anche dati ISTAT sull’incidenza delle piccole, quanto “belle”, realtà territoriali minori nel tessuto urbanizzato nazionale.

di riferimento (dunque non dalla dichiarazione, che in via del tutto astratta e teorica, potrebbe anche non sopravvenire). Nei fatti, può accadere e sovente accade che la richiesta di attivazione della procedura provenga da associazioni private volte alla tutela del patrimonio paesaggistico, culturale o ambientale, e non dagli enti pubblici territoriali. Nella sentenza da ultimo richiamata si è altresì chiarito che ciò non implica che l'iniziativa sia ascrivibile a tali associazioni, le cui richieste costituiscono l'occasione affinché si intesi la titolarità dell'iniziativa un rappresentante dell'amministrazione statale o regionale, ovvero un ente pubblico. L'avvio del procedimento preliminare, cioè, va individuato nel momento in cui "entrano in gioco" i soggetti appositamente preposti allo scopo, quale che ne sia stata la sollecitazione di eventuali soggetti terzi. L'organo amministrativo può essere sollecitato da un privato ad esercitare il proprio potere officioso, senza che ciò modifichi la natura del procedimento che non diviene, per la mera sollecitazione, ad istanza di parte. La norma infatti comprende quale unico caso di avvio ad istanza di parte il caso in cui l'iniziativa è assunta da un terzo qualificato, ovvero l'ente pubblico territoriale interessato.

I Comuni, ove non intestatari dell'iniziativa, devono soltanto essere «consultati» (art. 138, comma 1): il che implica che non sussiste un obbligo di recepirne le valutazioni, stante che nella sostanza il potere di valutazione è riservato dalla legge alla Commissione regionale.

Quanto alla natura di collegio perfetto o meno della Commissione, la giurisprudenza, richiamando i principi affermati dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>(12)</sup>, ha optato per la soluzione negativa. Mancherebbero, infatti, indicazioni normative indici della natura di Collegio perfetto, non avendo la legge previsto componenti supplementi né tanto meno specifici *quorum* strutturali e funzionali. Vero è che il collegio deve svolgere un giudizio tecnico, in relazione al quale i componenti rappresentano espressione di diverse esperienze – indice esso pure della natura perfetta di un collegio. Ma tali considerazioni non sono state ritenute di per sé idonee a ribaltare la valutazione sulla natura imperfetta del collegio non essendovi differenti interessi da comporre, stante che l'istituto della dichiarazione di notevole interesse pubblico è volto alla tutela e alla conservazione di valori paesaggistici, culturali e, in definitiva, ambientali, per cui i componenti, sia pure provenendo da differenti esperienze professionali, «non sono portatori di interessi in contrasto tra loro, ma perseguono unitariamente la tutela dei descritti interessi pubblici di matrice paesaggistica, culturale ed ambientale» (cfr., ancora, Cons. Stato, n. 8349/2023, cit. *supra*). In assenza della fissazione di specifici *quorum* per il funzionamento dell'organo, trova applicazione la regola ordinaria, secondo cui, da un lato, il collegio è validamente costituito in presenza del 50% più uno dei componenti, dall'altro, le decisioni sono validamente assunte con il voto favorevole del 50% più uno degli aventi diritto al voto che hanno partecipato alla riunione.

Come anticipato sopra, sia il potere di dare avvio al procedimento (art. 138, comma 3) che quello di dichiarare il notevole interesse pubblico del bene (art. 141) è riconosciuto anche all'autorità centrale, ovvero il Ministero. Secondo la giurisprudenza, ridetto potere ministeriale di individuare un bene paesaggistico e di sottoporlo alla relativa tutela ha natura originaria e non si riduce ad un intervento sostitutivo di quel-

12 L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 17 del 2018, ha rammentato che: «la strutturazione di un organo collegiale di natura amministrativa quale collegio perfetto, sebbene integri opzione a più riprese prescelta dal Legislatore, non risponde ad un interesse di carattere assoluto: la giurisprudenza amministrativa è consolidata nello statuire che il collegio perfetto non è un modello indispensabile per gli organi collegiali amministrativi, dovendosi avere riguardo alle peculiarità della relativa disciplina (Consiglio di Stato sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2500, Consiglio di Stato sez. VI, 6 giugno 2011 n. 3363); anche la giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità civile (cfr. Corte cost. 12 marzo 1998 n. 52 Cass. S.U. 24 agosto 1999, n.603; Cass. S.U. 5 febbraio 1999, n.39, Cass., Sez. lav., n. 8245 del 26 aprile 2016) non hanno mai ritenuto necessario, a fini di rispetto dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che organi con attribuzioni amministrative fossero collegi perfetti».



lo regionale. Esso è da ritenere nella cornice della tutela paesaggistica perfettamente compatibile con la Costituzione, e non lesivo delle autonomie locali, dato che, per costante giurisprudenza della Corte, la tutela del paesaggio e dell'ambiente deve essere unitaria e omogenea su tutto il territorio nazionale (*ex multis*, Corte costituzionale, 20 luglio 2016, n. 189 e 30 dicembre 1987, n. 641). Dalla qualificazione di tale potere come originario, discende poi, sotto il profilo procedurale, che il suo esercizio non viola il dovere di leale collaborazione con le autonomie locali. Va comunque acquisito il parere della Regione interessata, obbligatorio, ma non vincolante, che deve esprimersi motivatamente nel termine perentorio («entro e non oltre») di trenta giorni dalla richiesta, e quanto detto è sufficiente a ritenere rispettata la sfera delle reciproche competenze (sul punto, v. Consiglio di Stato, sezione VI, 6 novembre 2019, n. 7570). Non si ritiene che in tal caso il Ministero pianifichi in sostituzione della Regione, ma che lo stesso si adoperi per proteggere un valore cui la Costituzione assegna rango prevalente: in sintesi l'individuazione dei beni paesaggistici meritevoli di tutela s'impone e prevale sul potere pianificatorio regionale (Consiglio di Stato, sezione VI, 29 gennaio 2013, n. 533). Il risultato ultimo, osserva sempre la giurisprudenza, può in fatto frustrare le aspettative dei privati proprietari, interessati invece ad edificare e a urbanizzare le aree tutelate; ma non sussiste in proposito un affidamento in senso giuridico che sia tutelabile, dato che esso, a tutto voler concedere, riguarderebbe propriamente profili urbanistici, non profili di tutela del patrimonio culturale, che si distinguono dai primi e su di essi prevalgono appunto ai sensi dell'art. 9 della Costituzione.

La dichiarazione di pubblico interesse «*detta la specifica disciplina intesa ad assicurare la conservazione dei valori espressi e caratteri peculiari del territorio considerato*» (art. 140, comma 2). Per tale ragione si dice anche che essa appone un "vincolo vestito", tale cioè da non necessitare di ulteriori indicazioni prescrittive, essendo le stesse già insite nella sua apposizione, appunto.

L'esercizio del potere di vincolo comporta poi, come si è detto, che vengano dettate le specifiche disposizioni di tutela del bene che si impongono sulla pianificazione degli enti locali e costituisce parte integrante del piano paesaggistico, che non può rimuoverla o modificarla. È noto che l'individuazione di un bene paesaggistico, sia in generale sia in particolare, nel caso in cui si tratti, cioè, di delimitare i confini di una zona da sottoporre a vincolo quale bellezza d'insieme, costituisce tipico esercizio di discrezionalità tecnica, sindacabile in sede giurisdizionale di legittimità solo in caso di manifesta illogicità, incongruità, irragionevolezza o arbitrarietà dei risultati o difetto di istruttoria. Non è stata ritenuta sussistente arbitrarietà per il solo fatto che non ogni singolo elemento compreso nell'area considerata presenta i caratteri della bellezza naturale, dato che appunto si tratta di tutelare l'insieme (Consiglio di Stato, sezione VI, 7 marzo 2016, n. 914; *id.*, 14 ottobre 2015, n. 4747, in termini più generali). In tal senso, l'ampia estensione dell'area è comunque irrilevante, perché la tutela dovrà estendersi fin dove del bene culturale o paesaggistico esistano le caratteristiche (in tal senso, Consiglio di Stato, sezione VI, 3 luglio 2012, n. 3893, relativa al vincolo di tutto il complesso dei laghi di Mantova, nonché *id.*, n. 533/2013, cit. *supra*, relativa al vincolo dell'ambito meridionale dell'agro romano compreso tra le vie Laurentina ed Ardeatina, esteso a tutta l'area «*avente le caratteristiche del richiamo identitario*»).

In sintesi, l'individuazione di un bene paesaggistico, sia in generale sia in particolare, nel caso in cui si tratti di delimitare i confini di una zona da sottoporre a vincolo quale bellezza d'insieme, costituisce tipico esercizio di discrezionalità tecnica, sindacabile in sede giurisdizionale di legittimità solo in caso di manifesta illogicità, incongruità, irragionevolezza o arbitrarietà dei risultati; non ricorre poi arbitrarietà per il solo fatto che non ogni singolo elemento compreso nell'area considerata presenta i caratteri della bellezza naturale, dato che appunto si tratta di tutelare l'insieme.

L'espressione che viene tradizionalmente utilizzata a legittimare una valutazione che, se ben esplicitata anche con riferimento all'estensione e supportata da adeguata istruttoria, *in primis* rispettosa delle scansioni imposte dalla legge, è che la stessa deve apparire plausibile, seppure opinabile nel merito<sup>(13)</sup>. Quanto detto deve riguardare sia l'oggetto della dichiarazione, sia la sua concreta estensione (perimetrazione).

Va infine ricordato che non esiste un principio generale di "irrevocabilità" dei vincoli di tutela paesaggistica, riconducibile all'art. 140, comma 2, del Codice dei beni culturali, seppure si tratti di una norma cui si riconosce la caratteristica di grande riforma economico-sociale. Come ha precisato la Corte costituzionale nella sentenza 3 giugno 2022 n. 135, e ribadito nella più recente sentenza 8 giugno 2023, n. 115, un siffatto principio « *non esiste nell'ordinamento, né può essere desunto, come limite alle scelte di dichiarazione ex lege di interesse paesaggistico di determinati beni, dalla disposizione invocata (art. 140, comma 2, cod. beni culturali), la quale, nella logica di un sistema di tutela integrato fra singoli provvedimenti di vincolo e piano paesaggistico, prescrive la necessaria trasfusione nel secondo della disciplina contenuta nei primi* ».

## 5. Aree tutelate per legge.

L'art. 142 qualifica, «comunque», come di interesse paesaggistico le aree già ricondotte alle categorie dei beni paesaggistici di cui al decreto-legge 27 giugno 1985, n. 312, convertito dalla legge 8 agosto 1985, n. 431. Il decreto-legge 27 giugno 1985 n. 312 fu emanato "a salvezza" del decreto ministeriale 21 settembre 1984 annullato dal T.a.r. per il Lazio con sentenza della sez. II del 31 maggio 1985, n. 1548, mantenendone nella sostanza l'impianto. Il decreto, infatti, ad integrazione degli elenchi delle bellezze naturali e d'insieme di cui ai punti 1, 3 e 4 della legge 29 giugno 1939, n. 1497, includeva, sottoponendole al vincolo paesistico ai sensi della stessa legge, vaste aree del territorio nazionale individuate per tipi generali. Le aree in precedenza indicate furono dunque conservate con talune puntualizzazioni, riferite ad esempio alla introdotta diversificazione del vincolo per la parte eccedente l'altezza delle montagne a seconda che si tratti di catena alpina (sopra i m. 1600) o appenninica (sopra i m. 1200) e alla disciplina dei boschi e foreste, che ricevevano una più compiuta declinazione come «*territori coperti da foreste e da boschi, ancorché percorsi o danneggiati dal fuoco, e quelli sottoposti a vincolo di rimboschimento*».

È con riferimento alle categorizzazioni contenute nella legge Galasso, non a caso coeva della prima normativa sul condono (legge 28 febbraio 1985, n. 47), che intende in qualche modo controbilanciare, che la Corte costituzionale ebbe a coniare un criterio distintivo tra categorie di beni tutelati ancora oggi di incredibile incisività e pregnanza. Dato atto dell'estensione e della correlativa intensità dell'intervento protettivo, di imposizione del vincolo paesistico (e quindi preclusione di sostanziali alterazioni della forma del territorio) in ordine a vaste porzioni e a numerosi elementi del territorio stesso, parlo della loro individuazione «*secondo tipologie paesistiche ubicazionali o morfologiche rispondenti a criteri largamente diffusi e consolidati nel lungo tempo*» (così, Corte costituzionale 2 luglio 1986, n. 151). In certi casi, infatti, è la semplice ubicazione che fa nascere l'esigenza di tutela (si pensi alla fascia di profondità di 300

13 La differenza tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito, infatti, riposa nella considerazione che, nel giudizio di legittimità, il giudice agisce "in seconda battuta", accertando, nei limiti dei motivi proposti, se le valutazioni effettuate dall'organo amministrativo competente siano viziate o meno da eccesso di potere per manifesta irragionevolezza o per travisamento dei fatti, vale a dire se le stesse, pur opinabili, esulino dal perimetro della plausibilità, mentre, nel giudizio di merito, il giudice agisce "in prima battuta", sostituendosi all'Amministrazione ed effettuando direttamente e nuovamente le valutazioni a questa spettanti, con la possibilità, non contemplata dall'ordinamento, se non per le eccezionali e limitatissime ipotesi di giurisdizione con cognizione estesa al merito di cui all'art. 134 c.p.a., di sostituire la propria valutazione alla valutazione dell'Amministrazione anche nell'ipotesi in cui quest'ultima, sebbene opinabile, sia plausibile.

metri dalla linea di battaglia, che evidentemente non richiede alcuna ponderazione aggiuntiva); in altri è l'aspetto. D'altro canto, quel che è certo è che la Corte riconosce che con la legge Galasso è stata introdotta una tutela del paesaggio improntata a integralità e globalità, vale a dire implicante una riconsiderazione assidua dell'intero territorio nazionale alla luce e in attuazione del valore estetico-culturale. E ritiene tale tutela aderente al precetto dell'art. 9 Cost., il quale, «secondo una scelta operata al più alto livello dell'ordinamento, assume il detto valore come primario (cfr. sentenze precedenti n. 94 del 1985 e n. 359 del 1985), cioè come insuscettivo di essere subordinato a qualsiasi altro». Affermazioni che costituiranno una costante negli anni, pur nel mutato quadro legislativo, sicché da subito la configurazione dell'urbanistica quale funzione ordinatrice, ai fini della reciproca compatibilità, degli usi e delle trasformazioni del suolo nella dimensione spaziale considerata e nei tempi ordinatori previsti non è esclusa o assorbita, ma certamente limitata. Con il successivo decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali), l'intera materia dei beni culturali ed ambientali viene disciplinata in modo organico, abrogando il decreto-legge 27 giugno 1985, n. 312, le cui disposizioni sono in gran parte confluite nella nuova disciplina.

L'elencazione oggi contenuta nell'art. 142 pone quale primo problema quello dell'efficacia del vincolo, *ab origine* (ossia dall'entrata in vigore della legge), ovvero dopo la sua ricognizione, avuto evidentemente riguardo all'ipotesi in cui il bene di cui si tratta vada comunque individuato a seguito di una valutazione (nel significato specifico di apprezzamento e non di mero accertamento) dell'amministrazione. Un tipico esempio al riguardo può ravvisarsi nelle «zone di interesse archeologico». Il riferimento alle «zone», appunto, implica che la tutela paesaggistica concerne non già direttamente o indirettamente i «beni» riconosciuti di interesse archeologico, bensì piuttosto il loro territorio, ovvero il c.d. «contesto di giacenza», quale area delle presenze di rilievo archeologico.

Egualmente emblematico per comprendere il margine di opinabilità intrinseco alla delimitazione di alcune aree, seppure tutelate per legge, è dato dai boschi e dalla giurisprudenza sviluppatasi al riguardo. Di essi si occupa testualmente la lettera g) dell'art. 142, che fa riferimento a «i territori coperti da foreste e da boschi, ancorché percorsi o danneggiati dal fuoco, e quelli sottoposti a vincolo di rimboschimento, come definiti dall'articolo 2, commi 2 e 6, del decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 227». Il decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 227 («Orientamento e modernizzazione del settore forestale, a norma dell'articolo 7 della legge 5 marzo 2001, n. 57»), cui rinvia il citato art. 142, comma 1, lettera g), del d.lgs. n. 42 del 2004, è stato abrogato dall'art. 18, comma 1, del decreto legislativo 3 aprile 2018, n. 34 (Testo unico in materia di foreste e filiere forestali), che reca la definizione di bosco all'art. 3. Dopo aver stabilito che «[i] termini bosco, foresta e selva sono equiparati» (comma 1), la norma distingue a seconda che la definizione di bosco riguardi ambiti rientranti nelle materie di competenza esclusiva dello Stato (comma 3) o in quelle di competenza delle Regioni (comma 4). In relazione alle prime, il comma 3 dell'art. 3 definisce «bosco» «le superfici coperte da vegetazione forestale arborea, associata o meno a quella arbustiva, di origine naturale o artificiale in qualsiasi stadio di sviluppo ed evoluzione, con estensione non inferiore ai 2.000 metri quadri, larghezza media non inferiore a 20 metri e con copertura arborea forestale maggiore del 20 per cento». Mentre, in relazione alle seconde (nel comma 4), prevede che le regioni, «per quanto di loro competenza e in relazione alle proprie esigenze e caratteristiche territoriali, ecologiche e socio-economiche, possono adottare una definizione integrativa di bosco rispetto a quella dettata al comma 3, nonché definizioni integrative di aree assimilate a bosco e di aree escluse dalla definizione di bosco di cui, rispettivamente, agli articoli 4 e 5, purché non venga diminuito il livello di tutela e

*conservazione così assicurato alle foreste come presidio fondamentale della qualità della vita*». Le Regioni possono dunque intervenire sia sulla definizione di bosco sia su quella di aree assimilate e di aree escluse, fermo restando che non possono in nessun caso ridurre il livello di tutela e conservazione assicurato dalla normativa statale sopra richiamata. Chiarito quanto sopra, va detto che in giurisprudenza si è fatta strada una nozione sostanziale di “boschi”, dichiaratamente ispirata al principio di proporzionalità e all’esigenza di bilanciamento di interessi anche in sede di imposizione di vincoli conformativi. Sebbene, dunque, secondo il dettato dell’art. 142, c. 1, lett. g), d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, più volte citato, essa risulti nozione normativa, poiché fa riferimento alla definizione data dall’art. 2 decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 227 (oggi decreto legislativo 3 aprile 2018 n. 34), proprio in virtù di questo rinvio si postula la necessaria presenza di un terreno di una certa estensione, coperto con una certa densità da «*vegetazione forestale arborea*» e - tendenzialmente almeno - da arbusti, sottobosco ed erbe. La finalità di tutela del paesaggio, sottesa anche alla nozione di bosco, implica il rispetto della ragionevolezza e della proporzionalità in relazione a tale finalità, con la conseguenza che foreste e boschi sono presunti di notevole interesse e meritevoli di salvaguardia solo in quanto elementi originariamente caratteristici del paesaggio, cioè del “territorio espressivo di identità” ex art. 131 d.lgs. n. 42/2004 (cfr. Consiglio di Stato, sezione IV, 4 marzo 2019, n. 1462 e 18 novembre 2013, n. 5452; sezione V, 10 agosto 2016, n. 3574; sezione VI, 29 maggio 2013, n. 1851). Per questa ragione sono stati esclusi dalla nozione di bosco gli insiemi arborati che non costituiscono elementi propri e tendenzialmente stabili della forma del territorio, quand’anche di imboschimento artificiale, ma che rispetto ad essa costituiscono inserti artefatti o naturalmente precari. La copertura forestale, necessaria per ritenere sussistente un bosco, deve costituire un sistema vivente complesso (non, perciò, caratterizzato da una monocultura artificiale), di apparenza non artefatta e deve essere tendenzialmente permanente. Al contrario, non è di per sé sufficiente all’integrazione della nozione la mera presenza di piante, le quali, sebbene numerose, non siano tali da sviluppare un ecosistema in grado di autorigersi.

Con riferimento ai “parchi”, la legge include fra le aree tutelate sia quelli nazionali, che quelli regionali, oltre ai territori di protezione esterna. L’attività di classificazione e di istituzione dei parchi e delle riserve naturali di interesse regionale e locale è distinta e autonoma rispetto a quella di elaborazione dei piani paesaggistici regionali. Essa è infatti oggetto di una disciplina di settore (legge quadro sulle aree protette, 6 dicembre 1991, n. 394), i cui artt. 2, comma 8 e 22, comma 3, riservano alla Regione la classificazione e l’istituzione dei parchi e delle riserve naturali di interesse regionale e locale. Essendo le aree di cui al comma 1 dell’art. 142 (cioè quelle protette *ope legis*, tra cui i parchi naturali regionali) oggetto di «*ricognizione*», nel senso che costituiscono un dato di fatto da cui la pianificazione paesaggistica non può prescindere, ciò non muta l’assetto delle competenze sopra delineato, che vede riservata alla Regione la definizione dei confini delle aree del parco.

Interessanti notazioni possono essere effettuate anche in relazione alle «*zone umide incluse nell’elenco previsto dal decreto del Presidente della Repubblica 13 marzo 1976, n. 448*» (lettera i) dell’art. 142.

È esigenza unanimemente espressa, dunque, che, a fini di certezza giuridica, tutte le aree tutelate per legge debbano essere individuate sul territorio, ossia ne siano precisati la localizzazione e il perimetro, all’interno del Piano paesaggistico. Il d.lgs. n. 42/2004, dopo i decreti correttivi 24 marzo 2006, n. 157 e 26 marzo 2008, n. 63, affida infatti a ridetto strumento la «*ricognizione delle aree di cui al comma 1 dell’art. 142*» (art. 143, comma 1, lett. c).

La necessità di una motivata perimetrazione, al pari di quella sottesa alla dichiara-

zione di notevole interesse pubblico, implica una generalizzazione della *ratio* sottesa alla stessa in tutti i casi per i quali debba procedersi in senso “ubicazionale”, per rimanere alla partizione operata dalla Corte. Si tratta cioè di capire quando e se la legge è di per sé sufficiente a perimetrare le situazioni territoriali che ne rappresentano di volta in volta l’oggetto, integrandone o per meglio dire specificandone l’ambito, previa valutazione di rilevanza “paesaggistica”.

## 6. I beni paesaggistici “residuali”

Con l’espressione “beni paesaggistici residuali” si intendono quegli immobili o aree che vengono inclusi nel Piano paesaggistico senza essere stati previamente dichiarati di notevole interesse pubblico. Ad essi fa riferimento la lettera c) dell’art. 134, che dopo una serie di modifiche, nella sua versione finale fa riferimento a «*gli ulteriori immobili ed aree specificamente individuati a termini dell’articolo 136 e sottoposti a tutela dai piani paesaggistici [...]*». Specularmente, l’art. 143, nel declinare il contenuto del Piano paesaggistico, li richiama, “agganciando” la relativa qualificazione al fatto che essi siano tali «a termini dell’art. 134». L’espressione, in verità assai poco felice («*a termini*») non può che significare che ci si riferisca a beni o aree che avrebbero potuto essere dichiarate di notevole interesse pubblico, e che pertanto attingono i requisiti valoriali sottesi alla loro inclusione nel Piano ai medesimi presupposti che avrebbero legittimato l’attivazione del procedimento di cui agli artt. 137 del Codice. La considerazione non è di poco momento, in quanto si risolve, diversamente che in passato, quando la formulazione più vaga della norma sembrava lasciare spazio a maggior discrezionalità nella stesura del Piano, in una valutazione del tutto sovrapponibile a quella prevista dall’art. 136. Pertanto, a mero titolo di esempio, per essere oggetto di disciplina nel Piano una cosa immobile deve presentare «*cospicui caratteri di bellezza naturale, singolarità geologica o memoria storica*» (art. 136, lett. a). I giudizi di valore estetico-culturale comunque presupposti dall’inclusione nella perimetrazione di settore non passano per il tramite della Commissione apposita o comunque del procedimento all’uopo individuato dal legislatore, ma “finiscono” direttamente nello strumento di pianificazione. Va peraltro ricordato al riguardo il principio consolidato che in sede di pianificazione urbanistica le scelte relative alla destinazione di singole aree non necessitano di apposita motivazione, salvo che sussistano particolari situazioni che abbiano creato aspettative o affidamenti, con conseguente inapplicabilità della disciplina della motivazione degli atti amministrativi di cui all’art. 3 della legge 7 agosto 1990 n. 241, essendone esentati gli atti a contenuto generale e, dunque, anche quelli pianificatori generali (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, sezione VI, 8 giugno 2020, n. 3632; sezione IV, 18 maggio 2021, n. 3864). Quanto detto, si ritiene, a valere anche per il caso del Piano paesaggistico territoriale, purché la delimitazione effettuata si palesi in linea con i presupposti di cui all’art. 136, ovvero non riveli un’inequivoca irrazionalità del relativo inserimento dell’area.

Non costituiscono beni paesaggistici in senso proprio gli «*ulteriori contesti, diversi da quelli indicati dall’art. 134*» (art. 143, comma 1, lett. e) che pure possono essere inclusi nel Piano paesaggistico. Non a caso, la giurisprudenza penale tende ad escludere gli interventi eseguiti su tali aree ed immobili senza autorizzazione paesaggistica dalla fattispecie di reato di cui all’art. 181 del Codice<sup>14</sup>. Per gli interventi che

<sup>14</sup> La previsione aggravata di cui al comma 1-bis dell’art. 181, richiamato nel testo, è stata, come noto, ricondotta all’ambito contravvenzionale a seguito della declaratoria di illegittimità della originaria previsione, che ne faceva un’ipotesi delittuosa dalla Corte costituzionale (sentenza 11 gennaio-23 marzo 2016, n. 56). Pertanto, resta punito con la reclusione da uno a quattro anni solo il caso di opere su immobili o aree tutelati per legge che abbiano comportato un aumento dei manufatti superiore al 30 % della volumetria della costruzione originaria o, in alternativa, un ampliamento della medesima superiore a 750 metri cubi, ovvero abbiano comportato una nuova costruzione con una volumetria superiore a mille metri cubi.

devono essere eseguiti in dette aree o su detti immobili, in termini generali l'art. 146, comma 1, d.lgs. n. 42/2004 non richiede l'autorizzazione. Se essa fosse imposta dal piano, pertanto, la loro esecuzione in mancanza del titolo non integrerebbe il reato di cui all'art. 181, d.lgs. n. 42/2004 per mancanza dell'oggetto materiale della condotta (il bene paesaggistico) che renderebbe l'azione atipica rispetto a quella tipizzata dalla fattispecie penale (Cassazione, sezione III penale, 4 maggio 2018, n. 19146). Tali considerazioni lasciano spazio ad ampie problematiche in ordine al regime e procedimento sanzionatorio da seguire avuto riguardo a tali tipologie di aree, per le quali comunque resta ferma l'applicabilità della fattispecie prevista dall'art. 44, comma 1, lett. a) del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380.

La differenza "ontologica" tra veri e propri beni paesaggistici e aree ulteriori comunque assimilate per tutela, trova riscontro anche nella procedura di elaborazione del Piano, che è obbligatoriamente congiunta tra Ministero e Regione solo per i primi. In tal senso dispone infatti l'art. 135, comma 1, ultimo periodo, che prevede appunto che l'elaborazione dei piani paesaggistici avvenga congiuntamente «*limitatamente ai beni paesaggistici di cui all'articolo 143, commi 1, lettere b), c) e d)*», ovvero alle tre tipologie di beni paesaggistici sopra esaminati e non a quelli oggetto di ulteriori e più ampia tutela da parte dell'Ente territoriale.

## 7. La pianificazione paesaggistica.

Abbiamo già intersecato in più punti la tematica della pianificazione paesaggistica e della sua funzione essenziale nell'individuazione dell'oggetto e dei contenuti delle scelte di tutela.

Occorre qui ancora ricordare come l'individuazione di tale specifico strumento settoriale non costituisca una novità del Codice del 2004, ma trovi un antecedente nelle previsioni della legge Galasso. In particolare, l'art. 1-*bis* del decreto-legge 27 giugno 1985 n. 312 aveva già previsto che le Regioni sottoponevano a «*specificativa normativa d'uso e di valorizzazione ambientale il relativo territorio mediante la redazione di piani paesistici o di piani territoriali*». Il successivo art. 1-*ter* consentiva di individuare con indicazioni planimetriche e catastali, nell'ambito di tali zone, nonché nelle altre comprese negli elenchi redatti ai sensi della legge 29 giugno 1939, n. 1497 e del Regio Decreto 3 giugno 1940, n. 1357, le aree da assoggettare a clausola di salvaguardia, nel senso del divieto di edificazione fino all'adozione dei piani, ad eccezione degli interventi di manutenzione ordinaria, straordinaria, di consolidamento statico e di restauro conservativo che non alterassero lo stato dei luoghi e l'aspetto esteriore degli edifici.

La pianificazione paesaggistica è ora oggetto di una previsione a carattere generale, non a caso collocata tra le «*Disposizioni generali*» (Capo I), del Titolo I della Parte III del Codice (art. 135), salvo poi dettagliarne i contenuti nel Capo a ciò dedicato (Capo III, «*Pianificazione paesaggistica*», appunto, la cui norma di apertura è l'art. 143, rubricato «*Piano paesaggistico*»).

La materia può essere approcciata da due angolazioni diverse, seppure teleologicamente omogenee: a livello generale, valutando la possibilità che le Regioni, intervenendo nell'esercizio del proprio potere regolatorio su materie di specifica spettanza, finiscano per incidere sulla soglia di salvaguardia paesaggistica di competenza statale; nello specifico, esaminando l'impatto che la pianificazione paesaggistica ha sugli altri strumenti di governo del territorio, anche settoriali.

Nella prima direzione, va ricordato che al legislatore regionale non può adottare normative che derogano o contrastino con norme di tutela paesaggistica che pongono obblighi o divieti, cioè con previsioni di tutela in senso stretto (fra le molte, Corte costituzionale, 6 dicembre 2019, n. 261, 12 maggio 2021, n. 141 e 15 aprile 2019, n. 86), né normative che, pur non contrastando con (o derogando a) previsioni di tu-

tela in senso stretto, pongano alla disciplina paesaggistica limiti o condizioni (Corte costituzionale, 21 aprile 2021, n. 74), che, per mere esigenze urbanistiche, escludano o ostacolino il pieno esplicarsi della tutela paesaggistica. In altri termini, «i rapporti tra le prescrizioni del piano paesaggistico e le prescrizioni di carattere urbanistico ed edilizio» sono definiti «secondo un modello di prevalenza delle prime, non alterabile ad opera della legislazione regionale» (Corte costituzionale, 13 gennaio 2016, n. 11; in senso analogo, 11 gennaio 2022, n. 45 e 28 gennaio 2022, n. 24, 17 giugno 2021, n. 124 e 9 febbraio 2021 n. 74). L'omessa indicazione, da parte di una norma regionale, della espressa necessità di rispettare il piano paesaggistico o il codice di settore non ne determina di per sé l'illegittimità costituzionale ove nella Regione sia operante un piano paesaggistico codicistico. Laddove, invece, quest'ultimo non sia stato approvato occorre maggiore cautela nel valutare la portata precettiva delle norme che intersechino profili attinenti con la pianificazione paesaggistica, sicché i ritardi nella elaborazione del detto piano paesaggistico devono essere compensati con l'esplicitazione del necessario rispetto della normativa posta a tutela del paesaggio.

A tali principi sono da ricondurre anche le pronunce che si sono occupate del procedimento di approvazione del Piano paesaggistico, connotato dalla cogestione ministeriale/regionale. Ad esempio, con la sentenza **n. 16 del 15 aprile 2019** la Corte costituzionale, chiamata ad esprimersi su leggi regionali della Basilicata concernenti la allocazione di impianti di energia alternativa, dopo avere richiamato i propri numerosi precedenti in materia, ha ribadito la portata, anche ideale, della previsione dell'elaborazione congiunta tra ministero e regioni del piano paesaggistico. La Regione, peraltro, si era avvalsa della seconda modalità di cooperazione gestionale prevista dalla norma, ovvero l'accordo istituzionale per la stesura del Piano nel suo complesso, dunque anche per le parti non necessitanti della cogestione già segnalata. Da qui l'affermazione che nelle more dell'approvazione congiunta del nuovo piano paesaggistico e dell'adeguamento, pure congiunto, degli strumenti urbanistici al medesimo piano, l'intervento della Regione, volto a modificare, unilateralmente, la disciplina di un'area protetta, in termini peraltro di riduzione di tutela, è da considerare posto in essere innanzi tutto in violazione degli impegni assunti con apposito Protocollo di intesa, ma soprattutto «di quanto prescritto dal codice dei beni culturali e del paesaggio che, attraverso la partecipazione degli organi ministeriali ai procedimenti in materia, mira a garantire l'effettiva ed uniforme tutela dell'ambiente» (sentenza n. 210 del 2016), affidata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato». La disciplina statale volta a proteggere l'ambiente e il paesaggio funziona infatti «come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza». Essa cioè «richiede una strategia istituzionale ad ampio raggio, che si esplica in un'attività pianificatoria estesa sull'intero territorio nazionale [...] affidata congiuntamente allo Stato e alle Regioni»<sup>15</sup>. Ciò implica che tutte le pianificazioni di settore che intersechino ridetta disciplina legislativa generale in materia paesaggistica e ambientale non può eliderne le garanzie, anche procedurali, siccome strumentali alla tutela del relativo valore.

È in questa prospettiva che il Codice dei beni culturali e del paesaggio pone, all'art. 135, il ricordato obbligo di elaborazione congiunta del piano paesaggistico, con riferimento agli immobili e alle aree dichiarati di notevole interesse pubblico ai sensi

15 In quel caso si trattava di legislazione regionale del Veneto in materia di cave e la Corte ha concluso affermando che spetta senz'altro alla discrezionalità politica del legislatore regionale stabilire (o aggiornare) la disciplina delle attività estrattive nel territorio regionale, ma non è costituzionalmente legittimo che, posta una disciplina legislativa generale in una materia strettamente legata a competenze esclusive dello Stato, la Regione intervenga con una legge di contenuto particolare, rendendo così inoperanti le garanzie proprie del procedimento amministrativo, strumentali, nel caso di specie, all'inveramento dei valori paesaggistici e ambientali interessati dall'attività di cava.

dell'art. 136 (le c.d. "bellezze naturali"), alle aree tutelate direttamente dalla legge ai sensi dell'art. 142 (le c.d. "zone Galasso", come territori costieri, fiumi, torrenti, parchi) e, infine, agli ulteriori immobili ed aree di notevole interesse pubblico, ovvero corrispondenti a quelli "provvedimentalmente" individuati nella sostanza (art. 143, comma 1, lettera d). Tale obbligo costituisce un principio inderogabile della legislazione statale, che è, a sua volta, un riflesso della necessaria *«impronta unitaria della pianificazione paesaggistica»* (sentenza n. 64 del 17 aprile 2015), e mira a *«garantire, attraverso la partecipazione degli organi ministeriali ai procedimenti in materia, l'effettiva ed uniforme tutela dell'ambiente»* (sentenza n. 210 del 16 settembre 2016).

Con riferimento al paesaggio non vincolato in maniera "tipica" - ovvero secondo i tre percorsi in precedenza delineati - la Regione non sarebbe tenuta ad effettuare la pianificazione d'intesa con lo Stato. Gli artt. 143, comma 2 e 156, comma 3, del Codice dei beni culturali consentono, non impongono, infatti, che ad essa si addivenga previa stipula di intese tra i Ministeri competenti e la singola Regione per la disciplina e l'adeguamento della pianificazione paesaggistica regionale. Gli ambiti di intervento del legislatore regionale, dunque, presuppongono la previa verifica che la Regione e il Ministero abbiano elaborato congiuntamente il piano paesaggistico anche con riferimento ad ambiti non obbligatori del territorio regionale ovvero che abbiano raggiunto un'intesa per elaborare congiuntamente ambiti regolatori non obbligatori del territorio regionale. Va peraltro ricordato che in relazione alla fase di "attesa" della pianificazione paesaggistica, erano stati introdotti nella prassi, specie in tema di zone di interesse paesaggistico, "atti ricognitivi" che hanno poi trovato copertura nell'art. 157 dello stesso Codice e che nel silenzio della legge si ritiene restino ammessi, con richiamo, quanto a competenza e procedimento, delle previsioni dettate in tema di beni paesaggistici "provvedimentali".

Non è infine casuale che molte pronunce della Corte costituzionale vadano ad incidere su legislazioni regionali, pure ispirate a meritorie finalità solidaristiche e sociali, volte comunque a favorire l'incentivazione, per lo più in funzione premiale, delle volumetrie assentite. Emblematiche al riguardo le pronunce riferite all'attuazione del c.d. "Piano Casa", introdotto nella versione originaria dall'art. 11 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), e attuabile da parte regionale consentendo (art. 11, comma 5) *«incrementi premiali di diritti edificatori finalizzati alla dotazione di servizi, spazi pubblici e miglioramento della qualità urbana, nel rispetto delle aree necessarie per le superfici minime di spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444»*. La Corte ha innanzitutto richiamato la finalità ampia della pianificazione urbanistica, da intendersi non solo in funzione dell'interesse all'ordinato sviluppo edilizio del territorio, ma «rivolto anche alla realizzazione temperata di una pluralità di differenti interessi pubblici, che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti» (sentenze 6 ottobre 2021, n. 202 e 23 novembre 2021 n. 219).

Nel modello di pianificazione "a cascata" previsto dalla legge del 1942, il Piano territoriale di coordinamento (PTC) aveva il compito fondamentale di definire l'assetto urbanistico d'area vasta, rendendo così disponibile per i comuni il quadro di riferimento necessario all'elaborazione dei propri piani. In quanto vincolante la successiva attività comunale di piano, quello territoriale di coordinamento doveva cioè fungere da parametro alla cui stregua valutare, all'epoca in sede di controllo ministeriale, la conformità del piano regolatore generale (PRG) adottato alle scelte racchiuse nella pianificazione sovraordinata. La facoltatività formale del piano territoriale di coordinamento, che ha fatto sì che lo strumento non abbia trovato pratica attuazione, era



dunque smentita, nelle intenzioni del legislatore, dalla funzione che gli veniva assegnata, cioè quella di parametro indefettibile in base al quale valutare il piano regolatore generale adottato, presupposto logico, prima ancora che giuridico, dello stesso. Nel tempo, tali strumenti di governo del territorio si sono moltiplicati e diversificati, anche a livello regionale, sotto il profilo terminologico, dando vita ad una congerie di atti a valenza generale, spesso insistenti sulle medesime zone, ma con finalità di sviluppo completamente diverse, ovvero finanche integrate o integrabili da atti negoziali tra le parti (le convenzioni accessive, tipicamente ai piani di lottizzazione, ma non solo)<sup>(16)</sup>. Un esempio su tutti, riferibile peraltro ad un'area ricompresa fra quelle a tutela per legge: le aree demaniali marittime dovrebbero essere oggetto dei neo istituiti piani di gestione dello spazio marittimo, dei piani regolatori portuali, dei piani regionali di gestione del demanio marittimo e di zone di mare territoriale adottati da alcune Regioni come forma attuativa, in assenza di disciplina statale, della gestione integrata della zona costiera, o anche dei piani attuativi comunali di gestione del demanio marittimo, o ancora dei piani comunali di costa adottati, ad esempio, dalla Regione Puglia (v. legge regionale 10 aprile 2015, n. 17, Puglia). Oltre, ovviamente, a rientrare nel Piano paesaggistico regionale che ne determinerà le «*prescrizioni d'uso intese ad assicurare la conservazione dei caratteri distintivi di dette aree e, compatibilmente con essi, la valorizzazione*». Si pensi ancora agli atti di individuazione delle Zone di protezione speciale (ZPS), che paiono collocarsi in una sorta di stadio intermedio tra la pianificazione e l'apposizione del vincolo (“misure di conservazione”), rientrando comunque nella più generale funzione di “governo del territorio”, ma per orientarla ad uno specifico obiettivo eurounitario non necessariamente o non soltanto mirato al regime di edificabilità dei suoli (Consiglio di Stato, sezione II, 29 novembre 2020, n. 7354)<sup>(17)</sup>.

Il sistema della pianificazione territoriale urbanistica successivo alla riforma costituzionale del 2001, caratterizzato dalle leggi regionali c.d. di “seconda generazione” si presenta in maniera ben diversa da quello riveniente dalla legge urbanistica del 1942. Nella stesura dell'art. 117 della Costituzione conseguita alla riforma del 2001, infatti, si è inteso sostituire il termine “urbanistica”, con la più onnicomprensiva espressione di “governo del territorio”, proprio allo scopo di utilizzare un'espressione certamente più aderente, contenutisticamente, alle finalità di pianificazione sottese alla relativa attività programmatica degli enti territoriali. Tali finalità, per così dire “più complesse” dell'urbanistica, e degli strumenti che ne comportano attuazione, in verità già trovavano consacrazione nei principi generali della cosiddetta legge urbanistica fondamentale, ovvero la legge 17 agosto 1942, n. 1150, laddove essa individua il contenuto della “disciplina urbanistica e dei suoi scopi” (art. 1), non solo nell' “assetto ed incremento edilizio” dell'abitato, ma anche nello “sviluppo urbanistico in genere nel territorio della Repubblica”. In definitiva, l'urbanistica e il correlativo esercizio del potere di pianificazione non sono mai stati intesi, sul piano giuridico, solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, così offrendone un'inaccettabile visione minimale, ma devono essere ricostruiti come intervento degli

16 Si pensi, a mero titolo di esempio, ai c.d. piani consortili di settore, assimilabili ai piani territoriali di coordinamento di all'art. 5 della legge urbanistica fondamentale (su cui v. Consiglio di Stato, sezione II, 15 ottobre 2020, n. 6263). Si pensi ancora ai Piani per l'edilizia economica e popolare o ai c.d. P.I.P., cui si riconosce tradizionalmente la finalità di assicurare l'assetto urbanistico voluto all'area ove si vanno a collocare i nuovi complessi produttivi, ovvero convergono, a seguito di delocalizzazione, quelli già attivi sul territorio (Consiglio di Stato, sezione II, 19 aprile 2022, n. 1943).

17 Mutuando terminologia propria del diritto urbanistico, si tratterebbe di una sorta di variante specifica o individualizzata, a contenuto mirato, la cui portata circoscritta a pochi destinatari (almeno di regola) ne impone il coinvolgimento, avuto riguardo alla tipologia delle limitazioni imposte.

Enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo. La pianificazione sovracomunale, affermata sia sul livello regionale sia provinciale, si connota pertanto per una natura “mista” relativamente a contenuti - prescrittivi, di indirizzo e di direttiva - e ad efficacia, nonché per la flessibilità nei rapporti con gli strumenti subordinati. La pianificazione comunale a sua volta non si esaurisce più nel solo tradizionale piano regolatore generale, ma presenta un’articolazione in atti o parti tendenzialmente distinti tra il profilo strutturale e quello operativo, e si connota per l’intersecarsi di disposizioni volte ad un programmazione generale che abbia come obiettivo lo sviluppo socio-economico dell’intero contesto. L’atto rimesso alla competenza dell’Ente sovraordinato (tipicamente, la Provincia), in quanto rivolto ad un ambito territoriale più ampio, non può che essere destinato ad indirizzare per linee generali le scelte degli enti territoriali, nel pieno rispetto dell’allocazione delle stesse, secondo il richiamato principio di sussidiarietà, al livello di governo più vicino al contesto cui si riferisce, rispondendo all’obiettivo di valorizzare le peculiarità storiche, economiche e culturali locali e insieme assicurare il principio di adeguatezza ed efficacia dell’azione amministrativa. La giurisprudenza del Consiglio di Stato d’altro canto ha da tempo affermato l’evoluzione del potere di pianificazione urbanistica, in senso propulsivo di miglioramento della vivibilità del suolo (si pensi alla tutela dei centri storici e, più settorialmente ma in maniera egualmente incisiva, a tutte le disposizioni di legge speciale che hanno valorizzato il potere di limitare in senso qualitativo gli insediamenti, anche commerciali, per migliorare il “decoro” e la vivibilità delle città), rafforzando i limiti, anche conservativi e ampliando la soglia della tutela. Nell’impostazione articolata e flessibile del sistema della pianificazione territoriale, cioè, tipicamente strutturata su vari livelli, esso si colloca “a monte”, quale inquadramento degli elementi strutturali, delle reti e delle strategie, dalle quali è evidente che il Comune non può prescindere. In sintesi, il fatto che resti attuale, anche dopo la modifica del Titolo V della Costituzione, l’affermazione in forza della quale il governo del territorio è *«articolato su una pluralità di poteri, di sicura valenza politica, insediati nelle rispettive comunità di riferimento e caratterizzati, peraltro, dal principio di sussidiarietà (art. 4 c. 3, lettera a della legge 15 marzo 1997, n. 59) che stabilisce la sostanziale riconducibilità dell’intero complesso di scelte e di compiti relativi a una dimensione territoriale all’ente esponenziale della relativa comunità»* (cfr. Consiglio di Stato, sezione IV, 20 marzo 2000, n. 1493), implica che la pluralità di poteri insediati presso i diversi, ma concorrenti livelli di governo coinvolti presuppone la necessità che i Comuni interessati facciano valere le esigenze di gestione del proprio territorio. L’affermata sovraordinazione tra due discipline, pertanto, non può risolversi, nella sostanziale neutralizzazione dei contenuti degli atti comunali, stante che la illegittimità porta alla caducazione dell’atto solo a seguito di azione demolitoria (sul punto, v. Consiglio di Stato, sezione II, 15 ottobre 2020, n. 6263 e 14 novembre 2019, n. 7839). Quanto detto è stato affermato anche in relazione al rapporto tra fonti formalmente normative, con riferimento alle quali si è egualmente parlato di un rapporto non gerarchico, ma di penetrazione funzionale (cfr., da ultimo, specificamente in tema, Corte costituzionale, sentenza 23 maggio 2019, n. 179, richiamata da Consiglio di Stato, sezione II, 20 ottobre 2020, n. 6330). Ciò trova rispondenza sia nella configurazione multilivello dei procedimenti di definizione delle scelte urbanistiche, che vuole il coinvolgimento dei vari Enti territoriali astrattamente interessati, oltre alla acquisizione del contributo collaborativo dei cittadini formalizzato nelle relative osservazioni; sia nell’incidenza delle regole, dal generale al particolare, sul medesimo ambito territoriale, all’interno del quale l’area di riferimento di quelle di maggior dettaglio si pone come un cerchio concentrico (Consiglio di Stato, sezione II, 1 settembre 2021, n. 6152).

La differenza di fondo tra la finalità della pianificazione comunale, preordinata

alla gestione della vocazione urbanistica delle diverse zone, e quella paesaggistica, che tende a conformare le diverse aree, salvaguardando i valori di tutela ambientale, non vanifica né mortifica, se è consentita l'espressione, i poteri dei governi locali in merito, ma li "guida", ovvero li "educa" al rispetto del proprio patrimonio culturale, del quale il paesaggio e i beni paesaggistici costituiscono lo strumento didascalico per eccellenza. Per tale ragione il Piano paesaggistico costituisce in certo qual modo una deroga ai principi poc'anzi affermati ed un ritorno a schemi del passato, in quanto il suo rapporto con l'ulteriore pianificazione locale resta ancorata ad una nozione di sostanziale gerarchia, siccome posto a tutela di un interesse pubblico preordinato, quale il paesaggio. Da qui il ricordato coinvolgimento nel relativo procedimento di approvazione anche dell'Autorità centrale, siccome titolare di un potere di promozione della omogeneità dei valori percepiti su territorio nazionale.

L'art. 145, dedicato al «*coordinamento della pianificazione paesaggistica con altri strumenti di pianificazione*», nel precisare, al comma 3, che le disposizioni dei piani paesaggistici sono, comunque sia, prevalenti su quelle contenute negli atti di pianificazione ad incidenza territoriale previsti dalle normative di settore, esprime il più volte ricordato principio di prevalenza delle prime sulle seconde (fra le più recenti, v., sul punto, Corte costituzionale, 11 gennaio 2022, n. 45; 28 dicembre 2021, n. 261 e 8 luglio 2021, n. 141). Affermare la prevalenza del Piano paesaggistico codiciso tra lo Stato e la Regione sugli altri strumenti di governo del territorio non costituisce una mera petizione di principio, ma sottende il dovere di assicurare che esso sia adeguatamente conosciuto e salvaguardato, non vanificandone la portata in ragione dei differenti valori espressi dai diversi contesti. Quanto detto rinvia il suo imprescindibile presupposto nella visione d'insieme delle aree da tutelare e dei contesti in cui le medesime sono inserite (Corte costituzionale 23 novembre 2022, n. 251). Mediante tale principio, il Codice dei beni culturali ha inteso cioè garantire l'impronta unitaria della pianificazione paesaggistica, valore imprescindibile e pertanto non derogabile dal legislatore regionale, in quanto espressione di un intervento teso a stabilire una metodologia uniforme di tutela, conservazione e trasformazione del territorio (fra le tante, Corte costituzionale, n. 45 del 2022, n. 74 del 2021 e 22 ottobre 2020 n. 240).

Qualora lo strumento urbanistico generale contrasti con i limiti posti dal piano territoriale paesaggistico quest'ultimo prevarrà, essendo "prevalenti" non tanto le sue prescrizioni quanto gli interessi di tutela dallo stesso garantiti. D'altra parte, se è vero che ai sensi dell'art. 145, comma 3, del d.lgs. n. 42/2004 gli strumenti urbanistici comunali non possono contemplare condizioni peggiorative rispetto alle disposizioni del piano paesaggistico, gli stessi possono pur sempre disciplinare le aree vincolate con previsioni che tutelano anche il profilo ambientale e paesaggistico in modo più favorevole (cfr. Consiglio di Stato, sezione IV, 8 luglio 2019, n. 4778). Infine, i principi espressi non possono che orientare anche l'interpretazione del regime edificatorio riveniente dalla disciplina urbanistica. Da qui, ad esempio, l'affermazione che aree soggette a vincolo di inedificabilità assoluta sulla base del vincolo paesaggistico non possono essere computate strumentalmente nel calcolo dei limiti edificatori (cfr. Consiglio di Stato, sezione VII, 9 febbraio 2024, n. 1315, ove viene rilevato: «*Né, al fine di addivenire a differenti conclusioni, può riconnettersi rilievo alla circostanza che in base alla delibera della Giunta regionale n. 422 del 1999 le aree boscate "possano contribuire, in termini di superficie utile, alla edificazione complessivamente ammessa nella zona", dovendo tale locuzione essere interpretata conformemente al vincolo di inedificabilità assoluta previsto dalla legge e rivestendo, quindi, il sopra richiamato contenuto della delibera una portata estremamente limitata che in alcun modo può implicare una implementazione dell'indice territoriale di edificabilità della sottozona che si porrebbe in evidente violazione del vincolo medesimo*»). Deve, pertanto, escludersi la legittimità di

espedienti elusivi della disciplina (nel caso esaminato nella sentenza sopra richiamata, concernenti la tutela delle aree boschive) con effetti pregiudizievoli per il contesto inciso, utilizzando il meccanismo perequativo previsto per acquisire potenzialità edificatorie (così da concentrarle in determinati terreni, con evidente frustrazione delle finalità di protezione che vengono in rilievo e degli interessi pubblici sottesi).

Da un punto di vista contenutistico, il Piano consta di una parte sostanzialmente ricognitiva (dei beni paesaggistici già individuati in via provvedimentale o individuabile per morfologia o ubicazione senza valutazioni di merito) e di una parte di giudizio valoriale, che può riguardare sia l'individuazione di ulteriori immobili od aree, sia giudizi comunque richiesti dal legislatore<sup>(18)</sup>. Una volta "registrati", dunque, gli elementi oggetto di obbligatoria ricognizione – fra cui anche le aree protette – Ministero e Regione fissano congiuntamente i confini delle aree soggette a tutela paesaggistica anche estendendole, in talune ipotesi, in funzione della loro protezione paesaggistica, senza che quindi il principio di copianificazione obbligatoria subisca alcun altro condizionamento che non sia quello, appunto, della inderogabile inclusione delle aree indicate dal legislatore o oggetto di dichiarazione regionale o ministeriale. In ragione di tale integrazione fra momenti diversi di una medesima vicenda di tutela, il Piano che sopraggiunge non può che prendere atto dei previgenti provvedimenti di vincolo, ancorché si siano concretizzati in una scelta riduttiva della tutela (si veda quanto già detto in relazione alla perimetrazione "al ribasso" dei parchi regionali). Siccome cioè, come chiarito sopra, la legge in tali casi riserva alla Regione l'individuazione dell'area protetta, sicché la loro perimetrazione costituisce solo un vincolo minimo per il piano paesaggistico, che tuttavia può includere fra le aree paesaggisticamente tutelate anche altre, che per i loro caratteri sono ritenute meritevoli di tutela. Nulla impedisce cioè che, in sede di elaborazione congiunta del Piano paesaggistico regionale, i soggetti copianificatori concordino di inserire fra quelle paesaggisticamente vincolate, al pari di ogni altra area a tal fine meritevole, anche le aree che siano state in precedenza espunte da un parco.

Un discorso a parte, per la diffusione che hanno avuto in ragione del pregio, esso pure diffuso, del patrimonio culturale italiano, merita di essere fatto in relazione alle c.d. "aree UNESCO". Trattasi di fatto dell'inclusione in una lista elaborata in attuazione della Convenzione per il Patrimonio Mondiale ratificata nel novembre del 1972 che prevede appunto una "Lista del Patrimonio Mondiale" o "*World Heritage List*" – WHL, ovvero l'elenco dei beni a cui l'apposito Comitato del patrimonio mondiale riconosce ufficialmente un valore eccezionale universale (*Outstanding Universal Value* – OUV)<sup>(19)</sup>. Anche su di essi ha avuto modo di pronunciarsi la Corte costituzionale (Corte costituzionale, 13 gennaio 2016, n. 22), evidenziando come essi non godano, anche a causa della loro notevole diversità tipologica, di forme di protezione differenziate da quelle apprestate ai beni culturali e paesaggistici, secondo le loro specifiche caratteristiche. Pertanto, ove si tratti appunto di un bene paesaggistico, tenuto conto dell'obbligo di rispettare le convenzioni internazionali in materia di conservazione e valorizzazione del paesaggio (art. 132, rubricato «*Convenzioni internazionali*»), essi possono, a seconda dei casi, essere oggetto di apposizione di vincolo in sede provvedimentale,

18 Un ulteriore esempio di valutazione necessariamente congiunta, con prevalenza della posizione ministeriale, si può ravvisare nell'art. 142, comma 3, che consente di escludere dal vincolo i fiumi, torrenti e corsi d'acqua, pur se iscritti negli elenchi previsti dal testo unico delle disposizioni sulle acque ed impianti elettrici (Regio Decreto 11 dicembre 1933, n. 1775), con provvedimento motivato della Regione che li includa, in tutto o in parte, in apposito provvedimento motivato reso pubblico e comunicato al Ministero, che ove confermi invece la rilevanza paesaggistica, pubblica il provvedimento sulla Gazzetta ufficiale e sul Bollettino ufficiale della Regione. Trattasi tuttavia di un procedimento che si colloca a monte della redazione del Piano paesaggistico, le cui risultanze sono destinate a confluire nello stesso al pari delle altre.

19 L'Italia peraltro è il Paese che detiene il più alto numero di siti UNESCO.

rientrare già nelle aree tutelate *ex lege*, ovvero essere salvaguardati con la pianificazione paesaggistica. Tale sembra essere l'indicazione residuale, ma propulsiva, riveniente dall'art. 135, comma 4, che stabilisce che «*Per ciascun ambito i piani paesaggistici definiscono apposite prescrizioni e previsioni ordinate*», tra l'altro, «*alla individuazione delle linee di sviluppo urbanistico ed edilizio, in funzione della loro compatibilità con i diversi valori paesaggistici riconosciuti e tutelati, con particolare attenzione alla salvaguardia dei paesaggi rurali e dei siti inseriti nella lista del patrimonio mondiale dell'UNESCO*».

## 8. Conclusioni.

Le considerazioni svolte inducono ad una lettura della nozione di “paesaggio”, oggi declinata nell'art. 131 del d.lgs. n. 41 del 2004, in un'accezione anche dinamica, oltre che, come si è ampiamente chiarito, estetico-culturale e non soltanto estetica. In quanto espressione di valori, infatti, esso non può che mutare nel tempo e con l'evolversi dei costumi, ovvero della percezione identitaria di fattori di contesto in passato ignorati e improvvisamente assurti a pregnante significatività. In relazione, poi, all'individuazione dei beni paesaggistici, se da un lato non può non attingersi ai medesimi ambiti valoriali che connotano la tutela del paesaggio, dall'altro ne è chiara la dimensione ancora estetica, cui il legislatore ha dato rilievo valorizzando il richiamo alla bellezza in quasi tutte le forme oggetto di tutela “provvedimentale”. A ben guardare, infatti, tale connotazione visivo-percettiva richiamata inevitabilmente dal sostantivo *de quo*, non figura solo in relazione alla categoria di cui alla lettera c) dell'art. 136, ove si richiamano i “complessi di immobili” e, tra questi, i centri e nuclei storici (il “borgo”, cui si è fatto riferimento in narrativa). Ed è comprensibile che un luogo realizzato o comunque manipolato dall'uomo, comunque destinato ovvero in qualche modo legato ad un aggregato sociale, più di qualsiasi altro contesto richiami la connotazione più genericamente estetica e nel contempo “tradizionale”<sup>(20)</sup>. L'estetica, infatti, richiama un'idea di percezione, seppur mediata attraverso i sensi, che va ben al di là della bellezza oggettiva, evocando una nozione complessiva e ampia della stessa, di tipo finanche finalistico-orientato ad un certo ideale di equilibrio e armonia.

La tutela è affidata allo Stato dall'art. 9 della Costituzione. Si tratta di una “missione” che va ben oltre la riserva legislativa e trova espressione nel ruolo prioritario che si riconosce agli organi centrali sia nel procedimento di imposizione del vincolo (che oggi si concretizza nella dichiarazione di notevole interesse pubblico), sia nel processo valutativo residuo richiesti in relazione alle aree oggetto di tutela *ex lege*, sia, ancor più, nel procedimento di approvazione del Piano paesaggistico, che innanzi tutto rappresenta la summa di tali precedenti attività, e può aggiungervi di ulteriori, ispirate dal medesimo approccio.

Per tale ragione è possibile una compenetrazione di vincoli di diversa natura, che, senza esautorare lo Stato dai compiti di tutela che gli sono propri, ne rafforzi le finalità ed estenda la portata in una visione di valorizzazione aggiuntiva, oltre che di protezione del bene tutelato. Essa risponde, cioè, ad una visione meno “gerarchica” di quanto il sistema delle norme lasci immaginare e più armonica, che vede nella leale collaborazione, oltre che nella sussidiarietà, i teorici principi ispiratori delle scelte. Per costante orientamento giurisprudenziale, ormai risalente nel tempo, l'art. 1 della legge 19 novembre 1968, n. 1187, modificando l'art. 7 della legge 17 agosto 1942, n. 1150, ha già esteso il contenuto del piano regolatore generale anche all'indicazione dei vincoli da osservare nelle zone a carattere storico, ambientale e paesistico, con ciò assurgendo al rango di norma primaria su tale possibile intersecarsi di tutele, allo scopo di enfatiz-

<sup>20</sup> La parola “*aesthetica*” ha origine dalla parola greca *αἰσθησις*, che significa “sensazione” e dal verbo *αἰσθάνομαι*, che significa “percepire attraverso la mediazione del senso”. Originariamente l'estetica, infatti, non è una parte a sé stante della filosofia, ma l'aspetto della conoscenza che riguarda l'uso dei sensi.

zarne gli effetti di ordinato sviluppo del territorio. Si è cioè espressamente legittimata l'autorità titolare del potere di pianificazione urbanistica a valutare autonomamente tali interessi, purché nel rispetto dei vincoli già esistenti posti dalle amministrazioni competenti alla relativa tutela, con la possibilità di porre nuove e ulteriori limitazioni. Ne consegue che la sussistenza di competenze statali e regionali in materia di bellezze naturali o artistiche o storiche non esclude che la tutela di questi stessi beni sia perseguita anche in sede di adozione e approvazione dello strumento urbanistico comunale; caso mai vieta che essa risulti attenuata, per estensione o per incidenza conformativa. Ove la competenza pianificatoria comunale non potesse arricchirsi dei richiamati elementi contenutistici che le sono propri, purché nel rispetto della sfera delle competenze costituzionalmente declinate, essa finirebbe per essere svuotata della sua essenza più tipica, ovvero la regolazione del regime di edificabilità dei suoli (anche) in relazione al vincolo riscontrato. Appare cioè indubbio che "tutela" e "valorizzazione" (artt. 3, sulla «Tutela del patrimonio culturale», cui vanno ricondotti anche i beni paesaggistici e 6, sulla sua «Valorizzazione») esprimano - per esplicito dettato costituzionale - aree di intervento diversificate. E che, rispetto ad esse, è necessario che restino inequivocabilmente attribuiti allo Stato, ai fini della tutela, la disciplina e l'esercizio unitario delle funzioni destinate alla individuazione dei beni costituenti il patrimonio culturale, nonché alla loro protezione e conservazione; mentre alle Regioni, e, a cascata, agli altri Enti territoriali, ai fini della valorizzazione, spettino la disciplina e l'esercizio delle funzioni dirette alla migliore conoscenza, utilizzazione e fruizione di quel patrimonio (sentenza 17 luglio 2013 n. 194 della Corte costituzionale), ivi compresa la loro inclusione nelle previsioni urbanistiche locali.

Tuttavia, nonostante tale diversificazione, l'ontologica e teleologica contiguità delle suddette aree determina, nella naturale dinamica della produzione legislativa, la possibilità che alla predisposizione di strumenti concreti di tutela del patrimonio culturale si accompagnino contestualmente, quali naturali appendici, anche interventi diretti alla valorizzazione dello stesso. Ciò comportando una situazione di concreto concorso della competenza esclusiva dello Stato con quella concorrente dello Stato, delle Regioni e degli altri Enti territoriali.



## CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

# Disarmonie contabili. Risorse, bilanci e fondi per la gestione del personale\*

**SOMMARIO:** 1. Premessa 2. Autonomia e controllo della contrattazione integrativa 3. L'introduzione dei fondi destinati alla contrattazione integrativa 4. La fase espansiva 5. La fase di contenimento... e poi di blocco 6. E ora le "disarmonie" di cui parla il titolo: le complicazioni amministrativo-contabili. 7. Verso un cambio di paradigma? 8. Si può osare di più?

DI PIERLUIGI MASTROGIUSEPPE

**ABSTRACT:** Il contributo analizza e illustra la recente normativa e la conseguente interpretazione giurisprudenziale in materia di risorse finanziarie destinate ai Fondi integrativi degli Enti, nell'ambito della più ampia disciplina della contrattazione collettiva. L'autore pone in rilievo le problematiche innescate dal meccanismo amministrativo-contabile di controllo e le conseguenti ripercussioni sull'intero sistema dei fondi, con una proiezione conclusiva sui possibili scenari aperti dai prossimi, eventuali, interventi legislativi.

**ABSTRACT:** *The contribution analyses and illustrates the recent legislation and the consequent jurisprudential interpretation on the subject of the financial resources allocated to the Institutions' Supplementary Funds, in the context of the broader discipline of collective bargaining. The author highlights the problematic issues triggered by the administrative-accounting control mechanism and the consequent repercussions on the entire fund system, with a concluding projection on the possible scenarios opened up by the next possible legislative interventions.*

## 1. Premessa.

Il tema delle *risorse finanziarie* è un aspetto di particolare rilievo nella complessa costruzione normativa che regola il lavoro pubblico.

Non è un caso che, tra le finalità della riforma avviata nel 1993, richiamate nell'articolo di apertura del TUPI, sia indicata, tra le altre, quella di *razionalizzare il costo del lavoro pubblico, contenendo la spesa complessiva per il personale, diretta e indiretta, entro i vincoli di finanza pubblica*.

Per garantire la sostenibilità economica ed il rispetto dei vincoli di finanza pubblica, è stato previsto un impianto molto articolato, i cui tratti essenziali sono stati ampiamente analizzati nei numerosi commenti ed analisi sul lavoro pubblico riformato.

## 2. Autonomia e controllo della contrattazione integrativa.

Una parte rilevante di questo impianto - oggetto, nel tempo, di ripetuti e successivi interventi legislativi emendativi e correttivi - ha inteso, in particolare, *limitare e contenere le dinamiche retributive alimentate dal secondo livello negoziale* che, in alcune fasi, è sembrato essere l'anello debole della catena.

Qui si coglie, tuttavia, uno dei problemi - e, per certi aspetti, dei *paradossi* - di un

\* Le opinioni espresse in questo articolo sono attribuibili esclusivamente all'autore e non impegnano l'istituzione di appartenenza. Il saggio rielabora l'intervento al Convegno, promosso dalla Rivista, "Trent'anni dopo. Il lavoro nel sistema delle autonomie locali. Modelli organizzativi e paradigmi regolativi". Roma, 24 novembre 2023.



lavoro pubblico privatizzato, ma con forti e persistenti tratti di specificità, che derivano dal suo inserimento in un contesto oggettivamente diverso da quello privato.

Il problema discende dal *ruolo del secondo livello negoziale* che, storicamente, in base agli assetti generali della contrattazione, dovrebbe destinare le risorse erogate al conseguimento di obiettivi di maggior produttività. Ed il cui presupposto, proprio per poter assolvere a tale finalità, è quello di *godere di un certo grado di autonomia*.

Vi è quindi il rischio che due esigenze, entrambe imprescindibili, entrino in conflitto tra loro.

Da un lato, *l'esigenza di assicurare che i datori di lavoro possano operare con adeguati livelli di autonomia*. Ad esempio, la possibilità di destinare autonomamente risorse finanziarie alla contrattazione integrativa (o, al contrario, di ridurre le risorse precedentemente destinate), in base alla propria capacità di bilancio, è uno degli ambiti su cui si esercita (“deve esercitarsi”) l'autonomia degli enti. Più in generale, vi è l'esigenza che i datori di lavoro pubblici possano impostare ed attuare, anche attraverso la contrattazione integrativa, nel rispetto dei vincoli di bilancio, proprie ed autonome *politiche retributive*, in un mercato del lavoro nel quale si compete, con altre amministrazioni e con il settore privato, per attrarre (e trattenere) persone e competenze professionali.

Dall'altro, vi è l'esigenza che questa autonomia assuma i caratteri di *un'autonomia responsabile* e che si eserciti, quindi, all'interno di un quadro di compatibilità e sostenibilità. Il tema della “responsabilità” investe sia il versante del rispetto degli equilibri contabili e di bilancio sia quello della finalizzazione delle risorse finanziarie stanziata ad obiettivi di innalzamento dei livelli di produttività.

L'esigenza di mantenere una qualche forma di controllo delle dinamiche retributive del secondo livello negoziale (e della sua efficacia nel perseguire obiettivi di produttività) discende anche dalla circostanza che *la maggiore produttività non genera (o genera solo parzialmente) le risorse da redistribuire* sotto forma di guadagni di produttività. Il secondo livello negoziale, infatti, non distribuisce risorse generate da guadagni di produttività, ma risorse stanziata a monte nei bilanci e già quantificate all'inizio del negoziato. Quando una trattativa è avviata – tanto a livello nazionale quanto a livello decentrato – in qualche atto propedeutico (legge di bilancio, atto di indirizzo, bilancio dell'ente), sono già definite le risorse complessive che è possibile utilizzare.

Il fatto che le risorse siano date e, in una misura rilevante, indipendenti dalla produttività che quelle stesse risorse devono “spronare” e incentivare, rende elevato il rischio di accordi con forti esternalità negative che si scaricano su attori esterni al negoziato, quali, ad esempio, gli utenti ed i beneficiari dei servizi pubblici.

Da tutto ciò si comprende come queste diverse finalità (autonomia degli enti, autonomia del secondo livello negoziale, controllo delle dinamiche retributive) *non siano facilmente conciliabili* nel pubblico impiego. Occorre, da un lato, abbandonare l'idea di affidarsi a controlli centralistici e burocratici in un contesto che, per sua natura, richiede flessibilità, adattabilità, autonomia decisionale. Come pure, rinunciare del tutto ad una qualche forma di regolazione di un sistema, nel quale sono assenti (o troppo deboli) gli incentivi comportamentali che, in contesti di mercato, spingono naturalmente verso livelli più elevati di produttività.

*Va peraltro notato come, nel tempo, sia cambiato il rilievo di queste diverse finalità e come, di volta in volta, siano prevalse – anche in dipendenza di fattori di contesto più generali – le esigenze del controllo o le esigenze dell'autonomia*. Il peso più o meno rilevante che hanno avuto le prime rispetto alle seconde (e viceversa) si è anche riflesso nelle dinamiche retributive osservate a livello nazionale.

### 3. L'introduzione dei Fondi destinati alla contrattazione integrativa.

*L'introduzione, sin dai primi contratti collettivi del pubblico impiego, di Fondi per la*

*contrattazione integrativa* - variamente denominati negli anni e variamente composti e scomposti nei comparti di contrattazione - risente principalmente della *esigenza di controllare* le dinamiche del secondo livello negoziale e trova la sua base giuridica in alcune norme del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

Nell'art. 40, comma 3-quinquies, dove si stabilisce che la contrattazione nazionale individua – per le amministrazioni diverse dallo Stato, quelle con autonomia di bilancio – i criteri ed i limiti finanziari entro i quali deve svolgersi la contrattazione integrativa.

E nell'art. 48, comma 1 dello stesso decreto legislativo, dove si stabilisce che l'entità delle risorse della contrattazione integrativa delle amministrazioni statali deve essere predefinita all'interno dell'onere quantificato in legge di bilancio a carico del bilancio dello stato.

Il Fondo è, in effetti, un *prospetto Fonti/Impieghi*. Ciò che può essere *impiegato* (o destinato) deve discendere da *fonti finanziarie* precisamente individuate. Anche l'utilizzo di queste *fonti* è stabilito a monte, mediante l'elencazione di una serie di possibili *impieghi*. L'elenco delle fonti e degli impieghi è fatto all'interno del contratto collettivo nazionale. Tipiche fonti di alimentazione sono, ad esempio, gli incrementi delle risorse destinate CCNL oppure la retribuzione individuale di anzianità del personale cessato dal servizio. Gli impieghi non sono solo quelli del salario variabile (come premi di produttività o indennità di turno e disagio), ma anche del salario fisso (progressioni economiche).

Il Fondo è stato pensato come strumento per contenere ed imbrigliare le dinamiche della contrattazione integrativa, sia *ex ante* che *ex post*. Infatti, il Fondo è certificato preventivamente dal collegio dei revisori ed è controllato “a valle” in caso di verifiche e controlli ispettivi successivi. I dati sui Fondi sono comunicati, attraverso le rilevazioni di conto annuale, alla Ragioneria generale dello stato che, sulla base di queste rilevazioni, svolge anche attività di controllo *ex post*.

L'introduzione dei Fondi ha avuto come conseguenza la necessità di avere una contabilità specifica, parallela a quella ordinaria finalizzata alla redazione dei bilanci degli enti. Una contabilità a sé stante, non facilmente armonizzabile con quest'ultima, come si dirà meglio più avanti.

#### 4. La fase espansiva.

Su questo quadro, inizialmente dominato dalle esigenze della predeterminazione e del controllo della spesa del secondo livello negoziale, *sono venute alla luce nel tempo dinamiche e spinte tese ad introdurre elementi di autonomia*. Spinte provenienti principalmente dal mondo sindacale. Ma anche dagli enti e dai comitati di settore, che vedevano nell'autonomia del secondo livello negoziale uno dei terreni sui quali gli enti avrebbero potuto esercitare la propria autonomia, affrancandosi da logiche di controllo centralistico e burocratico.

Quindi sul concetto di “fondo rigido e predeterminato” si sono innestati gradualmente *meccanismi e previsioni contrattuali tesi a dare agli enti la possibilità di integrare con risorse ulteriori la parte rigida o fissa dei fondi*. Furono coniate, al riguardo, le definizioni, tuttora in voga, di “risorse proprie” o “risorse di bilancio”, riflesso condizionato di meccanismi di finanza derivata e di controllo centralistico sulla spesa; definizioni che obliterano, tuttavia, il fatto che tutte le risorse finanziarie destinate dagli enti, anche quelle che costituiscono le base fissa o stabile del Fondo, sono “proprie” e “a carico del bilancio”.

Il passaggio a questa nuova fase si coglie anche nel cambio di denominazione adottato per designare la contrattazione di secondo livello: si passò, infatti, dalla “contrattazione decentrata” alla “contrattazione integrativa-decentrata”, proprio per sottolineare

la maggiore autonomia conquistata dal secondo livello negoziale.

Per consentire agli enti di poter incrementare il Fondo con “risorse ulteriori” rispetto a quelle costituenti la sua parte rigida e predeterminata – ma non rinunciando, tuttavia, a vincolarne il comportamento attraverso una serie di accorgimenti formali – furono introdotte due ulteriori “fonti di alimentazione”.

In primo luogo, venne data la possibilità di stanziare risorse, in base alla capacità di bilancio, ma entro un tetto di spesa predefinito. In questa prima tipologia si iscrive, ad esempio, la disposizione contrattuale, presente sin dal 1999 nel comparto delle Funzioni locali e tuttora vigente, che rende possibile l’incremento dei fondi fino all’1,2% del monte salari 1997<sup>(1)</sup>. Qui si riscontra un concetto di “capacità di bilancio”, seppur temperato da un tetto entro il quale decidere quante risorse stanziare.

Ma ancora più “aperturista” è la coeva disposizione (art. 15, comma 5 del CCNL 31/3/1999) che rese possibile l’integrazione del Fondo con ulteriori risorse, senza un tetto predefinito ed in base alla sola capacità di bilancio, a condizione che le stesse fossero “espressamente” finalizzate al conseguimento di obiettivi di maggiore “efficacia produttiva”, declinati nelle due varianti della *attivazione di nuovi servizi* e del *potenziamento quali-quantitativo dei servizi esistenti*.

In effetti, la storia di questa seconda disposizione fu piuttosto tormentata. Essa ebbe indubbiamente effetti di un certo rilievo sul piano della dinamica retributiva. Ma non ebbe gli effetti sperati nell’innescare dinamiche di “scambio virtuoso” tra maggiori risorse e maggiore produttività. Piuttosto, venne utilizzata in chiave di ulteriore e generalizzato innalzamento dei livelli retributivi (oltre la dinamica consentita dal livello nazionale), con effetti non trascurabili di slittamento salariale, giustificati con l’esistenza di un *gap* retributivo da colmare tra il comparto enti locali e gli altri comparti di contrattazione.

Queste applicazioni, non del tutto in linea con lo spirito e la lettera della disposizione nazionale, furono peraltro bersaglio di numerose ispezioni condotte dai Servizi ispettivi di finanza pubblica della Ragioneria generale dello stato, i quali, a più riprese, rilevarono l’assenza di una esplicita finalizzazione ad obiettivi di “maggiore produttività”. Rilievi mossi anche sulla scorta di un citatissimo parere Aran che, in modo certosino, si fece carico di elencare tutte le condizioni da rispettare per un’applicazione corretta della disposizione<sup>(2)</sup>. Col senno di poi, la vicenda di questo parere dimostra plasticamente, se ancora ce ne fosse bisogno, che rispondere con nuove e più penetranti regole<sup>(3)</sup> a disfunzioni nell’applicazione di regole che non raggiungono gli effetti attesi o sperati può, in molti casi, innescare un pericoloso circolo vizioso, nel quale ci si avvitava senza più riuscire a trovare la via.

Vi fu, in verità, anche un ulteriore tentativo di “aprire” alle esigenze dell’autonomia, in una logica di responsabilizzazione. Il meccanismo che si pensò di introdurre per via contrattuale – noto, all’epoca, con il nome di “parametri virtuosi” – era concepito come

1 Art. 79, comma 2, lett. b) del CCNL comparto Funzioni locali del 16 novembre 2022.

2 Si tratta del parere ARAN 499-15L1, i cui contenuti sono ripresi integralmente a pag. 57 del *Rapporto della Ragioneria Generale dello Stato su “Le risultanze delle indagini svolte dai Servizi ispettivi di Finanza pubblica in materia di spesa di personale del comparto Regioni ed enti locali, con particolare riferimento agli oneri della contrattazione decentrate”*, 2001 (<https://www.rgs.mef.gov.it/Documenti/VERSIONE-I/Attivit-i/Vigilanza-/Le-risultanze/Le-risultanze-delle-indagini-svolte-dai-Servizi-Ispettivi-di-Finanza-Pubblica.pdf>). Questo parere, molto rigoroso e prescrittivo nel delineare i vincoli per applicare la disciplina dell’art. 15, comma 5, fu poi superato da un parere successivo, a distanza di 10 anni, noto come “parere Scandicci” (poiché rispondeva ad un quesito posto dal Comune di Scandicci), che attenuava in modo significativo gli oneri motivazionali in capo agli enti per decidere lo stanziamento di risorse aggiuntive, pur non rinunciando del tutto ad un approccio prescrittivo. In merito a questo secondo parere, si vedano alcuni commenti di G. BERTAGNA: *L’articolo 15, comma 5: cambiamento di rotta* <https://www.gianlucabertagna.it/2015/06/27/lart-15-comma-5-cambiamento-di-rotta/>; *Ancora sull’articolo 15 comma 5* <https://www.gianlucabertagna.it/2015/07/26/ancora-sull-art-15-comma-5/>.

3 Regola enunciata, nel caso di specie, nella forma di “orientamento applicativo”.

un sistema di condizionalità basato su parametri di bilancio<sup>(4)</sup>. In pratica, si concedevano maggiori spazi finanziari di integrazione del fondo agli enti che presentavano migliori condizioni di bilancio, sulla base di indici e parametri predefiniti. Il tentativo venne presto abbandonato, forse anche a causa della sua complessità e delle conseguenti difficoltà di gestirlo per via negoziale.

Con l'innesto, sulla parte "rigida e predeterminata" del Fondo, di una parte alimentata da risorse autonomamente destinate dagli enti, seppur variamente subordinate al rispetto di una serie di condizioni, si sono poste le basi per la distinzione tra *parte stabile* e *parte variabile*, presente ancora oggi nelle più recenti discipline in materia di Fondi.

La parte variabile è quella che risente maggiormente delle scelte autonome degli enti, potendo non solo essere alimentata con nuove risorse, ma potendo anche essere ridotta nel tempo. Peraltro, si tratta di una parte strettamente dipendente dalle condizioni di bilancio: per gli enti che presentino situazioni di deficitarietà si prevedono, infatti, una serie di obblighi o inibizioni (ad esempio, l'impossibilità di aumentare le risorse oppure l'obbligo di ridurle in dipendenza dei piani di risanamento adottati).

*Per completare l'esposizione, è necessario accennare anche ad un'altra tendenza che ha caratterizzato questa fase espansiva.* Si tratta della scelta fatta con il CCNL – sia nel comparto degli enti locali che in altri comparti di contrattazione – di assorbire quote di risorse dai fondi, stabilizzandole all'interno di voci retributive fisse (nel caso degli enti locali, l'indennità di comparto)<sup>(5)</sup>. In questo modo, risorse originariamente destinate alla contrattazione integrativa, con precisa finalizzazione alla produttività degli enti, sono state stornate sulla parte di salario fisso governato dal livello nazionale.

### 5. La fase di contenimento ... e poi di blocco.

Durante la fase espansiva – lo si vede dall'analisi delle serie storiche sulle retribuzioni – vi sono stati incrementi della retribuzione complessiva superiori a quelli programmati a livello nazionale ed a quelli del settore privato. Questa più sostenuta dinamica delle retribuzioni, si riscontra in particolare a partire dai primi anni 2000, fino ad almeno il 2006-2007.

Ad un certo punto, iniziano a notarsi i primi segnali di un cambiamento di fase. Per governare una crescita retributiva non più sotto controllo (ma anche non collegata o debolmente collegata a dinamiche di maggiore produttività), alcuni provvedimenti di contenimento della spesa – una prima volta nel 2005<sup>(6)</sup> e poi, con ulteriore inasprimento, nel 2008<sup>(7)</sup> – hanno cominciato a introdurre, per gli enti pubblici nazionali con bilancio autonomo, *limiti esterni alla crescita dei Fondi contrattuali*. Questi primi tentativi non videro coinvolti gli enti locali, per i quali si ritenne che tali limiti, imposti con legge nazionale, potessero confliggere con l'autonomia ad essi riconosciuta nel nuovo assetto dei poteri costituzionali, da poco riformato.

In realtà, qualche anno dopo, nel 2010, per far fronte alla gravissima crisi finanziaria di quegli anni, messa da parte ogni riserva in nome dell'emergenza, il meccanismo del limite esterno sui fondi, imposto per via legislativa, venne esteso a tutte le pubbliche amministrazioni (e, quindi, anche agli enti locali)<sup>(8)</sup>.

*Il limite esterno ha conosciuto varie fasi.* In una *prima* fase, esso operò nella versione più stringente. In caso di aumento del personale il limite rimaneva invariato, deter-

4 Art. 5 del CCNL del comparto Regioni-autonomie locali del 5/10/2001.

5 Art. 33 del CCNL comparto Regioni-autonomie locali del 22/1/2004.

6 Art. 1 comma 189 della legge 23 dicembre 2005, n. 266.

7 Art. 67, comma 5 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112.

8 Art. 9, comma 2-bis del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78.

minando, quindi, una riduzione dei salari medi. Invece, in caso di diminuzione della spesa di personale esso veniva ridotto di una quota percentuale corrispondente, mantenendosi, in tal modo, il livello medio dei salari<sup>(9)</sup>. Si trattò, quindi, di un limite rigido verso l'alto e flessibile verso il basso. Lo scopo non era solo quello di lasciare invariato il livello della spesa, ma anche quello di ridurla, se possibile. Il che avvenne effettivamente, come documentano le serie statistiche delle retribuzioni relative a quegli anni.

In una *seconda* fase, esso venne un po' mitigato. Dapprima, si concesse che la decurtazione, in caso di riduzione del personale, potesse non essere operata o essere operata in parte, qualora vi fosse la previsione di nuove assunzioni, in base alla legislazione vigente<sup>(10)</sup>. Successivamente, si eliminò del tutto l'elemento della riduzione in caso di riduzione degli occupati<sup>(11)</sup>. Dunque, un limite fisso senza alcun elemento di flessibilità tanto verso l'alto quanto verso il basso. In questa versione, si aveva l'effetto di un aumento dei salari medi in caso di diminuzione degli occupati e di una loro riduzione in caso di crescita occupazionale. In entrambe le versioni, si verificò, in alcuni casi, un effetto paradossale. In situazioni di piccoli numeri - cioè quando piccoli aumenti in valore assoluto determinano significativi aumenti in valore percentuale - è sufficiente, infatti, un lieve incremento verso l'alto del numero di occupati per determinare significative riduzioni del salario medio. L'effetto è amplificato quando la quota del salario complessivo dipendente dalle risorse del Fondo è molto elevata (come avviene nel caso della dirigenza, che trae dal Fondo una parte significativa - con percentuali vicine al 50% - della retribuzione complessiva). Questo effetto riguardò particolarmente la dirigenza di alcuni comuni di medie dimensioni, con un numero di dirigenti inferiore alle 10 unità, dove l'incremento, anche di una sola unità, avrebbe potuto determinare una riduzione della retribuzione media nell'ordine del 5-10% o superiore.

In una *terza* fase, si ebbe una ulteriore mitigazione, prevedendosi, a determinate condizioni, una flessibilità verso l'alto, cioè un adeguamento del limite in caso di crescita occupazionale (e senza alcuna riduzione in caso di diminuzione del personale)<sup>(12)</sup>. Questo meccanismo, che è durato sino ad oggi, sarà oggetto di uno specifico approfondimento, nel successivo paragrafo 7.

Per ora sarà sufficiente notare, che grazie al limite esterno imposto per via legislativa *l'obiettivo di riportare la dinamica retributiva entro un sentiero di sostenibilità è stato pienamente raggiunto*. Forse, anche oltre le attese, se si guardano le serie storiche della dinamica retributiva nel quinquennio 2010-2015, che coincide anche con il periodo di blocco della contrattazione nazionale<sup>(13)</sup>.

*Ma si è allontanato ancora di più l'obiettivo di legare risorse e produttività, giacché risorse per il secondo livello negoziale, stanziabili sulla base di un rigido principio di*

9 Si riporta il testo del citato comma 2-bis dell'art. 9: "A decorrere dal 1° gennaio 2011 e sino al 31 dicembre 2013 l'ammontare complessivo delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale, anche di livello dirigenziale, di ciascuna delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non può superare il corrispondente importo dell'anno 2010 ed è, comunque, automaticamente ridotto in misura proporzionale alla riduzione del personale in servizio".

10 Art. 1, comma 236, legge 28 dicembre 2015, n. 208: "Nelle more dell'adozione dei decreti legislativi attuativi degli articoli 11 e 17 della legge 7 agosto 2015, n. 124, con particolare riferimento all'omogeneizzazione del trattamento economico fondamentale e accessorio della dirigenza, tenuto conto delle esigenze di finanza pubblica, a decorrere dal 1° gennaio 2016 l'ammontare complessivo delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale, anche di livello dirigenziale, di ciascuna delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, non può superare il corrispondente importo determinato per l'anno 2015 ed è, comunque, automaticamente ridotto in misura proporzionale alla riduzione del personale in servizio, tenendo conto del personale assumibile ai sensi della normativa vigente".

11 Art. 23, comma 2 decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75.

12 Art. 33, comma 2 decreto legge 30 aprile 2019, n. 34.

13 Si veda Rapporto semestrale Aran sulle retribuzioni dei pubblici dipendenti, Giugno 2015, [https://www.aranagenzia.it/attachments/article/7059/Rapporto%20semestrale%201-2015\\_sito.pdf](https://www.aranagenzia.it/attachments/article/7059/Rapporto%20semestrale%201-2015_sito.pdf)

*spesa storica*, rendono davvero problematico un qualunque aggancio con la produttività.

## 6. E ora le “disarmonie” di cui parla il titolo: le complicazioni amministrativo-contabili.

Le complicazioni amministrativo-contabili nella gestione dei Fondi sono un motivo ricorrente di critica dei contratti collettivi nazionali e delle norme di legge che ne hanno limitato la crescita. Talmente ricorrente che si è sentito il bisogno di intervenire con legge per sollecitare le parti negoziali a semplificarne la gestione amministrativa<sup>(14)</sup>. In realtà, le complicazioni non sono legate solo alla disciplina contrattuale, ma anche al *combinato disposto* tra fonte legale (limiti esterni di crescita dei Fondi) e fonte negoziale (disciplina contrattuale dei Fondi).

Per gestire le risorse della contrattazione integrativa, *servono, infatti, tre contabilità non sempre facilmente armonizzabili tra loro.*

*In primo luogo, una contabilità dei fondi.* Come detto, il Fondo è un prospetto Fonti/Impieghi. Le fonti, così come gli impieghi, sono stabili o variabili. I contratti hanno previsto il vincolo che risorse variabili non finanzino impieghi stabili. Vi sono, inoltre, come ulteriori elementi di complicazione, i residui da calcolare a consuntivo a fine anno e da riportare all'anno successivo; le risorse per le progressioni economiche che, una volta utilizzate, restano “congelate” fino a quando il beneficiario della progressione non cessa dal servizio; vi sono inoltre da conteggiare le RIA dei cessati che entrano, in ragione d'anno dall'anno successivo alla cessazione, ma che nell'anno di cessazione vanno computate in base al numero di mesi dopo la cessazione. Ulteriore complessità, oggi notevolmente attenuata, era data dagli oneri motivazionali e procedurali per prevedere lo stanziamento di risorse variabili<sup>(15)</sup>.

*Va dato atto alle parti negoziali dei tentativi, fatti negli ultimi CCNL, di introdurre alcuni (“parziali”) elementi di semplificazione.* Per esempio, sono state eliminate tutte le certificazioni *ex post* sulle risorse variabili stanziati nei limiti dell'1,2% del monte salari 1997. È stato eliminato l'obbligo di esplicitare puntualmente il collegamento tra risorse variabili e obiettivi di potenziamento quali-quantitativo dei servizi o di introduzione di nuovi servizi<sup>(16)</sup>. È stato previsto un “reset” dei Fondi, con ripartenza da un unico Fondo consolidato nel quale sono confluite tutte le “fonti di parte stabile” che hanno alimentato il Fondo nel tempo.

Va detto, per amor di verità, che queste semplificazioni sono state possibili perché, sopra il Fondo, c'è il limite di legge. Probabilmente, in assenza di questo elemento, l'attenuazione dei molti oneri motivazionali per stanziare risorse variabili, non avrebbe superato i rilievi degli organi di controllo durante la fase di certificazione della Ipotesi di contratto.

14 L'art. 40, comma 4-ter del d. lgs. n. 165/2001 (aggiunto da uno dei decreti Madia, il d. lgs. n. 75/2017) affida, infatti, alle parti negoziali compito di “*semplificare la gestione amministrativa dei fondi destinati alla contrattazione integrativa e di consentirne un utilizzo più funzionale ad obiettivi di valorizzazione degli apporti di personale, nonché di miglioramento della produttività e della qualità dei servizi*”. A tal fine, si richiede alla contrattazione collettiva nazionale di provvedere “*al riordino ed alla semplificazione delle discipline in materia di dotazione ed utilizzo dei fondi destinati alla contrattazione integrativa*”.

15 Nel caso, ad esempio, delle risorse stanziati ai sensi dell'art. 15, comma 5 del CCNL 1/4/1999 era necessario esplicitare puntualmente il collegamento tra risorse ed obiettivi; nel caso delle risorse fino all'1,2% del monte salari 1997 era richiesta una certificazione *ex post* da parte dei nuclei di valutazione.

16 Il nuovo articolo 79, comma 2, lett. c) del CCNL 16 novembre 2022 ha previsto infatti la possibilità di adeguare le disponibilità del fondo “*sulla base di scelte organizzative, gestionali e di politica retributiva degli enti, anche connesse ad assunzioni di personale a tempo determinato, ove nel bilancio sussista la relativa capacità di spesa*”. Si tratta di una formulazione ampia che attenua notevolmente gli oneri di motivazione. Sulla stessa lunghezza d'onda la formulazione inserita per le analoghe risorse previste per il contratto della dirigenza (art. 57, comma 2, lett. e) del CCNL 17 dicembre 2020): “*risorse autonomamente stanziati dagli enti per adeguare il Fondo alle proprie scelte organizzative e gestionali, in base alla propria capacità di bilancio, ed entro i limiti di cui al comma 1 oltreché nel rispetto delle disposizioni derivanti dai rispettivi ordinamenti finanziari e contabili*”.

In aggiunta alla contabilità dei fondi, serve però anche *una contabilità del limite*, anche questa con varie complicazioni. Il limite è un tetto da non superare e, dunque, sembra una “cosa semplice”. Però anche questa “cosa *apparentemente* semplice” è stata oggetto, nel tempo, di numerose revisioni normative e di altrettanto numerosi orientamenti e pareri – spesso ondivaghi e non univoci – che hanno complicato la vita agli enti.

C'è, innanzitutto, il tema delle *risorse dentro e fuori il limite*. Già ... perché alcune “fonti di alimentazione” sono state considerate extra-limite, sulla scorta di orientamenti interpretativi di RGS o della Corte dei conti o per effetto di norme di legge. Per esempio, sono extra limite, sulla base di una disposizione di legge, gli incrementi dei Fondi disposti dai contratti collettivi nazionali<sup>(17)</sup>. Pure extra limite, sono considerati: i “residui derivanti da precedenti annualità” che incrementano *una tantum* il Fondo di un determinato anno; le risorse che finanziano gli incentivi per funzioni tecniche previste dal codice degli appalti<sup>(18)</sup>; le risorse che finanziano i compensi professionali legali in relazione a sentenze favorevoli all'amministrazione<sup>(19)</sup>; le risorse derivanti da sponsorizzazioni, accordi di collaborazione e conto terzi di cui all'art. 43 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, ma (secondo alcune sezioni regionali della Corte dei conti) *limitatamente ai rapporti con soggetti privati*<sup>(20)</sup>. L'elenco delle risorse extra limite continua con altre “fonti di alimentazione” che non è qui il caso di richiamare.<sup>(21)</sup>

È il caso, invece, di evidenziare un ulteriore elemento di complicazione. Abbiamo visto, infatti, che il limite non è “statico”, ma si muove in aumento o in diminuzione in base all'andamento delle unità di personale. *Sorge, quindi, il problema di “come” calcolare le unità di personale*. Su questo punto, sono state prospettate, nel tempo, diverse metodologie. In vigenza, del precedente limite previsto dall'art. 9, comma 2-bis, del Decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, la Ragioneria generale dello stato aveva indicato il metodo della semisomma<sup>(22)</sup>. Più recentemente, in attuazione del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75 e dell'art. 33 del Decreto-legge 30 aprile 2019 n. 34, è stato invece prospettato il più preciso e puntuale metodo di quantificazione basato sul numero di tutti i cedolini emessi nell'anno di riferimento in ragione di dodici mensilità<sup>(23)</sup>.

Sempre in tema di unità di personale, si è a lungo dibattuto sull'inclusione o meno del personale a tempo determinato. Nel senso della “non inclusione” si era pronunciata la Ragioneria generale dello stato<sup>(24)</sup>. Più recentemente, con orientamento opposto, ma forse più convincente, la inclusione dei tempi determinati è stata sostenuta dalla

17 Lo prevede l'articolo 11 del decreto legge 14 dicembre 2018, n. 135. Prima di questa norma, tuttavia, del tema si era già occupata la Sezione delle autonomie della Corte dei conti, pronunciandosi sulla questione di massima posta dalla Sezione regionale di controllo per la Lombardia con la deliberazione n. 221/2018/QMIG, enunciando il seguente principio di diritto: «Gli incrementi del fondo risorse decentrate previsti dall'articolo 67, comma 2, lettere a) e b) del CCNL funzioni locali del 21 maggio 2018, in quanto derivanti da risorse finanziarie definite a livello nazionale e previste nei quadri di finanza pubblica, non sono assoggettati ai limiti di crescita dei fondi previsti dalle norme vigenti e, in particolare al limite stabilito dall'articolo 23, comma 2, del decreto legislativo 75/2017». E prima ancora le stesse parti negoziali, anticipando l'orientamento interpretativo più autorevolmente affermato da Corte dei conti, con una dichiarazione congiunta (la n. 4) allegata al CCNL delle Funzioni centrali sottoscritto il 12 febbraio 2018.

18 In tal senso, Corte dei conti – Sezione delle autonomie, del 10 aprile 2018, n. 6.

19 In tal senso, Corte dei conti – Sezioni riunite in sede di controllo, del 4 ottobre 2011, n. 51.

20 In tal senso, Corte dei conti – Sezione regionale di controllo Liguria, del 24 maggio 2018, n. 105.

21 Per l'elenco completo (al netto di eventuali precisazioni ed orientamenti intervenuti successivamente), si rinvia all'ottimo ed esauritivo parere reso da RGS in risposta ad un quesito posto da Regione Lombardia (MEF - RGS - Prot. 257831 del 18/12/2018 - U), facilmente reperibile in rete.

22 Per “semisomma” si intende la media aritmetica dei presenti, rispettivamente, al 1° gennaio e al 31 dicembre di ciascun anno. Si veda, in tal senso, circolare RGS n. 12 del 15 aprile 2011, nella quale il metodo della semisomma viene indicato come “il più idoneo a quantificare la percentuale di variazione della consistenza di personale”.

23 In tal senso, Corte dei conti – Sezione regionale di controllo Lombardia, del 22 settembre 2021, n. 134.

24 In tal senso, il parere n. 179877 del 1° settembre 2020, reso alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, ed il parere n. 12454 del 15 gennaio 2021, reso al Comune di Roma.

Sezione autonomie della Corte dei conti, che si è pronunciata su una questione interpretativa rimessa dalla Sezione regionale della Liguria<sup>(25)</sup>.

Alle due contabilità fin qui viste (la contabilità dei fondi e quella del limite), si aggiunge, infine, la *contabilità vera e propria, quella del bilancio*, che va riconciliata con entrambe, perché utilizza differenti logiche e schemi classificatori.

### 7. Verso un cambio di paradigma?

Il meccanismo dei fondi – limite interno alla contrattazione collettiva – su cui, in tempi in più recenti, si è innestato l'ulteriore e sovraordinato meccanismo dei limiti esterni imposti dalla legge, ha resistito per quasi un trentennio.

C'è da chiedersi se tali meccanismi di controllo – che operano secondo logiche burocratiche di tipo tradizionale – siano ancora attuali e se sia possibile immaginare un loro superamento, nella prospettiva, prima delineata, di un rinnovato assetto che tenga insieme “autonomia” e “responsabilità”. Vi sono alcuni segnali che sembrano andare in questa direzione.

Un cambiamento importante degli ultimi anni, che ha interessato in modo particolare gli enti territoriali, è la più rigida disciplina di bilancio, imposta principalmente dagli obblighi di partecipazione dell'Italia al patto di stabilità definito in sede europea. Agli enti territoriali, è oggi richiesto di concorrere – al pari dello Stato – al rispetto di tali obblighi. La responsabilità degli enti territoriali ha assunto anche valenza costituzionale, con la legge di modifica della Costituzione approvata nel 2012, che ha introdotto il principio del pareggio di bilancio<sup>(26)</sup>.

In base alle nuove regole, gli enti sono tenuti al raggiungimento di uno specifico obiettivo di saldo finanziario, calcolato quale differenza tra entrate e spese finali. Sono anche previste procedure di monitoraggio del conseguimento di tale obiettivo.

La parziale sospensione del patto di stabilità UE negli anni del post-Covid non ha fatto venire meno gli elementi di fondo di questo quadro, che sembra destinato a permanere anche nei prossimi anni.

C'è da chiedersi, dunque, se non vi siano le condizioni per un allentamento (o, addirittura, per un superamento) dei vincoli sulla crescita dei Fondi destinati alla contrattazione integrativa, dal momento che operano – ad un livello più alto – meccanismi di responsabilizzazione sui bilanci che oggi appaiono notevolmente rafforzati.

Qualche segnale – per la verità ancor timido – di andare oltre la logica dei limiti interni ed esterni ai Fondi destinati alla contrattazione integrativa comincia, peraltro, a intravedersi.

Delle semplificazioni alla disciplina dei Fondi introdotte per via contrattuale, soprattutto in termini di “oneri motivazionali” per le nuove risorse autonomamente stanziare dagli enti, si è già detto. Sempre alla contrattazione si deve la scelta di portare al di fuori del Fondo, le risorse destinate alla retribuzione di posizione e di risultato delle “posizioni organizzative” (oggi, incarichi ad elevata qualificazione). Alla base di tale scelta, fortemente voluta e sostenuta dal Comitato di settore degli enti locali, vi è l'idea che gli enti devono avere piena autonomia nella decisione delle risorse da destinare ad un istituto – quale è quello degli incarichi ad elevata qualificazione – che investe direttamente le politiche organizzative. È il caso, tuttavia, di sottolineare come essa non abbia avuto piena realizzazione dal momento che la disciplina contrattuale ha dovuto comunque muoversi all'interno del limite di legge<sup>(27)</sup>.

25 Corte dei conti – Sezione delle Autonomie, del 20 novembre 2023, n. 18.

26 Si tratta della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1. Per quanto qui interessa, si vedano le modifiche all'art. 119 primo comma ed all'art. 97, primo comma.

27 Pur essendo finanziato “fuori fondo”, l'eventuale scelta di un ente di “dedicare” maggiori risorse a questo Istituto determina, seppur in modo non automatico, una riduzione del Fondo.



Il limite di legge, in effetti, permane, nonostante da più parti – sindacato, *in primis* – se ne chieda a gran voce il superamento.

L'illusione di “pieno superamento” si era avuta con il patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale, siglato, prima dell'avvio della stagione negoziale 2019-2021, dal Ministro per la pubblica amministrazione e CGIL-CISL-UIL. Nel punto 1 di tale accordo era infatti stabilito un impegno del Governo a individuare “*le misure legislative utili a valorizzare il ruolo della contrattazione decentrata e, in particolare, al superamento dei limiti di cui all'art. 23, comma 2, del d. lgs. n. 75/2017*”<sup>(28)</sup>. In effetti, non si può negare che, dopo il patto, il superamento vi sia stato, ma ciò è avvenuto ... *con l'introduzione di un “limite sul limite”*. Il comma 604 della legge di bilancio per il 2022 ha, infatti, concesso la possibilità di superare il tetto del 23 comma 2, ma non oltre l'ulteriore asticella dello 0,22% del monte salari anno 2018.

Una mitigazione del rigore dell'art. 23 si era già avuta con la interpretazione da parte di RGS ed alcune Corti dei conti (in verità, del tutto conforme alla lettera della norma), in base alla quale il limite deve intendersi non sui singoli Fondi o stanziamenti destinati alle diverse categorie di personale (fondo non dirigenti, stanziamento incarichi elevata qualificazione, risorse per lo straordinario, fondo dirigenti, risorse trattamenti accessori per i segretari comunali e provinciali), ma come unico limite che vale per il complesso di tali risorse<sup>(29)</sup>.

Un altro piccolo pezzo di strada in direzione della flessibilità è stato fatto, consentendo agli enti di superare il limite, a determinate condizioni.

Va in questa direzione la norma<sup>(30)</sup> con la quale si è concessa la possibilità, agli enti locali di minori dimensioni (quelli privi di posizioni dirigenziali), di *remunerare le posizioni organizzative (oggi, incarichi di elevata qualificazione), oltre il limite di legge, utilizzando, in tutto o in parte, il budget delle risorse destinate a nuove assunzioni*<sup>(31)</sup>. Operazione a saldo zero dal punto di vista della finanza pubblica, ma del tutto opportuna per dare un po' di aria agli asfittici ed angusti limiti entro i quali gli enti possono fare le proprie politiche del personale<sup>(32)</sup>.

*Una seconda e più strutturale misura è quella prevista dal D.L. n. 34/2019*. Si tratta di una disposizione che apre la strada a quell'idea di responsabilizzazione sui risultati di bilancio con cui le politiche del personale, ivi comprese le scelte che si fanno in contrattazione integrativa, devono necessariamente fare i conti.

Senza entrare nei tecnicismi della norma, vediamo i tratti essenziali, ricordando comunque che si tratta pur sempre di una disciplina articolata, che ha richiesto, tra l'altro, alcuni DM attuativi<sup>(33)</sup>.

In estrema sintesi, si concedono margini di flessibilità nella gestione del personale

28 L'impegno politico assunto nel patto ha trovato poi una traduzione normativa nell'art. 3, comma 2, del decreto legge 9 giugno 2021, n. 80, in base al quale “i limiti di spesa relativi al trattamento economico accessorio di cui all'articolo 23, comma 2, del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75, compatibilmente con il raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica, possono essere superati, secondo criteri e modalità da definire nell'ambito dei contratti collettivi nazionali di lavoro e nei limiti delle risorse finanziarie destinate a tale finalità”.

29 Si veda, in tal senso, Circolare n. 16/2020 della RGS, sulle rilevazioni di conto annuale 2019.

30 Art. 11 *bis*, comma 2, del decreto-legge del 14 dicembre 2018 n. 135 convertito, con modificazioni, dalla legge del 11 febbraio 2019 n. 12.

31 Anche questa norma è stata tuttavia oggetto di successive interpretazioni che ne hanno limitato la portata. Ad esempio, è stato ritenuto che la sua applicazione possa avvenire una volta soltanto e non sia reiterabile con ulteriori e successivi incrementi (in tal senso, Sezione Lombardia, del. 210/2019/PAR). Vi è stata anche una sezione regionale che ritiene che essa non sia più applicabile dopo l'entrata in vigore del nuovo CCNL che ha sostituito gli “incarichi di posizione organizzativa” con i nuovi “incarichi ad elevata qualificazione (in tal senso, Sezione Toscana, del 1/2021/PAR).

32 Va ricordato che la possibilità di finanziare la parte variabile del salario con risorse ricavate dai *budget* as-sunzionali è stata prevista, nel CCNL delle Funzioni centrali, per la nuova Area delle Elevate professionalità.

33 Per i comuni, il DM 17 marzo 2020.

se si rispettano alcune condizioni di sostenibilità finanziaria. Le condizioni sono due: rapporto tra spesa di personale ed entrate al di sotto di una certa soglia e rispetto dell'equilibrio di bilancio pluriennale, asseverato dal Collegio dei revisori.

Gli enti che rispettano le due condizioni sopra viste:

1) sono svincolati dalla regola del “turn-over” per le assunzioni: in pratica, assumono senza sottostare alla regola, ancora prevista per le amministrazioni centrali, che vincola il numero delle nuove assunzioni al numero dei cessati;

2) applicano in modo più flessibile il limite dell'art. 23, comma 2, potendo, quest'ultimo, essere innalzato di una percentuale pari all'aumento delle unità di personale rispetto all'anno base 2018. Il limite, dunque, resta, ma mitigato.

Anche questa nuova versione del limite – lo si è già detto – ha posto numerosi problemi applicativi<sup>(34)</sup>. Inoltre, va constatato che anche gli enti che presentano condizioni di sostenibilità restano ancorati ad una logica di limite rigido, seppure in una versione più flessibile. Nonostante tutto, si è trattato, comunque, di un piccolo passo avanti nella direzione dell'autonomia-responsabile.

Un altro piccolo passo avanti è stato fatto, infine, da alcune Corti dei conti regionali che hanno ritenuto non soggette al limite dell'art. 23, comma 2 del d. lgs. n. 75/2017, le *risorse destinate a welfare integrativo*, con condivisibile orientamento basato sulla considerazione che le relative erogazioni non hanno natura retributiva e non rientrano, pertanto, nell'ambito di applicazione di un limite che ha, con ogni evidenza, natura retributiva<sup>(35)</sup>. Anche in questo caso, però, si è registrata – come spesso avvenuto negli ultimi anni – una non univocità di orientamenti. Alle aperture della Corte dei conti ha fatto seguito, infatti, a stretto giro, un parere di segno contrario reso dalla Ragioneria generale dello stato sulla medesima tematica<sup>(36)</sup>.

## 8. Si può osare di più?

Onestamente, credo di sì. Viene a volte il timore che non si sia nelle condizioni di vedere nuove strade, perché si è immersi fino al collo in uno schema, che si è a lungo frequentato, che rassicura e che non riesce a far guardare le cose in una chiave evolutiva e di sviluppo.

Gli enti hanno bisogno di essere gestiti in modo responsabile, ma con meno vincoli burocratici. La complessità dei tempi che viviamo non può essere affrontata con schemi rigidi. C'è bisogno di adattabilità. I contesti sono profondamente diversi e richiedono risposte differenziate. Le politiche del personale devono potersi adattare ai contesti.

*Sostenibilità finanziaria ed equilibrio di bilancio sono certamente una pre-condizione.* Si può discutere dei parametri da utilizzare per misurare la sostenibilità. Si potrà ritenere, ad esempio, che il parametro spesa di personale in rapporto alle entrate correnti non sia sempre e comunque indice di sostenibilità, laddove si consideri che il suo valore più o meno alto risente delle politiche di “esternalizzazione”. Fuori discussione, invece, l'equilibrio pluriennale di bilancio.

*Dove c'è sostenibilità ci deve essere anche più autonomia.* Non serve porre ulteriori limiti se funzionano meccanismi di responsabilità sulla gestione finanziaria. Viceversa, i limiti vanno posti dove il bilancio presenta uno squilibrio e dove è necessario ricondurre entro un sentiero di sostenibilità.

È possibile “dare piena autonomia” dove le condizioni di bilancio lo consentano, nel presupposto che il bilancio è il vincolo di ultima istanza che li riassume tutti? Se

34 Ad esempio, come si definiscono le unità di personale, se si considera o meno il personale a tempo determinato, se si può innalzare anche il limite sullo stanziamento degli incarichi ad elevata qualificazione e in che misura.

35 In tal senso, si sono pronunciate la Sezione Liguria (Deliberazione n. 61/2023/PAR) e la Sezione Lombardia (Deliberazione n. 174/2023/PAR).

36 Parere reso al Comune di Bagnaria (MEF-RGS, Prot. 228052 del 18/9/2023).

questo vincolo funziona (e molti segnali ci dicono che “è proprio così”), è possibile eliminare tutti gli altri vincoli di livello inferiore? È possibile immaginare uno scenario in cui i limiti sul salario accessorio valgono solo per gli enti che non rispettano i vincoli di bilancio?

Molti enti chiedono di poter fare delle politiche: di poter remunerare di più certe posizioni dove è più difficile reclutare, di poter offrire servizi di *welfare* al personale per creare un legame più stretto con l'organizzazione. A volte anche di poter pagare meno perché devono rientrare da situazioni di squilibrio finanziario. Ma queste necessità si infrangono contro la rigidità dei limiti e dei fondi.

C'è da chiedersi anche se il vistoso calo occupazionale che ha interessato il settore degli enti locali negli ultimi anni sia, almeno in parte, l'effetto collaterale di queste rigidità e dei ristretti margini nella gestione della leva retributiva.

Molti enti dedicano tanto tempo a districarsi, con fatica, dentro un ginepraio di regole e meccanismi stratificati. Ma così facendo perdono di vista i loro obiettivi, il sottostante che sta alla base di quei meccanismi. Sanno tutto delle regole dei fondi e dei limiti, delle ultime interpretazioni fornite dalla Ragioneria generale dello stato o dalla Corte dei conti, ma non sanno nulla del loro posizionamento retributivo, di quanto pagano alcune posizioni rispetto a posizioni analoghe di altri enti o del mondo delle imprese. Non si discute mai di questo. Solo di certificazione dei fondi, di risorse fuori o dentro il limite, di parte stabile e variabile, di residui da riportare, di rettifiche da operare a fine anno. Anche le offerte che provengono dal mondo della formazione e dal mondo degli “esperti” si muovono solo su questo terreno. È un contesto che disabitua chi gestisce – anche coloro che sono animati dalle migliori intenzioni – ad operare in modo responsabile, a valutare le conseguenze delle proprie scelte, a darsi degli obiettivi e a perseguirli.

## RIFORMA TUEL

## Verso un “nuovo” TUEL\*

DI VERONICA NICOTRA

**ABSTRACT:** Il testo, partendo dal presupposto che l'adeguamento del TUEL al riformato Titolo V rappresenti un obiettivo politico istituzionale non più rinviabile, affronta le finalità e gli obiettivi che oggi la riscrittura del Testo Unico dovrebbe perseguire: in primis, una decisa semplificazione normativa, attraverso la ricomposizione di un quadro normativo diventato negli anni sempre più complesso, e una innovazione complessiva del quadro di regole, definendo un chiaro assetto di compiti e responsabilità. Tenendo necessariamente conto di tutto il lavoro fatto negli ultimi anni, la riscrittura del Testo Unico deve poi affrontare alcuni nodi strategici per il sistema delle autonomie, come la definizione dei principi e dei criteri direttivi che devono regolare l'individuazione da parte del legislatore statale delle funzioni fondamentali dei Comuni ma anche ulteriori temi, che necessitano di una decisa rivitalizzazione quali, ad esempio, la potestà regolamentare dei Comuni e il delicatissimo tema delle gestioni associate.

**ABSTRACT:** *The paper, assuming that the adaptation of the TUEL to the reformed Title V represents an institutional political objective that can no longer be postponed, addresses the aims and objectives that today the rewriting of the Testo Unico should pursue: in primis, a decisive legislative simplification, through the recomposition of a regulatory framework that has become increasingly complex over the years, and an overall innovation of the rules' framework, defining a clear set of tasks and responsibilities. Necessarily taking into account all the work done in recent years, the rewriting of the Testo Unico must then address some strategic nodes for local autonomies, such as the definition of the principles and guidelines that must regulate the identification by the state legislator of the fundamental functions of the municipalities but also other issues, which need a decisive revitalization such as, for example, the regulatory power of Municipalities and the delicate issue of associated administrations*

La mia relazione si propone di dare qualche indicazione sui temi centrali, oggetto del convegno odierno, in modo da indicare la posizione dell'Associazione. Oggi trattiamo e ci muoviamo su un terreno di azione, di proposta normativa, assolutamente fondamentale ed essenziale per il sistema dei Comuni e delle Città metropolitane che ANCI rappresenta nel confronto politico istituzionale. Ringrazio il professor Caia, il Ministro dell'Interno e il Prefetto Palomba, Caterina Amato, la Sottosegretaria Ferro per aver assunto questa iniziativa; è ormai da quasi un anno, dallo scorso aprile, che ragioniamo e lavoriamo insieme con spirito di grande collaborazione su questo tema, che è assolutamente essenziale. Siamo tutti concordi che abbiamo davanti un obiettivo politico-istituzionale assolutamente prioritario. Ringrazio il professor Caia per aver voluto condurre il tavolo di confronto e sono certa che lo concluderemo nella massima condivisione e sintonia, anche sulle poche questioni che sono rimaste aperte. Il Testo è pressoché tutto condiviso, sono rimaste alcune questioni per l'Associazione, per i Comuni, per le Città metropolitane, ancora rilevanti su cui abbiamo fatto le nostre ultime proposte e su cui dobbiamo chiudere in via definitiva la bozza di disegno di legge delega.

\* Il saggio rielabora l'intervento al convegno, promosso dalla Rivista, "Il TUEL che vorremmo: appunti per una riforma". Roma, 26 febbraio 2024.

È un obiettivo politico-istituzionale a cui dobbiamo tendere tutti con il massimo impegno, consapevoli che abbiamo alle spalle tentativi di riforma dell'ordinamento degli enti locali purtroppo falliti. Ne ho visti tanti, troppi. Dalla Commissione Vari in poi, tutti i governi hanno provato in questi decenni ad adeguare - perché questo, ovviamente, è quasi un obbligo istituzionale - l'ordinamento degli enti locali alla riforma del Titolo V. Purtroppo, abbiamo vissuto e siamo stati protagonisti di tanti insuccessi. Io credo che - anche grazie allo spirito riformatore che attraversa questo governo, questa legislatura, - dobbiamo cogliere tutti insieme questa opportunità e fare, in parte, tesoro - perché questo è necessario - dell'esperienza vissuta per capire come superare i punti critici, i nodi, gli elementi di scontro che obiettivamente in questi venti anni ci hanno impedito di portare a compimento l'adeguamento del TUEL al nuovo Titolo V, a un ordinamento che sia più avanzato, più attento alle esigenze, non soltanto delle comunità locali, ma dell'intero Paese. Successivamente, dirò qualcosa anche su questo.

Ripeto: dobbiamo andare avanti. Lo dico e lo sottolineo perché, forse, c'è stato anche qualche fraintendimento negli incontri che si sono tenuti; spero che anche l'iniziativa di oggi, che vuole essere qualche ora di scambio libero tra i tecnici e il mondo accademico, ci aiuti a rafforzare ancora quei punti condivisi rispetto a un processo legislativo che, ovviamente, è fondamentale per i Comuni, per le Città metropolitane e per tutti gli enti locali. A questo aggiungo un altro obiettivo, esplicitato nel titolo di questo incontro: *"Il TUEL che vorremmo: appunti per una riforma"*.

Come Associazione abbiamo anche cercato di trasmettere, nelle proposte che abbiamo portato al tavolo di confronto, l'esigenza di innovare, di semplificare e di rendere più efficiente il sistema locale. Riteniamo, infatti, che la riflessione su un nuovo corpo normativo, un nuovo assetto di regole istituzionali degli enti locali, debba contenere comunque qualche finalità di innovazione dell'assetto di regole. Serve, dunque, un codice del ventunesimo secolo, servono regole semplici e chiare, evitando sovrapposizioni di competenze, servono regole che guardino ai bisogni delle comunità ed assicurino agli organi di governo gli strumenti per soddisfarli.

Mi piacerebbe condividere una finalità verso cui tendere insieme, in questa iniziativa, rispetto a un nuovo corpo di regole per gli enti locali. Realizzare una riforma della Pubblica amministrazione locale - un nuovo Testo unico - come la più avanzata nel sistema della Pubblica amministrazione complessiva.

Abbiamo un quadro di regole amministrative molto affastellato, tra compiti che spesso, nelle medesime materie, sono distribuiti tra vari livelli di governo. A me piacerebbe anche che nella stesura dell'art. 3, che probabilmente, a mio avviso, è la norma che ancora non siamo riusciti a definire al meglio, si riuscisse -

nella definizione dei principi e criteri direttivi - a tradurre in termini generali l'esigenza di un assetto un po' più semplice, un po' più chiaro di compiti e di responsabilità. Dobbiamo fare uno sforzo nella definizione dei principi delle funzioni fondamentali.

Ora proverò a sintetizzare i punti che, come Associazione, abbiamo cercato di tradurre nelle proposte. Ripeto: questo obiettivo è fondamentale almeno per dare agli operatori comunali un corpo di regole chiaro anche attraverso la ricognizione di quanto avvenuto. Se, infatti, è vero che in questi venti anni non siamo riusciti ad adeguare il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 al Titolo V, è altrettanto vero che abbiamo visto tante incursioni normative che non sempre hanno tenuto conto del principio di intervento diretto sul testo.

Ritengo che occorra dare agli operatori almeno un primo risultato fondamentale e condiviso: fornire loro quello che possiamo chiamare Codice, Carta, Testo unico - vedrà poi il legislatore quale termine riterrà più accattivante - un quadro di regole che compone le varie leggi, leggine, leggi un po' più complesse - pensiamo alla Delrio (legge 7 aprile 2014, n. 56) - ma anche altre norme che sicuramente riguardano la parte

finanziaria, la parte contabile, la parte dei controlli. Abbiamo una quantità di norme che, di fatto, nascono o dovrebbero rientrare in articoli del Testo unico. Questa sarebbe, a mio avviso, un'operazione di semplificazione normativa molto importante, e su questo dobbiamo andare avanti; riteniamo, quindi, assolutamente utile e necessaria una delega ricognitiva.

Poi, nell'esame della bozza di articolato, così come è stato predisposto dal Ministero dell'Interno, ci sono questioni - il professor Caia ha toccato la questione del terzo mandato - assolutamente politiche che rimettiamo ad una valutazione di un altro livello, quale, ad esempio, il modello di governo delle Province e delle Città metropolitane. Devo dire che sul tema delle Province l'Associazione - per chi non conosce la posizione che abbiamo assunto - ha una posizione assolutamente neutrale; il Presidente dell'ANCI ha deciso di non dare indicazioni sul tema se nelle Province si debba tornare all'elezione diretta o meno.

Abbiamo fatto le nostre proposte come coordinamento delle Città metropolitane, ritenendo che quel modello è, a nostro avviso, assolutamente da preservare con accorgimenti e migliorie dal punto di vista soprattutto del modello di governo, che ha scontato aspetti demagogici, quali l'assenza di una giunta, l'assenza di una agibilità istituzionale per alcune figure; ma noi riteniamo che la coincidenza tra Sindaco metropolitano e Sindaco del comune capoluogo debba essere assolutamente tutelata così come, ovviamente, l'elezione di secondo grado perché riteniamo che la Città metropolitana abbia una sua assoluta specificità e caratteristiche peculiari, tanto è vero che l'articolo 114 della Costituzione le dà una sua autonomia. Per cui, chi ritiene che dobbiamo tornare al passato e riassimilarle alle vecchie Province vedrà, ovviamente, una posizione assolutamente contraria da parte dell'Associazione.

Così come su altre questioni, quali il tema del mandato, mi permetto di dire che è stato il legislatore, addirittura il legislatore in via d'urgenza, a intervenire. A questo punto si trattava, casomai, soltanto di estendere quello che è stato previsto per 7100 Comuni a tutti gli enti, visto che ne mancano soltanto 730.

Qualcuno parla ancora di riforma organica, ma mi sembra che, addirittura con un decreto-legge, il legislatore l'abbia già fatta; forse si poteva a questo punto evitare una disparità di trattamento e alcuni profili di incostituzionalità che noi riteniamo siano molto evidenti nel sistema ordinamentale. Su questo vedremo quale sarà il dibattito in sede politica, negli incontri che necessariamente dovranno accompagnare la definizione di questi aspetti. In ogni caso, si possono mantenere dei principi e dei criteri generali, lasciare poi ad una valutazione successiva questi aspetti, come quello dell'incandidabilità, dell'inconferibilità; ci sono tutta una serie di questioni che hanno natura politica su cui noi, in sede tecnica, abbiamo detto molto poco, se non ribadendo che era necessario un confronto in sede politica che allo stato, però, non c'è stato. Sarebbe su questo, quindi, necessario promuoverlo.

Altro tema sicuramente centrale che è, a nostro avviso, delicatissimo, riguarda l'articolo 3 della bozza di articolato. Fissare dei principi e dei criteri direttivi che devono regolare lo svolgimento, da parte del legislatore statale, della lettera p) dell'articolo 117 della Costituzione ed in particolare cosa significa individuazione delle funzioni fondamentali dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane, è un tema delicatissimo. È forse stata una delle questioni di politica istituzionale, una delle questioni scientifiche su cui si è maggiormente dibattuto in questi anni e su cui si sono arenati i tentativi di adeguamento del TUEL. È sempre stato uno dei temi su cui ci siamo scontrati, cosa vuol dire individuazione delle funzioni fondamentali da parte del legislatore statale, perché dobbiamo inserire quest'operazione di adeguamento del Testo unico degli Enti locali, tenendo conto di tutto quello che abbiamo fatto in questi venti anni.

Come tecnici abbiamo attuato il nuovo Titolo V - almeno alcune delle sue dispo-

sizioni - tenendo conto di una lettura il più possibile integrata tra l'articolo 119 e l'articolo 117. In particolare, ed è uno degli aspetti di maggiore delicatezza, tenendo in considerazione che l'assetto delle funzioni fondamentali dei Comuni, degli enti locali, regola l'assetto finanziario. Abbiamo alle spalle dieci anni di lavoro faticosissimo, enorme, di definizione e quantificazione dei fabbisogni *standard* delle funzioni fondamentali su cui oggi pesiamo e misuriamo l'assetto finanziario, cioè le risorse con cui i Comuni esercitano le funzioni fondamentali. Ed è per questo che ci siamo permessi di chiedere delle modifiche importanti all'art. 3, perché dobbiamo tenere conto del percorso che abbiamo fatto in questi anni.

Vi sto dando un dato molto concreto. Abbiamo fatto un lavoro di dieci anni, faticosissimo per i Comuni, su un elenco provvisorio di funzioni fondamentali che erano state individuate dalla legge di attuazione dell'articolo 119, la Legge 42, su cui è stata fatta una pesatura dei fabbisogni *standard*. Da questo, almeno, non ci possiamo muovere perché siamo in una fase delicatissima: insinuare nell'ordinamento una concezione delle funzioni fondamentali che ne scardina l'ancoraggio con il legislatore statale significa portare avanti un sistema di venti sistemi regionali degli enti locali. Come Associazione questo non lo possiamo condividere perché è su questo che ci siamo sempre scontrati: vogliamo un ordinamento statale degli enti locali o venti sistemi regionali degli enti locali?

Tutto ciò si basa sulla capacità di leggere insieme e di avere una visione comune tra articolo 117, lettera p), articolo 118 e articolo 119 della Costituzione, avendo sullo sfondo ciò che ci dice l'articolo 114 della Costituzione.

Che cosa sono queste funzioni fondamentali? Sono andata a riprendere un testo che avevo scritto tantissimi anni fa: "L'individuazione delle funzioni fondamentali non può conoscere altro limite se non quello derivante dal carattere della funzione da individuare, ossia la sua fundamentalità. Si tratta di quegli ambiti di disciplina, come l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni, che impropriamente possono essere definite materia e che attraversano in modo trasversale tutti gli ambiti di intervento della competenza legislativa".

Voglio dire che noi individuiamo la titolarità della funzione, non stiamo disciplinando la materia, che segue invece il riparto dell'articolo 117 sulla base delle competenze legislative fra Stato e Regioni, per cui il legislatore statale dice qual'è l'*identikit* funzionale dei Comuni, qual'è l'*identikit* funzionale delle Province, qual'è l'*identikit* funzionale delle Città metropolitane. Ovviamente l'articolo 117 va letto in combinato disposto con l'articolo 118 che, in via generale, attribuisce la titolarità della generalità delle funzioni amministrative al Comune, precisando che la legge statale agirà secondo le rispettive competenze.

La lettura, e non l'interpretazione, del combinato disposto dei due articoli, porta in modo inequivocabile a ritenere che qualsiasi tentativo teso a circoscrivere l'intervento del legislatore statale nell'individuazione delle funzioni fondamentali alle sole materie in cui egli esercita competenza legislativa esclusiva, di fatto svuota di contenuto e significato giuridico la disposizione costituzionale perché diventerebbe del tutto pleonastica e ripetitiva della stessa previsione contenuta nell'articolo 118. L'articolo 117, lettera p), ci dice qualcosa di diverso e non può che dirci qualcosa di diverso rispetto all'articolo 118. Ci dice che il legislatore statale individua le funzioni fondamentali a prescindere dalla tipologia delle materie di intervento. L'unico limite deriva dalla natura e dal carattere della funzione da individuare, ossia la sua fundamentalità.

A tal proposito, tale nozione va letta e decifrata secondo una duplice prospettiva. Dalla prospettiva dell'ente locale, essa fa riferimento a quelle tipologie di attività che attengono alla ragion d'essere dell'ente locale, alle sue caratteristiche essenziali. Dalla prospettiva del cittadino, essa fa riferimento al soddisfacimento degli interessi primari

della comunità di riferimento.

Pertanto, mi aspetto che nel nuovo ordinamento degli enti locali ci sia un elenco chiaro su qual è l'*identikit* funzionale del Comune in rapporto alla propria organizzazione e in rapporto alla comunità.

Ritengo, inoltre, che un altro tema molto, ma molto delicato, sia quello della potestà regolamentare. Anche su questo, qualche cosa ci aveva detto la Legge La Loggia (legge 5 giugno 2001, n.131) nel 2003, però anche questo è un tema che andrebbe rivitalizzato, così come il tema della gestione associata. Non parliamo più solo dei piccoli Comuni perché il tema della gestione associata è ormai un tema che riguarda tutti i Comuni. Anche su questo, un aspetto che il nuovo ordinamento deve sicuramente affrontare è quello del modello di governo, perché ovviamente una spinta, una rivitalizzazione dei processi associativi dei Comuni, richiede assetti stabili anche dal punto di vista delle forme associative, in primo luogo quella delle Unioni di Comuni che scontano l'assenza di un vertice politico, l'assenza di una stabilità organizzativa, di una stabilità del personale.





DIGITALIZZAZIONE DELLE P.A.

# La tutela dei diritti digitali dei cittadini nel modello di *governance* proposto in attuazione del Pnrr. Verso una parabola discendente del Difensore civico per il digitale?

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione: la centralità della digitalizzazione nello sviluppo del PNRR e dell'AgID nel modello di *governance* per la realizzazione dell'obiettivo di transizione digitale **2.** Brevi cenni sull'istituto della difesa civica nel nostro ordinamento **3.** L'istituzione del Difensore civico per il digitale presso ogni amministrazione **4.** Dal suo trasferimento presso l'Agenzia per l'Italia digitale al definitivo ridimensionamento ad opera del d.l. n. 77/2021 **5.** La parabola discendente del Difensore civico per il digitale. Alcune possibili soluzioni de iure condendo. **5.1** Il ripristino del Difensore civico per il digitale presso ogni amministrazione **5.2** Il Difensore civico per il digitale presso l'AgID quale canale di comunicazione tra l'AgID e il Responsabile per la transizione digitale presso ogni amministrazione **6.** Riflessioni conclusive.

DI LORENZA TOMASSI

**ABSTRACT:** Il presente contributo, muovendo dall'incidenza assunta dalla digitalizzazione in forza principalmente delle riforme introdotte a partire dal Pnrr, analizza l'istituto del Difensore civico per il digitale, verificando se e in che misura, alla luce degli interventi legislativi che lo hanno interessato, sia anch'esso, come attualmente disciplinato, funzionale alla tutela dei diritti digitali dei cittadini. In tal senso tale istituto verrà indagato in rapporto al ruolo assunto dall'AgID che, come vedremo, ha assorbito gran parte delle funzioni ad esso inizialmente attribuite, e ulteriormente, anche in rapporto al Responsabile per la transizione digitale istituito presso ogni amministrazione.

**ABSTRACT:** *This contribution, based on the impact of digitization, mainly as a result of the reforms introduced since the PNRR, analyses the Digital Ombudsman Institute and whether and to what extent it has in the light of the legislative interventions that have affected it, is also, as currently regulated, functional to the protection of the digital rights of citizens. In this sense this institute will be investigated in relation to the role assumed by the agid that, as we will see, has absorbed much of the functions initially attributed to it, and further, also in relation to the Responsible for the digital transition established at each administration.*

## 1. Introduzione: la centralità della digitalizzazione nello sviluppo del Pnrr e dell'AGID nel modello di *governance* per la realizzazione dell'obiettivo di transizione digitale.

Il presente contributo muove dalla evidenza della centralità della digitalizzazione nell'ambito del Pnrr nazionale<sup>(1)</sup> e indaga e approfondisce l'istituto del Difensore civico per il digitale, al fine di verificare la possibile coerenza delle modifiche che hanno interessato tale figura rispetto anche l'effettività della tutela dei diritti digitali.

Come ormai noto, la digitalizzazione si colloca non solo come una delle missioni del piano, a cui il *Next Generation EU* impone che vi siano dedicate almeno il 20% delle risorse dello Piano stesso<sup>(2)</sup>, ma, ulteriormente essa rappresenta uno strumento trasversale e orizzontale, funzionale al raggiungimento degli obiettivi delle altre missioni ivi previste. Ciò vuol dire, dunque, che la transizione digitale non va intesa esclusivamente nel senso di razionalizzare le procedure della pubblica amministrazione<sup>(3)</sup> e dei servizi pubblici che essa eroga, così come non si limita a migliorare la connettività e le competenze digitali dei cittadini. Essa, più in generale, va intesa come presupposto per elevare il Servizio sanitario, attraverso strumenti e prestazioni all'avanguardia al fine di incidere positivamente sul diritto fondamentale alla salute<sup>(4)</sup>; può intervenire per ridurre i divari sociali, ad esempio promuovendo la rimozione delle barriere architettoniche in favore dell'inclusione sociale delle persone con disabilità; essa può ridurre anche il divario di genere, accrescendo le competenze femminili in tale settore; un ruolo decisivo può riguardare anche la riduzione dei divari territoriali, favorendo la promozione del trasferimento tecnologico nei territori del sud, in cui vi è più povertà educativa. Tutto ciò trova conferma all'interno dello stesso piano che identifica la digitalizzazione come una "necessità trasversale, in quanto riguarda il continuo e necessario aggiornamento tecnologico nei processi produttivi; le infrastrutture nel loro complesso, da quelle energetiche a quelle dei trasporti, dove i sistemi di monitoraggio con sensori e piattaforme dati rappresentano un archetipo innovativo di gestione in qualità e sicurezza degli *asset* (Missioni 2 e 3); la scuola, nei programmi didattici, nelle competenze di docenti e studenti, nelle funzioni amministrative, della qualità degli

1 In generale, sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, v. E. CAVASINO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e le sue fonti. dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022; N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, n.1/2022; M. MIDIRI, *Il tempo delle funzioni pubbliche (a proposito del Piano nazionale di ripresa e resilienza)*, in *Federalismi.it*, n. 18/2022; F. PANTANO *Clauseole sociali, concorrenza, investimento pubblico e tutela del lavoro: dal Codice dei contratti pubblici al PNRR*, in *Federalismi.it*, n. 25/2022; A. BELLAVISTA, *PNRR, lavoro pubblico e dintorni*, in *Giur. It.*, 11/2022; E. DE MARCO, *PNRR e contrasto alle disuguaglianze di genere*, in *Giur. It.*, 11/2022; V. DEI GIUDICI, *Il PNRR, i contratti pubblici e la discrezionalità*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 6/2022; R. PEREZ, *L'amministrazione del Piano di ripresa e resilienza*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 5/2022; L. RODIO NICO, *Il futuro della Pubblica Amministrazione ad un anno dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)*, in *Riv. Trim. Dir. Ec.*, 4s/2022; F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, PNRR e contratti pubblici*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 3/2022; M. TUOZZO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza nei processi di trasformazione della forma di Stato. Asimmetrie regionali e disuguaglianze tra cittadini*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2022; L. FIORENTINO, *Il piano di ripresa e il sud*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n.2/2021; L. BARTOLUCCI, *Sulla inopportunità di intraprendere un percorso di riforma del procedimento legislativo in tempo di Next generation EU*, in *Dir. Pub. Eu.*, 2021.

2 All'interno del Pnrr sono attribuiti alla Missione 1: Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo, 40, 29 miliardi su un totale di 191,5, pari al 27%.

3 A tal riguardo non può non farsi richiamo alla digitalizzazione del ciclo dei contratti pubblici che rappresenta uno dei profili essenziali del nuovo Codice dei contratti pubblici, il d. lgs. n. 36/2023 e che investe la procedura "dalla fase della programmazione dei bisogni fino alla esecuzione del contratto; il tutto mediante la realizzazione di una piena interoperabilità e interconnettività tra stazioni appaltanti e soggetti pubblici". Cfr. F. COSTANTINO, *La digitalizzazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *ApertaContrada*, 19 gennaio 2023.

4 Si pensi, ad esempio, tra tutti, al potenziamento del Fascicolo Sanitario Elettronico, pure sollecitato all'interno del Pnrr (18) in cui è inquadrato come "pietra angolare" per l'erogazione dei servizi sanitari digitali e per tali ragioni l'obiettivo è quello di accelerarne il miglioramento, l'armonizzazione e la diffusione. In argomento v. C. BOTTARI, *L'inquadramento costituzionale del Fascicolo Sanitario Elettronico*, in G. DE VERGOTTINI, C. BOTTARI (a cura di), *La sanità elettronica*, Bologna, 2018; N. POSTERARO, *La digitalizzazione della sanità in Italia: uno sguardo al Fascicolo Sanitario Elettronico (anche alla luce del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza)*, in *Federalismi.it*, 2021.

edifici (Missione 4); la sanità, nelle infrastrutture ospedaliere, nei dispositivi medici, nelle competenze e nell'aggiornamento del personale, al fine di garantire il miglior livello di assistenza sanitaria a tutti i cittadini (Missioni 5 e 6)<sup>5</sup>.

La prospettiva è, dunque, più in generale, quella di provare ad elevare la garanzia dei diritti fondamentali della persona e tutto quanto appena riportato si è tradotto in un nuovo sistema di *governance* in cui le funzioni di coordinamento per la realizzazione degli obiettivi ivi previsti sono attribuite alla Presidenza del Consiglio e, quindi, all'Esecutivo e, più in generale, alle amministrazioni centrali<sup>6</sup>.

Rispetto al profilo specifico della transizione digitale, tutto ciò ha determinato un ripensamento anche del ruolo dell'Agenzia per l'Italia Digitale, c.d. AgID, l'agenzia tecnica istituita presso la Presidenza del Consiglio nel 2012, che, in base alle modifiche introdotte dal Decreto Semplificazioni, decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, ha assunto numerose funzioni sottese all'attuazione dell'art. 117, c.2, lett. r), Costituzione, vale a dire al coordinamento informatico dell'amministrazione statale, regionale e locale e, più in generale, alla realizzazione degli obiettivi dell'Agenda digitale italiana ed europea, la digitalizzazione dei cittadini, delle pubbliche amministrazioni e delle imprese, con specifico riferimento alla realizzazione degli obiettivi fissati dal Piano nazionale di ripresa o di resilienza, nonché di contribuire alla diffusione dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, favorendo l'innovazione e la crescita economica.

A tali fini, poi, il Decreto Semplificazioni, attraverso l'art. 41, rubricato "Violazione degli obblighi di transizione digitale", è sostanzialmente intervenuto sul Codice

5 Cfr. Piano Nazionale di ripresa e Resilienza, 87.

6 Introdotto con la legge 29 luglio 2021, n. 108, recante la conversione del decreto-legge n. 77 del 2021, c.d. Decreto Semplificazioni, esso ha conferito alla Presidenza del Consiglio numerose funzioni, dislocate attraverso la previsione di nuove strutture operative. In questo senso viene istituita, ad esempio, all'art. 2, la Cabina di Regia, presieduta dal Presidente del Consiglio dei ministri e a composizione variabile, a cui partecipano i Ministri e i Sottosegretari di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri competenti a seconda delle tematiche affrontate in ciascuna seduta. Tra le funzioni ad esse attribuite rientrano l'elaborazione degli indirizzi e delle linee guida, nonché la ricognizione periodica sullo stato di attuazione degli interventi e il monitoraggio di tutti quegli interventi che richiedono, inoltre, adempimenti normativi. Sempre presso la Presidenza sono, ulteriormente, istituiti il Tavolo permanente per il partenariato economico sociale e territoriale e la segreteria tecnica. Invero, presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze è istituito il Servizio Centrale per il Pnrr, ex. art. 5 del d.l. 77/2021, col compito di garantire una efficace attività di monitoraggio, rendicontazione e controllo del Pnrr e, in particolare, si identifica come il punto di contatto per la Commissione Europea per l'attuazione del Pnrr, nonché un soggetto istituzionale che opera in posizione di indipendenza funzionale rispetto alle strutture coinvolte nella gestione delle risorse economiche destinate all'attuazione del Pnrr. Tale ultimo ufficio svolge attività di *audit* avvalendosi dell'ausilio delle Ragionerie territoriali dello Stato per lo svolgimento delle funzioni di controllo relative a linee di intervento realizzate a livello territoriale, prevedendosi anche il rafforzamento dell'organico del Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato.

dell'amministrazione digitale, introducendovi l'art. 18 *bis*<sup>(7)</sup>.

Tale novella ha, di fatto, conferito all'AgID non solo poteri di vigilanza, verifica, controllo e monitoraggio sul rispetto delle disposizioni del Codice dell'amministrazione digitale e di ogni altra norma in materia di innovazione tecnologica e digitalizzazione della pubblica amministrazione ma, ulteriormente, le ha attribuito anche poteri di accertamento e sanzionatori rispetto le violazioni accertate, nonché ha confermato l'adozione di Linee Guida e del Piano Triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione. La *ratio* di tale ampliamento è giustificata all'interno della relazione illustrativa del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, secondo cui tale previsione non solo si inserisce nella più generale azione di indirizzo e coordinamento attribuita in materia alla Presidenza del Consiglio dei ministri, ma si pone proprio l'obiettivo di contribuire alla realizzazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (Pnrr).

Rispetto al profilo di indagine, vale a dire il Difensore civico per il digitale, questo si è tradotto in un suo definitivo ridimensionamento giacché le sue funzioni sono state devolute all'AgID, svuotando di contenuto l'art. 17, co. 1 quater, del CAD che a lui si riferiva.

7 Il nuovo art. 18 bis, Violazione degli obblighi di transizione digitale dispone, infatti, che: "1. L'AgID esercita poteri di vigilanza, verifica, controllo e monitoraggio sul rispetto delle disposizioni del presente Codice e di ogni altra norma in materia di innovazione tecnologica e digitalizzazione della pubblica amministrazione, ivi comprese quelle contenute nelle Linee guida e nel Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione, e procede, d'ufficio ovvero su segnalazione del difensore civico digitale, all'accertamento delle relative violazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 2, comma 2. Nell'esercizio dei poteri di vigilanza, verifica, controllo e monitoraggio, l'AgID richiede e acquisisce presso i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, dati, documenti e ogni altra informazione strumentale e necessaria. La mancata ottemperanza alla richiesta di dati, documenti o informazioni di cui al secondo periodo ovvero la trasmissione di informazioni o dati parziali o non veritieri è punita ai sensi del comma 5, con applicazione della sanzione ivi prevista ridotta della metà. 2. L'AgID, quando dagli elementi acquisiti risulta che sono state commesse una o più violazioni delle disposizioni di cui al comma 1, procede alla contestazione nei confronti del trasgressore, assegnandogli un termine perentorio per inviare scritti difensivi e documentazione e per chiedere di essere sentito. 3. L'AgID, ove accerti la sussistenza delle violazioni contestate, assegna al trasgressore un congruo termine perentorio, proporzionato rispetto al tipo e alla gravità della violazione, per conformare la condotta agli obblighi previsti dalla normativa vigente, segnalando le violazioni all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari di ciascuna amministrazione, nonché ai competenti organismi indipendenti di valutazione. L'AgID pubblica le predette segnalazioni su apposita area del proprio sito internet istituzionale. 4. Le violazioni accertate dall'AgID rilevano ai fini della misurazione e della valutazione della performance individuale dei dirigenti responsabili e comportano responsabilità dirigenziale e disciplinare ai sensi degli articoli 21 e 55 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 13-bis, 50, 50-ter, 64-bis, comma 1-quinquies, del presente Codice e dall'articolo 33-septies del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221. 5. In caso di mancata ottemperanza alla richiesta di dati, documenti o informazioni di cui al comma 1, ultimo periodo, ovvero di trasmissione di informazioni o dati parziali o non veritieri, nonché di violazione degli obblighi previsti dagli articoli 5, 7, comma 3, 41, commi 2 e 2-bis, 43, comma 1-bis, 50, comma 3-ter, comma 5, 64, comma 3-bis, 64-bis del presente Codice, dall'articolo 65, comma 1, del decreto legislativo 13 dicembre 2017, n. 217 e dall'articolo 33-septies, comma 4, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, ove il soggetto di cui all'articolo 2, comma 2, non ottemperi all'obbligo di conformare la condotta nel termine di cui al comma 3, l'AgID irroga la sanzione amministrativa pecuniaria nel minimo di euro 10.000 e nel massimo di euro 100.000. Si applica, per quanto non espressamente previsto dal presente articolo, la disciplina della legge 24 novembre 1981, n. 689. I proventi delle sanzioni sono versati in apposito capitolo di entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnati allo stato di previsione della spesa del Ministero dell'economia e delle finanze a favore per il 50 per cento dell'AgID e per la restante parte al Fondo di cui all'articolo 239 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77. 6. Contestualmente all'irrogazione della sanzione nei casi di violazione delle norme specificamente indicate al comma 5, nonché di violazione degli obblighi di cui all'articolo 13-bis, comma 4, l'AgID segnala la violazione alla struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale che, ricevuta la segnalazione, diffida ulteriormente il soggetto responsabile a conformare la propria condotta agli obblighi previsti dalla disciplina vigente entro un congruo termine perentorio, proporzionato al tipo e alla gravità della violazione, avvisandolo che, in caso di inottemperanza, potranno essere esercitati i poteri sostitutivi del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro delegato. Decorso inutilmente il termine, il Presidente del Consiglio dei ministri o il Ministro delegato per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale, valutata la gravità della violazione, può nominare un commissario ad acta incaricato di provvedere in sostituzione. Al commissario non spettano compensi, indennità o rimborsi. Nel caso di inerzia o ritardi riguardanti amministrazioni locali, si procede all'esercizio del potere sostitutivo di cui agli articoli 117, quinto comma, e 120, secondo comma, della Costituzione, ai sensi dell'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131. 7. L'AgID, con proprio regolamento, disciplina le procedure di contestazione, accertamento, segnalazione e irrogazione delle sanzioni per le violazioni di cui alla presente disposizione. 8. All'attuazione della presente disposizione si provvede con le risorse umane, strumentali e finanziarie già previste a legislazione vigente".

Alla luce di tali cambiamenti, che verranno approfonditi nei seguenti paragrafi, emerge l'esigenza di verificare in questa sede se e in che misura l'istituto del Difensore civico per il digitale, così come attualmente disciplinato, sia anch'esso funzionale alla realizzazione degli obiettivi di cittadinanza digitale, anche in una prospettiva che va oltre l'attuazione del Pnrr o se, invero, non abbia perso la sua funzionalità rispetto a tali profili.

Tali riflessioni non potranno prescindere dalla consapevolezza che, nello scenario attuale, si manifesti come prevalente l'esigenza di unitarietà di indirizzo e di attuazione delle politiche digitali che giustificano, pertanto, la centralità assunta dall'AgID. Tuttavia, tali presupposti impongono, per altro verso, anche una riorganizzazione della gestione dei processi interni alle amministrazioni. Proprio tale ultimo aspetto ci condurrà ad affermare, *in ultima facie*, che presso alle amministrazioni già esiste una figura incaricata di gestire la transizione digitale, vale a dire il Responsabile per la transizione digitale e che può, se adeguatamente innovato, svolgere un ruolo dirimente all'interno di tale processo evolutivo. Sicché, in questa sede, si cercherà di valutare se sia possibile delineare una diversa funzione del Difensore civico digitale, anche in collaborazione con figure già esistenti e più radicate nel tessuto organizzativo delle amministrazioni.

## 2. Brevi cenni sull'istituto della difesa civica nel nostro ordinamento.

Prima di avviare l'indagine sul Difensore civico per il digitale, è bene sin d'ora chiarire che, ancor prima della sua introduzione, il nostro ordinamento già conosceva l'istituto della difesa civica<sup>(8)</sup>, sebbene la sua esistenza sia sempre stata piuttosto ondivaga e incerta<sup>(9)</sup>. Difatti, contrariamente agli ordinamenti europei che si sono dotati di tale figura a livello unitario, il nostro non ha mai previsto e istituito il Difensore civico nazionale<sup>(10)</sup>. Vi sono state, al riguardo, molteplici iniziative e proposte di legge per introdurre il Difensore civico nazionale, nessuna delle quali, però, ha mai raggiunto

8 Il difensore civico nasce nel Regno di Svezia, conosciuto come Ombudsman, ossia "colui che fa da tramite", nel 1809. Le sue funzioni iniziali erano prevalentemente volte in ausilio del Parlamento affinché svolgesse funzioni di controllo sul potere esecutivo e, più in generale, sulle amministrazioni. Nel tempo l'Ombudsman si è configurato sempre più quale garante dei cittadini rispetto le inefficienze, i ritardi e i silenzi serbati dalle amministrazioni e, quindi, come soggetto proteso al ripristino dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa. Su questi aspetti, v. R. MEDDA, *L'Ombudsman in Italia tra Stato e Regioni: la perdurante assenza di un sistema integrato di garanzia*, in *Ist. Fed.*, n.4/2017, 961 ss.; D. BORGONOVO RE, *Il difensore civico regionale in Italia*, in *Estudios Constitucionales*, n. spec., 2022, 244 ss.; G. GARDINI, *L'evoluzione storica e giuridica dell'istituto della difesa civica*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n.1/2023, 1 ss.

9 Sul tema del difensore civico in generale v. E. CASETTA, *Riflessioni sul ruolo dell'attuale difensore civico*, relazione al convegno "Il difensore civico. Modelli e problemi", Teramo, 1996; C. MORTATI (a cura di), *L'Ombudsman: studi di diritto pubblico comparato*, Torino, 1974; R. LOMBARDI, *Il difensore civico tra continuità e novità*, in *Foro it.*, 1997, V; ID., *Efficienza amministrativa, difensore civico e controllo di gestione*, in *Dir. amm.*, 1997; ID., *Il difensore civico tra continuità e novità*, in *Foro It.*, 1997, V; F. VERDE, *Il difensore civico*, Padova, 1996; M. COMBA, *Ombudsman*, voce in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1995, X; M. SICA, *Il difensore civico nell'ordinamento regionale*, Milano, 1993; F. TRIMARCHI, *Riflessioni sul difensore civico*, in *Amm.*, 1992; G. CALDERONI, *Il difensore civico nell'esperienza italiana*, Rimini, 1987; N. OLIVETTI RASON, *Quattro interrogativi sul difensore civico regionale*, in *Regioni*, 1986, V; F. UCCELLA, *Sulla problematica del difensore civico regionale*, in *Giur. it.*, 1979, IV; G. DE VERGOTTINI, *Ombudsman*, voce *Enc. del Dir.*, Milano, 1979, XXIV; F. DE LEONARDIS, *Il difensore civico nella giurisprudenza del giudice costituzionale e del giudice amministrativo*, in *Foro amm. Cds*, 2009; G. SGUEO, *Proposte per la riforma della difesa civica in Italia. Dal difensore civico nazionale alla governance reticolare*, in *Quaderni Regionali*, n. 2/2010; E. FREDIANI, *La funzione di tutela procedimentale del difensore civico e degli istituti ad esso affini nella più recente legislazione regionale*, in *Giur. it.*, 2011; N. POSTERARO, *L'amministrazione contenziosa: le Alternative Dispute Resolution (con particolare riguardo alla figura del difensore civico)*, in *Il Processo*, n.2/2021.

10 Sul punto v. N. POSTERARO, *La "reviviscenza" dell'istituto della difesa civica alla luce della legge Gelli-Bianco: il Difensore civico regionale quale garante del diritto alla salute*, in *Federalismi.it*, Osservatorio di diritto sanitario, 21 marzo 2018, 6.

l'approvazione finale<sup>(11)</sup>. La stessa legge Bassanini Bis, legge 15 maggio 1997, n. 127, all'art. 16, riconosceva l'esigenza di istituire il Difensore civico nazionale: in attesa della sua previsione, lo stesso articolo attribuiva ai difensori civici delle regioni e delle province autonome la tutela dei cittadini residenti nei comuni delle rispettive regioni e province autonome e degli altri soggetti aventi titolo secondo quanto stabilito dagli ordinamenti di ciascuna regione e provincia autonoma con esclusione delle materie di difesa, di sicurezza pubblica e di giustizia.

Al contrario, è stato attraverso l'autonoma iniziativa delle Regioni che, a partire dagli anni Settanta, è sorto il Difensore Civico Regionale. Su impulso della Regione Toscana, infatti, quasi tutte le regioni italiane, eccezion fatta per la Sicilia, hanno introdotto, attraverso leggi istitutive proprie, il Difensore civico regionale<sup>(12)</sup>.

In linea generale, il Difensore civico regionale, oltre ad assicurare il buon andamento, la tempestività, la correttezza e l'imparzialità dell'attività amministrativa, vigila sullo stato degli atti e dei procedimenti amministrativi, sollecitandone la conclusione laddove l'amministrazione sia rimasta inerte.

Si tratta, dunque, di una forma di tutela per i cittadini pre o para contenziosa<sup>(13)</sup> in cui il Difensore, se da un lato, si fa garante delle pretese manifestate dai cittadini, dall'altro lato coadiuva e sollecita le amministrazioni nel corretto svolgimento delle loro attività<sup>(14)</sup>.

Il beneficio che se ne trarrebbe dall'attività svolta dal Difensore civico, non riguarderebbe solo la riduzione dei casi di contenzioso ma, principalmente, consentirebbe una forma ulteriore di controllo, seppur improprio, sull'attività amministrativa non

11 Sulle varie iniziative legislative v. F. DE LEONARDIS, *Il difensore civico nella giurisprudenza del giudice costituzionale e del giudice amministrativo*, cit., in particolare, nota 5. Tra le ultime proposte si segnala Atto Camera dei Deputati n. 145, recante "Istituzione del Difensore civico nazionale", presentata il 23 marzo 2018, all'interno del quale la difesa civica viene definita lo strumento mediante il quale garantire "il diritto del cittadino ad avere una buona amministrazione e un'efficace tutela dei suoi interessi legittimi".

12 V. a titolo esemplificativo: Legge regionale Campania, 11 agosto 1978, n. 23 recante Istituzione del Difensore civico presso la regione Campania; Legge regionale Lazio, 28 febbraio 1980 n. 17, recante Istituzione del difensore civico; Legge regionale Piemonte, 9 dicembre 1981, n. 50, recante Istituzione dell'Ufficio del Difensore Civico; Legge regionale Calabria, 16 gennaio 1985, n. 4, Istituzione del difensore civico presso la Regione Calabria.; Legge regionale Sardegna, 17 gennaio 1989, n. 4, recante Istituzione dell'Ufficio del Difensore Civico in Sardegna; Legge regionale Emilia Romagna, 16 dicembre 2003, n. 25, recante Norme sul difensore civico regionale; Legge regionale Toscana, 27 aprile 2009, n. 19, recante Disciplina del Difensore civico regionale; Legge regionale Lombardia, 6 dicembre 2010, n. 18, recante Disciplina del Difensore regionale.

13 Tali funzioni hanno indotto parte della dottrina a ricondurre tale figura nell'alveo delle *Authority* sebbene questa non soddisfi pienamente i requisiti di imparzialità e indipendenza rispetto al potere politico come, invero, è richiesto alle autorità amministrative indipendenti. Al contrario, condividerebbe con queste ultime quella funzione di regolamentazione e di protezione verso interessi collettivi in taluni settori socialmente rilevanti. A tal riguardo v. C. FRANCHINI, *Mito e realtà delle autorità indipendenti*, in *Impresa e Stato*, n. 35/1996; v. anche S. PRISCO, M. MAZZINA, *Il difensore civico come autorità amministrativa semi indipendente di ambito locale: profili problematici*, in AA.VV., *Autorità indipendenti profili costituzionali*, Padova, 1999.

14 Sul punto v. G. CANGELOSI, *Il difensore civico tra norma e realtà*, in *Annali della facoltà di economia*, Università degli studi di Palermo, 2008, 206, che mette in evidenza la funzionalità di tale istituto rispetto alle esigenze delle categorie più deboli, come i gruppi sociali in condizioni di svantaggio, i minori, le minoranze, gli immigrati, che hanno spesso "bisogno più di altre categorie di ricorrere alla pubblica Amministrazione, postulando dei mezzi semplici ed affidabili di accesso alle procedure della pubblica Amministrazione". Sul tema, ugualmente, v. F.P. CASAVOLA, *Quale "statuto" per le autorità indipendenti*, in *Impresa e Stato*, n. 35/1996, che definisce il difensore civico quale "protettore imparziale dei più deboli, di un raddrizzatore di torti". Tale impostazione, sempre secondo l'A., ci prospetta una nuova idea di cittadinanza, "che supera lo schema tradizionale della statualità come apparato che ordina la vita di una comunità di sudditi, e pone invece in primo piano la rappresentazione dei diritti costituzionali dei cittadini".

ancora conclusa, a beneficio della sua positiva ed effettiva realizzazione<sup>(15)</sup>. Così posto, allora, non verrebbe solo ad essere tutelato l'interesse del privato che presenta istanza al Difensore civico per difendere la propria situazione giuridica ma, ulteriormente, intervenendo sull'attività amministrativa, è possibile, in via indiretta, tutelare l'interesse pubblico che l'amministrazione è tenuta a perseguire<sup>(16)</sup>. Suggestendo e sollecitando l'azione amministrativa nel rispetto dei principi che ne regolano l'attuazione, infatti, l'amministrazione sarebbe capace di raggiungere migliori livelli di efficienza e di buon andamento.

La portata innovativa di tale figura risiede, pertanto, nella possibilità da parte dei cittadini di individuare un soggetto con cui rapportarsi laddove si ritenga l'amministrazione abbia leso una propria situazione giuridica soggettiva. Ciò è reso ancor più evidente se si pensa che il Difensore civico regionale è stato previsto ancor prima dell'adozione della legge sul procedimento amministrativo, la legge 7 agosto 1990, n. 241, vale a dire ancor prima della previsione di tutti quegli strumenti previsti dal legislatore per consentire ai soggetti interessati di partecipare alla attività amministrativa e, quindi, di poter verificare la correttezza dell'agire amministrativo. Con ciò, mi riferisco agli istituti del responsabile del procedimento, dell'obbligo di provvedere entro un termine certo, quello della partecipazione, nonché quello dell'accesso documentale<sup>(17)</sup>. Ne consegue che sino all'adozione della legge sul procedimento amministrativo, il Difensore civico rappresentava l'unico soggetto con cui interloquire per verificare la correttezza delle decisioni amministrative, risultando, perciò solo, per quei tempi, un istituto altamente innovativo e necessario.

Ciò troverebbe conferma, poi, nel fatto che nonostante il subentro della legge sul procedimento amministrativo e conseguentemente di tutti quegli istituti volti alla tutela e alla difesa del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, il legislatore non solo ha mantenuto tale figura ma, anzi, ha provato a potenziarla.

In questi termini, la legge 8 giugno 1990, n. 142, *Ordinamento delle autonomie locali*, istituiva, all'art. 8, il Difensore civico presso ogni amministrazione comunale o provinciale. La disposizione prevedeva che queste provvedessero ad istituire mediante proprio statuto, il Difensore civico cui attribuire un ruolo di garante dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione comunale o provinciale, segnalando, anche di propria iniziativa, gli abusi, le disfunzioni, le carenze ed i ritardi dell'amministrazione nei confronti dei cittadini. Sebbene, la legge 8 giugno 1990, n. 142, venne successivamente abrogata dal decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, vale a dire il Testo unico sugli enti locali, tale formulazione fu confermata al suo in-

15 Va specificato che nello svolgimento di tali funzioni il difensore civico regionale si avvale di poteri meramente persuasivi, c.d. di *moral suasion*, che in nessun caso, dunque, vincolano l'amministrazione a conformarsi alle indicazioni dettate da tale figura. Cfr. R. MERLO, *Il difensore civico fra moral suasion e poteri di controllo*, in «Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza», XVII, 2008. Secondo G. GARDINI, *L'evoluzione storica e giuridica dell'istituto della difesa civica*, cit., 5, sarebbe, però, proprio la natura persuasiva il tratto caratteristico e punto di forza di tale istituto dal momento che i suoi poteri di accertamento possono spingersi sino a sindacare l'opportunità, e non solo dunque la legittimità, delle decisioni prese dalle amministrazioni. Negativamente sul punto, invero, v. F. DE LEONARDIS, *Il difensore civico nella giurisprudenza del giudice costituzionale e del giudice amministrativo*, cit., 2971, secondo cui, in un sistema come il nostro, in cui i poteri di *moral suasion* non sono sufficienti, si pone la seguente alternativa: o si riconosce un vero e proprio potere sostitutivo al difensore civico o si priva totalmente di effettività la tutela che da lui ci si aspetterebbe rendendo così l'istituto inutile e, addirittura, economicamente non conveniente.

16 R. GALLI-D. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2000, 261, sostenevano proprio che “il difensore civico quale ‘tramite’ tra i cittadini e l'amministrazione assume due ruoli tra loro strettamente connessi, quello di tutore e quello di controllore. Del resto, la tutela degli interessi dei singoli costituisce, per un verso, valido strumento di controllo dell'operato della p.a., per altro verso, contribuisce a migliorare il funzionamento dell'apparato amministrativo a tutto vantaggio dei cittadini, coniugando il principio della legalità e dell'imparzialità con quello dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa”.

17 Cfr. D. BORGONOVO RE, *Il difensore civico regionale in Italia*, cit., 248.



terno, all'art. 11<sup>(18)</sup> e parzialmente ripresa dalla legge sul procedimento amministrativo all'art. 25, in cui è previsto che in caso di diniego rispetto una richiesta di accesso agli atti amministrativi, il cittadino può alternativamente presentare ricorso presso il Tribunale amministrativo regionale competente, oppure, chiedere al Difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito, che sia riesaminata la suddetta determinazione. Previsione questa che ritroviamo anche all'art. 5, c.8, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, relativo al diritto di accesso civico e agli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni<sup>(19)</sup>.

Ciononostante, la prospettiva di diffusione della figura del Difensore civico, a tutti i livelli territoriali, ha subito un forte arresto in ordine a due principali ragioni.

In primo luogo, la crisi economica dei primi anni duemila ha imposto una serie di misure di contenimento della spesa pubblica e tutto questo, per quanto qui di interesse, si è tradotto inizialmente con l'abrogazione del Difensore civico comunale ad opera della legge finanziaria del 2010. Difatti, l'art. 2, comma 186, lettera a), legge 23 dicembre 2009, n. 191, ha disposto la soppressione del Difensore civico comunale dando la possibilità, invero, di trasferire le funzioni ad esso attribuite al Difensore civico provinciale, ridenominato "Difensore civico territoriale". In secondo luogo, deve essere messo in evidenza che anche le stesse province sono state oggetto di riorganizzazione ad opera della nota legge Del Rio, legge 7 aprile 2014, n. 56, il cui fine ultimo, è noto, era quello di ridimensionare le province sino alla loro definitiva soppressione. È chiaro che in un contesto così depotenziato, lo stesso Difensore civico territoriale ha avuto scarso rilievo e non tutte le province oggi si dotano di tale istituto.

A ben vedere, può dirsi che il destino del Difensore civico sia sempre stato piuttosto ondivago, alternando momenti di forte espansione a momenti di ridimensionamento dell'istituto<sup>(20)</sup>. Come si vedrà in questa sede, non diverso è stato il destino del Difensore civico per il digitale che, inizialmente previsto presso ogni amministrazione con funzione di risoluzione delle controversie tra cittadini e pubbliche amministrazioni, è stato, di fatto, soppresso all'interno di ogni amministrazione e trasferito a livello centrale – circostanza, questa, che non si è verificata con il Difensore civico in generale – presso l'Agenda per l'Italia Digitale con funzioni molto ridotte.

Se ne ricava, pertanto, che la sola figura rimasta stabile negli anni risulta essere il

18 L'art. 11 del Testo unico sugli Enti Locali, rubricato "Difensore civico" dispone: 1. Lo statuto comunale e quello provinciale possono prevedere l'istituzione del difensore civico con compiti di garanzia dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione comunale o provinciale, segnalando, anche di propria iniziativa, gli abusi, le disfunzioni, le carenze ed i ritardi dell'amministrazione nei confronti dei cittadini. 2. Lo statuto disciplina l'elezione, le prerogative ed i mezzi del difensore civico nonché i suoi rapporti con il consiglio comunale o provinciale. 3. Il difensore civico comunale e quello provinciale svolgono altresì la funzione di controllo nell'ipotesi prevista all'articolo 127".

19 L'art. 5, co.8, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, invero, dispone: Qualora si tratti di atti delle amministrazioni delle regioni o degli enti locali, il richiedente può altresì presentare ricorso al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito.

Qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore. Il ricorso va altresì notificato all'amministrazione interessata. Il difensore civico si pronuncia entro trenta giorni dalla presentazione del ricorso. Se il difensore civico ritiene illegittimo il diniego o il differimento, ne informa il richiedente e lo comunica all'amministrazione competente. Se questa non conferma il diniego o il differimento entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico, l'accesso è consentito. Qualora il richiedente l'accesso si sia rivolto al difensore civico, il termine di cui all'articolo 116, comma 1, del Codice del processo amministrativo decorre dalla data di ricevimento, da parte del richiedente, dell'esito della sua istanza al difensore civico. Se l'accesso è stato negato o differito a tutela degli interessi di cui all'articolo 5-bis, comma 2, lettera a), il difensore civico provvede sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta. A decorrere dalla comunicazione al Garante, il termine per la pronuncia del difensore è sospeso, fino alla ricezione del parere del Garante e comunque per un periodo non superiore ai predetti dieci giorni.

20 Sulle cause del suo fallimento, in generale, v. N. POSTERARO, *L'amministrazione contenziosa: le Alternative Dispute Resolution (con particolare riguardo alla figura del difensore civico)*, cit..

Difensore civico regionale e la necessarietà di tale istituto trova conferma dai numeri e dati emersi dalle relazioni annuali dei difensori. Da tali documenti, infatti, non solo emerge una omogenea ricorrenza a tale figura nelle diverse regioni ma, ulteriormente, che il ricorso a tale metodo alternativo di risoluzione delle controversie è divenuto sempre più frequente<sup>(21)</sup>, anche grazie all’impegno degli stessi difensori di pubblicizzare l’esistenza di tale istituto e di renderlo quanto più possibile vicino alle esigenze dei cittadini.

### 3. L’istituzione del Difensore civico per il digitale presso ogni amministrazione.

Volgendo ora l’attenzione al Difensore civico per il digitale, esso è stato introdotto, all’interno del Codice dell’amministrazione digitale con il decreto legislativo del 26 agosto 2016, n. 179, che ha aggiunto, all’art. 17, il comma 1 quater. In base a tale nuova previsione il legislatore prevedeva l’istituzione di tale figura presso ogni amministrazione affinché chiunque potesse inviare segnalazioni e reclami relativi ad ogni presunta violazione del Codice dell’amministrazione digitale e di ogni altra norma in materia di digitalizzazione ed innovazione della pubblica amministrazione<sup>(22)</sup>.

Il soggetto incaricato doveva essere scelto tra i dirigenti di ruolo in servizio, purché in possesso di adeguati requisiti di terzietà, autonomia e imparzialità.

Ugualmente, dunque, al difensore civico regionale anche quello per il digitale svolgeva una funzione di garanzia dei diritti di cittadini, limitatamente, però ai soli diritti “digitali” nei rapporti con l’amministrazione.

Da ciò ne discendeva che qualora le segnalazioni dei cittadini fossero risultate fondate, il Difensore civico per il digitale avrebbe dovuto attivare una funzione ispettiva attraverso la quale sollecitare l’ufficio responsabile a porre rimedio alla violazione commessa. Nelle ipotesi in cui l’ufficio non vi avesse posto rimedio tempestivamente, allora il difensore avrebbe potuto segnalare tale inerzia all’ufficio competente per i procedimenti disciplinari.

La scelta legislativa di introdurre una diversa figura di difesa civica e, per di più, collocandola presso ogni amministrazione si giustificava, ad avviso di chi scrive, nel dotare i cittadini di uno strumento ulteriore nelle vicende digitali che sorgono con le singole amministrazioni<sup>(23)</sup>. All’epoca della novella, infatti, il processo di transizione digitale non aveva ancora pienamente aderito, non solo all’interno dei processi interni delle amministrazioni ma, più in generale, come idea più ampia di innovazione e ammodernamento delle amministrazioni stesse. Pertanto, in un contesto fortemente in ritardo rispetto al processo di transizione digitale, il Difensore civico per il digitale poteva rappresentare uno strumento in più rispetto i bisogni e le pretese dei cittadini.

21 Comparando i dati raccolti dalle diverse relazioni annuali dei difensori civici regionali emerge un tendenziale incremento delle segnalazioni al difensore civico rispetto gli anni precedenti. Nella regione Lazio, ad esempio, si è passati da 379 segnalazioni nel 2014, a 733 nel 2022. Gli ambiti principali di intervento hanno riguardato l’accesso agli atti, il governo del territorio, la trasparenza delle amministrazioni e il settore delle pensioni e della previdenza. Anche in Emilia-Romagna, il numero delle istanze pervenute nel 2022 è di circa 762, a fronte delle 588 nel 2014. Anche in questa regione il settore più interessato riguarda l’accesso a cui segue il silenzio serbato dalle amministrazioni e il settore della mobilità e dei trasporti. In Toscana, la relazione è aggiornata al 2023 e conta 1495 istanze nel 2022 (a fronte delle 2063 nel 2021).

22 Per una ricostruzione normativa sul tema v. A. CHIAPPINI, *Difensore civico per il digitale e codice dell’amministrazione digitale*, in *Amministrativ@mente*, n. 1/2022; A. CONTALDO, *Il difensore civico nazionale per il digitale presso AgID: cenni su un’istituzione in fieri*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, n. 5-6/2019.

23 Diversamente sul punto v. C. LEONE, *Il principio “digital first”: obblighi e diritti in capo all’amministrazione e a tutela del cittadino. Note a margine dell’art. 1 della legge 124 del 2015*, in *Giustamm.it*, n. 6/2016, 6, secondo cui, sebbene tale istituto possa sicuramente rappresentare un valido strumento di difesa per i diritti digitali dei cittadini, a ricoprire tale ruolo dovrebbe essere un soggetto terzo rispetto all’amministrazione e, dunque, equidistante dagli interessi da tutelare.

Se si pensa che ancora oggi, l'indice annuale Desi 2022<sup>(24)</sup>, il *Digital Economy and Society Index*, ci conferma che, sebbene l'Italia abbia effettuato negli anni molteplici progressi, i risultati sinora raggiunti in materia di digitalizzazione risultano essere ancora sotto la media europea, si comprende l'inadeguatezza delle amministrazioni al momento della previsione dell'istituto. Ancora oggi, infatti, i dati più drammatici riguardano proprio il settore del capitale umano e il livello di digitalizzazione dei servizi pubblici. Con riguardo al primo, il nostro ordinamento si colloca quartultimo nella media europea in termini di popolazione con competenze digitali almeno di base, facendo emergere il basso investimento dell'Italia nella formazione, sia professionale che scolastica e universitaria, nell'ambito delle *Information and Communication Technologies*, c.d. ICT.

Relativamente alle pubbliche amministrazioni, i risultati sono ben peggiori sia per quanto attiene agli indicatori sull'*eGovernment* sia con riguardo ai servizi digitali per i cittadini. Per quest'ultimo, l'Italia è terzultima in Europa per quota degli utenti internet, meno del 50% della popolazione, che interagiscono online con la PA.

Alla luce di tali dati si comprende, dunque, l'iniziale scelta di collocare il Difensore civico per il digitale presso ogni amministrazione che, così facendo, avrebbe potuto consentire, almeno potenzialmente, una migliore applicazione dei principi che regolano l'azione amministrativa nei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini instaurati attraverso i nuovi canali digitali<sup>(25)</sup>.

#### **4. Dal suo trasferimento presso l'Agenzia per l'Italia digitale al definitivo ridimensionamento ad opera del d.l. n. 77/2021.**

Ciononostante, la collocazione del Difensore civico per il digitale presso ogni amministrazione è stata presto rivista con il decreto legislativo del 13 dicembre 2017, n. 217, recante modifiche al Codice dell'amministrazione digitale<sup>(26)</sup>. Il decreto correttivo, intervenendo sul comma 1 quater dell'art. 17 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ha, infatti, istituito presso l'Agenzia per l'Italia digitale un unico Difensore civico per il digitale, in sostituzione dei precedenti previsti presso ciascuna amministrazione<sup>(27)</sup>. Con ciò, di fatto, rendendo impossibile verificare il funzionamento di tale istituto che, per altro verso, non ha avuto il tempo nemmeno di essere nominato.

Nonostante la novella, le funzioni di tale istituto rimangono invariate e, pertanto, vi è preposto un soggetto in possesso di adeguati requisiti di terzietà, autonomia e imparzialità. Tale figura, nella nuova declinazione, rimane destinataria delle segnalazioni presentate dai cittadini che, qualora fondate, consentono, nel termine di trenta giorni, di invitare il soggetto responsabile a rimediare tempestivamente e, altresì, a comunicare le inadempienze all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari.

24 È uno strumento di valutazione della Commissione Europea, introdotto nel 2014, che misura i progressi dei Paesi europei in termini di digitalizzazione dell'economia e della società.

25 Sul punto è possibile estendere le riflessioni di F. TRIMARCHI, *Il difensore civico a livello locale in Le reg.*, 1998, 320, sul difensore civico locale. L'A., in questa sede, mette in risalto che una azione correttiva del difensore è sicuramente più penetrante e diretta se avviene a livello locale, per il più immediato contatto con i cittadini e gli utenti e per il controllo da questi svolto, direttamente, sul funzionamento degli uffici e dei servizi. Ebbene, muovendo da tali considerazioni, si ritiene che lo stesso valga se l'azione correttiva è disposta dall'interno dell'amministrazione in cui si verifica il malfunzionamento.

26 Sul punto v. B. CAROTTI, *Il correttivo al Codice dell'amministrazione digitale: una meta-riforma*, in *Gior. Dir. Amm.*, n. 2/2018, 132, secondo cui l'intervento del correttivo non deve essere letto come superamento della disciplina recata dal decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179, quanto piuttosto "un ulteriore tentativo di assetamento e miglioramento dell'impianto esistente, semplificando le norme che presidiano l'agognato e lunghissimo passaggio italiano alla digitalizzazione, prendendo atto di alcuni ritardi e agendo di conseguenza".

27 Su tale evoluzione normativa v. A. CHIAPPINI, *Difensore civico per il digitale*, cit.; A. CONTALDO, *Il difensore civico nazionale per il digitale presso AgID*, cit.; G. STRAZZA, *I dati aperti in Italia: un focus sull'openness digitale dei Comuni*, in *Federalismi.it*, n. 34/2022, 168 ss..

La principale e sola differenza rispetto la precedente previsione, sicché, riguarda la centralizzazione di tale figura presso l'AgID, sostituendosi, perciò, alla mole di difensori civici per il digitale che avrebbero dovuto essere previsti presso ciascuna amministrazione.

La *ratio* di tale intervento, espressa nella relazione illustrativa che accompagna il decreto<sup>(28)</sup>, risiede nella scelta legislativa di semplificare l'individuazione di un unico interlocutore, facilmente individuabile da parte del cittadino, superando la precedente disomogeneità connessa proprio alla presenza di più difensori civici presso le varie amministrazioni<sup>(29)</sup>. Allo stesso modo, ciò avrebbe dovuto garantire, sempre secondo il legislatore, non solo una più efficiente ed efficace raccolta e gestione delle istanze dei cittadini ma, ulteriormente, ciò avrebbe consentito una interpretazione unica delle disposizioni tecniche del Codice, uniformando quindi le amministrazioni nella sua applicazione. In altri termini, dunque, la previsione di più difensori civici per il digitale presso ogni amministrazione avrebbe potuto determinare una frammentazione tanto applicativa quanto interpretativa del Codice stesso, facendovi preferire la previsione di un unico difensore civico<sup>(30)</sup>.

In questi termini si era espresso anche il Consiglio di Stato che con proprio parere aveva definito la scelta di accentrare le competenze del Difensore civico per il digitale in un unico ufficio istituito presso l'AgID, conforme al criterio di delega recato dall'art. 1, comma 1, lett. l) della legge 7 agosto 2015, n. 124, nella parte in cui dispone che il decreto legislativo 13 dicembre 2017, n. 217 debba essere volto anche a "razionalizzare i meccanismi e le strutture deputati alla *governance* in materia di digitalizzazione, al fine di semplificare i processi decisionali"<sup>(31)</sup>.

Presso le amministrazioni, ex. art. 17, co. 1 d.lgs. n. 82/2005, allora rimarrebbe prevista la sola e diversa figura del Responsabile per la transizione digitale, le cui funzioni sono volte principalmente al coordinamento dei processi di riorganizzazione fi-

28 Cfr. relazione illustrativa, relazione tecnica, ATN e AIR, sullo Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179, recante modifiche e integrazioni al codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (452), decreto legislativo n. 217 del 13 dicembre 2017.

29

30 Tali perplessità erano state sollevate in passato anche con riguardo ai diversi difensori civici regionali. In tal senso v. L. VANDELLI, *Difensori civici e autonomie locali*, in *Reg. e gov. Loc.*, n.2/1992, 548, secondo cui la previsione di molteplici difensori genererebbe "un labirinto inestricabile", dal momento che i cittadini sarebbero costretti a orientarsi tra competenze differenziate per poter individuare l'interlocutore cui rivolgere la propria istanza.

31 Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, con il parere n. 2212 del 4 ottobre 2017. Allo stesso modo, veniva valutata positivamente la scelta di incrementare di 40 unità il personale presso l'AgID, ai sensi dell'art. 62, comma 2 del d. lgs. n. 217/2017 in ragione dell'ampliamento del novero delle funzioni attribuite all'Agenzia.

nalizzati alla realizzazione di un'amministrazione digitale<sup>(32)</sup>. Di conseguenza, non vi è più, presso ogni amministrazione, una figura addetta a dirimere le questioni sorte in materia di digitalizzazione ma, solo un responsabile posto a verificare il corretto adeguamento delle attività interne all'amministrazione al nuovo Codice. Con la conseguenza, dunque, che nelle eventuali ipotesi in cui i cittadini riscontrino disfunzioni presso le amministrazioni con cui si confrontano, il dialogo non si instaurerà più con la amministrazione stessa ma, al contrario, con un unico Difensore civico previsto a livello nazionale.

Da ultimo, il legislatore è nuovamente intervenuto sull'istituto del Difensore civico per il digitale, sottraendogli gran parte delle funzioni sinora attribuitegli.

In questo senso si pone il decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, recante “*Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*”.

Il decreto in questione, attraverso l'art. 41 ha modificato nuovamente l'art. 17, co.1 quater, di fatto, erodendo le funzioni di accertamento e ispettive attribuite al Difensore civico per il digitale. Allo stato attuale, i suoi compiti sono circoscritti alla verifica della fondatezza della segnalazione presentata dal privato e, in caso di esito positivo, questa è trasmessa al Direttore generale dell'AgID che assorbe, attraverso il nuovo art. 18-bis, le funzioni precedentemente assunte dal Difensore civico per il digitale.

Nel nuovo quadro normativo, dunque, è l'AgID, una volta accertata la sussistenza delle violazioni contestate, ad assegnare al trasgressore un congruo termine perentorio, proporzionato rispetto al tipo e alla gravità della violazione, per conformare la condotta agli obblighi previsti dalla normativa vigente, segnalando le violazioni all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari di ciascuna amministrazione, nonché

32 In particolare, il Responsabile per la transizione digitale, secondo quanto disposto dall'art. 17, co.1, svolge compiti relativi a: a) coordinamento strategico dello sviluppo dei sistemi informativi, di telecomunicazione e fonia, in modo da assicurare anche la coerenza con gli *standard* tecnici e organizzativi comuni; b) indirizzo e coordinamento dello sviluppo dei servizi, sia interni che esterni, forniti dai sistemi informativi di telecomunicazione e fonia dell'amministrazione; c) indirizzo, pianificazione, coordinamento e monitoraggio della sicurezza informatica relativamente ai dati, ai sistemi e alle infrastrutture anche in relazione al sistema pubblico di connettività, nel rispetto delle regole tecniche di cui all'articolo 51, comma 1; d) accesso dei soggetti disabili agli strumenti informativi e promozione dell'accessibilità anche in attuazione di quanto previsto dalla legge 9 gennaio 2004, n. 4; e) analisi periodica della coerenza tra l'organizzazione dell'amministrazione e l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, al fine di migliorare la soddisfazione dell'utenza e la qualità dei servizi nonché di ridurre i tempi e i costi dell'azione amministrativa; f) cooperazione alla revisione della riorganizzazione dell'amministrazione ai fini di cui alla lettera e); g) indirizzo, coordinamento e monitoraggio della pianificazione prevista per lo sviluppo e la gestione dei sistemi informativi di telecomunicazione e fonia; h) progettazione e coordinamento delle iniziative rilevanti ai fini di una più efficace erogazione di servizi in rete a cittadini e imprese mediante gli strumenti della cooperazione applicativa tra pubbliche amministrazioni, ivi inclusa la predisposizione e l'attuazione di accordi di servizio tra amministrazioni per la realizzazione e compartecipazione dei sistemi informativi cooperativi; i) promozione delle iniziative attinenti l'attuazione delle direttive impartite dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dal Ministro delegato per l'innovazione e le tecnologie; j) pianificazione e coordinamento del processo di diffusione, all'interno dell'amministrazione, dei sistemi di identità e domicilio digitale, posta elettronica, protocollo informatico, firma digitale o firma elettronica qualificata e mandato informatico, e delle norme in materia di accessibilità e fruibilità nonché del processo di integrazione e interoperabilità tra i sistemi e servizi dell'amministrazione e quello di cui all'articolo 64-bis; j-bis) pianificazione e coordinamento degli acquisti di soluzioni e sistemi informatici, telematici e di telecomunicazione al fine di garantirne la compatibilità con gli obiettivi di attuazione dell'agenda digitale e, in particolare, con quelli stabiliti nel piano triennale di cui all'articolo 16, comma 1, lettera b).

ai competenti organismi indipendenti di valutazione<sup>(33)</sup>.

In questa nuova prospettiva, il Difensore civico per il digitale assolve la funzione di mero “filtro” tra la segnalazione presentata dal cittadino e i poteri di accertamento assunti dall’AgID. Tale istituto, così, si limiterà a verificare la non manifesta infondatezza delle segnalazioni pervenute, affinché al direttore generale dell’AgID siano trasmesse le sole meritevoli di valutazione e accertamento.

Come si anticipava in apertura, la scelta di centralizzare presso l’AgID non solo tale figura ma anche tutti i poteri ad essa inizialmente previsti, risulta essere coerente con il modello di *governance* individuato dallo stesso d. l. n. 77/2021. Un modello che, per assicurare una uniforme realizzazione degli obiettivi previsti all’interno del Pnrr affida a strutture centrali il ruolo di coordinare e indirizzare gli interventi.

### 5. La parabola discendente del Difensore civico per il digitale. Alcune possibili soluzioni *de iure condendo*.

Ciò che occorre a questo punto chiederci è se così ridimensionato il Difensore civico per il digitale sia davvero un istituto funzionale alla realizzazione degli obiettivi di cittadinanza digitale.

Del resto, come visto, l’istituto, sorto come iniziale rimedio alternativo delle controversie tra cittadini e pubblica amministrazione in materia digitale ha perso tale connotazione, risultando, attualmente, più come un apparato (*i.e.* ufficio) dell’Agenzia per l’Italia digitale che un rimedio para contenzioso a tutela dei cittadini. In questo nuovo quadro, infatti, egli non è più titolare di poteri che possono in qualche modo conferire, almeno direttamente, ai cittadini uno strumento di tutela in più o comunque alternativo a quello giurisdizionale. L’iniziale punto di forza del Difensore civico, di fatto, era proprio questo: consentire ai cittadini di rivolgersi ad un soggetto diverso dagli organi di giustizia affinché non fossero sostenuti i costi che tale scelta avrebbe comportato.

Tutte queste considerazioni oggi valgono, invero, per l’AgID che ha, nel frattempo, assorbito tutte queste funzioni, svilendo, dunque, il Difensore civico a mero apparato della sua organizzazione. Se ciò è vero, è altrettanto vero che tali funzioni ben potrebbero essere svolte dal personale arruolato dall’Agenzia, senza la specifica previsione che si tratti del Difensore civico per il digitale.

Ciononostante, si ritiene che il Difensore civico possa ancora svolgere un ruolo all’interno di tale processo di transizione digitale.

In questa sede le soluzioni possibili, ad avviso di chi scrive, possono essere due, a seconda che si scelga di preferire il ripristino della normativa originale oppure adattando gli istituti al modello organizzatorio predisposto in realizzazione del Pnrr, anche una volta che questo sia concluso.

La prima soluzione, come si vedrà, poggia sul presupposto che l’elemento della vicinanza, intesa quindi come incardinamento del Difensore civico per il digitale presso l’amministrazione in cui si verifica la violazione, può rappresentare uno stimolo non solo per i cittadini ad accedere al servizio, che in virtù di tale caratteristica dovrebbe essere più riconoscibile, ma, se adeguatamente potenziato, dovrebbe condurre tanto

33 Alla luce dei nuovi poteri conferitigli, l’AgID ha adottato: con Determinazione n. 270/2022 il regolamento recante le procedure di contestazione, accertamento, segnalazione delle violazioni in materia di transizione digitale e di esercizio del potere sanzionatorio ai sensi dell’art. 18-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e successive modifiche; il regolamento recante le procedure per lo svolgimento dei compiti previsti dall’articolo 17, comma 1- quater del d. lgs. 7 marzo 2005, n. 8 (ovvero le segnalazioni al difensore civico per il digitale su presunte violazioni del cad o di altre norme di digitalizzazione ed innovazione); il regolamento recante le modalità per la vigilanza ai sensi dell’art. 14-bis comma 2, lett. i) e per l’esercizio del potere sanzionatorio ai sensi dell’art. 32-bis del d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (vigilanza sui soggetti qualificati o accreditati). Con determinazione n. 355/2022, invero, ha adottato il regolamento recante le procedure finalizzate allo svolgimento dei compiti relativi al difensore civico per il digitale previsti dall’articolo 3 quinquies, commi 2 e 3 della legge 9 gennaio 2004, n. 4, disposizioni per favorire e semplificare l’accesso degli utenti e delle persone con disabilità agli strumenti informatici.

alla specifica risoluzione della violazione quanto del disfunzionamento organizzativo o informatico che l'ha generata. La seconda, invero, che appare più in linea con il contesto attuale, interviene più che sul singolo istituto, sul modello di *governance* sotteso alla realizzazione dell'obiettivo di transizione digitale, in cui la cittadinanza digitale sicuramente rappresenta un profilo importante. In questi termini, il Difensore civico per il digitale continua ad avere un ruolo marginale rispetto al passato ma più funzionale, ad avviso di chi scrive, ai profili oggetto di indagine.

### 5.1 Il ripristino del Difensore civico per il digitale presso ogni amministrazione.

La prima soluzione che si suggerisce, ad avviso di chi scrive, appare forse la meno coerente con il contesto attuale, ma non per questo priva di fondamenti. Questa prevede il ricollocamento del Difensore civico per il digitale presso ogni amministrazione poggiando, come si anticipava, sull'idea che la prossimità dell'istituto, se adeguatamente corretto, alle questioni dei cittadini possa rappresentare uno strumento di tutela maggiore. Quando, di fatto, tale istituto è stato introdotto per la prima volta, non vi è stato il tempo – perché subito trasferito presso l'AgID – né di permettere alle amministrazioni di adeguarsi alla normativa, e quindi di nominarlo, né di verificare se tale scelta potesse essere sostenibile in termini organizzativi.

Si ritiene, infatti, che la presenza di tale istituto possa essere davvero efficiente in termini organizzativi a patto che le amministrazioni abbiano risolto e colmato, anche grazie alla realizzazione degli interventi previsti nel Piano, tutti quei limiti organizzativi che ancora oggi le caratterizzano.

In particolare, ci si riferisce alla acquisizione delle competenze digitali di cui il capitale umano delle amministrazioni, specie quelle periferiche, è essenzialmente, ancora oggi, sprovvisto.

Il Difensore civico per il digitale, infatti, può agire come rimedio alternativo di risoluzione di una controversia tra utente e amministrazione laddove, non solo sia terzo e imparziale rispetto le diverse pretese delle parti in conflitto ma, più precisamente, quando abbia le effettive competenze e conoscenze per risolvere la questione dibattuta. Allo stesso modo, poi, una volta definita la questione, vi dovrebbe essere, all'interno delle amministrazioni, personale adeguatamente capace di darvi seguito. Ciò vuol dire che la questione delle competenze tecnologiche e digitali non investe solo il Difensore civico per il digitale ma, più generalmente, tutto il capitale umano delle amministrazioni: il primo dovrebbe soddisfarle affinché possa risolvere la questione con adeguata cognizione di causa, il secondo, invero, affinché possa dare concreto seguito a quanto definito in sede di risoluzione alternativa. Ragionando sempre *de jure condendo*, attraverso tale soluzione interpretativa i cittadini avrebbero così accesso a un servizio interno all'amministrazione, e quindi facilmente individuabile e apposito rispetto le questioni digitali sorte nei loro confronti. Dal lato del Difensore civico per il digitale, invero, il vantaggio che se ne trarrebbe riguarderebbe la risoluzione di mal-funzionamenti e dinamiche specifiche rispetto all'amministrazione di appartenenza. In questo caso, la frammentazione e la molteplicità dei difensori civici assumerebbe un valore positivo perché risponderebbe alla diversità organizzativa delle amministrazioni, intesa quale diversa distribuzione delle competenze e ripartizione degli uffici<sup>(34)</sup>. Le amministrazioni, infatti, possono essere diverse per grandezza, funzioni, innovazione

<sup>34</sup> Sull'organizzazione amministrativa, v. in particolare, A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001; F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, n.1/2009.

dei processi interni e, soprattutto, per formazione del personale<sup>(35)</sup>. Tutte queste variabili dovrebbero essere a conoscenza del Difensore civico per il digitale in qualità di destinatario delle segnalazioni dei cittadini in materia di digitalizzazione. L'incardinamento presso ciascuna amministrazione consentirebbe a quest'ultimo di avere piena consapevolezza dei meccanismi e delle disfunzioni che possono verificarsi all'interno della sua organizzazione e, quindi, suggerire soluzioni, nel rispetto dei vincoli imposti dalla legge, maggiormente compatibili con il contesto d'insieme. Ciò potrebbe non verificarsi se a risolvere la questione fosse un Difensore civico unico che, per contro, potrebbe limitarsi ad indicare la corretta applicazione delle disposizioni del Codice dell'amministrazione, senza tener conto del contesto organizzativo in cui la distorsione applicativa si è verificata.

Ciò posto, si è consapevoli che questa soluzione interpretativa si presta ad alcune critiche.

In primo luogo, è possibile obiettare che presso le amministrazioni sono già presenti figure dedicate ai rapporti con i cittadini o ai processi di transizione digitale e che, dunque, una ulteriore figura, potrebbe risultare poco efficiente in termini organizzativi. Nei rapporti con i cittadini, come è noto, laddove si instauri un procedimento amministrativo ogni amministrazione è obbligata a nominare un responsabile del procedimento che rappresenta l'amministrazione all'esterno e che è recettizia dell'esercizio di tutti quegli strumenti di difesa e partecipazione previsti e conferiti dal legislatore ai cittadini. Tale istituto, come è noto, dovrebbe non solo garantire la partecipazione dei soggetti interessati ma, ulteriormente, condurre l'amministrazione all'adozione della miglior decisione possibile.

In riferimento, invero, al processo di transizione digitale, il legislatore impone, poi, l'obbligo per ogni amministrazione di nominare un apposito Responsabile per la transizione digitale, investito di verificare la corretta applicazione delle regole e degli interventi in materia di digitalizzazione. Sebbene quest'ultimo, non disponga di poteri interlocutori con i cittadini, essendo adibito ad una funzione di monitoraggio meramente interno alle amministrazioni, è evidente che un intervento legislativo in tal senso potrebbe conferirgli anche tale potere, razionalizzando così l'organizzazione interna delle singole amministrazioni, senza dover necessariamente prevedere una terza e diversa figura.

In secondo luogo, poi, i dati emergenti sul processo di digitalizzazione delle amministrazioni, dopo quasi due anni dall'adozione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, risultano essere ancora molto insoddisfacenti, al punto da mettere in dubbio che al termine del Piano le amministrazioni possano concretamente raggiungere gli obiettivi prefissati.

Le indagini condotte da Formez PA ci indicano come nel primo anno di attività, il Piano ha portato in formazione poco più di 50.000 dipendenti e l'iniziativa "PA 110 e lode" per consentire a tutti i dipendenti pubblici di usufruire di un incentivo per l'accesso all'istruzione terziaria, ha visto, sino ad aprile 2023, poco più di 2.500 dipendenti immatricolati nelle 65 università aderenti<sup>(36)</sup>.

Se ne può trarre, dunque, che almeno sino a questo momento, la realizzazione degli obiettivi del Piano in riferimento alla formazione del personale, nella prospettiva più ampia per rappresentare la leva per il più generale obiettivo della digitalizzazione,

35 D. SORACE-S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2018, 59, definendo le amministrazioni al plurale alludono proprio alle specificità delle diverse funzioni e delle relative organizzazioni amministrative.

36 Cfr. Report Formez PA pubblico impiego 2023, 25.



risulta, ancorché insoddisfacente, ancora lontana<sup>(37)</sup>. Questo è un dato su cui necessariamente riflettere, specie se si tiene conto che dall'adozione del Piano è già trascorso un tempo congruo che avrebbe dovuto consentire la messa a segno di alcuni *target* rispetto ai profili oggetto di indagine.

Se, come si è detto, la previsione di un Difensore civico per il digitale presso ogni amministrazione potrebbe risultare funzionale alla garanzia dei diritti digitali dei cittadini a patto che lo stesso difensore, il Responsabile per la transizione digitale e, in generale, il capitale umano delle singole amministrazioni siano capaci di interpretare l'evoluzione digitale e saper porre rimedio ai malfunzionamenti che possono verificarsi dalla sua applicazione, allo stato attuale è difficile immaginare che tale soluzione interpretativa possa rappresentare quella più funzionale al processo di transizione digitale. Ciò vuol dire, dunque, che bisognerà inevitabilmente circoscrivere e razionalizzare le risorse umane su cui investire, suggerendo, perciò, una diversa soluzione.

## 5.2 Il Difensore civico per il digitale presso l'AgID quale canale di comunicazione tra l'AgID e il Responsabile per la transizione digitale presso ogni amministrazione.

Una seconda alternativa potrebbe riguardare la possibilità di mantenere il Difensore civico per il digitale presso l'AgID con le sue attuali funzioni di filtro. Tuttavia, piuttosto che riferire e trasmettere la segnalazione non manifestamente infondata all'AgID, ci si chiede se questa non potrebbe essere trasmessa al Responsabile per la transizione digitale previsto presso ogni amministrazione.

In altri termini, si ragiona se non è tra queste due figure, e dunque tra il Difensore civico per il digitale e il Responsabile per la transizione digitale, che potrebbe venire a crearsi il dialogo per risolvere le questioni digitali interne ad ogni amministrazione<sup>(38)</sup>.

Di fatto, al ruolo di Responsabile per la transizione digitale dovrebbe essere preposta una persona dotata di "adeguate competenze tecnologiche, di informatica giuridica e manageriali"<sup>(39)</sup>, caratteristiche in base alle quali non vi sarebbe soggetto maggiormente indicato a ricevere le segnalazioni su eventuali criticità in materia di digitalizzazione presenti presso la propria amministrazione<sup>(40)</sup>.

In questo nuovo assetto, il Difensore civico per il digitale alleggerirebbe l'amministrazione dall'accertamento sulla fondatezza o meno della segnalazione; dall'altro lato, al Responsabile per la transizione digitale spetterebbe il compito di valutare e risolvere una segnalazione già filtrata. Essendo previsto presso ogni amministrazione con le competenze di cui sopra, il Responsabile per la transizione digitale potrebbe essere in grado di tutelare adeguatamente i diritti dei cittadini predisponendo soluzioni compatibili e adeguate alla fattispecie sollevata, con riferimento a procedimenti amministrativi.

37 In generale, sul profilo delle competenze e delle misure previste dal Pnrr su tale specifico profilo v. G. D'ALESSIO, *La riforma della Pubblica Amministrazione nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) Italiano*, in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 17/2022.

38 Il piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione, 2020 – 2022, 2, già riconosce al suo interno come l'interazione della figura del Difensore Civico per il Digitale con la rete dei Responsabili per la transizione al digitale, seppur su aspetti diversi rispetto quello che qui si propone, costituisce un'attività di rete ormai divenuta istituzionale. Su queste questioni v. G. STRAZZA, *I dati aperti in Italia*, cit., 172, secondo cui è necessario che tra Difensore Civico per il Digitale, AgID e Responsabile per la transizione digitale si innesti un dialogo proficuo.

39 Cfr. art 17, c. 1 *ter*, d. lgs. n. 82/2005.

40 Si è consapevoli che ciò non risolve la debolezza delle amministrazioni in termini di assenza di competenze tecniche. Sul punto v. E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. Pubb.*, n. 2/2019, 370.

tivi e a meccanismi che ben conosce poiché interni alla sua amministrazione<sup>(41)</sup>. Di tali esiti, poi, si ritiene che il Responsabile debba darne comunicazione all'AgID tramite il canale, appunto, del Difensore civico per il digitale.

Così facendo il Difensore civico per il digitale assumerebbe una struttura bicefala in quanto rappresenterebbe il punto di snodo tra l'amministrazione competente a monitorare il rispetto delle disposizioni in materia digitale, vale a dire l'Agenzia per l'Italia Digitale, e le singole amministrazioni presso le quali la violazione è commessa e presso le quali ne è demandata la risoluzione. In altre parole, le funzioni del Difensore civico per il digitale agirebbero da filtro in una doppia direzione: una prima che si rivolge alle singole amministrazioni laddove, una volta accertata la fondatezza della violazione, questa sia comunicata alla amministrazione per l'esercizio degli opportuni poteri di verifica e sanzionatori; una seconda che, invece, si rivolgerebbe all'Agenzia dal momento che ciò le consentirebbe un esercizio più adeguato delle funzioni di indirizzo e coordinamento rispetto i processi di transizione digitali alla luce degli esiti raccolti dal Difensore in base alle decisioni assunte dai diversi Responsabili per la transizione digitale. Ciò consentirebbe, di fatto, all'Agenzia per l'Italia digitale di avere un quadro chiaro rispetto alle principali disfunzioni che si verificano all'interno delle amministrazioni e, ulteriormente, rispetto a quali siano state le scelte tecnico-amministrative adoperate dalle stesse per porvi rimedio. Ciò tornerebbe utile anche per l'ulteriore fine di redigere le Linee guida, come espressamente previsto dal nuovo art. 18 bis del CAD, al cui interno indicare soluzioni e procedimenti maggiormente rispondenti allo stato di avanzamento di digitalizzazione delle amministrazioni.

Tale soluzione richiederebbe, di fatto, lo spostamento delle sole funzioni di risoluzione delle segnalazioni fondate dall'AgID al Responsabile per la transizione digitale, rimanendo invariata, invece, la collocazione di ognuno di loro.

È opportuno evidenziare ulteriormente in questa sede che una prospettiva, appena accennata, in questo senso era stata già espressa, nel 2018, dal Ministero per la Pubblica amministrazione che aveva individuato il Responsabile per la Transizione digitale quale "punto di contatto con l'Agenzia per l'Italia Digitale e la Presidenza del Consiglio dei Ministri per le questioni connesse alla trasformazione digitale delle pubbliche amministrazioni, nonché per la partecipazione a consultazioni e censimenti previsti dal Piano triennale per l'informatica della Pubblica amministrazione"<sup>(42)</sup>. Più recentemente, il Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione, 2020 - 2022, ha identificato il Responsabile come "l'interfaccia tra AgID, Dipartimento per la Trasformazione Digitale e l'Amministrazione". Ciò vuol dire che è mediante la sua interazione che è possibile introdurre e promuovere all'interno delle amministrazioni processi di cambiamento, di condivisione delle buone pratiche e di adattamento di queste ultime al proprio contesto<sup>(43)</sup>. Sicché, all'interno del piano, si legge, oltre all'interazione con l'Agenzia si ritiene fondamentale predisporre una rete di collaborazione tra i diversi Responsabili affinché siano condivise e valorizzate non solo le migliori esperienze ma anche le diverse progettualità.

Se, dunque, il Responsabile per la Transizione Digitale rappresenta il soggetto indicato di riferire all'AgID sullo stato di transizione digitale dell'amministrazione presso

41 In F. NOTARI, *Il percorso della digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche: ambiti normativi mobili e nuovi modelli di governance*, in *Gior. Dir. Amm.*, n.1/2020, 29, si metteva già in evidenza "che, se la centralizzazione del difensore civico per il digitale può favorire il processo di digitalizzazione attraverso il rafforzamento dei diritti dei cittadini, dall'altro, la mancanza in capo allo stesso soggetto di funzioni ispettive e di supporto alle amministrazioni riduce, evidentemente, l'efficacia complessiva della sua azione".

42 Cfr. Circolare del Ministero della Pubblica Amministrazione, n. 3 del 1° ottobre 2018, recante «Responsabile per la transizione digitale - art. 17 decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell'amministrazione digitale».

43 Cfr. Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione, 54.

cui è incardinato e di adattare i cambiamenti digitali all'interno della sua amministrazione, si ritiene che, nella completezza di tali funzioni, debba essergli conferita anche la possibilità di risolvere le controversie che sorgono rispetto a tali profili con i cittadini e di trasmetterne gli esiti all'Agenzia attraverso il canale, appunto, del Difensore civico per il digitale istituito presso la stessa.

È chiaro che in tale rinnovata declinazione il Difensore civico per il digitale perderebbe definitivamente quella originale connotazione di strumento alternativo di risoluzione delle controversie che, invero, sarebbe qui assunto dal Responsabile per la transizione digitale. Tuttavia, è altrettanto vero, che allo stato attuale tale soluzione risulta essere, almeno a parere di chi scrive, la più compatibile in termini organizzativi e pratici. Ciò in quanto, come visto, le amministrazioni non hanno ancora colmato i divari digitali che le caratterizzano e, di conseguenza, investire il Responsabile di tali funzioni appare la scelta più razionale. In questo senso, infatti, le analisi condotte dall'Agenzia per l'Italia digitale dimostrano come quasi tutte le amministrazioni abbiano individuato al loro interno, o in consorzio ove previsto per legge, un Responsabile per la transizione digitale<sup>(44)</sup>. Nel dettaglio, tutti i ministeri, le Regioni e le province autonome, le città metropolitane e quasi tutte le università<sup>(45)</sup>, hanno disposto tali nomine. Relativamente ai Comuni, invero, la percentuale è pari all'85% e di poco più bassa è quella delle Federazioni, degli Ordini e dei Consigli professionali<sup>(46)</sup>.

Rispetto ai profili individuati, i dati più aggiornati risultano essere quelli dell'indagine condotta da Banca d'Italia nel 2022 che indicano come, nella prevalenza dei casi, tale ruolo è stato assegnato al Responsabile dei sistemi informativi e, più in generale, ai *manager* informatici<sup>(47)</sup>, evidenziando, perciò, l'impegno delle amministrazioni di adempiere a tale onore normativo non solo formalmente ma anche scegliendo, all'interno dell'amministrazione, il personale più competente. Per favorire, poi, l'acquisizione di competenze specifiche rispetto al ruolo assegnato, la stessa Agenzia, ha previsto all'interno del Piano, e già avviato, una serie di corsi di formazione rivolti specificatamente al ruolo del RTD<sup>(48)</sup>.

Quanto sinora esposto sembra conferire al Responsabile per la transizione digitale una certa centralità, non solo rispetto ai processi di digitalizzazione interni alla propria amministrazione ma anche rispetto il più generale obiettivo di transizione digitale su cui vigila e monitora l'AgID.

In questo prisma, allora, si ritiene che conferire al Responsabile per la Transizione digitale anche la funzione di risoluzione alternativa delle controversie tra amministrazione di appartenenza e cittadini possa rappresentare il giusto compromesso tra unitarietà e frammentarietà: ciò in quanto, pur agendo autonomamente, egli sarebbe comunque sempre tenuto a conformarsi agli indirizzi dettati dall'Agenzia sulla base dei dati raccolti dal Difensore civico nella sua nuova veste di "doppio filtro" e che verrebbero ad essere tradotti e declinati nelle diverse Linee guida di competenza dell'Agenzia.

## 6. Riflessioni conclusive.

Volendo provare a trarre qualche riflessione conclusiva è possibile sostenere, tan-

44 Cfr. Dati Agenzia per l'Italia Digitale, aggiornati al 31 agosto 2023 e reperibili al seguente link: <https://avanzamentodigitale.italia.it/progetto/responsabili-la-transizione-al-digitale>

45 Per quest'ultime la percentuale raggiunta è pari al 99%.

46 Tale categoria ha invero, raggiunto il 77%.

47 Cfr. Banca d'Italia, *L'informatizzazione nelle Amministrazioni locali*, gennaio 2022, 45.

48 Nel dettaglio, la Relazione sulla Gestione 2021 redatta dall'AgID indica che sono stati condotti due cicli di attività di sensibilizzazione rivolti ai RTD sulle tematiche di *Cyber Security* in collaborazione con il Foromez e il GARR; ulteriormente, si segnala il corso di "e4job PA - Introduzione alla cultura digitale" di AICA e Umana SpA in collaborazione con AgID.

to alla luce del quadro normativo ricostruito quanto rispetto alle analisi prospettiche suggerite, che il ruolo del Difensore civico per il digitale, nel tempo, e ovunque sia stato collocato, non è mai riuscito pienamente a svolgere un ruolo significativo all'interno del processo di transizione digitale.

E questo è dimostrato dal suo progressivo ridimensionamento a favore, invece, di altri soggetti o istituti. Le ragioni, come visto, sono principalmente state dettate da una esigenza di unitarietà di indirizzo e coordinamento, fortemente evidente all'interno del Piano nazionale di ripresa e resilienza e che hanno condotto a una sempre più rilevante centralizzazione del ruolo dell'Agenzia per l'Italia digitale.

Se ciò, in una fase storica come quella attuale, è estremamente necessario anche al fine di realizzare nella misura più uniforme possibile gli obiettivi previsti all'interno del Pnrr, è tuttavia vero che le singole amministrazioni svolgono un ruolo parimenti importante in questo processo. Queste sono, infatti, chiamate a riempire di concretezza quanto espresso a livello centrale e politico e, in virtù di questo, si ritiene che è proprio al loro interno che vanno potenziati tutti quegli strumenti volti alla realizzazione degli obiettivi del Piano – se ci collochiamo al suo interno – e, più in generale, gli obiettivi di cittadinanza digitale – se ci collochiamo in una fase successiva alla sua conclusione –.

Ed è, dunque, in questa prospettiva che si muovono le soluzioni, specie l'ultima, indicate: esse guardano sì ad una unitarietà di indirizzo ma, contestualmente, fanno leva sulla specificità di ogni amministrazione. In ragione di ciò, per ragioni di economia dei processi, la soluzione più adeguata è apparsa quella di muoversi all'interno del quadro giuridico attuale, potenziando e predisponendo parzialmente *ex novo* le funzioni di istituti già esistenti. Tutto questo ci ha condotto, nel prisma del ruolo venticistico assunto da AgID, verso una maggiore esaltazione del ruolo del Responsabile della Transizione digitale a scapito, invero, del Difensore civico per il digitale che pure vedrebbe comunque innovarsi rispetto al passato.

Nel solco tracciato all'interno di questo contributo sembra, infatti, rispondere maggiormente alle esigenze del caso il Responsabile della transizione digitale piuttosto che il Difensore civico per il digitale. Ciò in quanto non solo le amministrazioni si sono impegnate – o comunque si stanno impegnando – a riempire di contenuto il disposto normativo che ne impone la sua previsione – al contrario di quanto si è verificato con il Difensore civico per il digitale – ma, ulteriormente, perché al netto della sua collocazione e delle sue competenze risulta essere l'istituto più funzionale alla realizzazione dei diritti digitali dei cittadini, se è questa la prospettiva che vogliamo assumere.

Deve essere messo ulteriormente in evidenza in questa sede, poi, che il processo di transizione digitale è un processo in continua evoluzione. È un processo che corre più velocemente di quanto il legislatore riesca a fare e ancor più veloce rispetto alle amministrazioni nel tentativo di adeguarsi a tali cambiamenti<sup>(49)</sup>.

I rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni, pertanto, sono sottoposti a continui cambiamenti ed è, dunque, necessario che da un lato vi sia un soggetto (l'AgID) che “tenga le fila” di tali processi e che, dall'altro, vi sia chi conduca (il Responsabile per la transizione digitale) le singole amministrazioni in questa innovazione.

Si pensi all'applicazione dell'intelligenza artificiale e, più nel dettaglio, degli algo-

49 I. M. DELGADO, *La riforma dell'amministrazione digitale: un'opportunità per ripensare la pubblica amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI-L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, Firenze University Press, 2016, 135, metteva già allora in evidenza come le nuove tecnologie, applicate al diritto amministrativo, pongono principalmente due sfide: una tecnologica e una giuridica. La prima impone la previsione di sistemi e programmi capaci di razionalizzare l'azione amministrativa, la seconda, invero, richiede di inquadrare tali sistemi informatici in quadro giuridico chiaro e compatibile con i principi che regolano l'azione amministrativa.

ritmi<sup>(50)</sup>. Il loro uso nel nostro ordinamento è ormai acquisito sebbene manchi, tanto a livello nazionale quanto internazionale, una disciplina che ne regoli la loro applicazione. È il caso, ad esempio, degli algoritmi applicati alle procedure di reclutamento del personale scolastico<sup>(51)</sup>: in quelle vicende, su cui ha avuto modo di esprimersi copiosa giurisprudenza amministrativa<sup>(52)</sup>, è emerso con tutta evidenza l'inadeguatezza del capitale umano a gestire tali processi<sup>(53)</sup>, la mancanza di una visione unitaria a livello di indirizzo e, ulteriormente, l'assenza di misure di tutela adeguate per chi (in questo caso i docenti) è stato travolto dagli esiti – chiaramente errati – prodotti da tali tecnologie.

Ebbene, questo scenario ci conferma l'esigenza di un potenziamento tanto centrale quanto periferico della capacità di gestione di questi processi.

Le soluzioni suggerite cercano di muoversi in questo solco, tentando di razionalizzare i ruoli e semplificare le procedure attraverso un modello reticolare. Da ciò ne consegue che rimarrà attratta all'AgID una funzione di coordinamento; verrà, invero, conferita al Responsabile per la transizione digitale la gestione operativa dei processi interni, anche nei rapporti con i cittadini; spetterà, da ultimo, al Difensore civico per il digitale consentire un adeguato canale di comunicazione tra i primi due affinché ognuno possa svolgere le sue funzioni in termini di maggiore efficienza e buon andamento.

50 Sul tema la dottrina è sterminata. Per citarne alcuni v. S. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2019; F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2018; M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *federalismi.it*, 2019; I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Ist. fed.*, 3/2019; D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, n.3/2019; G. FASANO, *Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione: tra esigenze di semplificazione e trasparenza algoritmica*, in *MediaLaws*, 2020; G. PESCE, *Il Consiglio di Stato ed il vizio dell'opacità dell'algoritmo tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020; F. MARCONI, *Alcune questioni in tema di decisioni robotizzate: note a margine della sentenza n. 2270/2019 del Consiglio di Stato*, in *Giustamm.it*, 8/2020; C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà. La decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Rivista AIC*, 3/2020; B. RAGANELLI, *Decisioni pubbliche e algoritmi: modelli alternativi di dialogo tra forme di intelligenza diverse nell'assunzione di decisioni amministrative*, in *federalismi.it*, 22/2020; P. ZUDDAS, *Brevi note sulla trasparenza algoritmica*, in *Amministrazione in Cammino*, 2020; D. DALFINO, *Decisione amministrativa robotica ed effetto performativo. Un beffardo algoritmo per una buona scuola*, in *Questione giustizia*, 2020; S. CIVITARESE MATTEUCCI, «Umano, troppo umano». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, n.1/2019; A. NICOTRA-V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 4/2019; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Foro amm.*, II, 9, 2018; P. OTRANTO, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in *Federalismi.it*, n.7/2021; G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Milano, 2023.

51 Tra i casi più ricorrenti in cui le amministrazioni hanno fatto ricorso all'uso di algoritmi vi rientrano quelli relativi alle procedure di immissione in ruolo dei docenti nella c.d. fase C del piano straordinario assunzionale di cui alla legge 13 luglio 2015, n. 107, (a seguito delle procedure indette ex art. 1, co. 98, lett. c) l. cit.) su posti di potenziamento, di sostegno o su posto comune nella scuola secondaria di primo grado. Tali procedure erano state espletate dal Ministero attraverso l'uso di un algoritmo i cui esiti, però, hanno dimostrato che tale opzione istruttoria non ha debitamente tenuto conto delle preferenze espresse dai candidati in ordine alle loro domande di mobilità. All'interno di tale controversie è prevalso l'orientamento del Collegio secondo cui le procedure informatiche, finanche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possano mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere e che pertanto, al fine di assicurare l'osservanza degli istituti di partecipazione, di interlocuzione procedimentale, di acquisizione degli apporti collaborativi del privato e degli interessi coinvolti nel procedimento, deve seguitare ad essere il *dominus* del procedimento stesso, all'uopo dominando le stesse procedure informatiche predisposte in funzione servente e alle quali va dunque riservato tutt'oggi un ruolo strumentale e meramente ausiliario in seno al procedimento amministrativo e giammai dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo. Cfr., *ex plurimis*, Consiglio di Stato, sez. III bis, 10 settembre 2018 n. 9230.

52 Cfr. Tar Lazio, Sez. III bis, 22 marzo 2017 n. 3769; Tar Lazio, Sez. III bis, 10 settembre 2018 n. 9230, TAR Lazio, Sez. III bis, 10 settembre 2018, n. 9224; TAR Lazio, Sez. III bis, 7 maggio 2019, n. 6606, Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472; Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020 n. 881.

53 Sul tema sia consentito rinviare a L. TOMASSI-M. INTERLANDI, *La decisione amministrativa algoritmica*, in A. CONTIERI (a cura di) *Approfondimenti di Diritto Amministrativo*, Napoli, 2021, in cui è sostenuto, a più riprese, l'insostituibilità del funzionario umano, centro di imputazione e di responsabilità dell'attività amministrativa, anche quella svolta mediante algoritmi.

Si è consapevoli che questo non risolve e non colma i ritardi maturati dalle amministrazioni rispetto agli obiettivi di transizione digitale, specie quello che vede una progressiva e costante acquisizione delle competenze digitali da parte del capitale umano di tutte le amministrazioni. Ciononostante, si ritiene, che tale *governance* possa almeno rappresentare la leva per una gestione più efficace di tutti i processi di ammodernamento necessari.



PUBBLICO IMPIEGO

# Il lavoro negli enti locali tra testi (unici) e contesti (molteplici). Appunti per una possibile riforma del TUEL\*

**SOMMARIO:** 1. Complessità 2. Intersezioni 3. Bilanciamento 4. Integrazione 5. Competenze. 6. Vincoli 7. Attriti. 8. Escludere 9. Includere 10. Perimetrare 11. Dirigenze 12. Valore pubblico 13. Formazione 14. Controlli 15. Contrattazione 16. Opportunità..

DI ANTONIO VISCOMI

**ABSTRACT:** Le relazioni individuali e collettive di lavoro si collocano nel punto di intersezione tra istituzione e organizzazione, e richiedono una attenta valutazione in sede di elaborazione di una possibile riforma del testo unico degli enti locali. Premesse alcune considerazioni di contesto, l'Autore identifica alcune aree di interesse per il regolatore: le funzioni dirigenziali svolte da chi non è dirigente; il prioritario interesse dell'amministrazione alla formazione dei propri dipendenti; la rilevanza generale del perseguimento del valore pubblico; il riordino dei controlli e infine la valorizzazione della funzione organizzativa della contrattazione collettiva.

**ABSTRACT:** *Individual and collective work relationships are located at the intersection point between institution and organization and require careful evaluation when developing a possible reform of the consolidated text of local authorities. Given some contextual considerations, the Author identifies some areas of interest for the regulator: the managerial functions carried out by those who are not managers; the priority interest of the administration in the training of its employees; the general relevance of the pursuit of public value; the reorganization of controls and finally the enhancement of the organizational function of collective bargaining.*

## 1. Complessità.

Elaborare e condividere una riflessione su una possibile sistemazione delle norme in materia di lavoro negli enti locali nella prospettiva di una (auspicata) riforma del TUEL, sia pure nella forma breve di un appunto, presenta non poche difficoltà di cui è bene essere consapevoli. *Per un verso*, entrambi gli universi considerati, il lavoro e gli enti, subiscono le tensioni e le contraddizioni di un irrisolto *policentrismo istituzionale e ordinamentale* la cui complessità sistemica – basti pensare al groviglio multilivello delle fonti autonome ed eteronome incidenti sulla stessa materia – è esaltata dalla variabilità, nel tempo e nello spazio, dei condizionamenti esterni, alcuni di ordine propriamente ideologico, altri più frequentemente derivanti, almeno negli ultimi anni, da esigenze di controllo e contenimento della spesa. Quegli stessi universi subiscono però ancora, *per altro verso*, le tensioni e le contraddizioni di un *polimorfismo strutturale ed*

\* Il saggio rielabora l'intervento al Convegno, promosso dalla Rivista, "Il TUEL che vorremmo: appunti per una riforma". Roma, 26 febbraio 2024.



*organizzativo* che chiede di essere compreso e che invece si ritrova spesso a subire gli effetti perversi di un isomorfismo regolativo che arriva a negare il tratto di intrinseca diversità che segna il sistema delle autonomie, non riuscendo neppure a nascondere, in molti casi, profonde tentazioni centralistiche <sup>(1)</sup>.

## 2. Intersezioni.

In questa topografia, il lavoro e le sue regole si trovano esattamente al *punto di intersezione tra istituzione ed organizzazione*; e tuttavia, più che operare a stregua di ponte tra le due dimensioni, sembrano aggiungere alle già notevoli complessità di queste, quelle proprie di un cantiere riformatore <sup>(2)</sup>, aperto ormai da più di trent'anni in esecuzione di un progetto continuamente ridefinito (o, meglio, ridefinito quasi tante volte quanti sono stati i ministri che in questo lungo lasso di tempo ne hanno avuto la cura). Forse anche per queste ragioni, è sensazione diffusa che la regolazione del lavoro sia percepita talvolta come vincolo accessorio (e quasi fastidioso) piuttosto che come elemento essenziale per assicurare effettività all'esercizio delle funzioni assegnate. Ma è un errore, questo, di metodo, prima ed oltre che di prospettiva, perché trascura di considerare che quello delle autonomie locali è, più di altri, un *ecosistema*, la cui principale caratteristica sta, in quanto tale, negli effetti conformativi della *"simultaneous presence of complementarities and interdependencies between actors"* <sup>(3)</sup>. E poiché, com'è noto, anche il più classico battito delle ali di una farfalla provoca effetti a cascata in lidi apparentemente distanti, ne segue che la comprensione (e, ancor prima, la regolazione) dei singoli elementi non può darsi senza lo studio dell'intera realtà generata dalla loro interazione.

## 3. Bilanciamento.

Forse anche per questi motivi, uno sguardo alle vicende che hanno interessato, in tempi più o meno recenti, tanto il sistema delle autonomie quanto quello del lavoro pubblico rafforza nell'osservatore il convincimento che il continuo mutare delle regole, e il loro concretizzarsi in disparati frammenti normativi, esprima una radicale incertezza sulla direzione da prendere <sup>(4)</sup>. Nell'universo del lavoro, questa incertezza genera alcuni *dilemmi regolativi* la cui soluzione deve tener conto di almeno due criteri: per un verso, l'esigenza di un *equilibrato bilanciamento* di valori e di interessi, da realizzare seguendo l'indicazione per un *"equilibrato dosaggio* di fonti regolatrici" che fin dall'inizio la Corte costituzionale (sentenza 25 luglio 1996, n. 313) ha posto a pietra d'angolo del processo riformatore; per altro verso, la necessaria consapevolezza che la funzione propria del contratto di lavoro, anche nel sistema pubblico, non è solo e neppure tanto quella di assicurare lo scambio "lavoro contro retribuzione", quanto piuttosto di consentire l'utile *integrazione della prestazione nell'organizzazione*, secondo le caratteristiche proprie di quest'ultima, a tal fine legittimando (e limitando al contempo) lo stesso potere del datore di lavoro.

1 G. BOTTINO, *L'ordinamento degli enti locali: la riforma, o il coordinamento, che non possono essere più elusi*, in *Ist. Feder.*, 2022, 1. M. DE DONNO, *Ripensare le autonomie locali per attuare (davvero) il titolo V della Costituzione: alcune riflessioni a partire dal PNRR e dal d.d.l. di legge delega per la riforma del Tuel*, in *Dir. Reg.*, 2022, 1. M. DI FOLCO, *Brevi note ricostruttive sugli sviluppi in tema di riforma del TUEL*, in *osservatoriosullefonti.it*, 2022, 2.

2 A. VISCOMI, *Canteri aperti: l'ecosistema delle autonomie locali tra organizzazione e regolazione*, in *RiDEC*, 2023, 3.

3 R. KAPOOR, *Ecosystems: broadening the locus of value creation*, in *Journ. Organiz. Design*, 2018, n. 7, doi.org/10.1186/s41469-018-0035-4.

4 M. BALDUCCI, *Dalla sussidiarietà indietro verso la tutela amministrativa ovvero lo schema di legge delega per la riforma degli enti locali*, 4 settembre 2023, pubblicato all'indirizzo <https://leautonomie.it/signori-si-ri-cambia/>

#### 4. Integrazione.

A ben vedere, è proprio questa circostanza a coonestare la recente perentoria statuizione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza 28 dicembre 2023, n. 36197) secondo cui “de(ve) essere negata una piena parificazione dei rapporti di lavoro privato e pubblico contrattualizzato”. Infatti, se da un punto di vista astratto lo scambio contrattuale può essere ricondotto ad una conformazione unitaria, il contesto in cui quello scambio si svolge rende notevolmente differenti gli esiti della stessa comparazione e rende ragione – anche costituzionale – delle notevoli differenze regolative tra l’uno e l’altro comparto. *Il contesto, in questo caso, è più importante del testo* e se i testi possono anche essere *unici*, i *contesti* sono *molteplici*: di ciò occorre tener conto soprattutto al fine di evitare gli effetti perversi di una produzione legislativa che si vuole innovativa ma che produce conseguenze non volute quando chiamata ad operare in un tessuto organizzativo segnato da profonde differenze e da fragilità diffuse o quando trascura di considerare le ragioni – organizzative e costituzionali – di un autonomo spazio negoziale dedicato alla regolazione dei rapporti individuali e delle relazioni collettive di lavoro.

#### 5. Competenze.

Peraltro, vale la pena evidenziare che proprio tale molteplicità organizzativa conferisce senso all’attuale valorizzazione delle competenze professionali, non più nell’usuale ottica che vuole la competenza accrescersi con l’esperienza e questa identificarsi nel mero decorso del tempo, ma in quella diversa e nuova, almeno per il settore pubblico, del *management per competenze* <sup>(5)</sup> che trova espressione nella recente definizione contrattuale dei sistemi di inquadramento, il cui baricentro è dato dalle famiglie professionali, anche al fine di assicurare più ampi margini di flessibilità interna (criterio, per la verità, ancora non uniformemente acquisito nei vari comparti e anzi del tutto assente in quello delle funzioni locali). Adottare una organizzazione per competenze richiede infatti di riorientare l’attenzione dal “*cosa*” viene fatto (mansioni e attività) al “*come*” vengono svolti i compiti e a quali conoscenze, capacità tecniche e comportamentali, e di quali profondità ed ampiezza, siano indispensabili al loro svolgimento ottimale. Insomma, più che alla competenza, intesa come *potere di fare*, è necessario prestare attenzione alle competenze, intese come *saper fare*, e dedicarsi dunque alla costruzione di infrastrutture tali da consentire una continua e coerente valorizzazione della professionalità del prestatore in funzione della migliore integrazione nell’organizzazione di riferimento. Da qui effetti a cascata di varia natura, sui quali non è possibile indugiare, ma che possono però essere rappresentati in sintesi dall’art. 6 comma 2 della Carta Europea dell’Autonomia Locale (ratificata con legge 30 dicembre 1989, n. 439), là dove si auspicano “adeguate condizioni di formazione, di remunerazione e di prospettive di carriera” a favore del personale, tenendo conto, peraltro, che i dati dell’ultimo censimento del personale degli enti locali, condotto dal Ministero dell’Interno, dicono che delle 358.246 unità registrate al 31 dicembre 2022, ben 160.683 – cioè poco meno della metà – hanno più di 55 anni e risultano allocate per la maggior parte nelle categorie contrattuali intermedie.

#### 6. Vincoli.

È però da considerare ancora un elemento che accomuna i due universi: entrambi sono riguardati – nell’opinione comune che trova voce nei mass-media, ma anche in quella qualificata che trova voce in Parlamento, ora rafforzata dalle condizioni di

5 A. VISCOMI, *Dalla competenza alle competenze: questioni recenti in materia di professionalità e merito nel lavoro pubblico*, in LPA, 2024, n. 1 (in corso di pubblicazione al momento in cui si scrive).

operatività richieste dai sistemi di armonizzazione contabile e talvolta enfatizzata da non esemplari casi giudiziari – alla stregua di eversivi centri di spesa da tenere sotto controllo e da assoggettare a vincoli così rigidi da erodere gli stessi spazi di autonomia. E si tratta di vincoli ormai tanto pervasivi e diffusi nel tessuto legislativo quanto difficili da scalfire nel loro fondamento, in vario modo costituzionalmente innervato nelle esigenze di coordinamento della finanza pubblica ovvero nella riconduzione all'ordinamento civile del rapporto di lavoro ovvero ancora nel necessario radicamento (diretto o indiretto) di qualunque erogazione monetaria nella contrattazione nazionale. Da qui, peraltro, anche l'incidenza dei sistemi di autorizzazione *ex ante* o di controllo *ex post* che intervengono – ad esempio – nella definizione dei fondi contrattuali o nella perimetrazione dei vincoli occupazionali o ancora nella verifica della disponibilità di risorse aggiuntive per l'attivazione di modelli organizzativi efficacemente orientati agli utenti. Controlli, peraltro, di una tale complessità da richiedere spesso assistenza tecnica esterna ed affidati ad una tale pletera di autorità da invocare urgentemente una radicale opera di razionalizzazione.

### 7. Attriti.

Qui, però, si innesta una evidente contraddizione: da un lato, la *communis opinio* tende a rappresentare gli enti locali alla stregua di anarchici e voraci centri di spesa da sottoporre a rigidi ed uniformi controlli; dall'altro lato, invece, proprio l'ecosistema delle autonomie locali dimostra il carattere multi-organizzativo delle moderne amministrazioni e le interne differenziazioni della galassia professionale del pubblico impiego. Anche per il lavoro, controllo finanziario e autonomia organizzativa sono dunque i perduranti poli del dilemma. Era vero questo già nei primi anni '90 del secolo scorso <sup>(6)</sup>; lo è ancor di più oggi, tant'è che un comparto, che pure potrebbe porsi a stregua di *laboratorio* per modelli e pratiche di innovazione organizzativa e regolamentare – e direi anche sociale e partecipativa – subisce ancora l'*attrito frenante* di pratiche e modelli pensati per sistemi organizzativi differenti tanto per struttura che per funzione. Peraltro, considerando l'effetto di erosione dei diritti finanziariamente condizionati derivante dalla riduzione delle risorse disponibili e dal convergente progressivo depauperamento delle strutture amministrative, appare forse necessario ricordare, ancora una volta, che “se i comuni non funzionano” – sono parole di Giannini – “non funziona lo Stato, i comuni prestando dei servizi primari di aggregato abitativo che – come mostra una esperienza da noi visibile e consistente – neppure le regioni, le quali si siano addossate ruoli sostitutivi di deficienze comunali, riescono a rendere” <sup>(7)</sup>.

### 8. Escludere.

È dunque in questo non facile contesto che si pone una riflessione sulla riforma del TUEL dal punto di vista lavoristico. E la prima domanda a cui dare risposta è se sia veramente necessario introdurre in un rinnovato testo unico norme relative al lavoro o se non sia meglio lasciare che TUEL e TUPI procedano per strade del tutto separate. Probabilmente, questa seconda soluzione, per così dire *restrittiva*, si presenta di più facile composizione ma sarebbe tale, a mio avviso, da ricreare uno iato – culturale prima ancora che concettuale ed operativo – tra istituzione e organizzazione. Viceversa, da questo punto di vista a me pare oltremodo significativa la correlazione tra organizzazione e personale posta dall'art. 6 della Carta Europea. Non a caso, qui si afferma, nel primo comma, il *principio di adeguatezza*, in base al quale gli enti “devono essi stessi

6 A. VISCOMI, *Problemi in tema di dirigenza comunale*, in M. RUSCIANO-L. ZOPPOLI (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del Lavoro*, Torino, 1993, 91.

7 M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, 1979, §1.2..

poter definire le strutture amministrative interne di cui intendono dotarsi, per adeguarle alle loro esigenze specifiche e consentire l'efficacia dell'amministrazione". Ma si afferma anche, nel secondo comma, un *criterio di valorizzazione delle competenze*, nel senso che lo "statuto del personale degli enti locali deve consentire un reclutamento di qualità, che si basi sul principio del merito e della competenza" garantendo a tal fine "adeguate condizioni di formazione, di remunerazione e di prospettive di carriera". A ben vedere, la Carta conferma l'opportunità di tenere ancora insieme organizzazione e personale esaltando la reciproca correlazione funzionale, senza pregiudizio alcuno delle specifiche e differenti fonti regolative.

### 9. Includere.

Al contempo, però, neppure appare praticabile una riconduzione all'interno del TUEL di ampie porzioni della disciplina lavoristica che già trovano altrove una specifica regolamentazione, se non altro perché un *orientamento espansivo* di tal fatta non solo dovrebbe essere costantemente temperato dalla espressa salvaguardia delle prerogative delle fonti contrattuali autonome e dei principi generali espressi (tendenzialmente) dal TUPI, ma sconterebbe anche il rischio di una rapida obsolescenza. Di questa, già soffre il TUEL vigente là dove – ma è solo un esempio – parla ancora oggi di dotazione organica o rinvia al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286 in materia di valutazione, o considera ancora il *part time* come una utile risorsa per ridurre le spese per il personale o, infine, detta norme nell'art. 94 in una materia, quella della responsabilità disciplinare, oggetto di altra e più completa disciplina (essa stessa frantumata in diversi rivoli e meritevole quindi di una organica definizione). Si pensi ancora, in senso inverso, alle vicende dello scavalco, prima regolato per contratto se condiviso e poi disciplinato per legge se d'eccezione (laddove forse bisognerebbe avere il coraggio di mettere finalmente in discussione la *ratio* pauperistica e redistributiva delle occasioni di lavoro che concorre a giustificare il divieto di svolgere altra attività e che però il più delle volte genera solo economia sommersa). *More solito*, dunque, il regolatore si trova a risolvere un dilemma non certo facile, dovendo decidere se rafforzare la funzione ricognitiva del testo unico mettendo in conto gli effetti di una intensa e talvolta caotica produzione legislativa successiva ovvero se utilizzare l'occasione del testo unico per innovare riordinando o risolvendo anche, ove presenti, irrisolti e prolungati contrasti giurisprudenziali. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di collocare in aspettativa e utilizzare con contratto a termine *ad hoc* negli uffici di *staff* il personale già dipendente dalla stessa amministrazione interessata.

### 10. Perimetrare.

Tuttavia, pur comprendendo e condividendo l'esigenza di riportare ordine nella caotica produzione legislativa di questi ultimi anni (basti pensare che secondo quanto emerge da una recente ricerca testuale "tra il 2019 e il 2023 si contano non meno di 119 disposizioni, distribuite in 74 provvedimenti legislativi, che hanno espressamente autorizzato lo scorrimento di graduatorie" <sup>(8)</sup>), appare improprio assegnare al TUEL la funzione di riordinare anche la materia attinente al personale, peraltro già all'epoca del TUPI oggetto di un travagliato rapporto tra dipartimento, sindacati ed esperti. Se è possibile, e forse anche doveroso, riconoscere in alcuni casi una esigenza di necessario coordinamento al fine di eliminare dall'ordinamento frammenti normativi superati da più recenti previsioni, non appare invece possibile restringere gli spazi negoziali e operare di fatto una strisciante ripubblicizzazione delle regole sul lavoro. Probabilmente, dunque, anche in tal caso vale la pena lasciarsi guidare dalle sagge parole della Corte

8 B. CIMINO, *Il pubblico impiego stretto tra le aggressioni sindacali e l'invasione della politica*, in GDA, 2023, 6, 706.

costituzionale in ordine al necessario equilibrio nel bilanciamento dei valori e degli interessi e nel dosaggio delle fonti regolatrici e tradurle, in concreto, nella *perimetrazione* della novella intorno ad alcuni soltanto degli snodi fondamentali in grado di salvaguardare e promuovere lo sviluppo ordinato degli spazi di autonomia e di autorganizzazione degli enti senza trascinare in campi formalmente riservati o più agevolmente governabili da altre fonti regolative, come ad esempio i sistemi di inquadramento professionale, con le loro specifiche regole di ingresso e di riqualificazione. Di seguito ne segnalo soltanto alcuni, riportando l'attenzione su aspetti che, a mio avviso, aiutano a meglio focalizzare un metodo possibile di intervento.

### 11. Dirigenze.

In questa prospettiva credo che il primo snodo da considerare sia, e non possa non essere, quello relativo alla *dirigenza*, le cui prerogative sono state sicuramente anticipate dalle autonomie e poi estese nel sistema pubblico in generale (sia pure all'epoca temperate dal rinvio allo Statuto operato dall'originario art. 51, legge 8 giugno 1990, n. 142), salvo poi restare impantanati nell'assenza, diffusa nel comparto, della categoria: a stare al censimento prima citato, al 31 dicembre del 2022 i dirigenti sono complessivamente 3.577, dei quali poco più di 800 a tempo determinato. La funzione dirigenziale affidata a dipendenti che dirigenti non sono solleva l'irrisolta questione del *middle management* all'interno delle amministrazioni in genere, e negli enti locali in particolare, là dove, venuta meno l'iniziativa legislativa a suo tempo pensata per la vicedirigenza, quella funzione è stata ripartita tra amministratori, responsabili dei servizi, posizioni organizzative e personale di elevata qualificazione. Per costoro, tuttavia, è veramente arduo riuscire ad affermare reali ed effettive condizioni di autonomia rispetto agli organi di governo politico, soprattutto se si pone mente alle onerose conseguenze in termini di ruolo e di retribuzione derivanti dalla perdita della posizione di responsabilità. Probabilmente, un rafforzamento anche legislativo della relativa autonomia potrebbe aiutare ad implementare buone pratiche nei contesti più fragili. Peraltro, evidenzio che una più chiara protezione delle prerogative di chi esercita funzioni dirigenziali potrebbe risultare utile anche per assicurare una più certa distinzione di responsabilità tra ruoli di governo e di gestione, nelle varie dimensioni e nelle varie materie in cui questa si esprime e si articola. L'altra ragionevole via – che qui accenno soltanto ma che meriterebbe una riflessione compiuta – potrebbe essere di mettere mano alla geografia amministrativa degli enti al fine di realizzare condizioni diffuse di maturità organizzativa e di più solide capacità finanziarie tali da poter sostenere i costi di figure dirigenziali in senso proprio.

### 12. Valore pubblico.

Altro snodo da considerare con attenzione riguarda la salvaguardia delle prerogative di *autonomia organizzativa* degli enti, al fine di inibire un *esogeno orientamento centralistico*, ma anche una sorta di *endogena tentazione monistica* modellata sulle amministrazioni più grandi e sulle organizzazioni più mature. Si tratta di preservare non soltanto i poteri del privato datore di lavoro di cui è titolare il dirigente quando sviluppa la configurazione organizzativa a livello micro, ma anche di valorizzare, nell'ambito dei poteri pubblicistici di macro-organizzazione e nell'alveo negoziale affidato alla contrattazione collettiva, gli spazi idonei per una flessibile diversificazione innovativa in grado di meglio rispondere alle specifiche richieste dei cittadini, e più in generale dell'ambiente economico-sociale di riferimento, *producendo valore pubblico*. A ben vedere, anzi, potrebbe forse non risultare del tutto immaginifico introdurre nel corpo di un novellato TUEL una previsione esplicita del valore pubblico come obiettivo dell'azione pubblica e come parametro da valutare in sede di misurazione della

*performance*, considerando che quel valore è “*produced by public managers successfully navigating a strategic triangle encompassing (1) producing valued outcomes, and doing so within the constraints of (2) available resources and capability, and (3) the authorizing environment of formal and informal jurisdiction, legal frameworks, and mandate*”<sup>(9)</sup>. Non si tratta soltanto di introdurre nuovi concetti, peraltro seguendo la scia del Decreto Ministeriale 1 dicembre 2021 relativo al PIAO, ma piuttosto di valorizzare il fatto che “*value and values are closely linked. Seen through the lens of public value, the ethos and values of any public organisation, service provider or profession must be judged by how appropriate they are to the creation of value: better outcomes, services and trust. Inappropriate values may lead to the destruction of public value*”<sup>(10)</sup>.

### 13. Formazione.

Il terzo snodo riguarda l'impegno delle amministrazioni a sostenere i processi di *formazione* o di *riqualificazione* professionale del proprio personale. In un contesto di innovazione tecnologica come quello in cui siamo immersi è del tutto evidente che la formazione ha una essenziale funzione abilitante del cambiamento: questo non si riduce nell'imparare ad usare una nuova tecnologia, ma si traduce nel cambiamento del *paradigma cognitivo ed operativo* nelle e delle pubbliche amministrazioni, tant'è che proprio per questo può opportunamente parlarsi di una transizione digitale in atto piuttosto che di una mera trasformazione tecnologica. Se così è, allora forse vale la pena dedicare alla formazione e alla sua rilevanza sistemica una specifica previsione che sia idonea ad orientare l'azione delle amministrazioni, anche di quelle distratte, verso un'azione continua e programmata di arricchimento della professionalità dei propri dipendenti. Non si tratta tanto di affermare il diritto-dovere individuale alla formazione e neppure di prevedere risorse aggiuntive rispetto alla quota percentuale sulla massa salariale<sup>(11)</sup>. Si tratta semmai di rafforzare la considerazione della formazione come leva strategica ed organizzativa nell'interesse stesso delle amministrazioni e dunque dei cittadini.

### 14. Controlli.

Il quarto snodo riguarda la questione dei *controlli* cui è sottoposta l'azione delle amministrazioni locali. Il tema non è estraneo al mondo del lavoro. Basti pensare alla nullità della clausola contrattuale difforme, all'attività ispettiva ministeriale sull'applicazione delle norme relative al personale, all'attività di indagine delle procure contabili ed ai giudizi della Corte dei conti, ai poteri delle varie autorità indipendenti (e in particolare dell'ANAC) per non parlare poi dell'attività delle procure penali e del normale controllo giurisdizionale da parte di giudici amministrativi e ordinari. In verità, bisogna riconoscere che l'abolizione dei controlli preventivi ha dato la stura ad una *congerie* di controlli successivi, rispetto ai quali a poco vale l'eventuale presenza di termini di prescrizione o la tanto discussa riforma dell'abuso di ufficio. Mi rendo conto che la proposizione lavoristica del tema dei controlli può sembrare una sorta di invasione di campo, ma in realtà è connaturata alla disciplina del lavoro. Lo dimostra lo schema che regola la contrattazione collettiva integrativa, ordinata quanto alle materie dal contratto nazionale e assoggetta ad autorizzazione contabile per quanto riguarda il costo, in guisa tale che la clausola di nullità delle previsioni difformi è chiamata a presidiare

9 N. FAULKNER, S. KAUFMAN, *Avoiding theoretical stagnation: A systematic review and framework for measuring public value*, in *Austr. Jour. Public Adm.*, 2018, 77(1), 69-86.

10 G. KELLY, G. MULGAN, S. MUERS, *Creating Public Value: An Analytical Framework for Public Service Reform*. London, UK Cabinet Office, 2020.

11 M. BALDUCCI, *Dalla sussidiarietà indietro verso la tutela amministrativa ovvero lo schema di legge delega per la riforma degli enti locali*, 4 settembre 2023, pubblicato all'indirizzo <https://leautonomie.it/signori-si-ri-cambia/>

non solo e neppure tanto l'ordine giuridico quanto l'ordine economico come d'altronde conferma ancora il divieto di erogare trattamenti non previsti dal contratto nazionale stesso. D'altronde basta una rapida osservazione dei repertori per rendersi conto che i controlli in questo caso avvengono a distanza di anni, sulla base di criteri a volte non previsti nel periodo di riferimento, ma maturati nella consapevolezza giuridica successiva. Il caso di scuola è ovviamente il principio di selettività nelle progressioni, inizialmente considerato soddisfatto per via dell'indizione della procedura selettiva e poi però riferito agli esiti della stessa procedura. La conseguenza è che a distanza di un lungo lasso di tempo molte amministrazioni si sono ritrovate invischiate in problemi contabili e giuridici di non poco conto.

### 15. Contrattazione.

Il quinto ed ultimo snodo sul quale richiamare l'attenzione riguarda l'opportunità di creare un assetto ordinamentale (e culturale) adeguato al fine di valorizzare le potenzialità offerte dalla contrattazione collettiva per assicurare una più adeguata capacità di adattamento dell'organizzazione di lavoro alle condizioni variabili di contesto. Per quanto ormai la previsione dell'art. 40, comma 3-ter, del TUPI sulla provvisoria regolazione unilaterale in assenza (ed in attesa) di accordo collettivo abbia ridefinito i rapporti di potere delle parti, credo sia necessario ricordare che l'azione collettiva non svolge solo una funzione rivendicativa ma ha anche una incidenza significativa (per quanto non sempre facile) sui processi organizzativi. Si tratta di una incidenza che il più delle volte sfugge alla precisa delimitazione dei modelli relazionali operata dai contratti collettivi. Tali modelli, in effetti, fin dall'origine della riforma trovano la loro *ratio* nella volontà di inibire il reiterarsi di prassi consociative, ma di fatto non sono risultati idonei ad escludere prassi negoziali informali affidate, in definitiva, all'abilità professionale del dirigente. Non è priva di significato la recente riformulazione contrattuale collettiva dell'Organismo paritetico per l'innovazione in virtù della quale si ha ora un'estensione tanto della platea degli enti interessati quanto del novero delle tematiche di competenza. Peraltro, andrebbe preso sul serio il *paradosso di una contrattazione nazionale* che nel privato risulta modellata sulla capacità di spesa delle imprese minori (affidandosi alla contrattazione aziendale l'incremento connesso alla produttività aziendale) ma nel pubblico è conformata sugli enti di maggiori dimensioni (con una contrattazione aziendale che per struttura e capacità di spesa rende ancora più ampia e squilibrata la distanza tra enti). Ciò considerando, una novella del TUEL potrebbe (e forse dovrebbe) prendere in considerazione il potenziale carattere proattivo della dimensione collettiva in funzione organizzativa, soprattutto negli enti minori e soprattutto nella prospettiva delle reti territoriali, al duplice fine di temperare l'effetto condizionante degli enti maggiori nella formulazione delle clausole contrattuali e di ridurre il livello di opacità decisionale che può derivare dall'informalità negoziale. Inoltre, la valorizzazione della dimensione partecipativa delle organizzazioni rappresentative dei lavoratori prevista negli organismi paritetici, e forse, più in generale, dei portatori di interessi organizzati e degli utenti potrebbe rappresentare un utile strumento per superare il carattere spesso autoreferenziale delle stesse amministrazioni.

### 16. Opportunità.

In conclusione, l'apporto giuslavoristico ad una riflessione sulla possibile riforma del testo unico deve tradursi, anzitutto, nel riaffermare il valore specifico, costituzionalmente validato, del sistema delle *fonti di disciplina* delle relazioni individuali e collettive di lavoro. Da tale assetto trae ragione e senso la costante attenzione alle relazioni tra le parti alle quali è assicurato uno spazio negoziale da presidiare con metodo e con competenza: la contrattazione collettiva non è utile soltanto per ripartire le risorse,

per la verità scarse, ma ha anche, e direi soprattutto, per la non trascurabile funzione organizzativa. Tale funzione, peraltro, appare ancora più significativa ove si consideri la necessità di valorizzare la galassia organizzativa e professionale che configura l'ecosistema delle autonomie locali. Per questo è importante assicurare spazi effettivi di autonomia, evitando che questa possa degenerare in pura anarchia. Per questo servono i controlli, certo, ma organizzati in modo tale da impedire che possano trasformarsi in una sorta di tiro al bersaglio pluriennale, soprattutto quando l'intervento regolativo non produce ordine ma mantiene, ed anzi spesso amplifica, le situazioni di disordinata incertezza nella gestione degli enti. Anche per questo, la formazione diventa uno degli elementi cardine di un rinnovato testo unico, in grado finalmente di stabilire un diritto alla formazione del prestatore di lavoro nell'interesse del datore di lavoro. Probabilmente sarebbe questo un indicatore significativo della sfida che le autonomie locali pongono a esse stesse, quella cioè di essere pienamente e totalmente impegnate a cogliere le opportunità che un'epoca di transizione come quella in atto offre all'ecosistema delle autonomie locali, nell'interesse delle comunità di riferimento.





RIFORMA DELLA P.A.

# Politiche di Formazione dei dipendenti pubblici. La nuova fase della P.A. italiana: alla ricerca di strumenti attrattivi per il consolidamento del senso di appartenenza

**SOMMARIO:** 1. Sintetica ricostruzione dell'approccio (anche legislativo) nei confronti dei dipendenti pubblici, "prima e dopo" il PNRR 2. Riformare la P.A.: le nuove traiettorie individuate dal legislatore per raggiungere il cambiamento 2.1. Le novità nelle politiche di formazione dei dipendenti pubblici 3. Riflessioni "in prospettiva": il senso di appartenenza del capitale umano esistente e la necessaria attrattività per le nuove generazioni.

DI FEDERICA ZACCARELLI

**ABSTRACT:** L'articolo analizza, attraverso una riflessione evolutiva rispetto alla visione attribuita sino ad oggi alla categoria dei funzionari pubblici in Italia e alla disamina della normativa più recente in materia di formazione dei dipendenti pubblici, le opportunità introdotte dal legislatore per avviare una nuova fase di valorizzazione degli apparati pubblici e, in particolare, del capitale umano che le abita. La ricerca di un nuovo paradigma del sistema pubblico passa attraverso la diffusione di strumenti innovativi per la formazione professionale dei dipendenti pubblici, che, in questo momento storico, non trascura elementi di sensibilizzazione per lo sviluppo delle capacità personali del singolo. Il contributo mette in luce l'importanza di mutuare dal mondo privato quelle buone pratiche utili a modernizzare e "svecchiare", dopo i numerosi tentativi promossi nel framework normativo italiano, l'apparato pubblico, con l'obiettivo di avvicinare le nuove generazioni alle Pubbliche Amministrazioni.

**ABSTRACT:** *The article analyses, through an evolutionary reflection with respect to the vision attributed to the category of civil servants in Italy until today and an examination of the most recent legislation on the training of civil servants, the opportunities introduced by the legislator to initiate a new phase of enhancing the public apparatus and, in particular, the human capital that inhabits it. The search for a new paradigm of the public system passes through the dissemination of innovative tools for the professional training of public employees, which, in this historical moment, does not neglect elements of awareness-raising for the development of the individual's personal skills. The contribution highlights the importance of borrowing from the private world those good practices useful for modernising and "rejuvenating", after the numerous attempts promoted in the Italian regulatory framework, the public apparatus, with the aim of bringing new generations closer to the Public Administration*

## 1. Sintetica ricostruzione dell'approccio (anche legislativo) nei confronti dei dipendenti pubblici, "prima e dopo" il PNRR.

L'analisi retrospettiva della disciplina interna in materia di politiche per i dipendenti pubblici non può prescindere da un sintetico richiamo del "sentiment" agli stessi riservato fino al periodo individuabile come "pre-covid" e, cioè, a quella fase legislativa antecedente agli interventi promulgati dal legislatore sulla base delle nuove formule dettate a livello europeo attraverso il *Next Generation Eu (Ngeu)*<sup>(1)</sup>, che ha rappresentato, con le successive singole declinazioni nazionali, lo strumento normativo per affrontare la crisi pandemica e le macro-conseguenze – politiche, sociali, economiche – a essa correlate.

I funzionari pubblici, intesi nella loro globalità, infatti, sono stati oggetto, per lungo tempo, di una visione piuttosto riduttiva della propria propensione al lavoro, venendo descritti nell'ambito del dibattito popolare più diffuso, come categoria di lavoratori "poco interessati" allo svolgimento efficace delle mansioni amministrative ad essi attribuite (la retorica dei c.d. "fannulloni"), causa pertanto di un *output* insoddisfacente dell'amministrazione pubblica in generale. A partire dagli anni '90 del secolo scorso, gli interventi normativi che si sono susseguiti in materia<sup>(2)</sup>, più precisamente, rivolti alla natura del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, hanno tentato di correggere la sostanziale generalizzata aderenza alla visione

1 [https://next-generation-eu.europa.eu/index\\_it](https://next-generation-eu.europa.eu/index_it)

2 Il primo intervento relativo la "privatizzazione" del contratto di lavoro pubblico si rinviene nella legge delega 23 ottobre 1992, n. 421, che all'articolo 2 elenca le nuove disposizioni in materia di pubblico impiego, codificando alcuni dei principi basilari della disciplina successiva, tra cui, si noti al co. 1 lett. c) "1) le responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento di procedure amministrative; 2) gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; 3) i principi fondamentali di organizzazione degli uffici; 4) i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro;" ed inoltre, di particolare rilievo lett. g) "1) la separazione tra i compiti di direzione politica e quelli di direzione amministrativa; l'affidamento ai dirigenti - nell'ambito delle scelte di programma degli obiettivi e delle direttive fissate dal titolare dell'organo - di autonomi poteri di direzione, di vigilanza e di controllo, in particolare la gestione di risorse finanziarie attraverso l'adozione di idonee tecniche di bilancio, la gestione delle risorse umane e la gestione di risorse strumentali; ciò al fine di assicurare economicità, speditezza e rispondenza al pubblico interesse dell'attività degli uffici dipendenti; 2) la verifica dei risultati mediante appositi nuclei di valutazione composti da dirigenti generali e da esperti, ovvero attraverso convenzioni con organismi pubblici o privati particolarmente qualificati nel controllo di gestione; 3) la mobilità, anche temporanea, dei dirigenti, nonché la rimozione dalle funzioni e il collocamento a disposizione in caso di mancato conseguimento degli obiettivi prestabiliti della gestione; 4) i tempi e i modi per l'individuazione, in ogni pubblica amministrazione, degli organi e degli uffici dirigenziali in relazione alla rilevanza e complessità delle funzioni e della quantità delle risorse umane, finanziarie, strumentali assegnate; tale individuazione dovrà comportare anche eventuali accorpamenti degli uffici esistenti; dovranno essere previsti i criteri per l'impiego e la graduale riduzione del numero dei dirigenti in servizio che risultino in eccesso rispetto agli uffici individuati ai sensi della presente norma; 5) una apposita, separata area di contrattazione per il personale dirigenziale non compreso nella lettera e), cui partecipano le confederazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale e le organizzazioni sindacali del personale interessato maggiormente rappresentative sul piano nazionale, assicurando un adeguato riconoscimento delle specifiche tipologie professionali; la definizione delle qualifiche dirigenziali e delle relative attribuzioni; l'istituzione di un'area di contrattazione per la dirigenza medica, stabilendo che la relativa delegazione sindacale sia composta da rappresentanti delle organizzazioni sindacali del personale medico maggiormente rappresentative sul piano nazionale; h) ...i) prevedere che la struttura della contrattazione, le aree di contrattazione e il rapporto tra i diversi livelli siano definiti in coerenza con quelli del settore privato [2]; l) definire procedure e sistemi di controllo sul conseguimento degli obiettivi stabiliti per le azioni amministrative. La prima attuazione della l. delega 421/1992 avvenne con il decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 e successivi decreti correttivi. Al riguardo si veda G. D'ALESSIO, *Prospettive di riforma*, in S. SEPE (a cura di), *I modelli organizzativi delle amministrazioni pubbliche tra accentramento e decentramento: dalla riflessione storica alle prospettive di riforma*, (Atti del seminario di studio di Roma, 25 marzo 1996), Milano, Giuffrè, 1999.

In materia, sul profilo generale, l'autorevole dottrina M.S. GIANNINI, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, in Rivista trimestrale di Scienza dell'amministrazione., IV, 1954, 286-313; e del medesimo autore M.S. GIANNINI, *Problematica della pubblica amministrazione*, in Studi e documentazione della Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione, n. 1, 1964, 6; ed anche *Considerazioni sulla legge-quadro sul pubblico impiego*, in Politica del diritto, XIV, 1982, 549-78; V. CERULLI IRELLI, *Sulla "questione amministrativa" e sulle responsabilità della dottrina*, in Associazione Italiana Professori di Diritto Amministrativo-AIPA, e in S. TORRICELLI (a cura di), *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni (in occasione dell'ottantesimo compleanno di Domenico Sorace)*, Napoli, Esi, 2020; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968; M. RUSCIANO, *Contributo alla lettura della riforma del pubblico impiego*, in M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 1993; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2007; S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 2000.

improduttiva del lavoratore pubblico, avvicinando con la “privatizzazione del pubblico impiego” l’impostazione della disciplina del rapporto tra lavoratore e datore di lavoro alla matrice privatistica<sup>(3)</sup>. La modifica della natura del contratto dei lavoratori alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni non mirava a costituire un cambiamento *de iure*, scardinato da una effettiva evoluzione graduale della realtà lavorativa pubblica. Si intendeva, infatti, perseguire la volontà concreta, espressa dal legislatore, di sistematizzare il funzionamento degli apparati pubblici sull’esempio di un riconosciuto performante andamento del mondo privato<sup>(4)</sup>. Nel decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, attuativo della legge delega 23 ottobre 1992, n. 421 di razionalizzazione e revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza, si esplicita tale intenzione all’articolo 1, co. 1 lettera c), che pone come fine delle disposizioni legislative quello di “realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni, curando la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti, garantendo pari opportunità alle lavoratrici ed ai lavoratori e applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato”. La direzione della legislazione successivamente intrapresa rispecchiò i termini improntati a un mutuo riconoscimento da parte del mondo pubblico per gli aspetti ritenuti ottimali appartenenti al settore privato, creando le basi per la coronazione della radicale riforma del pubblico impiego, avviata con le norme sopracitate e affermata con i c.d. “Decreti Bassanini”<sup>(5)</sup>, aventi l’onere di attuare un’operazione di sintesi delle modifiche lasciate aperte nel corso degli anni, rispetto alla “razionalizzazione” proposta e prospettando quella che venne definita in dottrina come la seconda fase della privatizzazione del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. L’ampiezza delle disposizioni introdotte nell’ordinamento con i decreti legislativi menzionati, contenenti elementi anche innovativi rispetto all’ordinamento del tempo, non permettono un’osservazione a tutto tondo di quanto disposto e normato, ampliandosi l’intervento del legislatore agli aspetti anche salienti di tutti i livelli di *governance* della pubblica amministrazione<sup>(6)</sup>. Proprio per questo motivo, la imponente operazione di intervento normativo, operata da Bassanini e dal resto del gruppo riformatore, è passata alla storia come la vera e sostanziale riforma della Pubblica Amministrazione, costitutiva di un impianto portato avanti negli anni e considerato fondamento del successivo ed attuale *framework* ordinamentale del lavoro pubblico.

In questa sede, interessa porre l’attenzione su quello che è stato, nell’ambito del

3 Per un’ampia analisi del tema si veda D. BOLOGNINO, G. D’ALESSIO, *Le fonti del lavoro pubblico a trent’anni dalla contrattualizzazione*, in Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni, n. 2, 2023.

4 Sul concetto generale di “New Public Management” come modello ispiratore delle riforme attuate in Italia, si veda F. GALASSO, *Il Pnrr propulsore della innovazione manageriale della pubblica amministrazione - The NRRP as a driver of managerial innovation in the public administration*, in Rivista italiana di Public Management, Vol. 5, n. 1, 2022, 77.

5 Cfr. Legge 15 marzo 1997, n. 59, Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa; Legge 15 maggio 1997, n. 127, Misure urgenti per lo snellimento dell’attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo; Legge 16 giugno 1998, n. 191, Modifiche ed integrazioni alle leggi 15 marzo 1997, n. 59, e 15 maggio 1997, n. 127, nonché norme in materia di formazione del personale dipendente e di lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni. Disposizioni in materia di edilizia scolastica.

Per una esaustiva ricostruzione storico-analitica si veda M. D’ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, in Rivista il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni, Milano Giuffrè, 2000, LXXIII, ed anche G. MELIS, *Storia dell’amministrazione italiana*, Bologna, Il Mulino, 2020 e F. LISSO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI e M. D’ANTONA (a cura di), in Rivista Il lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche, cit.; per la dottrina sul profilo generale M.S. GIANNINI, *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in Enc. dir, XX, Milano, Giuffrè, 1970.

6 Si fa riferimento a titolo esemplificativo alle disposizioni legislative relative alla disciplina degli Enti locali. Per maggiori approfondimenti in materia si veda F. PINTO, *Bassanini, Brunetta e i gattopardi nella difficile riforma della pubblica amministrazione*, in Scritti in Onore di Michele Scudiero, Jovene Editore, 2008.

contesto riformato venutosi a creare alla soglia degli anni 2000<sup>(7)</sup>, l'approccio con cui l'opinione pubblica e, in linea con una certa tradizione italica, una larga parte della politica, hanno guardato alla categoria dei lavoratori pubblici, divenuta oggetto dell'attento dibattito pubblico a seguito delle numerose attenzioni normative rivoltegli in quegli anni. La difficoltà di tradurre in *output* misurabili le nuove forme di organizzazione del lavoro<sup>(8)</sup>, a fronte di ampie manovre sulla disciplina della dirigenza pubblica – anche dal punto di vista delle responsabilità contabili dei singoli e di una generale tendenza alla salvaguardia della spesa pubblica – probabilmente per le difficoltà di implementazione riscontrate a diversi livelli amministrativi, ha lasciato ampio spazio di diffusione ad una percezione “negativa” della tendenza del lavoratore pubblico a non produrre effettivamente risultati orientati all'interesse collettivo. La riforma in tal senso non riusciva quindi ad affermare una cultura innovativa rispetto a quella già radicata sul territorio nazionale, andando anzi ad impattare su una popolazione – quella dei dipendenti pubblici – già vittima del pregiudizio a loro rivolto e tendenzialmente “non preparata” ad agganciare le linee di cambiamento tracciate sulla scia, come citato diverse volte nella stessa disciplina normativa, del “privato”; legislazione definitivamente codificata nel 2001, con il decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

La coesistenza di questi elementi ha portato all'attivazione di un “circolo vizioso”, centrifugo e centripeto allo stesso tempo, generatore di una valutazione dei dipendenti pubblici come soggetti non in grado di svolgere compiutamente mansioni rivolte al raggiungimento del risultato atteso, con effettivi riscontri empirici di tale “incapacità”, in particolare rispetto ai processi amministrativi direttamente indirizzati alla cittadinanza. Nel lasso di tempo che esiste, fisiologicamente, tra la maturazione di una nuova tendenza dottrinale e l'esplicitazione della stessa sotto forma di intervento normativo, prese piede una diversa interpretazione di organizzazione delle funzioni all'interno degli uffici pubblici, decisamente squilibrata sulla variabile della valutazione delle risorse umane, rispetto alla professionalizzazione di queste ultime, come era stato invece copiosamente ribadito nella disciplina degli anni '90. Ciò ha reso l'elemento della qualità del processo lavorativo una questione sì di risultato finale, tuttavia non in termini di qualità del servizio erogato, ma piuttosto di capacità lavorativa del singolo. La legge delega 4 marzo 2009, n. 15 finalizzata alla “ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei conti”<sup>(9)</sup>, sancisce l'introduzione nell'ordinamento italiano del concetto di misurazione quantitativa della *performance*, con la previsione di nuovi strumenti di valorizzazione del merito connessi alla produttività, incentivata all'interno degli Uffici pubblici in un sistema premiante, concordato in sede di contrattazione collettiva<sup>(10)</sup>. La qualità della prestazione lavorativa personale, in tale contesto, diviene il mezzo dei risultati di carriera che possono essere raggiunti, secondo criteri stabiliti *ex lege* di selezione e concorso. Il promotore della nuova ondata tematica della riforma

7 In materia G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2, 2015.

8 Sul tema A. ORSI BATTAGLINI, A. CORPACI, *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1999.

9 Per uno studio approfondito della riforma si veda F. VERBARO, *La privatizzazione del lavoro pubblico e la sua evoluzione nella legge 15/2009*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico e il ciclo della performance*, Roma, Promo P.A. Fondazione, 2010 ed anche M. GAROFALO, *Delegificazione e rilegificazione*, in M. GENTILE (a cura di), *Lavoro pubblico: ritorno al passato? La legge Brunetta su produttività e contrattazione*, Roma, Ediesse, 2009.

10 Si veda anche V. TALAMO, *Contratti integrativi delle pubbliche amministrazioni e progressioni professionali: un bilancio*, in *Rivista Diritto Amministrativo*, n.4, 2001, oltre a M. RAGUSA, *Tra organizzazione degli uffici e rapporto di lavoro. Il contratto (collettivo) tra politica e amministrazione, vent'anni dopo*, in *Rivista Istituzioni del Federalismo*, 2021.

della Pubblica Amministrazione fu il Ministro per la P.A. del tempo, Renato Brunetta, il quale mosse una sostenuta diffusione mediatica delle intenzioni governative di scardinare le logiche radicate di scarsa produttività, appunto, degli apparati pubblici grazie, fra tutte, alle nuove politiche di valutazione dei dipendenti, affidate alla dirigenza. I riconoscimenti al perfezionamento di un sistema riformatorio ben più ampio della sola questione di “misurazione” del risultato, si devono sicuramente attribuire alle innovazioni introdotte nell’ordinamento dal punto di vista del ciclo di gestione della *performance*, che con il decreto 27 ottobre 2009, n. 150 ha codificato, nell’ottica del miglioramento della qualità dei servizi offerti dalle amministrazioni pubbliche, principi quali “*la crescita delle competenze professionali, attraverso la valorizzazione del merito e l'erogazione dei premi per i risultati perseguiti dai singoli e dalle unità organizzative in un quadro di pari opportunità di diritti e doveri, trasparenza dei risultati delle amministrazioni pubbliche e delle risorse impiegate per il loro perseguimento*”<sup>(11)</sup>, conferendo anche alla dirigenza pubblica una nuova forma di responsabilizzazione e qualificazione professionale.

L’implementazione della legislazione rivolta alla volontà di modificare l’andamento di una pubblica amministrazione considerata non performante, ha sofferto tuttavia della mancanza di un elemento centrale per la crescita sostanziale dell’apparato statale: l’investimento sul capitale umano, dal punto di vista della professionalizzazione e della valorizzazione delle risorse umane impiegate negli apparati pubblici, divenute oggetto delle norme come figure “valutate”, ma poco coinvolte nelle fasi di crescita personali, funzionali allo svolgimento delle proprie mansioni, seppur “premiare” attraverso accordi di contrattazione che poco possono rappresentare strumenti di acquisizione di competenze se relegati a meri confronti sindacali di “attribuzioni” di merito<sup>(12)</sup>. A tale “*lack of up-skilling*”, può ricondursi anche un’altra fattispecie che non fu resa integrante della c.d. riforma Brunetta e che avrebbe invece potuto rappresentare, in sinergia con i nuovi criteri introdotti dalla legislazione, il concreto banco di avvio del cambiamento di rotta fortemente auspicato: una quasi totale inesistenza di processi di ammodernamento infrastrutturale e informatico delle realtà amministrative.

L’introduzione in modo persuasivo e impattante del ciclo di valutazione della *performance*<sup>(13)</sup>, in linea con le più diffuse dottrine anglosassoni del lavoro pubblico, senza l’adeguata e speculare “preparazione” delle risorse, umane principalmente, ma anche tecnologiche, delle P.A., ha portato, nella prima decade degli anni duemila, alla definizione di un contesto, normativo e lavorativo, poco armonico, in cui ciò che risaltava non era la capacità di valutazione dei dirigenti e di attribuzione meritocratica delle premialità in base al raggiungimento degli obiettivi preposti, ma anzi, l’incapacità per un sistema arretrato, di rendersi efficiente a fronte di nuovi *target*, impossibilitato nell’adeguamento alla spinta manageriale nella gestione dei processi amministrativi “imposta” a livello governativo<sup>(14)</sup>.

Le fasi di riforma della pubblica amministrazione che sono intervenute succes-

11 Si veda d.lgs. 150/2009, Titolo II Misurazione, Valutazione e Trasparenza della *performance*; Capo I; Disposizioni Generali; art. 3 Principi Generali, co.1.; per approfondimenti commentati sulla Riforma M. MAGRI, *Il ritorno del pubblico impiego (le fonti nel d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150)*, in *Amministrativamente*, n. 11, 2009; P. BARBERA, *Lo spirito della riforma: potenzialità, rischi (e ultime novità)*, in P. BARBERA e G. CANOSSI (a cura di), *Rinnovare il lavoro per rinnovare l'amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2010, 6.

12 Sul tema S. BATTINI, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?* in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2009; ed anche R. SOLOPERO, *La contrattazione nazionale e integrativa*, in M. TIRABOSCHI e F. VERBARO (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010, 465.

13 V. d.lgs. 150/2009, *cit.*; Capo II; *cit.*; art. 4 Il ciclo di gestione della *performance*; per analisi dottrinali al riguardo M. GENTILE, *Introduzione*, in M. GENTILE (a cura di), *Lavoro pubblico: il passato ritorna. Il decreto attuativo della legge Brunetta sulle pubbliche amministrazioni*, Roma, Ediesse, 2010, 6.

14 Sul tema anche E. ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro, un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra impiego e gestione*, Milano, Giuffrè, 2002.

sivamente, nel contesto e sulla base della normativa in materia di *performance* già radicata, almeno a livello teorico, hanno registrato uno sforzo tecnico procedurale per proporre un assetto semplificato dei procedimenti amministrativi. La legge promulgata il 7 agosto 2015, n. 124<sup>(15)</sup>, dal Ministro Marianna Madia, riportava l'attenzione, segnatamente, al criterio di accelerazione delle procedure burocratiche, con l'obiettivo di indirizzare le amministrazioni verso una capacità di risultato, tradotta in efficienza nella produzione del servizio da erogare alla cittadinanza<sup>(16)</sup>.

In tale direzione si ponevano gli articoli dedicati alla strutturazione in chiave qualitativa della dirigenza pubblica, con una serie di interventi che, a partire dalla fase di selezione della classe dirigente, ne garantissero caratteristiche di elevata preparazione tecnica. Un sostanzioso schema giuridico in materia di accesso alla dirigenza pubblica e di conferimento degli incarichi dirigenziali<sup>(17)</sup>, funzionale a garantire la scelta sulla base di requisiti di qualità ed esperienza in linea con le migliori pratiche in ambito internazionale. Parallelamente, la previsione del ruolo unico della dirigenza e l'introduzione di elementi volti ad innalzare il livello di responsabilizzazione del dirigente pubblico, conferivano all'impianto di riforma un approccio trasversale<sup>(18)</sup>; in ambito di formazione, il sistema di formazione dei pubblici dipendenti prevedeva innanzitutto una revisione strutturale della Scuola Nazionale dell'Amministrazione, "in modo da assicurare l'omogeneità della qualità e dei contenuti formativi dei dirigenti"<sup>(19)</sup> ed inoltre una formazione permanente dei dirigenti pubblici che li portasse anche ad occuparsi in prima persona della formazione della futura classe dirigente con l'"obbligo di prestare gratuitamente la propria opera intellettuale per le suddette attività di formazione"<sup>(20)</sup>. Tuttavia, sono numerose le disposizioni della l. 124/2015 rimaste inattuate<sup>(21)</sup>, anche a seguito della sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale in alcune parti di legge<sup>(22)</sup>. Il riordino della dirigenza pubblica e la sua conseguente "modernizzazione", sempre nei termini di una qualità connessa alla efficienza amministrativa, non si sono concretizzati come auspi-

15 Per una attenta analisi della previsione legislativa G. D'ALESSIO, L. ZOPPOLI, *Riforma della Pubblica Amministrazione. Osservazioni sugli schemi di decreti legislativi attuativi dell'art. 17 della legge n. 124 del 2015*, in Astrid Rassegna, n. 5, 2017, ed anche S. BATTINI, *La riforma deformata della Costituzione amministrativa italiana: una retrospettiva a vent'anni del d.lgs. n. 165 del 2001*, in Rivista Istituzioni del Federalismo, n. 2, 2021.

16 Sui risvolti teorici della riforma si veda, tra gli altri, B. CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la legge "Madia" e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell' "eterno ritorno" allo statuto speciale del lavoratore pubblico*, in B. CARUSO (a cura di), *La quarta riforma del lavoro pubblico e oltre*, in Quaderno della Rivista Diritti, lavoro, mercati, 2019.

17 Alla lettera b) dell'articolo 11 vengono previste le Commissioni per la dirigenza, strutture indipendenti delegate al controllo, nella fase di conferimento degli incarichi dirigenziali, dell'applicazione del criterio di imparzialità da parte dell'autorità politica e che, più in generale, avrebbero dovuto operare come "filtri tecnici" nelle questioni riguardanti la gestione del personale dirigenziale. Su questo tema sia consentito rimandare a F. ZACCARELLI, *Istituti di ispirazione anglosassone nella nuova riforma della pubblica amministrazione: le commissioni per la dirigenza*, in Rivista Amministrazioni in Cammino, Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", 2015.

Sulla tematica del controllo interno nell'ambito della riforma, G. D'ALESSIO, *Il ruolo degli organi di controllo interno nella prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni*, in Rivista Studi parlamentari e di politica costituzionale, 2014, 81-100.

18 I temi oggetto delle disposizioni riguardavano anche interventi importanti in materia di lavoro pubblico, società a partecipazione pubblica, giustizia contabile.

19 L. 124/2015 art. 11 co. 1 lett. d).

20 L. 124/2015 art. 11 co. 1 lett. e).

21 Sull'analisi in dottrina della Riforma B. G. MATTARELLA, *Il lavoro pubblico*, in B. G. MATTARELLA e E. D'ALBERTO (a cura di), *La riforma della Pubblica Amministrazione*, Monografie, Il Sole 24 Ore, 2017, n.1; ed anche G. NATULLO, *Tra legge e contratto l' "equilibrio instabile" del sistema delle fonti del lavoro pubblico*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2018; M. RICCI e F. DI NOIA, *Relazioni sindacali e contrattazione collettiva nel settore pubblico dopo la riforma Madia e i rinnovi contrattuali*, in Rivista Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni, 2017, numero unico.

22 Si veda G. D'AURIA, *Sull'incostituzionalità di alcune deleghe legislative "ex" l. 124/15 per la riforma della pubblica amministrazione*, in Foro.it, 2017, I.

cato dalla compagine governativa di allora, pur riconoscendo all'impianto legislativo del 2015 l'introduzione di soluzioni ordinamentali alla necessità di semplificazione dell'assetto pubblico, legato profondamente alla garanzia della creazione di un vertice amministrativo competente e orientato al risultato, impostazione che sarà ripresa nelle previsioni normative successive<sup>(23)</sup>.

Il susseguirsi di leggi e norme, spesso caratterizzante di una superfetazione normativa, ha lasciato "impigliati" i dipendenti pubblici, nell'ambito del quadro storico-legislativo descritto, nella loro versione disfunzionale, diffusa nell'opinione pubblica, di una inoperosità connessa alla garanzia di una retribuzione fissa e anzi, sovraordinata rispetto l'inefficienza – effettiva – delle pubbliche amministrazioni.

La crisi pandemica del 2020 ha segnato un decisivo punto di arrivo di questo approccio riduttivo verso i lavoratori pubblici. Il contesto emergenziale che ha messo in prima linea soprattutto il personale delle strutture mediche pubbliche, guidate nell'operato da un attaccamento alla missione "umana" del proprio lavoro, ha ingenerato in Italia un sentimento nuovo verso i dipendenti delle strutture sanitarie, ospedaliere, creando la base per l'avviamento di una fase ancora diversa di riforma della Pubblica Amministrazione. Questa variabile ha trovato sponda nel più ampio contesto europeo che cercava una soluzione legislativa alle criticità emerse in tutti gli Stati membri, per allineare la definizione di una soluzione alla perdurante condizione di crisi divenuta, una volta superata l'ondata di contagi, di matrice sociale, economica e politica. *Il Next Generation Eu* (Ngeu)<sup>(24)</sup> ha costituito il più grande intervento di investimenti e riforme promosso a livello europeo, con l'individuazione di alcuni ambiti precisi di macro-azione, quali l'accelerazione della transizione ecologica e digitale, il miglioramento della formazione delle lavoratrici e dei lavoratori, il conseguimento di una maggiore equità di genere, territoriale e generazionale. Il Ngeu, inoltre, ha previsto l'elaborazione da parte di tutti gli Stati membri dei Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza (Pnrr), istituiti come dispositivi per la ripresa e resilienza, con il Regolamento UE 2021/241<sup>(25)</sup>, deliberato dal Parlamento europeo d'intesa con il Consiglio d'Europa il 12 febbraio 2021. Il Ngeu ha definito, con i medesimi criteri per ogni Stato membro, una nuova relazione funzionale tra il sostegno economico e il raggiungimento di "milestone" e "target", con l'intento di adeguare gli approcci di sistema nazionali al raggiungimento di obiettivi e traguardi precisi, subordinando a tale *target* l'assegnazione di risorse economiche su base semestrale. La previsione del modello normativo dei Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza fonda il suo funzionamento su un modello rigido di programmazione e pianificazione degli strumenti, con la previsione di cronoprogrammi di spesa e raggiungimento degli obiettivi fissati<sup>(26)</sup>. Le misure innovative proposte dal piano europeo, sia dal punto di vista del programma di rilancio, che delle politiche di lungo termine elaborate, definitivamente approvate e diffuse alla fine dell'anno 2020, hanno costituito un significativo punto di svolta per la legislazione *post* emergenza dell'Italia. Le tendenze europeiste affermatesi come unico antidoto

23 Su questi temi G. D'ALESSIO, *Il reclutamento del personale e della dirigenza nella legge n. 124 del 2015*, Relazione al convegno "Se fosse davvero pubblica? Riforma dell'amministrazione e diritti dei cittadini, organizzato dalla CGIL Funzione pubblica e dalla Fondazione "Luoghi comuni", Roma, 19 gennaio 2016; ed anche di rilevante interesse, l'analisi proposta da L. FIORENTINO, E. PINTUS, *Innovare la pubblica amministrazione*, in *Rivista Italiana di Public Management*, vol.1, n.1. 2018.

24 Per un approfondimento sul tema ed un esaustivo *excursus* delle tappe salienti di determinazione dell'iniziativa, G. D'ARRIGO, P. DAVID, *Next Generation EU e PNRR italiano, analisi, governance e politiche per la ripresa*, Rubbettino Editore, 2022, 21 e ss.;

si veda inoltre G. CONTALDI, *La normativa per l'attuazione del programma Next Generation EU*, in *Rivista Studi sull'integrazione europea*, n.2, 2021.

25 Per un maggiore approfondimento si veda Corte dei conti europea, *Parere sulla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un dispositivo per la ripresa e la resilienza*, n. 6 del 2020.

26 Cfr. G. D'ARRIGO, P. DAVID, *op.cit.*, 128 e ss..



alla ripresa concreta del sistema paese, unitamente alle condizioni di necessità non procrastinabili, considerati gli effetti traumatici del *post*-pandemia sugli assetti sociali, politici ed economici interni, hanno agito, dal 2021 ad oggi, come fattori propulsivi per interventi penetranti di riforma<sup>(27)</sup>. La persistenza di alcune criticità strutturali più evidenti nel sistema amministrativo italiano, come l'intempestività nell'implementazione di nuovi processi, il non allineamento allo *standard* europeo nell'erogazione dei servizi, l'eccessiva burocratizzazione dei procedimenti amministrativi, la scarsa ricettività a livello di risorse umane e di dotazioni informatiche, hanno rappresentato le zone di intervento da parte del legislatore con un nuovo "approccio" al cambiamento, attraverso lo studio di operazioni considerate obbligatorie per invertire l'andamento involutivo delle P.A. in Italia e soprattutto allinearsi alle gestioni europee delle realtà politiche, finanziarie, sociali ed anche amministrative contemporanee. La nuova direzione normativa è riportata all'interno del Pnrr italiano, un piano strutturato e corposo di interventi e iniziative trasversali che ha segnato un fondamentale passaggio nella storia amministrativa italiana. Il Pnrr italiano - trasmesso dal governo alla Commissione europea il 30 aprile del 2021, approvato definitivamente il 13 luglio 2021 con Decisione di esecuzione del Consiglio d'Europa che ha recepito la proposta della Commissione europea del 22 giugno del medesimo anno<sup>(28)</sup> - pone degli obiettivi di forte innovazione e cambiamento per la crescita dell'Italia, che il legislatore ha voluto rendere tempestivi, rispettando tempi e modalità di elaborazione della strategia programmatica, in conformità con il modello strutturale dei piani di finanziamento definiti secondo gli schemi previsti dall'Europa<sup>(29)</sup>. Con il Pnrr viene dato spazio, accanto a obiettivi fissati in relazione allo sviluppo del mercato del lavoro, della promozione della transizione verde e digitale, ad un intervento strutturale sull'elemento sostanziale della qualità dei servizi<sup>(30)</sup>. L'Italia, infatti, ha storicamente evidenziato una profonda criticità a rafforzare la competitività del Paese, fortemente connessa alla funzionalità del proprio apparato interno, a causa delle già citate debolezze di sistema e lentezze dei sistemi burocratici<sup>(31)</sup>. L'intento principale del Pnrr italiano è stato individuato nella volontà di raggiungere un definitivo ammodernamento delle strutture pubbliche, sia a livello di "persone" che di "tecnologie", rendendole finalmente in grado di gestire e sfruttare le risorse erogate dall'Europa per il rilancio dell'Italia stessa.

Nel quadro generale fin qui analizzato, appare centrale il rinnovato approccio con cui si guarda alle pubbliche amministrazioni e alle risorse che le vivono. Esse costituiscono, infatti, a partire da questa innovativa legislazione, la forza motrice principale per l'attuazione, pratica e paradigmatica, delle sfide poste dal Pnrr, divenendo a loro volta protagoniste di nuove linee di indirizzo, destinatarie di riforme sostanziali del

27 Si veda per una analisi comparata G. MOCAVINI, G. NAPOLITANO, *I Piani nazionali di ripresa e resilienza in prospettiva Comparata*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, Istituto di ricerche sulla pubblica amministrazione, 2021.

28 Per una esaustiva disamina degli *steps* di elaborazione ed approvazione del Pnrr italiano si veda il *dossier* del Servizio studi della Camera dei deputati del 27 settembre 2022.

29 Sul margine di azione dei soggetti coinvolti N. LUPO, *Il Piano Nazionale Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in Rivista Federalismi.it - Rivista di Diritto pubblico italiano, comparato, europeo, n.1, 2022 ed inoltre M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in ASTRID-Rassegna, 2021, n. 12, 11 ss..

30 Approfondimenti delle tematiche trasversali relative il Pnrr in P. NAVARRA, B. LORENZIN, *Investire nella persona. Un progetto politico per il rilancio dell'Italia*, Rubbettino Editore, 2022 ed anche M. ALBERTI, *Open Diplomacy. Diplomazia economica aumentata al tempo del Covid-19*, Rubbettino Editore, 2021.

31 Si vedano altresì le Premesse del Pnrr, firmate dal Presidente del Consiglio dei ministri dell'epoca, Mario Draghi, che insistono sul "deludente andamento della produttività" italiana individuando un "calo degli investimenti pubblici e privati, che ha rallentato i necessari processi di modernizzazione della pubblica amministrazione, delle infrastrutture e delle filiere produttive" e, tra gli altri, come "fattore che limita il potenziale di crescita dell'Italia ... la relativa lentezza nella realizzazione di alcune riforme strutturali".

In materia A. SANDULLI, *Le riforme necessarie per migliorare la pubblica amministrazione*, in Luiss Open, 2020.

proprio apparato. Il Pnrr, mediante l'individuazione di quattro importanti riforme di contesto – pubblica amministrazione, giustizia, semplificazione della legislazione e promozione della concorrenza – ha aperto le porte ad uno schema di riforma della Pubblica Amministrazione di natura qualitativa<sup>(32)</sup>. Considerate le nuove forme di programmazione ed erogazione dei fondi, infatti, viene richiesto al sistema pubblico – in particolare rivolgendosi ai lavoratori alle dipendenze delle amministrazioni – un *target* altissimo di competenza e capacità di operare in monitoraggio sugli andamenti dei programmi avviati, ma con uno sguardo a pianificazioni future su cui trarre bilanci, appunto qualitativi, nel *trend* temporale richiesto dal Piano. È in questo senso che, si può affermare, per la prima volta dopo i numerosi interventi normativi, le pubbliche amministrazioni divengono organismi non più solo estensioni burocratiche di previsioni legislative senza coerenza pratica, ma soggetti attivi di un cambiamento nella modalità di gestione interna dei processi amministrativi<sup>(33)</sup>.

## 2. Riformare la P.A.: le nuove traiettorie individuate dal Ministero della Pubblica Amministrazione per raggiungere il cambiamento.

Le riforme elaborate dal Ministro della Pubblica Amministrazione, a partire dal 2021, riprendono integralmente il complesso riformatorio proposto nella legislatura precedente, connotata da una matrice tecnica nella sostanzialità degli interventi elaborati e introdotti nell'ordinamento, in linea con le necessità sopraggiunte rispetto al contesto europeo e mondiale *post-pandemia*<sup>(34)</sup>.

Le disposizioni normative che nei tempi più recenti si avvicinano alla intricata tematica di una riforma organica della Pubblica Amministrazione devono confrontarsi, ancora una volta, con la componente comune ai tentativi di riforma, trasversali, presentanti negli anni passati: l'impossibilità, unitamente all'incapacità politico-amministrativa, di rendere attuate ed attuabili le previsioni di riforma del sistema degli apparati pubblici. Da un lato i governi proponenti, dall'altro i vertici delle amministrazioni, la difficoltà evidente di entrare in contatto, in senso lato, e di “dialogare”, hanno sfavorito la fase implementativa delle previsioni legislative introdotte, generando un circolo vizioso di disfunzionale susseguirsi di indicazioni normative recepite in modo errato – o non recepite del tutto - all'interno delle singole amministrazioni, nel quadro di un sistema stratificato e composto da una “moltiplicazione delle fonti”<sup>(35)</sup>, a volte anche contraddittorie intrinsecamente.

La mancanza di armonizzazione tra i diversi provvedimenti legislativi, nel periodo storico dal 2017 al 2021, ha portato ad una sorta di “staticità difensiva” dell'apparato pubblico. Il risultato è stato quindi uno “stallo” che ha riguardato la programmazione interna delle P.A., l'organizzazione del lavoro, la definizione di obiettivi, il raggiungimento di *target*, e soprattutto la valorizzazione dei dipendenti pubblici<sup>(36)</sup>.

32 Su tale ragionamento e per considerazioni su un “processo organico” da tenere in rilievo, G. D'ALESSIO, *La riforma della Pubblica Amministrazione nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) Italiano -The reform of the Public Administration in the Italian National Recovery and Resilience Plan (NRRP)*, in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 17, 2022.

33 Al riguardo, D. BOLOGNINO, G. D'ARRIGO, *PNRR e pubbliche amministrazioni: riforme, capacità amministrativa e risultati attesi su organizzazione e risorse umane*, in *Luis Law Review*, n.2, 2023

Si veda inoltre il commento di S. SEPE nel saggio, *Gli Enti Pubblici cambiano strada*, nel quotidiano *L'Eco* di Bergamo, 11 marzo 2021.

34 Analisi dottrinali di merito nel 6° Astrid Policy Brief, *Proposte per la Ripresa*, di G. D'ALESSIO e discusso con F. BASSANINI, M. GENTILE, B.G. MATTARELLA, A. NADDEO, A. NATALINI, S. PAPARO, A. TARDIOLA, L. TORCHIA, 2021.

35 D. BOLOGNINO, G. D'ALESSIO, *Le fonti del lavoro pubblico*, cit., 29.

36 Sulla centralità della formazione dei dipendenti pubblici e in generale sulla formazione come leva di modifica intrinseca dell'andamento della P.A. si veda G. D'ALESSIO, *La formazione dei dipendenti pubblici: i soggetti*, in *Rivista Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2019; sul tema inoltre F. VERBARO, *Investire tanto e bene nel capitale umano per cambiare lo Stato*, in *Il Sole 24 Ore*, 2021.

Questo tema, di ampissimo rilievo, si muove su binari ben noti al dibattito dottrinale, andando ad intersecare direttrici più genericamente riportate alla questione del “rapporto tra politica e amministrazione”<sup>(37)</sup>, che tende ad indagare l’incidenza della politica, anche rispetto alle esplicite mancanze, sugli equilibri interni delle amministrazioni, spesso riconducibili a dinamiche lontane da fondamenti costituzionali di imparzialità, tanto quanto di buon andamento, piuttosto mettendo in luce interessi personali come criterio principale di assunzione di una decisione rispetto ad un’altra.

A prescindere dalle considerazioni, osservate e commentate, degli impatti di questo “rapporto”, o piuttosto questa “influenza”, tra i due mondi menzionati, può dirsi, volendo restare nelle fila di una analisi piuttosto di sistema che di merito, che i progetti di riforma non hanno inciso sui temi di valorizzazione delle risorse umane, mancando completamente l’attenzione ai principi di “servizio e appartenenza” dei funzionari verso le amministrazioni in cui abitano. Valori tuttavia considerati imprescindibili per avvicinare prima di tutti i funzionari stessi alla *mission* della amministrazione pubblica italiana: il benessere collettivo, la competitività del proprio paese. Come si evince, i termini di questi menzionati “obiettivi di massima” delle pubbliche amministrazioni nella loro interezza, sono ambiziosi e di ampissima portata. È per questo che lo schema valoriale dei funzionari deve necessariamente, qualitativamente porsi su tale livello di ambizione: nel sistema anglosassone i funzionari pubblici sono chiamati “*civil servant*”, ovvero servitori dello Stato, un termine che già etimologicamente aiuta a comprendere il peso specifico del loro ruolo nel sistema paese. Il dato numerico, inoltre, potrebbe confondere tale argomentazione, riscontrandosi nell’ordinamento italiano una numerosità di popolazione di lavoratori pubblici ben diversa da quella esistente nelle altre, più vicine, democrazie europee. L’elemento deviante della qualificazione a categoria efficiente e riconosciuta del capitale umano italiano impegnato nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, si riscontra pertanto non in una contenuta rappresentanza numerica o in un disconoscimento da parte delle politiche pubbliche delle questioni ad esso connesse; piuttosto, sconta una sorta di *repetita iuvant* al negativo, con cui ha smarrito, nel tempo, la propria solidità in chiave di “capacità amministrativa” e l’affezione ad una visione qualitativa della propria attività quotidiana.

È necessario introdurre nell’ordinamento italiano un nuovo approccio verso i funzionari pubblici: deve esserne rilanciata la valorizzazione, in modo sostanziale. Sono queste le spinte centrali del progetto avviato nel 2021, prima con il Piano di sviluppo della P.A.<sup>(38)</sup> e poi con il decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80<sup>(39)</sup>, convertito in legge n. 113 il 6 agosto del 2021, con cui si è, finalmente, posto l’accento sulla variabile del “fattore umano”, argomentando in merito a “nuove opportunità di formazione permanente”: la *ratio* è rendere i funzionari centrali nell’implementazione degli obiettivi posti a livello governativo. La capacità del singolo funzionario, il suo sviluppo umano oltre che lavorativo, la sua *performance* e il raggiungimento di un risultato di struttura, unitamente a quello personale, divengono elementi non più “scolligati” rispetto alla dimensione corale della efficienza della P.A., ma ne costituiscono parti integranti,

37 Sul tema G. D’ALESSIO, *La dirigenza: imparzialità amministrativa e rapporto di fiducia con il datore di lavoro*, in *Rivista Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2007, 349-373; ed ancora, del medesimo autore, G. D’ALESSIO, *La disciplina politica della dirigenza pubblica e i rapporti fra politica e amministrazione*, in *La classe dirigente pubblica. Ruoli di governo e capacità amministrativa*, Forum annuale 2012 di “La Rivista delle Politiche Sociali” ed ESPAnet-Italia, Roma, Ediesse, 2013.

38 R. BRUNETTA, *Lettera del Ministro ai dipendenti pubblici*, Dipartimento della Funzione Pubblica <https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/letteradelministroformazioneidipendenti.pdf>

39 Decreto-legge n. 80/2021, di “Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l’efficienza della giustizia.

venendo riconosciuti come strumento, qualitativo, di raggiungimento dell'obiettivo di sistema.

Le nuove opportunità di crescita e sviluppo dei singoli, funzionali all'accrescimento di capacità lavorative in grado di soddisfare gli *standard* di efficienza posti in modo unitario con le politiche introdotte dal Pnrr, riguardano l'introduzione di misure per la promozione di percorsi formativi incentrati sulla qualità, rafforzando il ruolo della Scuola Nazionale dell'Amministrazione (SNA) e avviando in forma sperimentale una piattaforma di *e-learning* su scala nazionale, chiamata "Syllabus", per apporre l'accento sulla diffusione delle, acclamate, "competenze digitali"<sup>(40)</sup>. L'impronta formativa incentrata su percorsi di alta specializzazione, riprende la creazione di una classe dirigente, di natura pubblica, ispirata al modello francese, che ha basato nel tempo l'accesso alla carriera pubblica ed in particolare ai vertici della stessa, alla frequenza di una scuola specializzata, chiamata *Ecole Nationale d'Administration Publique*, fino al 2022, anno in cui è stata sostituita dall'*Institut Nationale du Service public*, più simile nei suoi connotati alla SNA, in particolare rispetto agli obiettivi proposti<sup>(41)</sup>.

In linea generale, lo spirito di questi istituti è garantire l'accesso alle fila delle amministrazioni pubbliche alle sole risorse eccellenti, volendo comunque favorire una diversificazione di provenienza, età anagrafica, conoscenza e percorso di studio, al fine di coprire ad ampio raggio i bacini di potenziali funzionari pubblici e non rendendo l'accesso alla Pubblica Amministrazione selezionato in base ad elementi, appunto, non qualitativi ma, piuttosto, logistici, come nel caso della residenza<sup>(42)</sup>, o assetici, rispetto alla classe di laurea richiesta per la partecipazione ad una procedura concorsuale.

Le Scuole Nazionali di Pubblica Amministrazione fondano la loro attività anche sull'eroizzazione di corsi di alta formazione specializzata, continua e permanente, che accompagnino il funzionario per tutta la sua vita lavorativa all'interno dell'amministrazione e che ne delineino la crescita, fino ai ruoli della dirigenza.

Il fondamento di un pubblico impiego privatizzato è particolarmente legato alla capacità del singolo funzionario di poter realmente applicare le *skills lavorative* nelle sue tappe di carriera. Per questo, con le misure relative al potenziamento della SNA<sup>(43)</sup> si sono voluti introdurre nuovi percorsi di specializzazione in campi che esulano dalle classiche "materie" – pur sempre sostanziali per l'avvicinamento del singolo funzionario alle procedure di progressione sia interne che esterne all'amministrazione di appartenenza – e che, significativamente, riguardano le capacità ed attitudini rispetto a competenze individuate a partire dal "Modello di competenze dei dirigenti della P.A. italiana", previsto nelle "Linee guida di accesso alla dirigenza pubblica", adottate con decreto del Ministro della Pubblica Amministrazione del 28 settembre 2022, ovvero: *problem solving*; sviluppo dei collaboratori; promozione del cambiamento; decisione responsabile; orientamento al risultato; gestione delle relazioni interne ed esterne; tenuta emotiva; *self development*.

40 Il commento nel saggio di S. SEPE, *Enti Pubblici formazione e digitale per cambiare*, nel quotidiano L'Eco di Bergamo, 11 marzo 2021.

41 L'obiettivo è quello di creare una classe dirigente di amministratori pubblici formati sulla base di percorsi trasparenti e "larghi", che abbiano conosciuto nella loro esperienza di formazione ambienti diversi dello scenario pubblico francese, rendendo meno elitario, ma più qualitativo e trasparente il processo di professionalizzazioni dei funzionari pubblici.

42 Nel caso francese si era registrata per lungo tempo una prevalenza degli accessi da parte di risorse provenienti dalla città di Parigi, sede delle Università prestigiose di percorsi istituzionali e politici.

In merito al processo di miglioramento del sistema di alta specializzazione per la classe dirigente pubblica e sulla importanza di non importare modelli distorti, si veda B.G. MATTARELLA, *Migliorare il nostro sistema senza replicare i difetti altrui. Ecco come riformare la dirigenza pubblica*, in Luiss Open, 2021.

43 Decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36 "Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), convertito con modificazioni dalla legge 29 giugno 2022, n. 79, e in particolare l'articolo 12 che introduce misure per il potenziamento della SNA.

Si arriva con queste innovative previsioni alla centralizzazione di un elemento, protagonista delle nuove politiche di formazione e valorizzazione del dipendente pubblico, che si può riassumere nell'importanza della differenziazione delle professionalità, stante alcune caratteristiche strutturali della P.A. italiana, fino ad oggi forse non debitamente considerate: la diversità, territoriale e dimensionale, delle strutture, la conseguente e implicita trasversalità dei suoi compiti e obiettivi<sup>(44)</sup>.

Si sintetizza, in questi provvedimenti legislativi, la consapevolezza di un processo *de iure condendo* caratterizzato da una concomitanza di materie che superi l'interpretazione normativa fin qui prodotta, specchio di una diffusa complessità a intersecare materie giuridiche e di altre discipline che ha reso escludenti forme diverse di lettura, ostacolando riferimenti a prospettive sopranazionali, senza raggiungere adeguate e soddisfacenti attuazioni delle norme stesse<sup>(45)</sup>.

La più recente normativa ha dunque rafforzato la volontà ministeriale di rendere effettivo il radicamento negli apparati pubblici di un nuovo paradigma della P.A. e dei suoi funzionari, conferendo a questa azione politica un'accezione di controtendenza rispetto al passato, in quanto mantiene viva l'intenzione dichiarata a livello governativo nella fase legislativa precedente, ma attua uno sforzo di "sublimazione" dei contenuti, raccogliendo a pieno titolo il testimone del "cambiamento", sotto l'egida delle innovative politiche del Pnrr<sup>(46)</sup>.

### 2.1. Le novità nelle politiche di formazione dei dipendenti pubblici.

La trattazione delle nuove politiche di formazione e valorizzazione dei dipendenti pubblici si muove sullo sfondo di alcuni elementi cardine, che non possono essere ignorati. Innanzitutto, la primordiale, atavica, differenza tra amministrazioni centrali e territoriali, che risultano dissimili *in primis* proprio in ordine alle organizzazioni strutturali interne. La normativa proposta dal legislatore dovrebbe considerare tali differenze al primo posto negli indirizzi di azione forniti alle P.A..

Con il Pnrr è stata evidente la difficoltà per le amministrazioni territoriali a rendersi effettivamente "attive" nel recepire politiche e misure molto innovative, in modo eccessivo se considerate le contenute risorse che ad esse sono riconosciute, in termini di capitale umano assegnato (si pensi ai piccoli Comuni). La normativa non solo è risultata complessa per gli interventi organici nelle attività quotidiane, ma ha avuto un impatto non indifferente proprio rispetto all'impreparazione dei dipendenti di organismi ed enti territoriali, investiti di mansioni e compiti<sup>(47)</sup> non allineati con la capacità lavorativa e di impiego sostenuta fino al 2021.

Da mettere in luce, oltre quindi alla differenza per così dire dimensionale delle P.A., anche la profonda divergenza di *mission* che le singole amministrazioni perseguono, creando un sistema settoriale di apparati pubblici, che possono essere affron-

44 In merito alla tematica si veda A. POGGI e G. BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, in Rivista Federalismi, n. 25, 2016.

45 Su tale concetto di massima G. D'ALESSIO, saggio in corso di pubblicazione in "Politica e amministrazione. Etica e managerialità e responsabilità (Atti del convegno in onore di Gianfranco D'Alessio), Roma Tre Press, che riprende ed argomenta la teorizzazione di S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in Rivista Trimestrale di diritto pubblico, 2006, 597 ss..

46 Da <https://www.funzionepubblica.gov.it/formazione>: "Il Piano Nazionale Di Ripresa e Resilienza individua nelle persone, prima ancora che nelle tecnologie, il motore del cambiamento e dell'innovazione nella Pubblica Amministrazione. Lo sviluppo delle competenze dei dipendenti pubblici rappresenta, insieme al recruiting, alla semplificazione e alla digitalizzazione, una delle principali direttrici dell'impianto riformatore avviato con il Decreto legge 80/2021. Le transizioni amministrativa, digitale ed ecologica sono possibili soltanto attraverso un grande investimento sul capitale umano. La valenza della formazione è duplice: rafforza le competenze individuali dei singoli, in linea con gli standard europei e internazionali, e potenzia strutturalmente la capacità amministrativa, con l'obiettivo di migliorare la qualità dei servizi a cittadini e imprese. Ciascun dipendente può fare la differenza."

47 Sul tema, analisi approfondita in D. BOLOGNINO, G. D'ARRIGO, *Pnrr e pubbliche amministrazioni*, cit., 292 e ss..

tati solo attraverso una spiccata trasversalità di conoscenze e attitudine gestionale. In altre parole, far in modo che disposizioni legislative che si rivolgono all'ordinamento pubblico, nelle sue numerose sfaccettature – dal campo dell'energia, dello *sport* o della giustizia, così come della sanità – possano essere effettivamente coordinate a livello di “obiettivi” macro-sistemic. In questo scenario, la preparazione richiesta a un dipendente pubblico dovrebbe effettivamente “prescindere” dal settore in cui si trovi impiegato, o si troverà se neo-assunto, intendendosi in tal senso una formazione che sia in grado di compensare anche gli ambiti di disciplina pubblica che esulino dalla specifica tematica oggetto della *mission* della propria amministrazione. Si fa riferimento in questo caso ad una questione viva anche all'interno del dibattito dottrinale e relativa alla necessità di una preparazione di base di matrice giuridica dei funzionari pubblici, che riguardi – trasversalmente, appunto – discipline diverse come la contrattazione collettiva, la trasparenza e l'anticorruzione, gli appalti pubblici, in quanto materie organiche di un medesimo filone, funzionale alla corretta applicazione, orientata al risultato a tutti i livelli, della legislazione vigente in materia di Pubblica Amministrazione.

Le misure introdotte con il Pnrr hanno perpetrato la “tradizione” italiana di una legislazione intervenuta in un contesto emergenziale, ma si sono tuttavia caratterizzate di una significativa differenza rispetto al passato: le criticità sopra riportate sono state inserite a pieno titolo nella analisi condotta all'interno del documento programmatico, rendendole *topics* non alienabili rispetto alla formulazione delle disposizioni legislative attuative degli indirizzi e dei piani previsti nel Pnrr. Con riferimento alla “Riforma della P.A.”, in particolare la Missione “M1C1.2 MODERNIZZAZIONE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE”<sup>(48)</sup>, si pone al centro del processo di risoluzione delle problematiche rilevate una leva su tutte: inquadrare, finalmente, a livello normativo, il tema delle competenze in capo ai funzionari pubblici.

Il 24 marzo del 2023, il Ministro per la Pubblica Amministrazione Paolo Zangrillo ha adottato la Direttiva avente ad oggetto “*Pianificazione della formazione e sviluppo delle competenze funzionali alla transizione digitale, ecologica e amministrativa promosse dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*”. La Direttiva mira a fornire indicazioni metodologiche e operative alle amministrazioni per la pianificazione, la gestione e la valutazione delle attività formative al fine di promuovere lo sviluppo delle conoscenze e delle competenze del proprio personale. Le competenze, costituiscono uno dei quattro assi fissati dal Pnrr per la realizzazione del programma di riforme e investimenti con cui avviare una vera e propria riforma della P.A.. In modo estremamente analitico, il Pnrr aveva messo in luce, nelle proprie premesse alle “Riforme Orizzontali” le politiche carenti e screditanti in relazione allo “sviluppo delle competenze” dei dipendenti pubblici, come conseguenza diretta di interventi legislativi pregressi tutt'altro che favorevoli: blocco del *turn over*, invecchiamento anagrafico dei lavoratori pubblici, taglio delle spese di istruzione e formazione per i dipendenti pubblici, a livello territoriale una forte inadeguatezza delle strutture a recepire le normative in materia generale di lavoro pubblico e Pubblica Amministrazione. Uno scenario rimasto indietro, rispetto alle evoluzioni di contesto sovra nazionale e che espressamente ha richiesto – a seguito della crisi sanitaria – con urgenza un allineamento tra “conoscenze e capacità organizzative alle nuove esigenze del mondo del lavoro e di una amministrazione moderna”. Il presupposto, dunque, per avviare questo processo e poterne consolidare i passaggi obbligati risulta essere una politica orientata all'efficacia degli interventi finalizzati alla formazione e allo sviluppo del personale, ottimizzando, al contempo, l'utilizzo delle risorse disponibili. La Direttiva rappresenta, in questo senso, il primo sforzo legislativo di tradurre in disposizione normativa, con un concreto impatto sulle P.A., quanto “teo-

<sup>48</sup> Per approfondimenti commentati si veda G. D'ARRIGO, P. DAVID, *Next Generation EU e PNRR italiano*, cit., 180 e ss..

rizzato” all’interno del Pnrr, per ovviare al persistente problema di una “proliferazione legislativa”, che rischi di rimanere su carta. Gli ambiti di intervento della Direttiva, possono riassumersi in delle macro aree, derivanti dagli obiettivi già fissati a livello governativo nel 2021<sup>(49)</sup>, volti ad affermare una nuova fase di investimento da parte delle amministrazioni pubbliche sul capitale umano, “per il riconoscimento della centralità della leva della formazione che deve avere valore per le persone e per l’amministrazione”, volontà riportata tra i desiderata anche del “Patto per l’innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale”, sottoscritto il 10 marzo 2021 dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Ministro per la Pubblica Amministrazione con i segretari della Cgil, Cisl e Uil. Segnale questo, del fatto che la nuova riforma abbia, effettivamente, aperto un dialogo *intra* settoriale, non escludendo la contrattazione, collettiva ed integrativa, in quanto propulsiva anch’essa della fase di avviamento della semplificazione e modernizzazione della P.A. italiana, per il tramite di incentivi, anche premianti, da destinare al capitale umano dei dipendenti pubblici. Alcuni passaggi sostanziali della Direttiva del 24 marzo 2023 evidenziano il nuovo spirito con cui la norma vuole rivolgersi alla promozione e alla diffusione di politiche di formazione e valorizzazione dei dipendenti pubblici, che si riportano di seguito, seguendo una classificazione ampia per “materia”, rispetto i contenuti salienti della Direttiva:

**a) Pianificazione e programmazione dei progetti formativi nelle singole Amministrazioni:** “Per cogliere gli obiettivi (...) è necessario che la formazione del personale sia inserita al centro dei processi di pianificazione e programmazione delle amministrazioni pubbliche; essa deve essere coordinata e integrata con gli obiettivi programmatici e strategici di *performance* dell’amministrazione, trovando una piena integrazione nel ciclo della *performance* e con le politiche di reclutamento, valorizzazione e sviluppo delle risorse umane.”; “In questa prospettiva, le Amministrazioni pubbliche hanno oggi la possibilità di riqualificare e rafforzare i processi di programmazione dell’attività formativa nel Piano Integrato di Attività e Organizzazione (di seguito anche PIAO<sup>5</sup>), introdotto dall’art. 6 del Decreto legge 9 giugno 2021, n. 80 convertito, con modificazioni dalla legge 6 agosto 2021, n. 113”<sup>(50)</sup>.

**b) Priorità di investimento in ambito formativo:** “Lo sviluppo, in maniera diffusa e strutturale, delle competenze del personale pubblico funzionali alla realizzazione della transizione digitale, amministrativa ed ecologica delle amministrazioni stesse promosse dal PNRR: - la strutturazione di percorsi di formazione iniziale per l’inserimento del personale neoassunto, allo scopo di fornire competenze e conoscenze finalizzate al ruolo che lo stesso andrà a ricoprire nell’ambito di ciascuna amministrazione, comprensivi di processi di *mentoring* a supporto dell’apprendimento; - la necessità di riservare un’attenzione particolare rispetto allo sviluppo delle *soft skills*, ovvero delle competenze trasversali, legate alla *leadership*, al lavoro in *team*, alla capacità di adattamento al cambiamento, alle capacità comunicative, ecc.; - la necessità di dedicare una sempre maggiore attenzione al tema della formazione internazionale – considerata la

49 Competenze digitali, con l’adozione di una piattaforma di sviluppo delle capacità personali e lavorative nell’ambito della tecnologia e della transizione al digitale richiesta in tutte le P.A., denominata “*Syllabus*”, presentata già nel 2021 “al fine di promuovere lo sviluppo delle competenze trasversali dei dipendenti pubblici funzionali alla transizione digitale, ecologica e amministrativa”; Specializzazione dei funzionari pubblici, attraverso convenzioni con le istituzioni universitarie che aderiscono al programma “PA 110 e lode”, con cui “grazie al protocollo d’intesa siglato il 7 ottobre 2021 i dipendenti pubblici possono iscriversi a condizioni agevolate a corsi di laurea, *master* e corsi di specializzazione di interesse per le attività delle amministrazioni pubbliche.”, secondo quanto indicato dal Dipartimento della Funzione Pubblica.

50 La Direttiva prosegue “La pianificazione delle attività formative, infatti, costituisce il contenuto di una specifica sezione del PIAO (Sezione 3 Organizzazione e capitale umano, 3.3 Piano triennale dei fabbisogni del personale), che deve sviluppare, tra l’altro, la strategia di gestione del capitale umano e gli obiettivi formativi annuali e pluriennali”.

costante interazione delle amministrazioni con le istituzioni europee e con gli organismi internazionali – e a quella relativa alla gestione dei finanziamenti europei.”

Come si evince dalla lettura del testo della Direttiva, si propone alla classe dirigente pubblica un nuovo linguaggio utilizzato dal legislatore, che pone il forte accento sulla centralità delle persone nel processo di rinnovo generale, siano esse già impiegate nelle P.A. o nuove risorse da assumere, alle quali fin da subito si intendono dedicare percorsi formativi qualificanti, per evitare di perdere completamente l'*appeal* su una generazione di esperti che si muove in realtà dinamiche e sfidanti e che ha reso perno del proprio attuale schema di lavoro la soddisfazione personale a scapito anche di una “stabilità”, compulsivamente ricercata nelle generazioni precedenti e divenuta, nell’ottica di quella erronea interpretazione auto alimentata del funzionario pubblico, foriera di staticità bloccanti e di una certa, diffusa, disillusione lavorativa.

Un elemento molto interessante e di innovativa portata, è quello di far rientrare la programmazione dell’attività formativa dei dipendenti e, in generale, della singola amministrazione, tra gli obiettivi di *performance* dirigenziale<sup>(51)</sup>. La Direttiva, inoltre, riconosce formalmente una nuova figura: il Responsabile della Formazione, che viene richiamato, nelle disposizioni normative, come soggetto attivo nell’organizzazione e nell’attuazione dei progetti formativi interni previsti:

**c) Soggetti “in charge” della Formazione interna:** “L’attuazione dei principi e delle indicazioni previste dalla Direttiva è affidata, innanzitutto, ai dirigenti responsabili della gestione delle risorse umane e, ove presenti, ai responsabili della formazione, che devono operare in sinergia con gli altri ruoli organizzativi, a partire ad esempio dal Responsabile per la trasformazione digitale, ove presente, per quanto riguarda la formazione finalizzata allo sviluppo delle competenze digitali.”; “In questa prospettiva, la promozione della formazione e, in particolare, della partecipazione attiva dei dipendenti alle iniziative di sviluppo delle competenze promosse costituisce un obiettivo di *performance* dei dirigenti.”

Una trattazione a parte deve essere dedicata a quelli che sono gli obiettivi formativi<sup>(52)</sup>, specificatamente posti all’interno della Direttiva nell’ambito della formazione, in quanto già previsti nel Pnrr, e che vengono per la prima volta descritti come “priorità strategiche” per le amministrazioni<sup>(53)</sup>.

La formula elaborata riprende ontologicamente, anche nella denominazione, la gestione per fasi già utilizzata nell’ambito della *performance*, menzionando, come fattori rilevanti per la sua stessa nuova definizione, variabili di contesto introdotte in precedenza, il cui mancato “riordine”, anche a livello attuativo, ha consegnato al sistema una organizzazione pubblica non predisposta ad agire secondo principi della efficienza, efficacia ed economicità ed anche, per utilizzare un gergo attuale, una popolazione interna “poco *skillata*”. In particolare, la Direttiva riferisce, tra i “principali elementi di debolezza della formazione nella P.A.” una “rilevazione e analisi dei fabbisogni individuale e organizzativi spesso assente e incompleta, o priva di una visione strategica”. Tra le rilevazioni incomplete effettuate nell’ambito della mappatura delle risorse umane

51 Sul tema specifico della retribuzione integrativa di risultato per la dirigenza si veda, D. BOLOGNINO, *Una visione multilivello della distinzione tra politica e amministrazione: i due “centri di potere” alla luce e all’ombra delle evoluzioni-involuzioni normative e delle prassi applicative*, in *Rivista Istituzioni del Federalismo*, n. 2, 2021, 461.

52 I suddetti *target* vengono inseriti nel “ciclo di gestione” della formazione nelle amministrazioni pubbliche, teorizzato per innestare una progettazione propedeutica alla erogazione della formazione, che muova dalla “rilevazione dei fabbisogni”, condotta a partire “dai bisogni organizzativi e dalle competenze individuali dei dipendenti”.

53 Essi sono, inoltre, identificati quantitativamente, fornendo uno strumento funzionale alla “misurazione” della capacità della singola amministrazione di implementare le indicazioni del Dipartimento della Funzione Pubblica, rendendo questa nuova variabile elemento costitutivo della valutazione della performance, sia dirigenziale che organizzativa.



di una amministrazione, particolare attenzione viene posta, ovviamente, sulla inadeguatezza degli strumenti rispetto alla gestione “per competenze”. Tale mancanza, ha spesso avuto come risultato – e ciò è particolarmente provabile in numerosi ambienti lavorativi di natura pubblica – una riscontrata carenza di capacità lavorativa e velocità nello svolgimento dei processi amministrativi: come si può essere fluidi e performanti se non si viene impiegati nel corretto ambito lavorativo adeguato alle competenze detenute?<sup>(54)</sup>

La Direttiva “risponde” a tale naturale quesito formulando un sistema di gestione delle risorse umane in grado di valorizzare l’apporto del singolo funzionario insistendo sulla valorizzazione delle competenze, già detenute e da acquisire, al fine anche di introdurre “formalmente” una delle variabili centrali per l’inversione in materia di qualità personale e lavorativa del dipendente: il fattore umano, ovvero “il senso e il valore pubblico del lavoro nella Pubblica Amministrazione da parte dei propri dipendenti”, veicolo di motivazione al raggiungimento del risultato e appartenenza all’apparato pubblico.

**d) “Ciclo di gestione” della formazione e obiettivi quantitativi (funzionali agli obiettivi qualitativi):** Il “ciclo di gestione” della formazione viene presentato come mezzo per le amministrazioni per “attivare percorsi formativi (...) individuati a partire dall’effettiva rilevazione dei *gap* di competenze rispetto ad ambiti strategici (...)”, articolato come un processo in quattro fasi:

1. Individuazione delle priorità strategiche comuni e della singola amministrazione, unitamente all’analisi del fabbisogno di competenze a livello organizzativo e per famiglie professionali<sup>(55)</sup> ;
2. verifica a livello individuale delle competenze “in ingresso”, al fine di accertare il livello di conoscenza detenuto da ciascun dipendente rispetto all’ambito di competenza;
3. previsione di una erogazione mirata di formazione, per colmare i *gap* conoscitivi;
4. ultima fase conclusiva del ciclo, ovvero delle competenze “in uscita” a valle delle attività formative, così da rilevare i progressi in termini di incremento delle conoscenze e competenze sia individuali che organizzative, attraverso l’aggregazione e l’analisi degli esiti.<sup>(56)</sup>

Gli obiettivi che verranno posti da parte delle singole amministrazioni condividono l’indicazione fornita dal Pnrr, per cui la *ratio* alla base della programmazione degli stessi deve concentrarsi sulla realizzazione delle transizioni digitale, ecologica e amministrativa, secondo i *target* fissati in termini di “dipendenti pubblici partecipanti ad iniziative di *up-skilling* e *re-skilling*” e di “dipendenti che hanno completato con successo le attività di formazione”.

Il processo descritto nella sua complessità, compresi gli obiettivi che si innestano nei diversi passaggi, rilevano tuttavia alcune “carenze”, che nella fase di attuazione della normativa potrebbero costituire delle crepe, disfunzionali rispetto alla corretta ricezione dello strumento di gestione della formazione interna, seppure accompagnato da

54 Tematica che sarà ripresa sotto altro profilo nel paragrafo conclusivo.

55 Il richiamo è alla normativa dei COMPARTI CCNL.

56 L’articolazione presentata, coerente con la strategia di qualificazione e valorizzazione dei lavoratori alle dipendenze delle P.A. e delle loro competenze, si rafforza attraverso la definizione degli obiettivi formativi, descritta analiticamente all’interno della Direttiva, che in particolare prevede:

- la pianificazione da parte della singola amministrazione di obiettivi formativi di carattere generale, indirizzati a tutti i dipendenti;
- la pianificazione da parte della singola amministrazione di obiettivi formativi specifici, relativi alle “finalità strategiche dell’amministrazione, a obiettivi di *performance* e/o relativi a particolari figure/famiglie professionali”.

una diffusa benevolenza ai vertici delle amministrazioni pubbliche rispetto alla sua introduzione. Le “verifiche” menzionate al punto 2 e al punto 5 del “ciclo di gestione” della formazione, con cui è possibile rilevare lo stato delle conoscenze delle risorse impiegate, o neo assunte, di una amministrazione, sia all’inizio del percorso formativo – di *up-skilling* o di *re-skilling* come precisato nella Direttiva – rappresentano uno snodo centrale<sup>(57)</sup> per la definizione di una vera e propria strategia di mappatura del *know-how* e delle capacità lavorativa-attitudinale del dipendente, oltre che della competenza di riferimento.

La corretta applicazione di questi istituti permetterebbe di indirizzare l’amministrazione ad un impiego ottimale della risorsa, generando una soddisfazione personale del singolo dipendente che si tradurrebbe in una maggiore facilità nell’orientamento al risultato posto dall’amministrazione, ed a una spinta al raggiungimento di *standard* elevati di *performance*, anche grazie agli incentivi premianti la qualità del lavoro svolto, in chiave qualificata. Nonostante la centralità, dunque, delle fasi descritte, si è potuta sino ad oggi constatare una spiccata difficoltà delle amministrazioni ad effettuare operazioni di *mapping* delle proprie risorse umane, specialmente in materia di competenze, avviando spesso percorsi formativi generalizzati e a volte anche lontani dalle tematiche concretamente connesse alla fisionomia dell’amministrazione stessa. Queste operazioni dovrebbero essere infatti svolte da esperti in materia di rilevazione delle competenze, ruolo che potrebbe essere assegnato, in chiave di programmazione strategica, al Responsabile per la Formazione, menzionato altresì nella Direttiva, ma al quale non viene dedicato il giusto spazio per riconoscergli l’autonomia necessaria, almeno nella fase di pianificazione, delle reali necessità dell’amministrazione rispetto allo sviluppo delle competenze, né relativamente alla destinazione da attribuire ai percorsi formativi programmati.

Il virtuosismo generabile nel caso, si diceva, di una pedissequa applicazione del “ciclo di gestione” della formazione deve tuttavia essere supportato da un’attività intensa dell’amministrazione che, si è visto, è innanzitutto obbligata ad avviare la rilevazione dei propri fabbisogni, proiettando quindi la sua capacità amministrativa nel medio e lungo periodo, e in base a questa analisi strutturale, definire i percorsi formativi funzionali al raggiungimento degli obiettivi posti<sup>(58)</sup>.

In questo contesto, ad oggi, tramite le disposizioni contenute nella Direttiva, sono stati forniti alle amministrazioni elementi precisi per l’applicazione del “ciclo di gestione” della formazione e di definizione degli obiettivi formativi, in conformità con le linee di indirizzo del PIAO, esclusivamente in relazione allo sviluppo delle competenze digitali<sup>(59)</sup>, con la previsione della già citata piattaforma *Syllabus*, messa a disposizione

57 In particolare, in materia di reclutamento e accesso alla dirigenza pubblica, secondo il nuovo paradigma fissato dalla legislazione all’articolo 28 comma 1-bis del Decreto legislativo 30 marzo 2021, n. 165, come modificato dal Decreto-legge 80 del 2021. In materia, analisi ampia di D. BOLOGNINO, G. D’ARRIGO, *PNRR e pubbliche amministrazioni*, cit.

Si veda inoltre, G. D’ALESSIO, *Il reclutamento e la formazione del personale delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Proposte per la Ripresa*, Astrid Policy Brief, Marzo 2021.

58 Considerate le rinomate carenze della maggior parte delle Amministrazioni pubbliche in materia di “gestione per competenze”, la Direttiva ribadisce che le Amministrazioni, per la definizione dei propri obiettivi formativi, possono muoversi nel perimetro di quanto previsto dal Piano Integrato di Attività e Organizzazione, introdotto con il D.L. 80/2021, all’interno del quale viene richiesto di individuare obiettivi di sviluppo delle competenze del personale indicati:

- per macro-aree tematiche (formazione manageriale, formazione tecnica, formazione per il lavoro agile; ecc.);
- per *target* di soggetti beneficiari (formazione per neo-assunti, formazione per supportare le politiche di genere, formazione rivolta a dipendenti *over 50*, formazione per lavoro in modalità agile o da remoto; ecc.)
- in relazione alle modalità utilizzate (formazione in aula, convegni, seminari, *webinar*, *web training*, *coaching*, *e-learning*; ecc.)

59 Previsione registrazione di tutte le Amministrazioni entro il 30 giugno del 2023.

direttamente dal Dipartimento della Funzione Pubblica<sup>(60)</sup>.

L'obiettivo della formazione sulle competenze digitali viene descritto in modo tassativo<sup>(61)</sup> e prevedendo altresì dei mezzi di monitoraggio del raggiungimento di quanto stabilito «operato, dal referente di ciascuna amministrazione, attraverso l'utilizzo di specifiche funzionalità della piattaforma "Syllabus"».

In merito alla formazione relativa agli altri ambiti strategici previsti dal Pnrr, alla transizione ecologica ed a quella amministrativa, la Direttiva formula un richiamo generico alle offerte formative elaborate dallo stesso Dipartimento della Funzione Pubblica, erogate con strumenti e modalità anche già menzionate – la piattaforma *Syllabus*, i corsi della Scuola Nazionale dell'Amministrazione, gli strumenti formativi offerti da *Formez*<sup>(62)</sup> – affermando che, sulle suddette tematiche, “verranno fissate analoghe modalità e termini di adesione del personale delle amministrazioni pubbliche con successivi atti di indirizzo”. Un richiamo che evidenzia il rischio di lasciare le briglie di un percorso parallelo ma doverosamente condiviso, a livello di obiettivo, tra amministrazioni anche molto dissimili, sotto il cappello del *target* comune della realizzazione del cambio di paradigma nell'efficienza della P.A.

Un elemento che si pone in tale direzione è la previsione all'interno della Direttiva, a fronte di un “ciclo di gestione” della formazione che, si è visto, richiederebbe una attenta attività di analisi e programmazione da parte delle strutture interne delle amministrazioni, di un obiettivo di massima, per tutte le P.A., “sia per la formazione relativa alle competenze trasversali, sia per quella riferita a obiettivi specifici (...) di almeno 24 ore di formazione all'anno”, di cui dare conto, “in termini di dipendenti coinvolti (in valore assoluto e %) e di ore/anno all'interno del proprio PIAO”; dati sui cui poi, continua la Direttiva “Il Dipartimento della funzione pubblica promuoverà un

60 Previsione di termini anche per le P.A. che hanno aderito all'offerta formativa del Dipartimento della Funzione pubblica sulle competenze digitali (*ndr.* per le P.A. che hanno aderito entro il 28 febbraio 2023, assicurazione del conseguimento del medesimo risultato entro il 30 settembre 2023).

Per l'ambito di formazione funzionale alla transizione digitale, infatti, è stata indicata: una data comune a tutte le amministrazioni per la registrazione sulla piattaforma *Syllabus* per fissare il primo periodo di avvio dei propri percorsi formativi di competenze digitali; la massima diffusione di tale tipologia di formazione, in quanto “di particolare rilievo per i dipendenti che svolgono la loro prestazione anche in modalità agile o da remoto”, considerati i contenuti delle competenze digitali relativi, tra l'altro “ai temi della sicurezza informatica, dell'utilizzo degli strumenti tecnologici e di *collaboration*”; la previsione “entro sei mesi dalla registrazione in piattaforma (...)” di una assicurazione del completamento delle attività di *assessment* e l'avvio della formazione da parte di almeno il 30% dei propri dipendenti”.

61 “L'obiettivo della formazione sulle competenze digitali è finalizzato al conseguimento, da parte di ciascun dipendente, di un livello di padronanza superiore a quello riscontrato ad esito del *test* di *assessment* iniziale per almeno 8 delle 11 competenze descritte nel citato *Syllabus* “Competenze digitali per la PA” (obiettivo formativo). Più precisamente, ciascun dipendente deve conseguire il miglioramento della padronanza delle competenze oggetto della formazione per almeno un livello (ad esempio, da base ad intermedio); tuttavia, può scegliere di proseguire il percorso di miglioramento delle proprie competenze – tenuto anche conto del fatto che il catalogo della formazione sarà progressivamente aggiornato – fino a giungere al livello di padronanza avanzato.

L'obiettivo formativo previsto per i dipendenti dovrà essere conseguito entro sei mesi dall'avvio delle attività formative.

Negli anni successivi, le amministrazioni pianificano nel PIAO lo sviluppo delle competenze digitali dei propri dipendenti in modo tale da assicurare il conseguimento dei seguenti obiettivi:

1. completamento delle attività di *assessment* e conseguimento dell'obiettivo formativo da parte di una ulteriore quota del personale non inferiore al 25% entro il 31 dicembre 2024;
2. completamento delle attività di *assessment* e conseguimento dell'obiettivo formativo da parte di una ulteriore quota del personale non inferiore al 20% entro il 31 dicembre 2025.

62 Considerate le rinomate carenze della maggior parte delle Amministrazioni pubbliche in materia di “gestione per competenze”, la Direttiva ribadisce che le Amministrazioni, per la definizione dei propri obiettivi formativi, possono muoversi nel perimetro di quanto previsto dal Piano Integrato di Attività e Organizzazione, introdotto con il D.L. 80/2021, all'interno del quale viene richiesto di individuare obiettivi di sviluppo delle competenze del personale indicati:

- per macroaree tematiche (formazione manageriale, formazione tecnica, formazione per il lavoro agile; ecc.);
- per *target* di soggetti beneficiari (formazione per neo-assunti, formazione per supportare le politiche di genere, formazione rivolta a dipendenti *over 50*, formazione per lavoro in modalità agile o da remoto; ecc.)
- in relazione alle modalità utilizzate (formazione in aula, convegni, seminari, *webinar*, *web training*, *coaching*, *e-learning*; ecc.).

apposito monitoraggio, anche avvalendosi della piattaforma *Syllabus*”.

Le previsioni formulate in questi passaggi generano poco entusiasmo, considerata la, affatto, remota possibilità che ponendo un obiettivo di massima così poco sfidante (24 ore di formazione per dipendente all'anno), considerata tutta la attività di pianificazione strutturale demandata alle P.A., si verifichi, in finale, un effetto *boomerang*, ingenerando una demotivazione proprio sui referenti individuati nelle amministrazioni come responsabili dei percorsi formativi, innovativi, da avviare.

Il contesto di appartenenza potrebbe infatti sostenere proprio questo scenario, essendo comprovato che le amministrazioni siano piuttosto in sofferenza rispetto a mezzi anche di dotazione informatica e che le politiche di comunicazione interna siano spesso al di sotto delle necessità delle P.A., per cui già la base di partenza risulterebbe sfiduciante per andare incontro ad una attuazione concreta di quanto previsto dal legislatore.

A ciò si aggiunga che il Dipartimento della Funzione Pubblica, pur negli sforzi che è in corso di effettuare tentando di dare rilievo proprio ai responsabili delle Risorse Umane delle strutture pubbliche, con incontri e *workshop* calendarizzati, risulta ad oggi svolgere un ruolo poco “cogente” nei riguardi delle P.A., in materia di “controlli” di attuazione della formazione e della valorizzazione del personale, rivolgendosi ad essa la propria linea di indirizzo, ma perdendo poi la presa nella fase di rilevazione dei risultati. Il monitoraggio risulta, in tale contesto e da una lettura disposta della Direttiva, abbastanza “sterile”, potendo attualmente incidere in modo quasi moderato, se non nullo, sui termini di premialità, connessi alla *performance*<sup>(63)</sup> – anche formativa – stabiliti dalle singole amministrazioni.

Il tema della verifica del raggiungimento degli obiettivi formativi programmati, inseriti nel PIAO, connessi alla *performance*, è tanto centrale quanto quello della “misura” di una effettiva partecipazione dei dipendenti all’offerta formativa strutturata dalle amministrazioni e della mancanza di indicatori che rilevino invece l’effettiva qualificazione individuale, in termini di competenze.

Temi rimasti aperti che, al fine di scongiurare un reiterato scollamento tra previsione normativa e attuazione amministrativa, dovrebbero essere affrontati a margine dell’attività quotidiana svolta dal Dipartimento della Funzione Pubblica per concretizzare il cambiamento di paradigma richiamato nella Direttiva.

### 3. Riflessioni “in prospettiva”: il principio di appartenenza del capitale umano esistente e la necessaria attrattività per le nuove generazioni.

Le proposte aventi ad oggetto la creazione di indicatori ed aggregati di merito, che possano concretamente dare un riscontro agli organi di indirizzo sull’effettivo perseguimento da parte delle Amministrazioni delle nuove politiche di formazione e valorizzazione del capitale umano, non risultano ancora soddisfacenti.

Tali istituti, oltre a rappresentare dati funzionali di misurazione, aggiuntivi rispetto alle statistiche formulate in seno ai rapporti ufficiali, potrebbero costituire il metro della reale applicazione della normativa, inducendo di conseguenza le amministrazioni a doversi effettivamente e fattivamente indirizzare verso i *target* posti a livello governativo.

Gli ultimi dati pubblicati dal Rapporto Istat<sup>(64)</sup> sulla Formazione interna alle P.A.

63 Nella Direttiva si legge che “il raggiungimento degli obiettivi formativi da parte dei dipendenti rileva altresì in termini di “risultati conseguiti e valutazione positiva” ai fini delle progressioni professionali all’interno della stessa area e fra le aree o qualifiche diverse”.

64 <https://scienze politiche.unical.it/bacheca/archivio/materiale/1910/Materiale%20Formazione%20PTA%2022-02-23/2.%20Rapporto%20Annuale%202022%20La%20situazione%20del%20Paese%20ISTAT%20PA.pdf>

inoltre, sono decisamente deludenti, dal punto di vista degli investimenti dedicati dalle amministrazioni alla qualificazione delle proprie risorse umane, a scapito, in una prospettiva di ampia analisi, del benessere collettivo.

Il percorso di forte cambiamento avviato dunque con il Pnrr, scaturito dall'emergenza *post* Covid, le evoluzioni registrate nelle azioni di codificazione di una nuova normativa, innovativa, da parte del Dipartimento della Funzione Pubblica, ci restituiscono in questo momento storico una condizione "sospesa" tra attuazione e resistenza, tra affermazione di nuovi valori e abitudine allo schema già noto. Come armonizzare questa condizione "a metà", quali le strategie che potrebbero implementarsi oggi per ovviare a credenze stratificate negli anni, a normative dissimili ed a una maggioranza di lavoratori aggrappati alla loro "comfort zone"? La tendenza sinusoidale delle nuove politiche di formazione e valorizzazione può essere intercettata principalmente con il tentativo di sanare quel *gap* applicativo che contrasta con la attuale e cospicua normativa in materia.

Nelle P.A. è riscontrabile una assenza ancora diffusa di pianificazioni programmatiche e di risultato, allineate strutturalmente alle previsioni normative. Una tendenza che tuttavia sembra essere inversiva, considerato lo strumento del PIAO fornito alle amministrazioni.

In materia di accesso, il Ministero della Pubblica Amministrazione ha introdotto degli strumenti che siano funzionali ad una ricerca più qualificata e giovane delle risorse da reclutare nelle P.A., con l'emanazione del decreto attuativo sulle assunzioni dei giovani laureati, con contratti di apprendistato, sottoscritto a dicembre 2023 dal Ministro Zangrillo, adottato di concerto con il Ministero dell'Istruzione e della Ricerca, con il quale si da attuazione al decreto-legge 22 aprile 2023, n. 44, convertito in Legge 21 giugno 2023, n.74, di "Rafforzamento della capacità amministrativa della P.A.". Ad aprire la strada all'apprendistato sono le convenzioni con le Università per individuare gli studenti meritevoli da assumere, conferendo alle amministrazioni uno strumento pratico, innovativo e che si connota della base territoriale di provenienza dei candidati, favorendo una assunzione "di prossimità", agendo anche in modo sostanziale sull'ottimizzazione delle risorse contingenti.

Il riferimento, nuovamente, da parte degli indirizzi politici e governativi, è il coinvolgimento e l'inserimento dei giovani all'interno delle P.A., che registrano una propensione all'invecchiamento dell'età anagrafica dei propri funzionari. Per questo, il fattore della formazione e valorizzazione del personale "neo assunto" e quello della qualificazione del personale già impiegato, non possono scindersi: le generazioni precedenti, che attualmente costituiscono più della maggioranza della classe dei funzionari, devono poter essere messe nella condizione di sviluppare le proprie capacità lavorative e le loro *soft skills*, tanto quanto i giovani funzionari che, agli esordi della loro carriera pubblica, devono essere sin da subito inseriti in percorsi formativi di "up-skilling", guardando ad una crescita interna orientata alla dirigenza.

L'incidenza quotidiana della P.A. sulla vita dei cittadini deve costituire la *ratio* originaria, da cui derivare una P.A. moderna e in linea con le nuove tecnologie, in cui vengano diffuse e radicate le conoscenze informatiche e digitali funzionali ad un ammodernamento delle strutture tecnologiche degli apparati pubblici, garantendo il raggiungimento di snellimento di processi, diffusione delle informazioni, accessibilità. A fronte di questa presenza ramificata delle P.A. nei diversi ambiti socialmente rilevanti, è necessario contestualizzare l'attività di ammodernamento delle singole amministrazioni rispetto le condizioni contingenti ed intervenire fattivamente per sostenere i processi laddove si rilevino le maggiori criticità, come descritto all'interno del Pnrr. Tutti questi elementi, che compongono la cultura del cambiamento, devono essere sostenuti e perseguiti da lavoratori, funzionari o dirigenti pubblici, che sono chiamati ad agire

in chiave moderna, proattiva, rispetto agli obiettivi da raggiungere, ispirandosi alle tendenze più performanti del mondo del lavoro privato, in cui si distinguono esperti di ambiti trasversali, come la *gender equality*, accessibilità e inclusione, l'abilità relazionale e il *networking*, le attività di studio e ricerca, di *improvement* dei processi interni, di raggiungimento degli *output* attraverso nuove modalità di lavoro, anche nella recente forma riconosciuta a livello legislativo dello “*smart working*”<sup>(65)</sup>.

Si potrebbero in tal senso elaborare programmi formativi, dirigenziali in particolare, che mettano in dialogo le esperienze tra *manager* pubblici e privati, guardando alle *best practices*, anche italiane, che oggi rappresentano una fetta importante nello scenario organizzativo, non solo nazionale.

La Direttiva del 24 marzo 2023 tra i *target* espressamente richiamati, investe proprio la dirigenza di un ruolo centrale nella definizione e nell'attribuzione degli obiettivi “formativi”, rilevando in merito anche una esortazione ad utilizzare la leva “valoriale”, ovvero chiedendo agli stessi dirigenti di sensibilizzare i funzionari al raggiungimento di un risultato “qualificante” della propria sfera personale e lavorativa in quanto connesso all'ottemperanza dei principi Costituzionali di buon andamento e imparzialità della Pubblica Amministrazione, di cui all'articolo 97 Cost., e così ingenerando un sentimento di “categoria” trasversale, che favorisca la percezione dell'appartenenza dei funzionari alla loro stessa “famiglia” lavorativa (come nei casi esemplificativi degli ordinamenti francesi e di matrice anglosassone).

Questo criterio di intervento sulla responsabilizzazione dei vertici delle amministrazioni, così come su quella dei referenti interni della formazione, rileva anch'esso dalla necessità di introdurre indicatori di misurazione della “riuscita” empirica delle politiche e dovrebbe consolidarsi nell'ottica di sistematizzare le modalità di sostegno – messe in campo dal Dipartimento della Funzione Pubblica con i suoi *partner* istituzionali inseriti nel processo – delle azioni intraprese dalle amministrazioni internamente, per far sentire anche le figure apicali o di responsabilità parte di un processo condiviso che abbia effettivamente un ritorno sullo sviluppo generale e sul cambiamento di tendenza delle P.A. italiana.

Attualmente, in mancanza di quei monitoraggi, relativi al corretto recepimento delle indicazioni normative, resta aperto, per riflessioni “in prospettiva”, il tema di quali misure adottare per realizzare pienamente e portare a compimento i processi di transizione amministrativa, nelle sue declinazioni digitali ed ecologiche.

Il Ministro Zangrillo il 24 gennaio scorso ha trasmesso una Nota, la n. 430, indirizzata a tutte le amministrazioni pubbliche, contenente delle importanti annotazioni di merito. La Nota, pur avente ad oggetto le prime indicazioni operative in materia di misurazione e di valutazione della *performance* individuale, in conformità con quanto disposto nella Direttiva del 28 novembre 2023 – a firma del medesimo Ministro –, che “fa seguito alle indicazioni fornite precedentemente dal Dipartimento della funzione pubblica (...) con riguardo alle modalità operative da adottare per la misurazione e la valutazione della *performance* individuale del personale delle amministrazioni pubbliche, di livello dirigenziale e non, al fine di integrare e adeguare ai nuovi indirizzi di efficacia ed efficienza l'attività delle amministrazioni pubbliche” ha, in particolare, evidenziato la necessità che le amministrazioni provvedano con tempestività ad alcuni adempimenti, presupposto della corretta attuazione della Direttiva di Marzo 2023. In particolare, sottolinea quanto già disposto, segnalando come adempimento da ottemperare:

– l'assegnazione degli obiettivi al personale da effettuarsi non oltre il mese di febbraio 2024;

65 Come disciplinato al decreto-legge 19 maggio 2020, n.34, convertito con legge 17 luglio 2020, n. 77.

– la partecipazione ad attività di formazione per i dirigenti e per il personale per un impegno complessivo non inferiore alle 24 ore annue.

Con le disposizioni riportate all'interno della Nota, il Ministro Zangrillo vuole effettuare un vero e proprio richiamo ai responsabili, dirigenti e/o referenti, dei programmi di formazione e valorizzazione interni, propedeutici all'attività di valutazione della *performance*, evidenziando la caratterizzazione mandatoria di quanto proposto come *target* generale. Le nuove indicazioni per il SMVP rilevano appunto l'individuazione da parte dei dirigenti degli obiettivi, che sono “tempestivamente assegnati, chiari, concreti e misurabili”, basati anche e soprattutto sul “fattore umano”, come indicato nella Direttiva di Marzo 2023 e con forza ribadito nella menzionata Direttiva di Novembre: *“In questo contesto, i dirigenti assumono un ruolo cruciale nel processo di trasformazione che, in un momento storico come quello che stiamo vivendo, sta coinvolgendo anche le amministrazioni, centrali e territoriali. È proprio al dirigente che spetta la responsabilità non soltanto del presidio tecnico delle attività di sua competenza, ma soprattutto della valorizzazione del capitale umano che gli è assegnato. Valorizzare significa, innanzitutto, conoscere le persone che sono assegnate, il loro profilo di competenza, i punti di forza e di debolezza; significa stimarne il potenziale, assegnare gli obiettivi e valutare la performance. Significa, innanzitutto, guidare le persone verso il cambiamento con senso di responsabilità in un contesto capace di innescare meccanismi virtuosi alla cui base deve esserci un unico principio: il merito”*.

Gli obiettivi, qualitativi, sono connessi all'elemento della premialità, scandendo una integrazione formale tra il nuovo “ciclo di gestione della formazione” e il rinnovato “ciclo della *performance*” e superando anche alcuni limiti strutturali del passato.

Il Ministro Zangrillo, nella Nota n. 430, sollecita con urgenza l'adeguamento alle indicazioni formulate a livello centrale e lo fa con tono fermo ed esortativo, richiamando in modo “improcrastinabile” l'assunzione da parte dei vertici delle P.A. dei programmi formativi che riguardino, innanzitutto, l'assegnazione di obiettivi al personale di livello dirigenziale, che abbia sotto la sua responsabilità, con un impegno in prima persona, la promozione di attività formativa per l'accrescimento individuale delle capacità lavorative e dei livelli di digitalizzazione del capitale umano assegnato<sup>(66)</sup>.

Gli obiettivi di innovazione individuati dal Pnrr e sostanziati nella normativa governativa con piani di investimento sulle competenze del personale, per un generale rinnovamento della P.A. che passi per la formazione e lo sviluppo delle conoscenze, soffre ancora di una tendenza lassista rispetto a politiche di professionalizzazione per competenze, che negli ultimi venti anni hanno registrato profonde difficoltà nelle pratiche di attuazione<sup>(67)</sup>.

Oggi, le politiche di innovazione richiamate nella Direttiva, sottolineano il successo delle nuove visioni introdotte dal Pnrr, come primo intervento legislativo che pone al centro e basa i suoi strumenti sulle persone, traducendo in parole, normative, la necessità di una profonda valorizzazione del capitale umano, a tutti i livelli. Rispetto agli scenari precedenti vissuti dal nostro ordinamento, viene proposta, nello stesso dispositivo, una *roadmap* strutturale, che prevede due traiettorie centrali per una transizione amministrativa (verso la modernità):

– un non rinviabile *re-skilling* delle risorse umane impiegate e anagraficamente collo-

66 Si legge nella Nota: “Tale esigenza – che ritengo già immanente nell'attuale assetto normativo e regolamentare – scaturisce dalla considerazione che la realizzazione degli obiettivi e quindi la corresponsione degli istituti retributivi a questi collegata, debba essere effettiva.”, Nota n. 430, Senatore Paolo Zangrillo, Ministro per la Pubblica Amministrazione.

67 Sulla tematica di una bonifica in chiave di ottimizzazione e di riorganizzazione del mercato della formazione pubblica si veda G. D'ALESSIO, *La riforma della Pubblica Amministrazione nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) Italiano*, cit., 118-119.

cate nella fascia di età dai 50 anni in su, che costituiscono anche la fetta maggiore di lavoratori;

– un non rinviabile ingresso delle nuove generazioni nelle P.A.

La delicatezza di queste variabili sta nella loro stessa formalizzazione.

Le risorse più grandi dal lato anagrafico devono essere inserite in una programmazione di obiettivi che si basino su una forza motivazionale molto significativa, in grado di superare la resistenza al “mettersi in gioco” di questi lavoratori, attraverso anche obiettivi che siano funzionali a passaggi orizzontali e verticali di carriera. Una operazione che richiede, quindi, lo studio di percorsi *ad hoc* e che incidano sulla leva del senso di appartenenza, rendendo il capitale umano già “esperto”, centrale nel processo di modernizzazione della propria amministrazione.

Le nuove generazioni hanno bisogno di essere attratte all'interno della P.A., di essere convinte ad entrare nella realtà pubblica con prospettive di lavoro non solo connotate dalla garanzia di una “stabilità”, elemento non più considerato al centro dei bisogni della *generazione Z*, ma che possa offrire loro la possibilità di acquisire conoscenze sulle tematiche del loro presente, che garantisca una qualificazione personale e non solo lavorativa, e in cui possano riconoscere un ambiente propenso al cambiamento. Un luogo in cui vengano assunti in modo propulsivo, come forza lavoro attiva nell'implementazione di nuovi temi e strumenti introdotti all'interno della P.A.. Agire sulla variabile del fattore umano rappresenta il vettore di una possibile evoluzione e l'unico strumento, che sulla base di esempi europei ed internazionali, pone in reale connessione gli obiettivi dello Stato con le necessità dei cittadini rendendo il sistema performante e competitivo.

I risultati attesi da queste nuove forme di coinvolgimento del capitale umano devono essere strutturati per una loro lettura nel lungo periodo, con uno spiraglio di realizzazione di almeno cinque anni. L'importanza di affrontare le tematiche di qualificazione interna delle amministrazioni pubbliche, per raggiungere effettività, efficienza ed efficacia, rileva anche della necessità di operare con una prospettiva ecosistemica<sup>(68)</sup>, in cui la metodologia di intervento non sottovaluti le questioni lavoristiche. Si affrontino quindi anche, in senso integrato e olistico, i temi di contrattazione, che considerino l'equilibrio tra risultato da raggiungere e dosaggio di lavoro; le problematiche connesse al tema dei controlli, sostanziate sovente in un blocco di gestione delle risorse; l'armonizzazione legislativa dei Testi reggenti il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (TUEL e TUIPI)<sup>(69)</sup>; l'omogenizzazione della tematica della formazione, sia dei funzionari che dirigenziale, nelle previsioni normative declinate sulle amministrazioni locali; la regolamentazione meritocratica degli istituti di progressione interna, come le posizioni organizzative<sup>(70)</sup>. Particolare attenzione dovrà essere riservata, in seno al Dipartimento della Funzione Pubblica, agli strumenti di attuazione delle previsioni sfidanti introdotte nell'ordinamento, per i quali si auspica una sinergia concreta tra legislatore e *governance* amministrativa.

Non è possibile aspettarsi oggi trasformazioni repentine, ma è necessario e non più opzionale agire oggi per un cambiamento futuro.

68 Sul tema dell'approccio ecosistemico si veda A. VISCOMI, *Lavoro e politiche del lavoro al tempo delle grandi transizioni: le sfide delle aree deboli*, in Rivista del Foro Vibonese, 2022.

69 Si inserisce in questo profilo, l'analisi condotta da D. BOLOGNINO, G. D'ALESSIO, in *Le fonti del lavoro pubblico*, cit., sull'urgenza di “una revisione complessiva dell'attuale versione del Testo Unico” a fronte di un sistema di previsioni confuso e appesantito che ha implicato problematiche radicate di attuazione. In tale operazione, gli autori sostengono “bisognerebbe rifuggire la tentazione di stravolgere il senso della riforma iniziata trent'anni fa smontando l'intelaiatura del “prodotto” legislativo che ne è scaturito: si dovrebbe, invece, porre in essere un intervento di “risanamento conservativo” che realizzi una ricucitura del tessuto normativo, eliminando strappi, incongruenze e superfezioni e introducendo anche elementi innovativi, ma congruenti con l'impianto complessivo già definito”.

70 In materia si veda M. RUSCIANO, *Carriera per concorso del dipendente pubblico: “imparzialità” e “buon andamento”?*, in Rivista Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni, 1999 ed anche A. CORPACI, *Pubblico e privato nel lavoro con le amministrazioni pubbliche: reclutamento e progressioni di carriera*, in Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni, 2007.





# L'unitarietà delle funzioni della Corte dei conti

DI GIANCARLO ASTEGIANO

In occasione di un incontro di studio in onore e memoria di Fabio Viola è utile dedicare qualche breve riflessione alla pluralità ed unitarietà delle funzioni della Corte dei conti, che era profondamente radicata nel suo spirito e nella sua attività.

L'unitarietà delle funzioni svolte dalla magistratura contabile è declinabile in relazione a tre profili: istituzionale, ordinamentale e formativo – culturale.

Partendo dal profilo istituzionale, è necessario premettere che, soprattutto in questo periodo, istituzionale, le questioni che riguardano l'organizzazione ed il funzionamento della magistratura, in generale, occupano una parte significativa del dibattito pubblico.

Infatti, non solo sono in fase di attuazione interventi di riforma dei codici di procedura ma sono in discussione possibili modifiche ordinamentali destinate ad incidere sulla stessa organizzazione e funzionamento della magistratura, anche in relazione alla unitarietà o meno della carriera.

Anche in relazione alla specifica posizione della Corte dei conti è in corso un dibattito, che si svolge a più livelli (politico, giornalistico, accademico), in ordine alle sue competenze, giurisdizionali e di controllo, consolidate da alcuni anni, che sono oggetto di riflessione finalizzata, anche, al cambiamento od alla modifica di alcune delle sue attribuzioni, sia nel settore del controllo che della giurisdizione. Da ultimo, è stato presentato in Parlamento un disegno di legge diretto ad incidere sia sulla giurisdizione di responsabilità che sull'espletamento delle attività di controllo, prospettando soluzioni che appaiono in contraddizione con i compiti di tutela delle risorse pubbliche, propri della magistratura contabile<sup>(1)</sup>.

È indubbio che il Parlamento ha il diritto – dovere di esercitare i poteri di sua competenza per migliorare il funzionamento delle singole istituzioni e, quindi, anche della magistratura, sia ordinaria che contabile, dovendo osservare, però, le previsioni della Costituzione vigente, ovvero dando corso a specifiche modifiche.

Tuttavia, sia con riferimento alla Costituzione vigente che in sede di (eventuale) modifica delle previsioni costituzionali, il legislatore, ordinario o costituzionale, non può omettere di considerare la natura, le funzioni e gli scopi dei singoli istituti sui quali intende intervenire.

Limitando l'analisi, ovviamente, alla Corte dei conti, occorre mettere in luce le peculiarità delle funzioni della magistratura contabile, come disegnate dalla Costituzione vigente e, in particolare, dagli artt. 100, 103 e 108, che garantiscono la situazione attuale, ma che possono essere oggetto di modifica da parte del legislatore costituzionale.

In proposito, però, occorre considerare che è la natura stessa della Corte dei conti che ne giustifica non solo l'esistenza ma, anche, la conformazione attuale; ciò non significa che non si possano cambiare, rivedere o modificare alcuni dei compiti o le modalità del loro esercizio per rendere un migliore servizio alla collettività.

---

<sup>1</sup> Si tratta del Disegno di legge A.C. 162, recante "Modifiche alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, al codice della giustizia contabile, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, e altre disposizioni in materia di funzioni di controllo e consultive della Corte dei conti e di responsabilità per danno erariale", presentato in data 19 dicembre 2023, e assegnato per l'esame alle Commissioni competenti il 26 febbraio 2024.

A ben guardare i compiti affidati nel corso degli anni alla Corte, sin dalla sua istituzione, la giustificazione della sua esistenza è data dalla qualifica di “*magistratura di scopo*” che si caratterizza perché tutte le sue funzioni sono conformate, indirizzate e finalizzate alla tutela delle risorse pubbliche nell’interesse della collettività ovvero dello Stato comunità.

In altri termini, le varie funzioni della Corte sono dirette a preservare le risorse pubbliche.

A questo proposito se si analizzano le varie competenze in materia di controllo si intravede come lo scopo di ciascuna di esse non sia repressivo, ma indirizzato, in varie forme, a favorire processi di autocorrezione dell’Amministrazione o, comunque, a far sì che vengano adottati provvedimenti diretti a superare le criticità individuate in sede di verifica che, direttamente o indirettamente, incidono negativamente su un efficace ed efficiente utilizzo delle risorse pubbliche.

Anche la giurisdizione, di responsabilità e sui conti giudiziari, non ha natura sanzionatoria ma risarcitoria del pregiudizio patrimoniale subito dall’Ente pubblico e, quindi, dalla collettività, in conseguenza di comportamenti illeciti di funzionari pubblici, con la presenza di meccanismi di determinazione del danno particolarmente delicati perché diretti, da un lato, ad addebitare al responsabile la quota di danno da lui direttamente causata (responsabilità parziaria negli illeciti colposi)<sup>(2)</sup> e, dall’altro, a determinare la quota destinata a rimanere a carico della collettività<sup>(3)</sup>.

In questo contesto, l’unitarietà delle funzioni della Corte dei conti è strutturata e conformata in modo che ciascuna di esse sia autonoma e non servente rispetto all’altra, trovando quale momento unitario lo svolgimento delle funzioni a tutela delle risorse della collettività.

Passando al secondo profilo, inerente al raccordo ordinamentale fra le funzioni della Corte, è appena il caso di rilevare che la reciproca autonomia delle attività di controllo e giurisdizionali si è consolidata negli anni e il rapporto fra esse ha trovato, da ultimo, una compiuta delimitazione nel Codice di giustizia contabile, approvato con il decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, (in seguito c.g.c.) che, anche riprendendo istituti introdotti da interventi normativi recenti, ha delineato una prima disciplina organica delle “interferenze” fra le attività giurisdizionali e di controllo<sup>(4)</sup>.

Innanzitutto, il Codice ha regolamentato l’ “*onere di segnalazione*” prevedendo che “i magistrati della Corte dei conti assegnati alle sezioni e agli uffici di controllo segnalano alle competenti procure regionali i fatti dai quali possano derivare responsabilità erariali che emergano nell’esercizio delle loro funzioni” (art. 52, c. 4, c.g.c.).

All’esito di un lungo dibattito sulla natura dei pareri resi dalle Sezioni di controllo agli Enti locali in materia di contabilità pubblica, il codice ha previsto e disciplinato gli effetti dei pareri resi, stabilendo, espressamente, che devono essere considerati sia dal pubblico ministero contabile in sede istruttoria che dal giudice nella decisione del giudizio. Infatti, il pubblico ministero è tenuto ad archiviare l’istruttoria per assenza di colpa grave «*ove valuti che l’azione amministrativa si sia conformata al parere reso dalla*

---

2 Val la pena richiamare l’attenzione sull’art. 83 del Codice di giustizia contabile secondo il quale “*Quando il danno è causato da più persone ed alcune di esse non sono state convenute nello stesso processo, se si tratta di responsabilità parziaria, il giudice tiene conto di tale circostanza ai fini della determinazione della minor somma da porre a carico dei condebitori nei confronti dei quali è pronunciata la sentenza*”.

3 Al riguardo, particolarmente significativo è il c. 1-bis, dell’art. 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, che prevede: “*Nel giudizio di responsabilità, fermo restando il potere di riduzione, deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall’amministrazione di appartenenza, o da altra amministrazione, o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità*”.

4 In proposito, per un’analisi completa si rinvia alla Relazione sull’attività, presentata dal Presidente della Corte dei conti in sede di inaugurazione dell’anno giudiziario 2024 e alla parallela memoria depositata dal Procuratore generale, rinvenibili in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

*Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi*” (art. 69, c. 2). Analogamente, “*il giudice, ai fini della valutazione dell’effettiva sussistenza dell’elemento soggettivo della responsabilità e del nesso di causalità, considera, ove prodotti in causa, anche i pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo [...]*» (art. 95, c. 4, c.g.c.).

È stato articolato compiutamente il giudizio relativo alle fattispecie sanzionatorie (art. 133 – 136 c.g.c.), che si presentano come speciali ed eccentriche rispetto alla ordinaria responsabilità amministrativa e, quindi, sono delineate con precisione dal legislatore. In relazione ad esse vi è stretta connessione tra le attività di controllo e giurisdizionali, tanto che l’azione per l’applicazione della sanzione può essere proposta dal pubblico ministero contabile d’ufficio “o su segnalazione della Corte nell’esercizio delle sue attribuzioni contenziose o di controllo” (art. 133, c. 1, c.g.c.). In relazione alle fattispecie sanzionatorie i profili di connessione fra attività di controllo e giurisdizione sono maggiori poiché alcuni dei comportamenti sanzionati sono destinati ad emergere nell’ambito dello svolgimento delle attività di controllo.

Inoltre, è stata ripresa e riordinata la disciplina della giurisdizione esclusiva “*in tema di contabilità pubblica*” delle Sezioni riunite in speciale composizione in relazione a provvedimenti del controllo che possono richiedere un riesame in sede giurisdizionale in ragione della loro natura peculiare e dell’incidenza che possono avere sull’organizzazione e funzionamento degli enti pubblici interessati e, in sostanza, dell’allocazione delle risorse pubbliche.

I casi nei quali gli atti delle Sezioni del controllo possono essere impugnati e, quindi sottoposti al giudizio in unico grado delle sezioni riunite in speciale composizione sono tassativi e sono analiticamente individuati all’art. 11, c. 6, c.g.c..

Il codice ha previsto un unico grado di giudizio affidato ad un collegio delle Sezioni riunite composto dal Presidente e, in modo paritario, da magistrati delle Sezioni giurisdizionali e di quelle del controllo (art. 11, c. 6 e 7). In proposito, occorre evidenziare che la particolare composizione del Collegio evidenzia, ulteriormente, l’unitarietà delle funzioni della Corte dei conti e la loro stretta connessione.

Da ultimo, in relazione al profilo formativo e culturale, particolarmente caro a Fabio Viola, è utile osservare che la peculiare natura delle funzioni della Corte dei conti, “magistratura di scopo” alla quale è affidato il compito di tutelare le risorse pubbliche, favorisce la piena formazione della figura del magistrato contabile che deve essere in grado di svolgere sia le funzioni di controllo che giurisdizionali, consentendo a ciascuno di svolgere il percorso professionale sia unicamente all’interno di una delle due aree che passando dall’una all’altra. La natura unitaria della formazione e della figura professionale del magistrato contabile è evidenziata, anche, come si è appena visto, dai compiti affidati alle sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione che decidono su atti del controllo con un collegio a composizione mista e paritaria fra magistrati assegnati a funzioni di controllo e a funzioni giurisdizionali.

In entrambe i casi, però, i punti di contatto e le interferenze fra le due funzioni impongono che sia mantenuta la unitaria conformazione della figura del magistrato contabile, sia in sede di reclutamento che di successiva costante formazione professionale, indirizzata a favorire la visione unitaria dei compiti della magistratura contabile quale “magistratura di scopo” deputata, nello svolgimento di tutte le sue funzioni, alla tutela delle risorse dello Stato comunità.



# Le partecipazioni societarie delle pubbliche amministrazioni, tra esigenze e suggestioni: appunti per un tentativo di ricostruzione del fenomeno.

DI HARALD BONURA

## 1. Il Magistrato al servizio delle Istituzioni: nel ricordo di Fabio Viola.

Il ricordo del presidente Fabio Viola non ha e non può avere nulla di retorico o di scontato. Al ricordo personale di ciascuno dei familiari, degli amici, dei colleghi, dei collaboratori, degli studiosi, dei professionisti che hanno avuto la fortuna di conoscerlo, si deve aggiungere, infatti, non il ricordo, ma l'esempio, il modello di un Magistrato al servizio delle Istituzioni; il modello di un giurista e di un magistrato attento, rigoroso, ma anche equilibrato e aperto al confronto. E credo che il modo migliore per onorare la memoria di un Magistrato al servizio delle Istituzioni – come il presidente Fabio Viola – sia proprio quello di ricordare, a tutti noi, in una sede di dibattito e approfondimento scientifici, che è proprio il confronto e non lo scontro tra le istituzioni ad arricchirle. E che alla Magistratura, e a quella contabile in testa, non occorre guardare con paura o con fastidio, ma con lo stesso rispetto con cui il magistrato si pone, appunto, al servizio delle istituzioni tutte.

## 2. La partecipazione societaria come “bene pubblico”.

Detto ciò, ed entrando nel merito delle questioni da affrontare, devo dire subito che il tema che mi è stato assegnato imporrebbe un tempo non compatibile con l'evento e, soprattutto, capacità diverse da quelle del relatore.

Tutto ciò ha, però, un vantaggio e, cioè, quello di permettermi di procedere per “appunti” e in modo prescrittivo. E in questa rapida serie di appunti, prendo le mosse dalla prospettiva fatta propria dal titolo assegnato al mio intervento; titolo riferito non alle “società pubbliche”, ma alle “partecipazioni societarie detenute dalle pubbliche amministrazioni”. Ora, le partecipazioni (azioni o quote) detenute da pubbliche amministrazioni in società di capitali vanno considerate, nella loro materialità, come beni mobili, dotati di un valore (nominale e reale). Da questa semplice constatazione, ne discende un'altra, altrettanto banale: come tutti i “beni pubblici” (in questo caso, in senso “soggettivo” e, cioè, in ragione della natura pubblica del loro titolare, non del loro regime o destinazione), le condotte, commissive od omissive, degli “agenti pubblici” che determinano un deprezzamento del loro valore possono essere conosciute dal giudice contabile.

Il che è perfettamente coerente con quanto previsto oggi dall'articolo 12, comma 2, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (ossia, del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica; TUSP).

Come ogni bene di proprietà di una pubblica amministrazione, inoltre, lo stesso sopporta un vincolo funzionale e, cioè, deve esserne garantito l'uso in funzione del perseguimento delle finalità istituzionali delle pubbliche amministrazioni proprietarie. Non è possibile, in altri termini, impiegare beni pubblici per finalità estranee a

quelle proprie della pubblica amministrazione che ne detiene la proprietà.

Il che spiega perché la magistratura avesse, da subito, attribuito carattere meramente “ricognitivo” (di un principio di portata generale) al c.d. vincolo di “scopo istituzionale” o di “scopo pubblico” e, cioè, al divieto, originariamente previsto dall’articolo 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007 n. 244, e oggi, dall’articolo 4, comma 1, del decreto legislativo n. 175 del 2016, di detenere partecipazioni destinate all’esercizio di attività non necessarie al perseguimento delle finalità della pubblica amministrazione proprietaria<sup>(1)</sup>.

La citata disciplina, semmai, ha carattere innovativo nella parte in cui richiede una relazione qualificata (di “stretta necessarietà”) tra il bene (o, meglio, le attività perseguite per il suo tramite) e le finalità istituzionali dell’ente proprietario.

Non è, cioè, sufficiente una mera strumentalità, ma occorre una “stretta inerenza” della società (o, più correttamente, del suo oggetto) alle finalità istituzionali dell’ente partecipante<sup>(2)</sup>. E tale parametro di “stretta inerenza” – espressione, a sua volta, del più generale principio di legalità dell’azione amministrativa – costituisce, altresì, oggetto di verifica da parte della magistratura contabile sia in sede di controllo sulla costituzione di nuove società o sull’acquisto di partecipazioni, dirette o indirette, in società già costituite, ai sensi dell’articolo 5 del TUSP<sup>(3)</sup>; sia in sede di controllo dei piani (e delle relazioni annuali) di razionalizzazione di cui all’articolo 20 del medesimo testo unico<sup>(4)</sup>.

### 3. L’uso del bene-partecipazione e il modello tipico di società pubblica.

Ma qual è, dunque, l’uso che giustifica l’acquisto e la detenzione di tali beni? O, meglio, perché la pubblica amministrazione decide di acquisire lo status di proprietario di partecipazioni societarie? Evidentemente, perché tramite le stesse, intende esercitare attività economica (da intendersi in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell’offrire beni o servizi su un determinato mercato», come si esprimono sia le sentenze

1 «In punto di diritto, il collegio, condividendo quanto affermato nell’ordinanza di rimessione, ritiene che l’art. 27, co. 3, l. n. 244/2007, esprima un principio di carattere generale che era immanente nell’ordinamento anche prima della sua esplicitazione positiva» (Cons. Stato, Ad. Pl., 3.06.20211, n. 10).

2 Così, tra le altre, Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, *Gli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari*, Relazione 2021, Del. n. 15/SEZAUT/2021/FRG, 51.

3 D. CENTRONE, *I pareri della Corte dei conti in materia di costituzione di società e di acquisizione di partecipazioni. Lo stato della giurisprudenza contabile*, in questa Rivista, n. 2/2023, 86 ss..

4 L’articolo 20 del TUSP impone l’adozione di apposite misure di razionalizzazione (della cui esecuzione va dato atto in apposite relazioni annuali), all’atto di periodica istruttoria, tra l’altro, sulle partecipazioni che «non rientrino in alcuna delle categorie di cui all’articolo 4».

I piani annuali di razionalizzazione e le relazioni annuali sull’attuazione del piano sono trasmessi alla competente sezione di controllo della Corte dei conti. Come chiarito, la disposizione attribuisce «alla magistratura contabile una forma di controllo successivo di legittimità, incentrata sulla valutazione di conformità fra il piano adottato dall’ente socio (ed i conseguenti atti esecutivi) e il parametro legislativo di riferimento, costituito dagli artt. 20 e 24 del TUSP e dalle norme richiamate (in particolare, i precedenti artt. 4 e 5). Maggiori difficoltà interpretative pone la questione degli esiti del ridetto controllo, posto che la norma non specifica quale sia l’effetto di un accertamento di non conformità da parte della Corte dei conti, non potendosi prospettare l’inefficacia del provvedimento di revisione, né l’estensione analogica delle sanzioni tipizzate dall’art. 20, comma 7, del medesimo TUSP, in caso di mancata adozione dei piani di revisione periodica da parte degli enti locali. Invero, l’esito negativo della Corte dei conti sui provvedimenti di revisione può condurre, in primo luogo, come da esperienza maturata in sede di esame dei piani di razionalizzazione inviati ai sensi della legge 190 del 2014, all’adozione di una pronuncia di accertamento delle illegittimità riscontrate, stimolando, anche in ragione della pubblicazione sul sito internet dell’amministrazione e dell’invio all’organo politico di vertice (e a quelli di revisione economico-finanziaria, ove presente), l’adozione di misure correttive (che potrebbero consistere, nei casi più gravi, nell’annullamento in autotutela del provvedimento). Inoltre, la verifica, da parte della Corte dei conti, della non puntuale attuazione degli obblighi posti in tema di revisione delle partecipazioni alle norme di legge può condurre, secondo le regole generali, in caso di ricorrenza dei relativi presupposti, alla segnalazione di un’ipotesi di responsabilità amministrativa, con conseguente comunicazione della delibera di accertamento alla competente Procura regionale (art. 52, decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174)» (Corte conti, sez. riun. in sede di controllo, *Il processo di razionalizzazione delle partecipazioni societarie detenute dai ministeri e dagli altri enti pubblici soggetti al controllo da parte delle Sezioni Riunite della Corte dei conti*, novembre 2020, in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it), 7 ss.).

della Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia, 10 gennaio 2006, C-222/04, Ministero dell'economia e delle finanze, e 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband*, nonché il Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, al paragrafo 2.3, punto 44<sup>(5)</sup>) attraverso la sua forma più tipica e, cioè, la società di capitali.

E qui sorgono gli inevitabili e annosi interrogativi: A) quanto la società di capitali-impresa pubblica si distingue o deve distinguersi dalle altre forme di impresa pubblica (ente pubblico economico) e dalle altre società di capitali-impresе private? B) entro quali limiti la pubblica amministrazione può farsi imprenditore?

Quanto al primo quesito (che in realtà si compone di due sotto-quesiti: quante e quali sono le differenze tra l'impresa pubblica-società di capitali e le altre forme di impresa pubblica; e quante e quali sono o dovrebbero essere le differenze di statuto o di funzionamento tra le società-impresе pubbliche e le società-impresе private), continuando a procedere per appunti, può dirsi: a) che, nel corso del tempo, si sono registrate, grosso modo, tre macro-fasi<sup>(6)</sup>:

1) una prima, che potremmo chiamare di "spontaneismo" del fenomeno, in cui la società di capitali-impresa pubblica funzionava come una comune società di capitali (è questa l'impostazione originaria del Codice civile, che considerava "neutrale" la natura del socio proprietario) e, quindi, era radicalmente contrapposibile alle imprese pubbliche-ente pubblico;

2) una seconda fase, che potremmo dire di "progressiva omogeneizzazione", in cui – al fine di arginare fenomeni estremamente differenziati tra di loro (la moltiplicazione delle partecipazioni, specie locali, con conseguente arretramento del mercato; il ricorso allo strumento societario quale "via di fuga" dai crescenti vincoli pubblicistici, sia in materia di spesa pubblica, che di evidenza pubblica) – il modello della società di capitali-impresa pubblica è stato progressivamente avvicinato a quello dell'impresa pubblica-ente. Dalla disciplina dei contratti pubblici a quella del reclutamento del personale; dalle regole in materia di crisi (si è dubitato della "fallibilità" delle società pubbliche, in quanto tali) a quelle in materia di giurisdizione, si è applicato un regime sostanzialmente unitario e pubblicistico, per le imprese-società pubbliche e le imprese-enti pubblici. Si è così giunti, sostanzialmente, a un modello tendenzialmente unitario di impresa pubblica, governato dalle regole del diritto pubblico, indifferentemente dalla tipologia di impresa, fosse essa una società di capitali o un ente pubblico economico;

3) una terza fase, ancora in corso, avviata dal TUSP, e caratterizzata da un duplice fenomeno: a) l'aggravamento dei vincoli in capo alle pubbliche amministrazioni che intendano acquisire o conservare partecipazioni societarie, e, quindi, la "specificazione" dei vincoli che la natura pubblica del proprietario provoca non sul bene, ma sulle regole di funzionamento del proprietario stesso (si veda, ad esempio, la materia del divieto di soccorso finanziario); b) la tendenziale restituzione dello statuto delle società a partecipazione pubblica alle regole del diritto comune (sia pure in un astratto spettro che vede, ai due estremi, le società quotate e quelle *in house*).

Tra i vincoli posti alle pubbliche amministrazioni, il più rilevante sembra quello introdotto dall'articolo 4, comma 2, del TUSP: il c.d. "vincolo di attività" e, cioè, il limi-

5 Così Corte cost., 17.11.2010, n. 325, § 6.1. Tale definizione è oggi pressoché testualmente ripresa dal legislatore per comporre quella di servizio di interesse economico generale di livello locale, di cui all'articolo 2, comma 1, lett. c), del decreto legislativo 23.12.2022, n. 201.

6 Sul punto, sia consentito rinviare a H. BONURA-G. FONDERICO, *Il socio pubblico e le società partecipate, tra antiche diffidenze e inattese promozioni. Appunti per una politica di governo del fenomeno societario*, in questa Rivista, 2/2023, 58 ss.



te introdotto alla libertà di impresa delle pubbliche amministrazioni<sup>7)</sup>, che non soltanto devono giustificare l'aderenza delle funzioni perseguite attraverso le partecipazioni societarie al proprio statuto; ma, soprattutto, devono dimostrare che il rapporto strumentale tra la partecipazione posseduta e le finalità di interesse generale perseguite è di tipo diretto e non meramente secondario o potenziale. L'esercizio dell'attività di impresa tramite partecipazioni societarie, dunque, è consentito alle pubbliche amministrazioni solo quando si tratti di attività di interesse generale direttamente imputabili all'amministrazione interessata (esercizio di servizi di interesse generale) o di attività di autoproduzione. Nei casi diversi (sul piano funzionale o tipologico), e salve le deroghe espressamente previste dal Testo, non vi sono finalità di interesse generale che possano giustificare l'acquisizione o la conservazione di partecipazioni societarie.

Ciò induce a un'ultima riflessione: se così è, allora il legislatore ha disegnato – sia pure nella varietà di modelli astrattamente possibili e concretamente riscontrabili, anche in considerazione dell'elevato numero di deroghe introdotte dallo stesso TUSP – due modelli tipici di impresa pubblica-società di capitali: la società *in house* e la società mista (non a caso, destinatarie di disciplina specifica all'interno del TUSP). Se, infatti, è consentito il ricorso allo strumento societario solo per l'esercizio di attività di interesse generale e per l'autoproduzione di attività economiche o di funzioni, allora è chiaro che il ricorso allo strumento societario avviene per potere affidare direttamente alla società pubblica quelle attività (non per potere fare partecipare la società pubblica a una gara).

E gli unici modelli che consentono di predeterminare il ricorso a una determinata impresa-società come destinataria del contratto pubblico sono, appunto, la società *in house* e quella mista (in cui, l'evidenza pubblica è soddisfatta con la gara a doppio oggetto, al momento della selezione del *partner* privato)<sup>8)</sup>.

Il modello di società pubblica, insomma, è inestricabilmente legato, in concreto, al tipo di attività che l'amministrazione pubblica intende produrre per il suo tramite e al modo di produzione.

#### 4. Alcune rapide conclusioni.

Da quanto detto, emerge un elemento di riflessione legato alla centralità e alla necessità di “dialogo” tra due contratti: quello associativo (nell'*in house*, per la “aderenza” dello statuto societario agli obiettivi di pubblico interesse perseguiti tramite l'attività economica che si intende auto-produrre e alle “qualificate” motivazioni sottese a tale ultima scelta; nella società mista, per la regolazione del rapporto, anche in direzione della composizione degli interessi potenzialmente confliggenti, tra soci pubblici e privati) e quello di appalto o di concessione (anche per la verifica della “congruità” complessiva dell'intera operazione societaria, funzionale all'esercizio di quella determinata attività).

7 Di limitazione dell'iniziativa economica pubblica parla M. LIBERTINI, *Limiti e ruolo dell'iniziativa economica pubblica alla luce del Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica*, in M. LIBERTINI-V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, Egea, Milano, 2019, 46. Diversamente, per F. MERUSI, *I principi costituzionali*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2018, 23, si tratta di una ipotesi di «*deroga speciale ex lege alla esistente capacità generale di diritto privato delle pubbliche amministrazioni*».

8 A conclusioni simili giunge A. POLICE, *Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e gestione di partecipazioni pubbliche*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *op. ult. cit.*, 182, per il quale, per effetto del disegno legislativo del TUSP, «*quello che si restituisce al mercato esce dal novero delle società partecipate e quello che resta nella sfera pubblica sarà sempre più riconducibile al modello in house. [...] Diversamente, si svilupperà un terzo modello o, meglio, una terza modalità operativa che sarà quella dell'intervento nel mercato a mezzo del sussidio e, quindi, forme di partenariato o di concessione anche a mezzo dei vari livelli e strumenti finanziari possibili, che consentirà il soddisfacimento di quei bisogni prima assicurati dalle società a partecipazione pubblica, ed oggi o domani meglio assicurati da società private sovvenzionate o con forme di collaborazione o partenariato con soggetti pubblici*».

Un esempio della rilevanza di tale riflessione si ritrova in una recente sentenza del Consiglio di Stato (sez. V, 26.10.2024, n. 843), con cui, nel dichiarare la legittimità della scelta di internalizzare le attività di manutenzione del verde, prima affidate al mercato, in favore di una società *in house*, sono stati enunciati alcuni principi rilevanti e, primo fra tutti, quello distintivo tra una “gestione per adempimenti”, derivante da un rapporto di natura strettamente contrattuale con un operatore selezionato all’esito di una procedura di gara, e «una più virtuosa “gestione per obiettivi” (*management by objectives*, MBO)», destinata «gioco forza ad assicurare più elevati livelli di efficienza e di efficacia operativa». In quest’ottica, il rapporto organizzativo complessivamente disegnato (dal contratto associativo-statuto e dal contratto affidato direttamente) per l’*in house* (ma ad analoghe conclusioni potrebbe giungersi anche per le società miste) dovrebbe giungere al progresso superamento di un rapporto meramente e rigidamente contrattuale, in favore di un «diverso e più fluido rapporto strettamente organizzativo».

Tutto ciò porta a riflettere sull’opportunità di avviare una “quarta fase” nella storia delle imprese pubbliche-società di capitali e, cioè, quella fondata sulla valorizzazione degli elementi (anche di diversità) contrattuali, interni agli stessi modelli, societari e contrattuali. La ricchezza del diritto societario, insomma, deve e può combinarsi con le recenti innovazioni in materia di contratti pubblici (si pensi ai principi di fiducia e di auto-organizzazione), nella ricerca di un punto di equilibrio che consenta alle pubbliche amministrazioni – che intendano genuinamente perseguire i propri scopi pubblicistici – di fare adeguato ricorso allo strumento dell’impresa, nella logica dell’amministrazione “che fa” (efficacemente) e non si limita “a far fare”<sup>9</sup>.

E tutto ciò, rende centrale il ruolo della magistratura contabile, sia in sede di controllo, ai sensi dell’articolo 5 del TUSP, ma anche di controllo sulle verifiche periodiche sulla situazione gestionale dei servizi pubblici locali, di cui all’articolo 30 del decreto legislativo n. 201 del 2022 (stante anche la correlazione con le attività di revisione periodica di cui all’articolo 20 del TUSP<sup>10</sup>), di verifica del regime di controlli interni (anche sulle società) e così via. Il tutto, affinché sia verificata non tanto l’astratta convenienza economica *ex ante* del contratto, ma la costante ed effettiva rispondenza della destinazione del bene pubblico-partecipazione alle finalità cui è concretamente preordinato in ragione delle scelte discrezionalmente compiute dalla pubblica amministrazione proprietaria.

9 Così, nella Relazione Illustrativa del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.

10 Sul punto, si v. Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, *Programma delle attività per l’anno 2024*, deliberazione n. 3 del 20.01.2024.



## “Lettera aperta” a Fabio Viola.

DI GIANLUCA BRAGHÒ

Caro Fabio,

siamo orfani della tua persona ma non delle tue idee che cammineranno sulle nostre gambe. Siamo tutti stati contagiati dalla “violite”, malattia, che assume connotati di tendenziale cronicità e che porta a svolgere il proprio dovere con disciplina ed onore.

Rendere onore alla memoria di Fabio Viola significa rappresentare il significato profondo delle sue parole. Fabio Viola era un magistrato dalla schiena dritta. Concepi-va la funzione in modo pacato ed oggettivo al servizio di tutta la collettività.

Servizio. Soleva ripetere di essere uomo del proprio tempo, mentre dispensava i suoi consigli. Con tale espressione intendeva riferirsi all'intento di appropriarsi del tempo a disposizione per esercitare le funzioni. Le giornate di Fabio duravano effettivamente 48 ore, proprio perché si trovava il tempo e il modo di rispondere a tutti coloro che chiedevano consigli o sollecitavano la soluzione di un problema.

Solidarietà intergenerazionale. Al magistrato Viola si deve l'introduzione dell'art. 4 della legge 6 agosto 1984, n. 425, e delle modifiche alla legge finanziaria 23 dicembre 2000, n. 388, nel senso che tutti i magistrati, di qualsiasi pregressa provenienza professionale, al raggiungimento degli 8 anni di anzianità di servizio godono del medesimo trattamento retributivo. Le innovazioni legislative hanno posto fine alle sperequazioni di *status* economico-giuridico fra coloro che avevano goduto del c.d. galleggiamento e delle disposizioni di favore che avevano ridotto gli anni di servizio per raggiungere la qualifica di Consigliere e coloro, che entrati successivamente agli anni 1992-1996 non avevano beneficiato delle norme di favore. Il provvido intervento si qualifica quale esemplare metodo di garantire la parità di trattamento in favore delle nuove generazioni di magistrati.

In senso speculare, ma di sicuro non meno perequativo, si è posta l'attività di Fabio Viola in ausilio ai colleghi prossimi all'età di pensionamento, dopo l'introduzione delle norme (anno 2014) che imposero la rateizzazione del trattamento di fine servizio in tre anni per coloro che si collocano in quiescenza per raggiunti limiti di età. Fabio Viola si è prodigato positivamente ad ottenere l'anticipazione dell'intero trattamento di fine servizio al solo costo dell'un per cento di interesse passivo, dovuto al Banco Popolare di Milano che avrebbe provveduto ad anticipare integralmente la somma spettante.

Non dimentichiamo inoltre, l'ausilio di Fabio Viola a sostegno di tutte le magistrature sia nell'ambito del Comitato Intermagistrature, sia nella confezione del ricorso al TAR che poi ha condotto alla declaratoria di illegittimità costituzionale per la normativa di blocco stipendiale imposto dall'art. 9 commi 2, 21 e 22 Decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 (Corte costituzionale sentenza 8 ottobre 2012, n.223).

Producono ancora frutti significativi le meritorie azioni di Fabio Viola, per assicurare la provvista finanziaria in tema di capacità assunzionali, tesa a consentire l'ingresso in magistratura di neo Referendari in base ad una programmazione pluriennale di concorsi, oltre che alle sempre assicurate provvidenze destinate alla formazione permanente del corpo magistratuale ed amministrativo.

Probabilmente, il lascito che più ha connotato il magistrato Fabio Viola è l'aver sempre ritenuto che la Corte svolgesse un ruolo di grande respiro, composto da funzioni delicate e integrate. L'interazione fra Controllo e Giurisdizione ha contraddistinto un credo intangibile nelle parole e nelle azioni di Fabio.

Non si può che condividere tale assunto. La Corte si estrinseca in funzioni di con-

trollo e di giurisdizione (artt. 100 e 103 Costituzione); prerogative costituzionali che la rendono unica nel quadro istituzionale europeo.

Numerosi si palesano i punti di contatto fra l'esercizio in concreto della variegata attività di controllo e la giurisdizione di responsabilità, non solo per le questioni di diritto trattate nella materia della contabilità pubblica durante la gestione delle risorse collettive, ma anche per gli espliciti richiami di raccordo istituzionale contenuti nel codice di giustizia contabile.

In primo luogo, è da annoverare il disposto dell'art. 69 comma 2, Codice di giustizia contabile.

Il pubblico ministero dispone altresì l'archiviazione per assenza di colpa grave quando l'azione amministrativa si è conformata al parere reso dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi (per un caso specifico in tema di mancata conformità ai pareri resi in sede consultiva, Sezione giurisdizionale Lombardia sentenza n.22/2023).

Esiste quindi un obbligo imposto al P.M. di archiviare l'istruttoria qualora emerga la conformità della condotta e dell'azione amministrativa al contenuto dei pareri resi dalla Corte in esecuzione della funzione consultiva. L'archiviazione è determinata dalla carenza della colpa grave.

In secondo luogo, l'art. 95 comma 4 C.g.c. recita: *“il giudice, ai fini della valutazione dell'effettiva sussistenza dell'elemento soggettivo della responsabilità e del nesso di causalità, considera, ove prodotti in causa, anche i pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali, nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi”*.

Ne consegue che ove prodotti in causa, nell'esercizio dell'onere di allegazione previsto nei confronti delle parti del giudizio, i pareri resi dalla Corte dei conti in sede consultiva e di controllo divengono elementi su cui fondare il giudizio di responsabilità sia in relazione all'elemento soggettivo, ai fini della valutazione della gravità della colpa, sia in relazione al nesso di causalità. Qualora i pareri non siano stati prodotti in giudizio, si ritiene che il Collegio non possa utilizzarli in base al principio *jura novit curia*, non trattandosi di fonti del diritto.

Ulteriori punti di contatto fra l'esercizio dell'attività di controllo e l'attività giurisdizionale emergono dalle delibere in tema di dissesto degli enti locali o in tema di segnalazione di gravi irregolarità gestionali, dalle quali potrebbero discendere condotte attive e omissive connotate da colpa grave e foriere di danno erariale.

Si osserva inoltre che la Corte dei conti è spesso chiamata, sia in sede di controllo, che in sede giurisdizionale, mediante l'accesso ai giudizi ad istanza di parte, regolati dall'art. 172 C.g.c. a regolare la conflittualità fra i vari livelli di governo pubblico, come ad esempio nei rapporti fra enti territoriali e società partecipate nell'ambito del servizio idrico e del trattamento dei rifiuti, ovvero fra gli enti territoriali e i concessionari della riscossione.

Da ultimo, sempre in tema integrazione fra le funzioni consultive e giurisdizionali, non si può non annoverare il necessario intervento della Procura nell'ambito del giudizio di parificazione del rendiconto generale dello Stato e dei rendiconti regionali.

Sotto altro profilo sia consentito rappresentare la Procura contabile quale organo che non si pone in antitesi con l'amministrazione, in ragione della funzione generale preventiva che l'azione erariale svolge in contrasto agli sprechi e alla cattiva gestione delle risorse pubbliche.

L'effetto conformativo discendente anche solo dalle mere istruttorie portate avanti con tempestività dalla Procura spesso conduce a recuperi del danno in via amministrativa a cura delle stesse amministrazioni. Si tratta di un effetto di difficile quantificazio-

ne e di non agevole emersione nel divenire del lavoro quotidiano del Pubblico Ministero, poiché non si traduce in atti di citazione. Cionondimeno, i risultati di siffatto effetto conformativo si certificano nei recuperi indicati nelle singole relazioni in occasione delle varie inaugurazioni degli anni giudiziari (beni pubblici recuperati alla collettività, rimborsi da enti convenzionati con il servizio sanitario nazionale per prestazioni non dovute o non erogate, compensazioni in ambito di fondi nazionali e comunitari a fronte di frodi o irregolarità riscontrate nei beneficiari di provvidenze pubbliche).

La funzione intestata alla Procura contabile quale organo di ausilio alla pubblica amministrazione danneggiata trova la massima espressione nello svolgimento della c.d. funzione di monitoraggio tesa al recupero delle somme derivanti da sentenze di condanna. Si tratta di un'attività assolutamente necessaria e di non agevole esercizio ai sensi degli artt. 213-216 C.g.c..

Si può concludere con un auspicio: la Corte trovi il successore di Fabio Viola in ognuno di noi; solo così la sua eredità e l'infungibilità della persona e del magistrato non andrà perduta.



## Riflessioni nel ricordo di Fabio Viola

DI ELENA BRANDOLINI

Porgo il saluto a tutti i presenti e mi scuso per l'intervento da remoto, ma una serie di difficoltà sopravvenute non mi hanno consentito l'allontanamento dalla sede territoriale.

Ringrazio pertanto lo *staff* organizzativo ed i tecnici che mi hanno permesso, comunque, una partecipazione attiva a questo incontro che mi è particolarmente caro in virtù della profonda stima, dell'affetto e dell'amicizia che avevo per Fabio, da cui tanto ho appreso e con il quale ho condiviso progetti, ideali e la stessa consapevolezza di essere al servizio delle Istituzioni unita all'orgoglioso senso di appartenenza alla Corte che, all'unisono, abbiamo inteso come una Corte unitaria, sia pure nella specificità delle sue funzioni giurisdizionali e di controllo, sempre più attenta alla salvaguardia del bene pubblico, in grado di assolvere la sua missione con efficacia e soprattutto con immediatezza, così da prevenire ed impedire sperperi e cattive gestioni, a tutela dei "cittadini-contribuenti". L'attività di controllo non dispiega la sua utilità, infatti, laddove non riesca a rappresentare all'Amministrazione controllata gli elementi di criticità accertati, o anche i margini gestionali di migliorabilità, con tempestività ossia in tempo utile per permettere a questa di poter intervenire a correzione.

Alla luce di questa visione condivisa delle Corte dei conti, ho ritenuto opportuno iniziare il mio breve intervento richiamando alla memoria un passaggio di una relazione di Fabio fatta in occasione di uno dei suoi tanti interventi istituzionali. In questa relazione Fabio, ricordando che il bilancio, nella fondamentale accezione di "bene pubblico", costituisce un insieme di valori che confermano la corretta instestazione delle inerenti funzioni di controllo esterno in capo ad un organo magistratuale di rilevanza costituzionale, posto in posizione di terzietà e di indipendenza, quale la Corte dei conti, che in tal modo viene ad assumere il ruolo di custode del "bene pubblico bilancio", al servizio della Stato-comunità e dei cittadini, ebbe ad affermare che, proprio per questo, detto ruolo *"impone indubbiamente una grande responsabilità che va assolta con professionalità ed equilibrio"*.

Compito che Fabio è riuscito a svolgere sempre in modo eccellente, indipendentemente dal ruolo rivestito e dalla funzione esercitata, cercando di trasmettere questo comune sentire a tutti coloro che hanno avuto il privilegio di interagire con lui. Volendo tracciare i tratti salienti della persona di Fabio Viola, infatti, non potrei che elencare i seguenti pregi: professionalità, equilibrio, imparzialità, etica, senso del dovere e della responsabilità esaltate all'ennesima potenza, empatia, grandissimo rispetto per tutti: colleghi, amici, interlocutori esterni e soprattutto grandissima dedizione al suo lavoro e alla Corte, con un entusiasmo dirompente e contagioso.

Il tempo a disposizione per un intervento programmato è di solito, per ovvi motivi, limitato e non consente di fare un'analisi approfondita degli argomenti che si vorrebbero porre a disposizione della platea, quale base di ulteriori approfondimenti e studi, tuttavia, vorrei ricordare, sia pure in estrema sintesi e in modo sicuramente riduttivo, gli approdi di un ventennio di comuni riflessioni e lunghissime chiacchierate (con Fabio), che possono essere compendiate come di seguito.

In primo luogo, vorrei ricordare che le funzioni di controllo e di giurisdizione sono funzioni di garanzia tendenti ad assicurare l'effettività della corretta gestione della finanza pubblica. Esse, pur restando ben distinte e diverse nei presupposti di esercizio e nelle modalità di esplicazione, si saldano l'una all'altra nel concorrere a tracciare per le



Pubbliche Amministrazioni percorsi di orientamento per la corretta gestione amministrativa e finanziaria e nel costituire, sotto il profilo della finanza pubblica, un assetto unitario di garanzie in favore della collettività e dell'intero ordinamento.

In siffatto contesto, in cui è fondamentale l'attività di verifica sui risultati effettivamente conseguiti ovvero sulle cause che hanno determinato il mancato o il ritardato utilizzo delle risorse disponibili ovvero, nei casi più estremi, lo sviamento di queste dalla loro naturale finalità, va rimarcata l'importanza dei sistemi di controllo, sia interni all'amministrazione che esterni, i quali dovrebbero interagire fra di loro in modo da realizzare un sistema integrato (cd. "controllo di sistema") atto a fornire una capillare ed esaustiva "circularità delle informazioni" necessaria al fine del buon decidere e del cambio di rotta, ove necessario, con l'adozione di adeguate misure correttive. È indubbio, infatti, che laddove le due tipologie di controllo riescono ad interagire, la completezza della conoscenza del settore ad essi sottoposto riesce, da un lato, a consentire agli amministratori pubblici la più ampia ed accorta valutazione delle politiche pubbliche con maggiore serenità ed oculatezza nell'assunzione delle decisioni di competenza e, dall'altro lato, evita aggravii di procedure e inutili ritardi.

Mi preme, quindi, evidenziare che il sistema dei controlli esterni all'Amministrazione, preordinato alla tutela della legittima pretesa della collettività al corretto uso delle risorse pubbliche, ottenute prevalentemente attraverso il prelievo fiscale, assolve la funzione di verificare le modalità di perseguimento degli obiettivi dello Stato-Comunità attraverso la articolazione dello Stato-Apparato, all'interno non solo del circuito di contabilità nazionale, quale coordinamento della finanza pubblica, ma anche nei confronti del circuito europeo da cui derivano, mediante appositi meccanismi di redistribuzione, risorse finanziarie che consentono il perseguimento delle c.d. politiche di coesione atte al riequilibrio economico, sociale e territoriale dell'intera Comunità.

Ovviamente nel tempo il sistema dei controlli, come è giusto che sia, si è evoluto e rafforzato e si è esteso fino ad abbracciare l'intera gestione del bilancio pubblico allargato. Va sottolineato, tuttavia, che le nuove funzioni coesistono con le altre funzioni alla Corte dei conti già intestate, in materia di controllo, dalla legge 14 gennaio 1994, n. 20, che rispondeva già all'esigenza di individuare un nuovo modello di controllo in relazione anche alle nuove influenze della metodologia del controllo adottata a livello sovranazionale, caratterizzata da una attenzione verso la "sana gestione" piuttosto che verso la mera legittimità, che permangono inalterate. Non a caso lo stesso controllo sulla gestione di cui al comma 4 dell'art. 3 della menzionata legge di riforma, è stato richiamato, più di recente, dal legislatore con riferimento ai controlli da effettuare sul PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza). Mi riferisco, nello specifico, all'art. 7, comma 7, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito dalla legge 29 luglio 2021 n. 108<sup>(1)</sup>.

In ultimo, vorrei richiamare l'attenzione, da un lato sul fatto che la funzione di controllo, in tutte le sue declinazioni, si svolge, e non potrebbe essere svolta in modo diverso, nell'ottica del principio di leale collaborazione, con esaltazione al massimo livello del principio del contraddittorio e nel rispetto dei differenti ruoli e, dall'altro, che i controlli, indipendentemente dalla categorizzazione tipologica e dal carattere cogente nei confronti dei destinatari di talune di esse, si pongono sempre in funzione di

1 Infatti, il comma 7 dell'art. 7 del d.l. n. 77 del 2021, convertito con modificazioni dalla legge n. 108 del 2021, ha disposto che: "La Corte dei conti esercita il controllo sulla gestione di cui all'articolo 3, comma 4, della legge 14 gennaio 1994 n. 20, svolgendo in particolare valutazioni di economicità, efficienza ed efficacia circa l'acquisizione e l'impiego delle risorse finanziarie provenienti dai fondi di cui al PNRR. Tale controllo si informa a criteri di cooperazione e di coordinamento con la Corte dei conti europea, secondo quanto previsto dall'articolo 287, paragrafo 3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. La Corte dei conti riferisce, almeno semestralmente, al Parlamento sullo stato di attuazione del PNRR, in deroga a quanto previsto dall'articolo 3, comma 6, della legge 14 gennaio 1994, n. 20".

ausiliarietà anche quando pervengono a decisioni aventi natura “interdittiva” o “sanzionatoria”. Queste, infatti, va ricordato, sono qualificazioni che contraddistinguono l’esito del controllo, ossia la misura, in aderenza all’ampliamento dei poteri attribuiti alla Corte, e non qualificazioni del controllo esercitato.

A chiusura di questa brevi considerazioni mi preme ricordare, quanto all’ambito entro cui deve svolgersi il controllo della Corte, che questo non può mai sconfinare nel potere decisionale dell’ente controllato né invadere la sfera di riserva dell’amministrazione. I rispettivi ruoli sono e devono restare distinti tenendo ben a mente che è preclusa qualsiasi possibilità di intervento della Corte nella concreta attività gestionale e amministrativa.

Mi sia consentito, infine, richiamare ulteriormente l’attenzione sull’evoluzione che la Corte dei conti ha avuto nel tempo, dimostrando di sapersi adattare ai cambiamenti, di sapersi ripensare e di sapersi evolvere in linea con l’evoluzione della società e dei bisogni, riuscendo ad assolvere alla propria missione nel migliore dei modi in linea con le finalità perseguite dal legislatore con le varie riforme che si sono susseguite, sia nell’ambito della funzione giurisdizionale che in quella del controllo.

Nell’auspicio, quindi, che sulle suesposte osservazioni ci possano essere momenti di profonda riflessione, vorrei, da ultimo, rappresentare l’esigenza di avere tavoli/laboratori, permanenti di studio posto che l’usuale esperienza ha evidenziato come vi siano settori della contabilità pubblica poco esplorati e come le stesse funzioni della Corte dei conti, assai complesse e diversificate, siano poco conosciute ai più.

Vi ringrazio dell’attenzione.



GIURISDIZIONE CONTABILE

# La funzione consultiva quale servizio e strumento di prevenzione: potenzialità e limiti alla luce dell'art. 100 Costituzione

**SOMMARIO:** 1. Introduzione 2. La funzione consultiva della Corte dei conti 2.1 I presupposti di ammissibilità soggettiva ed oggettiva 2.2 La funzione nomofilattica 2.2.1 La funzione nomofilattica nei confronti delle Sezioni centrali 2.2.2 Il rapporto con le pronunce delle Sezioni riunite in speciale composizione 3.3 La legittimazione attribuita alle associazioni rappresentative di enti territoriali 3.4 La funzione consultiva in materia di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e di utilizzo dei fondi comunitari 4. I pareri in materia di costituzione di società e di acquisizione di partecipazioni.

DI DONATO CENTRONE

**ABSTRACT:** Il contributo ripercorre le caratteristiche delle centrali funzioni assegnate alla Corte dei conti dalla Carta costituzionale e dalla legislazione in materia di contabilità pubblica, tracciando il profilo di uno dei centrali "Organi ausiliari" del governo, analizzando le sue competenze e l'esercizio delle funzioni nell'ambito delle autonomie locali..

**ABSTRACT:** *The paper traces the characteristics of the central functions assigned to the Court of Accounts by the Constitutional Charter and public accounting legislation, profiling one of the central "Auxiliary Bodies" of government, analyzing its powers and the exercise of those powers in the sphere of local self-government.*

## 1. Introduzione.

Il tema assegnatomi per questo incontro di studi in memoria del compianto Presidente Fabio Viola parte, volutamente, già dal titolo, dalla prospettiva delle funzioni espletate dalla Corte dei conti (tutte, non solo quella consultiva) quale "servizio" a favore del Paese. Si tratta di una prospettiva che ha permeato il lavoro di Fabio Viola, sia nell'esercizio delle funzioni istituzionali che nell'attività associativa interna alla Corte dei conti, in cui, da sempre, si pregiava di presentare una "lista di servizio" (in cui ho avuto l'onore e il piacere di essere candidato ed eletto negli ultimi tre mandati del Consiglio direttivo dell'Associazione magistrati della Corte dei conti. Questa prospettiva (che rifuggiva la qualificazione della Magistratura contabile quale "potere") si accompagnava, tuttavia, ad un estremo rigore giuridico-contabile, anche nella, pur ampiamente valorizzata e sostenuta, funzione consultiva, in cui il doveroso "ausilio" alle amministrazioni non è stato mai disgiunto, nella sua prospettiva interpretativa, da una puntuale valutazione dei presupposti, prescritti dalla legge, per il relativo esercizio. In particolare, al fine di non alterare la ponderazione degli interessi effettuata dal legislatore ed evitare che la funzione consultiva da strumento di supporto a successive decisioni amministrativo-contabili e finanziarie si trasformi in improprio strumento di avallo di scelte e operazioni già effettuate ovvero, estendendosi a materie non previste dalla legge (la "contabilità pubblica"), invadi le competenze attribuite ad altre Istituzioni, anche magistratuali, ovvero estenda impropriamente l'effetto di esonero da responsabilità.

Le norme costituzionali (art. 100) collocano la Corte dei conti, come il Consiglio di Stato, fra gli “*Organi ausiliari*” del Governo. Nello specifico, mentre il secondo è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell’amministrazione, alla Corte dei conti è attribuito il “*controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo*” e quello “*successivo sulla gestione del bilancio dello Stato*”, oltre a partecipare “*nei casi e nelle forme stabilite dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria*”.

La funzione ausiliaria, attribuita della Carta fondamentale, traspare, poi, oltre che nell’esposta rubrica della Sezione III del Titolo III (“*Il Governo*”), nell’ultimo periodo del comma secondo dell’art. 100, in base al quale la Corte dei conti “*riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito*”. La disposizione si chiude prescrivendo che la legge deve assicurare “*l’indipendenza dei due istituti e dei loro componenti di fronte al Governo*”.

Alla Corte dei conti è dedicato, altresì, all’interno del Titolo IV, “*La Magistratura*”, l’art. 103, che le attribuisce giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge.

La funzione ausiliaria della Corte dei conti nei confronti del Governo e del Parlamento, prima, e degli organi, legislativi ed amministrativi, delle autonomie locali ha trovato concretizzazione in una serie di disposizioni di legge, che ne hanno individuato e specificato le competenze.

In questa sede ci si concentrerà sulla attività consultiva della Corte dei conti a favore di regioni e province autonome.

## 2. La funzione consultiva della Corte dei conti.

In aderenza al comma 8 del già citato art. 7 della legge 5 giugno 2003, n. 131, le *Regioni possono richiedere ulteriori forme di collaborazione alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti ai fini della regolare gestione finanziaria e dell’efficienza ed efficacia dell’azione amministrativa, nonché pareri in materia di contabilità pubblica. Analoghe richieste possono essere formulate, di norma tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito, anche da Comuni, Province e Città metropolitane.*

Si tratta della norma che ha istituito la funzione consultiva della Corte dei conti nei confronti delle autonomie territoriali, in relazione alla quale si è sviluppata un’intensa produzione di pareri da parte delle sezioni regionali di controllo, che ha reso necessario, più volte, l’intervento, mediante pronunce nomofilattiche con valenza conformativa, delle Sezioni riunite in sede di controllo<sup>(1)</sup> e della Sezione delle autonomie<sup>(2)</sup>. Tali pronunce hanno definito i presupposti di ammissibilità, soggettiva ed oggettiva, delle istanze di parere provenienti dagli enti territoriali, oltre che risolto o prevenuto contrasti interpretativi, fattori che minano l’effetto di ausilio proprio della funzione consultiva. Pronunce contrastanti possono creare disorientamento negli operatori, oltre che condurre ad ampliare, impropriamente, la portata dell’esimente per la responsabilità amministrativa contenuta negli articoli 69, comma 2, e 95 del Codice di giustizia contabile<sup>(3)</sup>.

1 Art. 17, comma 31, decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito dalla legge 3 agosto 2009, n. 102.

2 Art. 6, comma 4, del decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174, convertito dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213.

3 L’art. 69, comma 2, del decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, prevede che “*Il pubblico ministero dispone altresì l’archiviazione per assenza di colpa grave ove valutati che l’azione amministrativa si sia conformata al parere reso dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi*”; a sua volta, l’art. 95, comma 4, del medesimo decreto legislativo sancisce che “*il giudice, ai fini della valutazione dell’effettiva sussistenza dell’elemento soggettivo della responsabilità e del nesso di causalità, considera, ove prodotti in causa, anche i pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali, nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi*”.

## 2.1 I presupposti di ammissibilità soggettiva ed oggettiva..

La norma, nel momento in cui limita la funzione consultiva alla materia della “*contabilità pubblica*”, con attivazione attribuita solo ad alcuni enti territoriali (regioni, province autonome, comuni, province e città metropolitane), impone di definire i presupposti di ammissibilità, soggettiva e oggettiva, nella resa di pareri da parte della Corte dei conti (anche, come detto, in ragione del valore esimente del parere rilasciato, che non può esplicitarsi in assenza dell’osservanza dei limiti normativi prescritti per il rilascio). L’elaborazione giurisprudenziale ha permesso di definire alcuni principi.

La Sezione autonomie, già nell’atto di indirizzo del 27 aprile 2004, aveva chiarito che i pareri possono essere richiesti dalle regioni o da comuni, province e città metropolitane<sup>(4)</sup>, “*di norma*” tramite il consiglio delle autonomie locali<sup>(5)</sup>. Nella successiva deliberazione n. 4/2014/QMIG la medesima Sezione aveva poi chiarito che la legittimazione soggettiva non viene meno nei casi in cui il parere sia destinato ad avere effetti nella sfera amministrativa di un soggetto diverso dall’istante, purché sia giustificato dall’esercizio di attribuzioni intestate all’ente formalmente legittimato (per esempio, istanza del presidente della regione per conto di un ente del SSR o di un comune per conto di una società c.d. *in house*)<sup>(6)</sup>.

Facendo applicazione di tali principi, è stato chiarito<sup>(7)</sup> che, nell’ipotesi di quesiti concernenti atti di normazione oppure ricadenti nelle materie di competenza del Consiglio regionale, o che investono questioni di rilievo per l’attività amministrativa di tale organo, la legittimazione soggettiva spetta anche al presidente del consiglio regionale. Ciò in considerazione dell’autonomia – anche amministrativa, contabile e finanziaria – riconosciuta dagli ordinamenti regionali al consiglio. La legittimazione soggettiva in parola è stata riconosciuta in considerazione della particolare “*soggettività giuridica*” (anche se di spettro più limitato rispetto alla piena “*personalità giuridica*”) di cui gode tale organo in ragione della propria autonomia<sup>(8)</sup>.

Sotto il profilo dell’ammissibilità oggettiva, va ricordata, in primo luogo, la delibera delle Sezioni riunite in sede di controllo n. 54/2010/QMIG, di cui il Presidente Viola è stato relatore e redattore, che ha affermato che la nozione di contabilità pubblica assume un ambito limitato alle normative che disciplinano la materia dei bilanci ed i relativi equilibri, l’acquisizione delle entrate, l’organizzazione finanziaria o contabile, la disciplina del patrimonio, la gestione della spesa, l’indebitamento, la rendicontazione ed i relativi controlli. La funzione consultiva sarebbe, tuttavia, incompleta se non avesse la possibilità di svolgersi nei confronti di quei quesiti che risultino connessi alle

4 La legittimazione è circoscritta ai soli enti territoriali indicati dalla previsione legislativa, stante la natura speciale che essa assume rispetto alle ordinarie sfere di competenza assegnate alla Corte. Sono ammissibili le sole richieste firmate dagli organi rappresentativi (presidente della giunta regionale, presidente della provincia, sindaco o, nel caso di atti di normazione, consiglio regionale, provinciale, comunale), anche al fine di evitare il rischio di una disorganica proliferazione di richieste provenienti dallo stesso ente.

5 Le sezioni regionali di controllo (di recente, per esempio, SRC Veneto, deliberazione n. 119/2020/PAR) hanno ribadito che l’istanza del sindaco di un comune è da considerare ammissibile sotto il profilo soggettivo anche se non presentata tramite il Consiglio delle autonomie locali, atteso che la formulazione dell’art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003 non prevede una condizione imprescindibile di ricevibilità dell’istanza tramite il Consiglio medesimo, ma solo “*di norma*”.

6 Sempre ai fini dell’ammissibilità soggettiva la deliberazione della Sezione delle autonomie n. 11/2020/QMIG ha evidenziato che, nella richiesta di parere eventualmente inoltrata dal vicesindaco devono essere indicate espressamente le circostanze di cui all’art. 53 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (impedimento permanente o temporaneo, decadenza o decesso del sindaco) che legittimano l’esercizio delle funzioni vicarie. Con la deliberazione n. 1/2021/QMIG è stato chiarito che l’unione di comuni, in persona del presidente, è legittimata a ricorrere all’attività consultiva della Corte dei conti limitatamente alle questioni inerenti all’esercizio di funzioni proprie (per una applicazione, SRC Emilia-Romagna, deliberazione n. 51/2021).

7 Sezione regionale di controllo per la Liguria, deliberazione n. 65/2021/PAR. In termini, SRC Abruzzo, deliberazione n. 152/2020/PAR; SRC Campania, deliberazione n. 130/2018/PAR; SRC Lombardia, deliberazione n. 396/2016/PAR.

8 SRC Molise, deliberazione n. 10/2021/PAR.

modalità di utilizzo delle risorse pubbliche, nel quadro di specifici obiettivi di contenimento della spesa (c.d. norme di coordinamento della finanza pubblica), espressione della potestà legislativa concorrente di cui all'art. 117, comma terzo, della Costituzione, in grado di ripercuotersi direttamente sulla sana gestione finanziaria dell'ente e sui pertinenti equilibri di bilancio. Talune materie, infatti (quali quella concernente le spese per il personale, le assunzioni, gli incarichi di collaborazione, i consumi intermedi, etc.), in considerazione della rilevanza dei pertinenti segmenti di spesa, idonea ad influire sulla rigidità dei relativi bilanci, vengono a costituire inevitabili riferimenti cui ricorrere per il conseguimento di obiettivi di riequilibrio finanziario, cui sono, altresì, preordinate misure di contenimento<sup>9</sup>).

La delimitazione operata dalla deliberazione n. 54/2010 (norme dell'ordinamento contabile, da un lato, e di finanza pubblica, dall'altro) è stata mantenuta nelle successive pronunce nomofilattiche delle Sezioni riunite o della Sezione delle autonomie, che, in linea con quanto lucidamente prospettato dal Presidente Viola nella ridetta deliberazione, hanno progressivamente fatto applicazione di quei principi nelle specifiche fattispecie sottoposte ad esame

Nella deliberazione n. 27/2011/QMIG, per esempio, le Sezioni riunite hanno sottolineato come, in considerazione del concorso agli obiettivi di complessiva garanzia contabile e finanziaria, sia della funzione di controllo che di quella consultiva, gli indirizzi rilevanti per la formazione e la gestione del bilancio degli enti locali, definiti nelle linee guida ex art. 1 comma 167 della legge 23 dicembre 2005, n. 266, quali parametri di esercizio dei c.d. controlli di legalità finanziaria, rappresentano un riferimento anche per la funzione consultiva.

La Sezione autonomie, a sua volta (deliberazione n. 5/2006), aveva già precisato come la funzione consultiva presupponga la richiesta di una disamina interpretativa della norma contabile (senza poter condurre il giudice contabile a esprimersi preventivamente su questioni concrete, determinando, di fatto, l'inserimento di una magistratura nei processi decisionali degli enti).

Sviluppando tale ragionamento interpretativo, la medesima Sezione, nella deliberazione n. 24/2019/QMIG (su questione deferita dalla Sezione regionale di controllo per la Liguria, di cui Fabio era, in quel momento, Presidente, ed in cui ho avuto l'onore del ruolo di relatore), ha sottolineato che la funzione consultiva non può espletarsi in riferimento a quesiti che riguardino comportamenti amministrativi suscettibili di valutazione da parte della Procura della Corte dei conti o di altri organi giudiziari, al fine di evitare che i pareri prefigurino soluzioni non conciliabili con successive pronunce

---

<sup>9</sup> In applicazione di tali principi, le medesime Sezioni riunite, deliberazione n. 1/2011/QMIG hanno ritenuto che la questione concernente l'individuazione del soggetto (avvocato o amministrazione locale) sul quale devono gravare le spese per l'iscrizione all'albo degli avvocati (art. 3 del Regio decreto-legge 27 novembre 1933, n. 1578) solo indirettamente può ricondursi alla materia della contabilità pubblica, presupponendo la risoluzione di una questione (di diritto amministrativo e del lavoro) che esorbita dal perimetro che delinea l'ambito della competenza consultiva delle sezioni regionali.

Analogamente, Sezione delle autonomie, deliberazione n. 3/2014/QMIG ha dichiarato inammissibile un quesito sulla rimborsabilità delle spese legali sostenute da un amministratore, assolto in sede penale con la formula "*perché il fatto non sussiste*", in quanto riferito a questione estranea alla materia della contabilità pubblica.

Sempre la Sezione delle autonomie, con deliberazione n. 17/2020/QMIG, ha chiarito che i quesiti, relativi allo scorrimento e, comunque, all'utilizzazione di graduatorie relative a procedure concorsuali per l'accesso al lavoro pubblico, non attengono alla materia della contabilità pubblica, e sono pertanto da considerarsi inammissibili sotto il profilo oggettivo.

Anche i quesiti relativi all'estensione dell'ambito soggettivo dell'indennità di cui all'art. 110 del d.lgs. n. 267 del 2000 sono stati ritenuti non attinenti alla materia della contabilità pubblica (cfr. Sezione delle autonomie, n. 5/2022/QMIG).

Infine, con la deliberazione n. 9/2022/QMIG la Sezione delle autonomie ha considerato inammissibile un quesito relativo all'interpretazione dell'art. 3, commi 13 e 14, della legge n. 56 del 2019, volto a stabilire se sia consentito o meno la remunerazione dei dipendenti per l'attività di presidente o di membro della commissione esaminatrice di un concorso.

dei competenti organi della giurisdizione (ordinaria, amministrativa, contabile o tributaria). La presenza di pronunce di organi giurisdizionali di diversi ordini può costituire un indicatore sintomatico dell'estraneità della questione alla materia di contabilità pubblica, in quanto si tratta di fattispecie in cui i profili contabili, se non marginali, non sono comunque preminenti rispetto ad altre problematiche di ordine giuridico, che più propriamente devono essere risolte in diversa sede.

In aderenza a tali limitazioni, le SSRR in sede di controllo, deliberazione n. 56/2011/CONTR, hanno ritenuto che, in sede consultiva, le sezioni regionali della Corte dei conti non possono rendere pareri sull'interpretazione e sul contenuto della norma del contratto collettivo nazionale di lavoro poiché l'interpretazione di tali norme rientra nelle funzioni che il legislatore ha attribuito all'ARAN<sup>(10)</sup>.

Maggiormente ampio lo spettro di ammissibilità oggettiva desumibile da Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 7/2021/QMIG, che ha sottolineato l'ammissibilità di un quesito afferente alla materia dei contratti pubblici, ritenuto tradizionalmente attratto alla materia della contabilità, in particolare concernente i presupposti per la legittima rinegoziazione di contratti di cui è parte la pubblica amministrazione (in termini, SRC Campania, deliberazione n. 96/2020/PAR)<sup>(11)</sup>.

La Sezione delle autonomie, da parte sua, nella delibera n. 4/2022/QMIG (presieduta dal Presidente Viola, su questione deferita dalla Sezione regionale di controllo per la Liguria, con il sottoscritto in qualità di relatore) ha ritenuto l'ammissibilità di una richiesta di parere afferente all'interpretazione di norme contabili o finanziarie (nel caso di specie, riguardanti le assunzioni di personale effettuabili da un ente locale in procedura di riequilibrio finanziario pluriennale), anche se potenzialmente interferenti con altre funzioni intestate alla medesima Corte dei conti, sia di controllo che giurisdizionali. Nello specifico, è stato ritenuto che una richiesta di parere vertente sulla possibilità, per un ente locale, di conferire, a personale esterno, incarichi di supporto all'organo di vertice politico, in costanza di una procedura di riequilibrio finanziario pluriennale (artt. 243-*bis* TUEL), è da ritenere riconducibile alla materia della contabilità pubblica<sup>(12)</sup>. Infatti, *"in tanto una richiesta di parere sia ammissibile, in quanto tratti di questione che, tendenzialmente, attenga ad una competenza tipica della Corte dei conti in sede di controllo delle autonomie territoriali"* (Sezione delle autonomie, deliberazione n. 3/2014/QMIG), requisito che ricorre ove la funzione consultiva sia attivata al fine di avere lumi in ordine all'interpretazione di una norma finanziaria che disciplina le assunzioni effettuabili da un ente locale nel corso dell'attuazione, pluriennale, di un piano di riequilibrio, decisioni passibili poi di esame, da parte della Sezione regionale, in sede di monitoraggio ex art. 243-*quater*, comma 6, TUEL. La presenza di una pregressa sentenza di una sezione giurisdizionale in materia potrebbe generare dubbi di inammissibilità della questione (cfr. Autonomie, deliberazione n. 5/2006 e n. 24/2019). Tuttavia, le questioni oggetto di un parere reso da una Sezione di controllo possono potenzialmente, e fisiologicamente, essere sempre valutate nell'ambito di un giudizio di responsabilità (elemento che precluderebbe, a monte, l'accesso, per qualun-

10 Appare opportuno osservare, tuttavia, come un parere della Corte dei conti in materia di interpretazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro non risulta ammissibile in quanto non afferente alla materia della *"contabilità pubblica"* (mentre non dovrebbe ostare la presenza di una competenza attribuita di un'autorità amministrativa, come l'ARAN, rappresentante, peraltro, di una delle parti del contratto, l'amministrazione pubblica).

11 Nell'occasione è stato anche evidenziato come non fossero ravvisabili gli elementi ostativi elaborati dalla giurisprudenza contabile. Nello specifico, per quanto il parere richiesto potesse presentare conseguenze su diritti patrimoniali azionabili in via giudiziaria (Sezione delle autonomie, deliberazione n. 24/2019/QMIG) il tenore generale e astratto del quesito hanno consentito di escludere interferenze. Sempre il medesimo tenore esclude che la Corte sia chiamata a corroborare la validità di specifiche opzioni gestionali dell'ente interessato.

12 In termini plurime deliberazioni rese in sede consultiva con riguardo alla materia dei piani di riequilibrio finanziario pluriennale, anche da parte della Sezione delle autonomie, per esempio deliberazioni n. 13/2013/QMIG, n. 22/2013/QMIG, n. 22/2014/QMIG, n. 36/2016/QMIG e n. 8/2015/QMIG.



que fattispecie, alla funzione consultiva), mentre il discrimine per l'ammissibilità di un'istanza di parere è individuato, dal legislatore, nell'afferenza, o meno, alla materia della "contabilità pubblica". La sezione di controllo, nel caso di specie, è chiamata ad interpretare il corpo normativo relativo alla crisi finanziaria degli enti locali (deficitarietà strutturale, dissesto e piano di riequilibrio pluriennale), al fine di stabilire se tali situazioni siano assimilabili ai fini del divieto di conferimento di incarichi di supporto all'organo politico.

La funzione consultiva si ferma, tuttavia, a tale aspetto, con analisi condotta interpretando le sole norme giuridico-contabili, senza potersi spingere a valutare, in concreto, le scelte degli amministratori di un ente locale (condizionate, anche, da altri fattori, non passibili di scrutinio in un parere). Invece, nell'ambito della responsabilità amministrativa, ciò che viene imputato a chi è citato in un giudizio (non all'ente pubblico in quanto tale, che è, invece, il soggetto creditore) è una condotta connotata non solo dall'antigiuridicità (violazione di una norma giuridica e, fra esse, di quelle afferenti alla materia della contabilità pubblica), ma dalla produzione di un danno al patrimonio pubblico, connotato dall'elemento psicologico richiesto, a seconda dei casi, dalla legge (dolo o colpa grave), dal rapporto di servizio e dal nesso di causalità, nonché dall'assenza delle esimenti previste dall'art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, o, in generale, dall'ordinamento giuridico.

Ai fini dell'ammissibilità sono stati sottolineati i profili di "specializzazione funzionale" con riferimento alla materia di "contabilità pubblica", come desumibile dai plurimi pareri resi dalle sezioni regionali di controllo con riferimento all'interpretazione di norme riguardanti i piani di riequilibrio finanziario pluriennale, oggetto di svariate deliberazioni, in sede nomofilattica, anche da parte della Sezione delle autonomie<sup>(13)</sup>, pronunce che, fra l'altro, per inciso, sono intervenute in questioni interpretative oggetto di ricorrente esame, in sede giurisdizionale, da parte delle Sezioni riunite in speciale composizione (a cui, come noto, è attribuita la cognizione sui ricorsi avverso le delibere adottate dalle sezioni regionali di controllo in materia di PRFP, ai sensi dell'art. 243-*quater*, comma 5, del TUEL e dell'art. 11, comma 6, lett. a) ed e), del decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174).

Peraltro, proprio in ragione della riferita *specializzazione funzionale* in materia di contabilità pubblica, la funzione consultiva della Sezione delle autonomie in sede nomofilattica (deliberazione n. 8/2019/QMIG) ha avuto modo di manifestarsi in relazione alle modalità attuative della declaratoria di incostituzionalità (Corte costituzionale, sentenza n. 18/2019) di una norma dettata in tema di piani di riequilibrio finanziario pluriennale (passibile, istituzionalmente, come detto, di valutazione anche da parte delle Sezioni riunite in speciale composizione), nonché, in altro correlato contesto (la corretta imputazione contabile di debiti fuori bilancio, cfr. deliberazione n. 21/2018/QMIG), con riferimento alla medesima questione interpretativa già oggetto di delibazione, in sede giurisdizionale, poco prima, da parte delle Sezioni riunite in speciale composizione (sentenza n. 11/2018/EL).

Proprio i debiti fuori bilancio (art. 194 TUEL), oggetto della pronuncia da ultimo citata, pacificamente riconducibili alla materia della "contabilità pubblica", evidenzia-

13 Possono ricordarsi, fra le altre, le n. 1/2013/QMIG, n. 14/2013/QMIG, n. 22/2013/QMIG, n. 6/2014/QMIG, n. 22/2014/QMIG, n. 8/2015/QMIG, n. 1/2016/QMIG, n. 13/2016/QMIG, n. 36/2016/QMIG, n. 9/2017/QMIG. Di recente, Autonomie n. 14/2022/QMIG: un quesito inerente l'applicazione dell'art. 5, comma 9, del d.l. n.95/2012, convertito nella legge n. 135/2012 (nello specifico, se sia possibile retribuire, con contratto di lavoro autonomo, un funzionario in quiescenza per supportare l'ente locale a per svolgere attività di formazione operativa del personale), è oggettivamente ammissibile, riguardando l'interpretazione di una norma, con riferimento ai limiti e divieti ivi previsti, strumentali al raggiungimento di specifici obiettivi di contenimento della spesa, nella specie di personale, nell'ambito delle più generali finalità di finanza pubblica.

no il ricorrente rilascio di pareri da parte delle sezioni regionali di controllo<sup>(14)</sup>, pur in presenza di una norma di legge che impone la comunicazione dei provvedimenti di riconoscimento alla Procura regionale della Corte dei conti (art. 23 legge 27 dicembre 2002, n. 289) e la conseguente potenziale attivazione di giudizi di responsabilità<sup>(15)</sup>, vertenti, fisiologicamente, sull'interpretazione delle medesime norme esaminate in sede consultiva (ma, in sede di giudizio, necessariamente estese alla deliberazione degli ulteriori elementi fondanti la responsabilità per danni, non passibili di valutazione da parte di una sezione regionale di controllo).

## 2.2 La funzione nomofilattica.

Nella prospettiva del Presidente Viola, inoltre, l'attività consultiva non poteva esplicare correttamente la propria funzione di ausilio in presenza di pareri resi in maniera difforme, sul territorio nazionale, da parte delle varie sezioni regionali di controllo. L'esigenza di perseguire, per quanto possibile, una uniformità interpretativa lo aveva portato, da un lato, a sostenere e favorire il deferimento di questioni di massima al fine di ottenere pronunciamenti nomofilattici da parte delle Sezioni riunite o della Sezione delle autonomie, così come a sviluppare il progetto della “Centrale pareri” quale momento di informale confronto preventivo fra sezioni regionali di controllo.

L'attribuzione alle Sezioni riunite in sede di controllo della riferita “funzione nomofilattica del controllo” ha fonte nell'art. 17, comma 31, decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, in base al quale, *al fine di garantire la coerenza nell'unitaria attività svolta dalla Corte dei conti per le funzioni che ad essa spettano in materia di coordinamento della finanza pubblica, anche in relazione al federalismo fiscale, il Presidente della Corte medesima può disporre che le sezioni riunite adottino pronunce di orientamento generale sulle questioni risolte in maniera difforme dalle sezioni regionali di controllo, nonché sui casi che presentano una questione di massima di particolare rilevanza. Tutte le sezioni regionali di controllo si conformano alle pronunce di orientamento generale adottate dalle sezioni riunite.*

La disposizione, come emerge dal suo tenore letterale, attribuisce al Presidente della Corte di disporre che le Sezioni riunite adottino pronunce di orientamento generale sulle “questioni risolte in maniera difforme dalle sezioni regionali di controllo” e “sui casi che presentano una questione di massima di particolare rilevanza”, al fine di “garantire la coerenza nell'unitaria attività svolta dalla Corte dei conti per le funzioni che ad essa spettano in materia di coordinamento della finanza pubblica”, con estensione, pertanto, all'esercizio di tutte le attività, sia di controllo che consultive, attribuite alla Corte dei conti, purché afferenti alla materia del “coordinamento della finanza pubblica”.

In termini quasi analoghi, l'art. 6, comma 4, decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174, convertito dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213<sup>(16)</sup>, nel momento in cui ha esteso e rafforzato le funzioni di controllo attribuite alle sezioni regionali sugli enti territoriali, ha attribuito analogo potere alla Sezione delle autonomie, che, sempre su impulso del Presidente della Corte (*motu proprio*)<sup>(17)</sup> o intermediato da una delibera di una sezione

14 Solo per fare alcuni esempi, deliberazioni SRC Lombardia n. 96/2020/PAR e n. 134/2020/PAR, SRC Campania n. 162/2018/PAR, SRC Abruzzo n. 181/2019 e n. 157/2020, SRC Puglia, n. 47/2019/PAR e n. 60/2019/PAR, SRC Basilicata n. 5/2020/PAR, SRC Sicilia, n. 121/2019/PAR.

15 Cfr., per esempio, le sentenze delle sezioni giurisdizionali per la Basilicata n. 6/2020, l'Alto Adige, n. 27/2013, la Calabria n. 197/2016, n. 185/2019 e n. 256/2020, l'Abruzzo n. 73/2017.

16 Norma scrutinata positivamente da Corte costituzionale, sentenza n. 39/2014. Nell'occasione la Consulta ha avuto modo di precisare che la disposizione in parola, nell'attribuire la possibilità alla Sezione delle autonomie di adottare una delibera di orientamento non affida alcun potere normativo alla Corte dei conti. La norma attribuisce a tale sezione una funzione nomofilattica in caso di interpretazioni discordanti tra sezioni regionali della Corte (e non è pertanto lesiva dell'autonomia regionale).

17 Cfr. per esempio, delibera della Sezione delle autonomie n. 8/2019/QMIG.

regionale<sup>(18)</sup>), al fine di prevenire<sup>(19)</sup> o risolvere contrasti interpretativi rilevanti per l'attività di controllo o consultiva o per la risoluzione di questioni di massima di particolare rilevanza, può emanare delibere di orientamento alla quale le sezioni regionali di controllo devono conformarsi<sup>(20)</sup>.

La norma prevede, altresì, che resta salva l'applicazione dell'esposto art. 17, comma 31, del decreto-legge n. 78 del 2009 (attribuente la funzione nomofilattica alle Sezioni riunite in sede di controllo), nei casi riconosciuti dal Presidente della Corte dei conti di eccezionale rilevanza ai fini del coordinamento della finanza pubblica ovvero qualora si tratti di applicazione di norme che coinvolgono l'attività delle Sezioni centrali di controllo.

Nella prassi giurisprudenziale l'esercizio della funzione nomofilattica è avvenuto, in netta prevalenza, su impulso delle sezioni regionali, al fine di risolvere contrasti interpretativi fra pareri già adottati o per stimolare l'adozione di una pronuncia di orientamento generale su una questione di massima di particolare rilevanza. Tuttavia, in alcuni casi, queste ultime sono state adottate previa rimessione della questione, di propria iniziativa, da parte del Presidente della Corte dei conti (può farsi rinvio alla delibera della Sezione delle autonomie n. 8/2019/QMIG).

La Sezione delle autonomie (per es. delibera n. 9/2019/QMIG) ha sottolineato come le pronunce nomofilattiche producono un effetto conformativo nei confronti delle, sole, sezioni regionali. Ma, di fatto, costituiscono un orientamento anche per gli enti territoriali.

A tal fine, ha evidenziato che la sezione regionale di controllo destinataria della richiesta di parere, nell'esaminarla, deve preliminarmente valutare se si tratta di una questione suscettibile di una risposta che garantisca uniformità di indirizzo interpretativo. In caso negativo, deve sospendere la pronuncia (totalmente o parzialmente) e trasmettere gli atti al Presidente della Corte dei conti.

Nella delibera n. 8/2019/QMIG la Sezione delle autonomie ha fatto un passo in avanti, riconoscendo la possibilità, in virtù di specifica novella normativa, di adottare delibere di orientamento generale (con effetto conformativo per le sezioni regionali di controllo), non solo al fine di risolvere, ma anche di prevenire contrasti interpretativi rilevanti per l'attività di controllo o consultiva (oltre che per la risoluzione di questioni di massima di particolare rilevanza).

Nel caso di specie si trattava di fornire un canone interpretativo in ordine agli effetti, sui piani di riequilibrio finanziario pluriennale, della sentenza Corte costituzionale n. 18/2019. Nell'occasione, preliminarmente, era stata affrontata la questione della legittimazione all'esercizio della funzione nomofilattica anche per le attività di controllo esercitate nell'ambito della procedura di riequilibrio finanziario pluriennale, assimilate dalla Corte costituzionale a quelle giurisdizionali ai fini della sollevazione di questioni di legittimità costituzionale. *De iure condito*, infatti, la verifica della corretta attuazione di un piano di riequilibrio (art. 243-*quater*, comma 3, TUEL) si concreta in un giudizio valutativo, di tipo prognostico, rispetto ad un documento programmatico (oltre che di regolarità di quest'ultimo) non sovrapponibile ad una sentenza regolatrice di inte-

18 Solo per fare alcuni esempi recenti, può farsi rinvio alle deliberazioni n. 4/2022/QMIG, n. 2, 4, 9 e 11/2023/QMIG.

19 Inciso inserito dall'art. 33, co 2, lett. b), del d.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 116.

20 Le Sezioni riunite in sede di controllo, nella deliberazione n. 2/QMIG/2018, hanno evidenziato che il legislatore, con la finalità di promuovere il maggior grado possibile di uniformità nelle interpretazioni delle sezioni regionali o centrali di controllo, ha individuato gli organi della Corte dei conti deputati a comporre eventuali antinomie interpretative (c.d. "nomofilachia del controllo"). Trattasi di un potere assimilabile alla c.d. nomofilachia di cui all'art. 65 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 (legge sull'ordinamento giudiziario), che intesta alla Corte di Cassazione il compito di "garantire l'essata osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale".

ressi di parte. Il contraddittorio non è disciplinato formalmente ed è, comunque, asimmetrico, perché avviene tra ente e sezione di controllo, che è anche organo giudicante. Inoltre, mancano le situazioni giuridiche contrapposte che caratterizzano il processo giurisdizionale in senso proprio, e l'esercizio della funzione di controllo intestata alla Sezione regionale è caratterizzato dalla doverosità.

### **2.2.1. La funzione nomofilattica nei confronti delle Sezioni centrali.**

Si tratta di un problema che la prassi ha fatto emergere, in particolare, di recente, con la novella dei commi 3 e 4 dell'art. 5 del Testo unico sulle società pubbliche, decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, in cui i pareri che la Corte dei conti deve rendere prima della formale costituzione o acquisizione di partecipazioni societarie da parte delle pubbliche amministrazioni involgono la competenza sia delle sezioni regionali di controllo che di sezioni centrali, nello specifico della Sezione controllo enti e delle Sezioni riunite in sede di controllo.

In proposito, la deliberazione della Corte dei conti a Sezioni riunite n. 14/DEL del 16 giugno 2000, di approvazione del Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo (di cui il Presidente Viola era stato relatore e redattore) prevede, all'art. 6, comma 2, che il Presidente della Corte possa deferire alle Sezioni riunite in sede di controllo le questioni di competenza insorte tra sezioni di controllo. Inoltre, può rimettere ad esse l'esame di questioni di massima di particolare complessità o rilevanza che interessino sezioni di controllo aventi competenze tra loro diverse, per i profili di legittimità e regolarità (fatte salve le competenze della Sezione centrale del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle amministrazioni dello Stato e della Sezione delle autonomie in materia di risoluzione delle questioni di massima).

Un'applicazione della norma in parola si rinviene nella deliberazione delle Sezioni riunite n. 2/2019/QMIG, in cui la rimessione era stata richiesta, da un lato, al fine di definire questioni di competenza interna e, dall'altro, per la risoluzione di una questione di massima di particolare complessità e rilevanza. Nell'occasione, l'ordinanza di rimessione, nel sollecitarne la definizione, aveva prospettato la pluralità di competenze assegnate alle Sezioni riunite, evocandone anche il ruolo in sede di individuazione dei criteri di riferimento del controllo e di possibile adozione di una pronuncia di orientamento (richiamando, tra i precedenti, la delibera delle Sezioni riunite n. 9/2012).

Similare, anche se più limitata nello spettro del deferimento, la deliberazione delle medesime Sezioni riunite in sede di controllo n. 21/2018/QMIG. Nell'occasione, la Sezione regionale di controllo per il Veneto, presa conoscenza della nota della Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, recante alcuni quesiti rivolti ai destinatari della relazione della Sezione medesima n. 5/2018/G - che non avevano fornito riscontro nei termini previsti dall'art. 3, comma 6 della legge n. 20/1994 - aveva evidenziato che l'indagine in questione era iniziata quando la gestione dell'opera era affidata ad un commissario governativo, ma che, successivamente, la Regione era subentrata nella gestione. Pertanto, aveva sottoposto all'attenzione del Presidente della Corte dei conti l'opportunità di rimettere la questione di competenza alle Sezioni riunite in sede di controllo.

Di recente, le Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 25/2023/QMIG), nel definire una questione di competenza in materia di esame preventivo degli atti di costituzione di società o di acquisto di partecipazioni (art. 5 d.lgs. n. 175 del 2016), hanno evidenziato come l'esame, da parte della Sezione regionale di controllo, circa la conformità dell'atto di costituzione societaria alle disposizioni del TUSP possa interferire (o meglio, non essere aderente), in prospettiva, con gli accertamenti istruttori operati da altre sezioni di questa Corte (nel caso, di specie, la Sezione controllo sugli Enti), frammentazione che può riverberarsi, potenzialmente, sugli esiti della proce-

dura, con il rischio di contrasti fra pareri. Nell'occasione è stato ritenuto che, in assenza dei peculiari presupposti rinvenuti nella fattispecie oggetto della deliberazione n. 16/2022/QMIG (che aveva attratto la competenza in capo alle Sezioni riunite in sede di controllo), debba essere mantenuta la distribuzione di competenze prefigurata dal legislatore (art. 5, comma 4, TUSP). Tuttavia, è stato precisato che l'esigenza di un esito uniforme nella verifica degli atti di costituzione di società e di acquisizione di partecipazioni, come per tutte le altre attività di controllo e consultive attribuite dall'ordinamento alla Corte dei conti, può trovare composizione attivando il potere nomofilattico attribuito alle Sezioni riunite dall'art. 17, comma 31, del d.l. n. 78 del 2009, convertito dalla legge n. 102 del 2009. In base a quest'ultimo, *“al fine di garantire la coerenza nell'unitaria attività svolta dalla Corte dei conti per le funzioni che ad essa spettano in materia di coordinamento della finanza pubblica”*, il Presidente della Corte dei conti *“può disporre che le sezioni riunite adottino pronunce di orientamento generale sulle questioni risolte in maniera difforme dalle sezioni regionali di controllo nonché sui casi che presentano una questione di massima di particolare rilevanza”*, a cui le sezioni regionali di controllo devono conformarsi (potere nomofilattico, in capo alle Sezioni riunite in sede di controllo mantenuto fermo dall'art. 6, comma 4, del d.l. n. 174 del 2012, convertito dalla legge n. 213 del 2012 nei casi riconosciuti dal Presidente della Corte dei conti *“di eccezionale rilevanza ai fini del coordinamento della finanza pubblica”* ovvero *“qualora si tratti di applicazione di norme che coinvolgono l'attività delle Sezioni centrali di controllo”*).

Si tratta di norma che mira a coordinare l'attività consultiva e di controllo delle sezioni regionali, ma che già prefigura il possibile impatto sull'attività delle sezioni centrali di controllo, attribuendo, in questo caso, la competenza ad adottare pronunce nomofilattiche alle sole Sezioni riunite in sede di controllo (potere utilizzato, per esempio, di recente, proprio per la risoluzione di questioni di massima inerenti all'interpretazione dell'art. 5, commi 3 e 4, del TUSP, la cui applicazione involge l'attività anche delle sezioni centrali, cfr. SSRR, deliberazioni n. 16 e 19/2022/QMIG e n. 19/2023/QMIG).

Il combinato disposto con la lungimirante formulazione (da parte del Presidente Viola) dell'art. 6, comma 2, del Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo consente, tuttavia, al Presidente della Corte dei conti di deferire alle Sezioni riunite di controllo la risoluzione di questioni interpretative sollevate da sezioni centrali di controllo o che impattano sull'attività di queste ultime.

### **2.2.2 Il rapporto con le pronunce delle sezioni riunite in speciale composizione.**

Le Sezioni riunite in sede di controllo, nella deliberazione n. 2/2018/QMIG, hanno ritenuto, in generale, inammissibile una questione inerente ad un caso concreto, il cui accertamento sia stato già oggetto di una sentenza delle Sezioni riunite in speciale composizione. Sebbene queste ultime, infatti, non svolgano funzioni nomofilattiche, le stesse, nell'esercizio della propria giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica, decidono in unico grado con sentenza che, anche in caso di mero rito, conclude definitivamente la controversia ad essa sottostante e, per tale motivo, non può essere rimessa in discussione dai destinatari né essere oggetto di sindacato in altra sede, sia pure della stessa Corte dei conti.

Non è, pertanto, configurabile un conflitto tra quanto ritenuto dalle sezioni di controllo e quanto espresso dalle Sezioni riunite in speciale composizione<sup>(21)</sup>, trattandosi

<sup>21</sup> Si ricorda che, anche secondo la Cassazione (SSUU, n. 5805/2014), il giudizio che si instaura innanzi alle Sezioni riunite in speciale composizione non è un giudizio di appello avverso una pronuncia di un giudice di primo grado, bensì un giudizio in unico grado di merito, in cui le stesse esercitano un sindacato pieno ed esclusivo, di natura giurisdizionale.

di plessi che esercitano funzioni distinte (di controllo le prime, giurisdizionali le seconde; cfr. anche Corte cost., sent. n. 228/2017).

Tuttavia, nell'occasione è stata ritenuta integrata l'ipotesi normativa per cui l'attivazione di una pronuncia di orientamento delle Sezioni riunite sia determinata da una questione che si caratterizza per particolare importanza ed obiettiva complessità e, quindi, tale da meritare, in astratto, la qualifica di "*questione di massima di particolare rilevanza*". La questione, avulsa dalla fattispecie concreta da cui è scaturita e considerata in via generale ed astratta, presenta le caratteristiche della particolare importanza ed obiettiva complessità ed ha rilevanza generale, in quanto suscettibile di diffusa applicazione, in relazione all'esatta individuazione delle situazioni che consentono l'accesso ai benefici della rimodulazione/riformulazione dei piani di riequilibrio finanziario pluriennale.

L'impossibilità, nell'esercizio della funzione nomofilattica, di procedere a revisione o ad interpretazione autentica di decisioni assunte in ambito giurisdizionale è stata ribadita dalla Sezione delle Autonomie nella deliberazione n. 21/2018/QMIG. Tuttavia, in rapporto a pregressa sentenza delle Sezioni riunite in speciale composizione (n. 11/2018/EL, richiamata nell'istanza), decisione fisiologicamente riguardante il giudizio su un caso concreto, è stato ritenuto possibile rendere parere, di carattere generale, sull'interpretazione di una norma in materia di contabilità pubblica (nel caso di specie, in ordine alla corretta imputazione a bilancio di un impegno di spesa derivante da una delibera di riconoscimento di debito)<sup>(22)</sup>.

Anche le SSRR in sede di controllo (deliberazione n. 5/2022/QMIG) hanno dovuto effettuare un intervento nomofilattico derivante dalla evidenziazione di un contrasto fra quanto statuito dalle Sezioni riunite in speciale composizione (sentenza n. 20/2021/DELC), in ordine all'applicabilità delle disposizioni sul giudizio di conto alla procedura di parifica (sul presupposto della valorizzazione della natura giurisdizionale di quest'ultima) e l'impostazione sottesa alle linee di orientamento impartite, in materia, dalle medesime Sezioni riunite in sede di controllo (n. 7/QMIG/2013), nonché dalla Sezione autonomie (n. 9/2013/INPR e n. 14/2014/INPR), in cui si è sostenuta la natura sostanziale di controllo (nonostante l'atto conclusivo venga reso con le formalità della giurisdizione contenziosa).

Nell'occasione, è stato ribadito che le Sezioni riunite in speciale composizione, nell'esercizio della propria giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica, decidono con sentenza che, anche in caso di mero rito, definisce la controversia sottostante e che, di conseguenza, detta decisione non è suscettibile di essere oggetto di sindacato in altra sede, anche da parte della stessa Corte dei conti. Pertanto, non risulta configurabile un conflitto tra quanto deliberato dalle Sezioni di controllo e quanto deciso dalle Sezioni riunite in speciale composizione, trattandosi di plessi che esercitano funzioni distinte (di controllo le prime, giurisdizionali le seconde).

Tuttavia, seguendo la linea interpretativa della precedente delibera n. 2/2018/QMIG, è stato evidenziato come le stesse questioni, avulse dalla fattispecie concreta da cui sono scaturite, e considerate in via generale ed astratta, presentano le caratteristiche della particolare complessità e della rilevanza generale (esatta individuazione della disciplina applicabile al giudizio di parifica). Risultano, pertanto, in astratto inquadrabili quali questioni di massima di eccezionale rilevanza, cui, ai sensi dell'art. 17, com-

<sup>22</sup> La Sezione delle autonomie ha chiarito, preliminarmente, che, nell'esercizio della funzione nomofilattica, non può procedere né a revisione né ad interpretazione "*autentica*" di decisioni assunte in ambito giurisdizionale. Nel caso di specie, il punto specifico dal quale sono state estrapolate le affermazioni riportate nella richiesta di parere ineriva alla valutazione di un comportamento elusivo degli obblighi relativi al rispetto del (previgente) saldo di finanza pubblica, comportamento sostanziante nel ritardato riconoscimento di debiti emersi in esercizi precedenti, con accordo con i creditori per una dilazione dei pagamenti.

ma 31, d.l. n. 78 del 2019, tutte le sezioni regionali di controllo devono conformarsi, al fine di garantire coerenza nell'unitaria attività svolta dalla Corte dei conti.

Anche la sottoposizione alle Sezioni riunite in sede di controllo di questioni interpretative che attengono all'applicazione di norme processuali (sul presupposto di un eventuale riconoscimento delle attività esercitate, in sede di parifica, dalle sezioni regionali di controllo, quali funzioni giurisdizionali) non preclude l'esercizio della funzione nomofilattica.

In Costituzione, la Corte dei conti - risultando inserita sia tra gli organi ausiliari a tutela degli equilibri di finanza pubblica (art. 100, secondo comma, Cost.) che tra gli organi giurisdizionali (art. 103, secondo comma, Cost.) - gode di una doppia investitura (in termini, Corte cost. n. 1/1967). Il necessario sindacato di legalità sull'attività finanziaria e sulla gestione patrimoniale, effettuato da un magistrato terzo e indipendente, trova, infatti, nelle forme del controllo, il giusto temperamento tra le esigenze di legalità e quelle del buon andamento dell'azione amministrativa. È questo che consente di riconoscere la Corte dei conti quale "*organo ausiliario*" (art. 100 Cost.), senza che ciò incida sulla terzietà, garantita dal suo ruolo magistratuale, e le cui funzioni risultano previste e svolte nell'interesse dello Stato Comunità.

Le competenze nomofilattiche delle Sezioni riunite in sede di controllo, a loro volta, hanno ad oggetto l'ambito delle funzioni di controllo, dovendosi necessariamente escludere, *in nuce*, la possibilità di attivare pronunciamenti con valore di orientamento generale sull'esercizio di funzioni giurisdizionali, da parte di organi, ed in sedi, che giurisdizionali non sono.

### 3.3 La legittimazione attribuita alle associazioni rappresentative di enti territoriali.

L'art. 10-*bis* del decreto-legge 24 giugno 2016, n. 113, convertito dalla legge 7 agosto 2016, n. 160, ha esteso la possibilità di accesso alla funzione consultiva della Corte dei conti, consentendone l'attivazione in capo alle associazioni rappresentative degli enti territoriali e l'attribuzione di competenza direttamente alla Sezione delle autonomie (il cui pronunciamento, per inciso, assume una sostanziale valenza "*nomofilattica*" nei confronti delle sezioni regionali di controllo).

La norma ha previsto che richieste di parere "*nella medesima materia*" (contabilità pubblica) "*possono essere rivolte direttamente alla Sezione delle autonomie della Corte dei conti: per le Regioni, dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e dalla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome; per i Comuni, le Province e le Città metropolitane, dalle rispettive componenti rappresentative nell'ambito della Conferenza unificata*". Si tratta, invero, di possibilità che le associazioni rappresentative degli enti territoriali hanno, finora, utilizzato raramente.

Nella deliberazione n. 32/2016/INPR, pronuncia di orientamento volta a fornire una prima "*lettura logico-sistematica*" della disposizione, la Sezione delle autonomie ha evidenziato che l'art. 10-*bis* del d.l. n. 113 del 2016 modifica l'ambito soggettivo dell'attività consultiva della magistratura contabile, con l'evidente fine di raccordare le competenze intestate alle Sezioni regionali di controllo con l'attività di coordinamento della Sezione delle autonomie. In virtù della novella legislativa, la facoltà degli enti territoriali di rivolgere istanze di parere in materia di contabilità pubblica alle articolazioni territoriali della Corte coesiste con la possibilità di adire, direttamente, la Sezione delle autonomie, con legittimazione attribuita, tuttavia, alle sole associazioni rappresentative degli enti territoriali.

La norma aveva l'obiettivo di moderare il numero delle richieste di parere in sede regionale e limitare i casi di difformità di indirizzo interpretativo. E ciò in quanto, da un lato, veniva ipotizzata un'azione di individuazione delle questioni di maggiore in-

teresse e significatività da parte delle associazioni rappresentative e, dall'altro, veniva evidenziato il potere di indirizzo e coordinamento in materia di pareri di contabilità pubblica da parte della Sezione delle autonomie nei confronti delle sezioni regionali di controllo<sup>(23)</sup>.

Naturalmente, la facoltà delle associazioni rappresentative degli enti di consultare direttamente la Sezione delle autonomie non incide sulle competenze intestate alle sezioni regionali di controllo. Nella prospettiva del legislatore, il ruolo di queste ultime doveva essere diretto a fornire supporto agli enti territoriali, i quali, previo confronto interno, possono veicolare le loro richieste di parere attraverso la struttura associativa, valutata la rilevanza generale delle questioni.

Anche le richieste di parere presentate a norma dell'art. 10-*bis* in esame, inoltre, sono sottoposte all'esame preventivo del Presidente della Corte dei conti per le valutazioni di sua competenza in ordine all'eventuale eccezionale rilevanza del caso ai fini del coordinamento della finanza pubblica ovvero alla necessità di applicazione, nella fattispecie, di norme che coinvolgono l'attività delle Sezioni centrali di controllo (art. 6, comma 4, d.l. n. 174 del 2012, modificato dal decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91).

Infine, la Sezione delle autonomie (che, per la sua composizione, garantisce la rappresentanza anche delle sezioni regionali di controllo), nell'esercizio della ridetta funzione, deve, comunque, verificare, preventivamente, l'ammissibilità (in particolare, oggettiva) delle richieste di parere, in coerenza con i principi affermati nel corso degli anni in materia<sup>(24)</sup>.

Tuttavia, come esposto, fino a questo momento, le associazioni rappresentative degli enti territoriali hanno fatto limitato uso di tale facoltà. A sette anni dall'entrata in vigore della norma, i pareri resi, all'esito di tale procedura, da parte della Sezione delle autonomie, si riducono a due: la deliberazione n. 21/2018/QMIG (con la quale è stata chiarita, anche in ragione dell'orientamento adottato, poco prima, da una sentenza delle Sezioni riunite in speciale composizione<sup>(25)</sup>, la modalità di copertura derivanti

23 La delibera di orientamento in esame (n. 32/2016/INPR) ricorda come la Sezione delle autonomie, a seguito dell'emanazione del d.l. n. 174/2012, ha assunto un ruolo di primo piano nella c.d. "nomofilachia del controllo". L'art. 6, comma 4, ha assegnato alla Sezione la competenza a dirimere i contrasti interpretativi o a risolvere questioni di massima di particolare rilevanza. La presenza di una delibera di orientamento "alla quale le Sezioni regionali si conformano" rende incontestabile il punto deciso, realizzando le esigenze di certezza del diritto cui è preordinata la funzione nomofilattica. Con le modifiche introdotte dall'art. 33, comma 2, lett. b) del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 116, il campo di attività della Sezione si è esteso alla "prevenzione" dei contrasti interpretativi (ferma restando la competenza delle Sezioni riunite in sede di controllo nei casi riconosciuti dal Presidente della Corte dei conti di eccezionale rilevanza ai fini del coordinamento della finanza pubblica ovvero qualora si tratti di applicazione di norme che coinvolgono l'attività delle Sezioni centrali di controllo (art. 17, comma 31, d.l. n. 78/2009, convertito dalla legge n. 102/2009).

24 Può farsi rinvio a quanto esposto nel precedente, pertinente, paragrafo.

25 Sentenza n. 11/2018/EL. Sul rapporto, di non semplice definizione interpretativa, fra le delibere di orientamento generale adottabili dalla Sezione delle autonomie e dalle Sezioni riunite in sede di controllo e le sentenze delle Sezioni riunite in speciale composizione si rinvia a quanto esposto in precedenza.



dalla rateizzazione di spese conseguenti al riconoscimento di debiti fuori bilancio<sup>(26)</sup> e la recente deliberazione n. 11/2023/QMIG, pronuncia che il Presidente Viola ebbe modo quasi di sollecitare al fine di adottare, quanto prima, un orientamento uniforme (con la quale è stata chiarita la disciplina di determinazione delle indennità dei sindaci)<sup>(27)</sup>.

### 3.4 La funzione consultiva in materia di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza e di utilizzo di fondi comunitari.

L'art. 46 della legge 23 dicembre 2021, n. 23 (recante disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, c.d. *legge europea 2019-2020*) ha esteso anche allo Stato la funzione consultiva, esplicitando espressamente, al primo comma, che, al fine di dare attuazione al regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, e per un efficace monitoraggio e controllo degli interventi dell'Unione europea per il periodo di programmazione 2021-2027, sia sviluppata la funzione consultiva della Corte dei conti.

Nello specifico, il comma 2 precisa che, limitatamente alle risorse stanziato dal PNRR e ai fondi complementari al PNRR<sup>(28)</sup>, le sezioni riunite della Corte dei conti in sede consultiva, a richiesta delle amministrazioni centrali e degli altri organismi di diritto pubblico nazionali, rendono pareri nelle materie di contabilità pubblica, su fattispecie di valore complessivo non inferiore a un milione di euro (oltre ad assicurare la funzione nomofilattica sull'esercizio della funzione consultiva da parte delle sezioni regionali di controllo). Il medesimo comma prosegue, prevedendo che medesimi pareri siano resi dalle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, a richiesta dei comuni, delle province, delle città metropolitane e delle regioni, "*sulle condizioni di applicabilità della normativa di contabilità pubblica*" all'esercizio delle funzioni e alle attività finanziate con le risorse stanziato dal PNRR e con i fondi complementari al PNRR. La disposizione si chiude ribadendo, in aderenza a quanto sancito dal Codice di giustizia contabile (artt. 69 e 95 d.lgs. n. 174 del 2016), l'esclusione, in ogni caso, della gravità

---

26 Nell'occasione è stato chiarito che ai fini di una corretta gestione finanziaria, l'emersione di un debito non previsto nel bilancio di previsione deve essere portata tempestivamente al Consiglio dell'ente per l'adozione dei necessari provvedimenti, quali la valutazione della riconoscibilità, ai sensi dell'art. 194 comma 1, del TUEL ed il reperimento delle necessarie coperture secondo quanto previsto dall'art. 193 comma 3, e 194 commi 2 e 3 del medesimo testo unico. Gli impegni di spesa per il pagamento dei debiti fuori bilancio riconosciuti e già scaduti devono essere imputati all'esercizio nel quale viene deliberato il riconoscimento. Per esigenze di sostenibilità finanziaria, con l'accordo dei creditori interessati, è, tuttavia, possibile rateizzare il pagamento in tre anni finanziari compreso quello in corso, ai sensi dell'art. 194, comma 2, del TUEL, a condizione che le relative coperture, richieste dall'art. 193, comma 3, siano puntualmente individuate nella delibera di riconoscimento, con conseguente iscrizione, in ciascuna annualità del bilancio, della relativa quota di competenza secondo gli accordi del piano di rateizzazione convenuto con i creditori. Nel caso in cui, invece, manchi un accordo con i creditori sulla dilazione di pagamento, la spesa dovrà essere impegnata ed imputata tutta nell'esercizio finanziario in cui il debito scaduto è stato riconosciuto, con l'adozione delle conseguenti misure di ripiano.

Si tratta, appare opportuno precisarlo, che il riconoscimento della possibilità di dare copertura, secondo esigibilità, sui successivi pertinenti bilanci di esercizio, anche in termini di competenza, alle spese derivanti dalla rateizzazione di debiti fuori bilancio è stata poi affermata, e ampliata, dal medesimo legislatore che, con l'art. 53, comma 6, del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126, ha inserito un nuovo periodo nell'art. 194, comma 3, del d.lgs. n. 267 del 2000, in base al quale "*in presenza di piani di rateizzazioni con durata diversa da quelli indicati al comma 2, può garantire la copertura finanziaria delle quote annuali previste negli accordi con i creditori in ciascuna annualità dei corrispondenti bilanci, in termini di competenza e di cassa. Nella relativa deliberazione consiliare viene dettagliatamente motivata l'impossibilità di utilizzare altre risorse*".

27 La deliberazione ha precisato che la decurtazione del 10 per cento dell'indennità dei sindaci metropolitani e dei sindaci dei comuni delle regioni a statuto ordinario, prevista dalla legge 23 dicembre 2015, n. 266, non è applicabile ai nuovi importi della medesima, integralmente rideterminati dall'art. 1, commi 583-586, della legge 30 dicembre 2021, n. 234. Il carattere strutturale della riduzione di cui alla suddetta legge n. 266, residua, invece, ai soli fini del calcolo del differenziale tra le indennità pregresse e quelle che saranno a regime dal 2024, o, opzionalmente, dal 2022.

28 Disciplinato dal decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, convertito dalla legge 1° luglio 2021, n. 101.

della colpa qualora l'azione amministrativa si sia conformata ai pareri resi dalla Corte dei conti, nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi<sup>(29)</sup>.

La novella normativa, nell'ottica dello *“sviluppo della funzione consultiva”* (in sostanziale aderenza alla funzione ausiliaria che la Costituzione, all'art. 100, attribuisce alla Corte dei conti) ha riconosciuto, pertanto, anche alle amministrazioni statali la possibilità di chiedere pareri *“nelle materie di contabilità pubblica”*, sia pure limitatamente alle risorse stanziati dal PNRR e ai fondi complementari al PNRR e per fattispecie di valore complessivo non inferiore a un milione di euro.

Sotto il profilo della legittimazione oggettiva, la disposizione attribuisce quest'ultima alle *“amministrazioni centrali”* ed agli altri *“organismi di diritto pubblico nazionali”*. Entrambi gli aggregati pongono dubbi interpretativi. Il primo sembra esteso a tutte le *“amministrazioni centrali”*, non solo a quelle statali, interpretazione che appare preferibile alla luce del ruolo di soggetto attuatore di misure del PNRR o del PNC posto in capo anche ad enti pubblici nazionali, e non al solo Stato (cfr. art. 9 decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77). Il secondo pone il problema di un accertamento caso per caso della legittimazione all'istanza, posto che, come noto, si tratta di aggregato funzionale alla definizione dell'ambito soggettivo di applicazione delle norme in materia di contratti pubblici (da ultimo, cfr. Allegato I.1, art. 1, lett. e), del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 del 2023), impropriamente richiamato in questa sede (nella quale, al limite, si sarebbe potuto fare più pertinente riferimento, per esempio, alle amministrazioni inserite annualmente nel c.d. elenco ISTAT, funzionale alla redazione del conto economico consolidato delle pubbliche amministrazioni<sup>(30)</sup>).

Sotto il profilo della perimetrazione oggettiva, la norma risulta maggiormente restrittiva rispetto alla generale funzione consultiva attribuita alle sezioni regionali di controllo, dall'art 7, comma 8, della legge n. 131 del 2003, in materia di contabilità pubblica, posto che prevede l'ulteriore, duplice, delimitazione dell'afferenza a risorse stanziati dal PNRR (o da fondi complementari al PNRR) e del valore non inferiore al milione di euro.

Il comma 2, invece, letteralmente, non richiama gli *“interventi dell'Unione europea per il periodo di programmazione 2021-2027”*, presenti invece nel comma 1, ponendo il dubbio sul se la funzione consultiva in parola possa estendersi anche a questi ultimi o debba essere limitata alle iniziative finanziate da PNRR e PNC. Si tratta di problematica interpretativa che, in assenza di pronunciamenti fino a questo momento (derivanti dal mancato invio di istanze di parere), non sembra poter ricevere una risposta attendibile. Da un lato, infatti, il comma 1 palesa la volontà del legislatore di estendere la funzione consultiva attivabile dalle amministrazioni centrali anche agli interventi finanziati dai fondi della programmazione europea 2021-2027; dall'altro, invece, il successivo comma 2, nel disciplinare i presupposti, soggettivi e oggettivi, per il rilascio dei pareri, non richiama più gli ordinari fondi comunitari oggetto di periodica programmazione, ma solo quelli finanziati da PNRR e PNC.

Va ricordato, in proposito, che un'eventuale estensione a livello interpretativo interferisce sul regime delle conseguenti, eventuali, responsabilità amministrative, per le quali la medesima norma prevede una specifica esimente, che opera, tuttavia, solo ove i pareri siano resi *“nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio”*, effetto esimente che necessita, a parere dello scrivente, di espressa previsione normativa sull'ambito di

29 Si tratta, va precisato, di esimente che, allo stato attuale della normativa, va coordinata con l'art. 21, comma 2, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, che, per le condotte attive, ha limitato, fino al 30 giugno 2024, la responsabilità al solo dolo (che, a regime, in virtù della novella apportata dal comma 1 della medesima disposizione all'art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, *“richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso”*).

30 Art. 1, commi 2 e 3, della legge di contabilità e finanza pubblica 31 dicembre 2009, n. 196.

estensione oggettiva della funzione<sup>(31)</sup>.

Circa i presupposti oggettivi per il rilascio del parere, tutta la giurisprudenza consultiva che si è sviluppata in relazione all'art. 7, comma 8, della legge n. 131 del 2003 ha evidenziato che, pena inammissibilità, la richiesta di parere deve vertere sull'interpretazione, generale e astratta, di nome di contabilità pubblica, funzionale alla successiva applicazione di queste ultime alle fattispecie oggetto di dubbio interpretativo da parte dell'ente territoriale, applicazione rimessa, nell'esercizio esclusivo dei poteri amministrativi (vincolati o discrezionali) ad essi demandati, all'ente territoriale istante (limitazione oggettiva che, di conseguenza, rende inammissibili istanze di parere relative a provvedimenti amministrativi o atti negoziali già adottati dalla medesima amministrazione).

Anche se, sinora, come visto, non vi sono state istanze di parere rivolte alle Sezioni riunite in sede consultiva, incidentalmente hanno avuto modo di pronunciarsi in materia le Sezioni riunite in sede di controllo, che, nella deliberazione n. 16/2022/QMIG<sup>(32)</sup>, hanno evidenziato come anche questa nuova funzione sembra avere, quale presupposto, la presenza di *“fattispecie di valore complessivo non inferiore a un milione di euro”* (riferite a risorse stanziato dal PNRR e ai fondi complementari al PNRR), ma, quale contenuto, la resa di un parere nelle *“materie di contabilità pubblica”*, afferente, alla luce dell'analoga formulazione letterale, all'interpretazione, generale e astratta, di norme del diritto contabile o finanziario, potenzialmente applicabili alla fattispecie prospettata.

La norma attribuisce la competenza a rendere il parere alle sezioni riunite della Corte dei conti in sede consultiva<sup>(33)</sup>. A quest'ultima, inoltre, è demandato il compito di *“assicurare la funzione nomofilattica sull'esercizio della funzione consultiva da parte delle sezioni regionali di controllo”*. Mentre la prima parte della norma non pone particolari problemi applicativi, individuando il legislatore direttamente quale sia l'articolazione della Corte dei conti competente a rendere il parere in materia di PNRR e PNC all'amministrazione centrale/organismo di diritto pubblico richiedente, la seconda interferisce con l'analoga funzione nomofilattica attribuita alle Sezioni riunite in sede di controllo dall'art 17, comma 31, del d.l. n. 78 del 2009 (nonché alla Sezione delle autonomie, nella ricorrenza dei presupposti previsti dall'art. 6, comma 4, del d.l. n. 172 del 2012). In attesa dell'intervento di una pronuncia in materia, si può ritenere, in base al tenore letterale della disposizione, che, mentre rimane fermo il potere nomofilattico attribuito alle Sezioni riunite in sede di controllo (o della Sezione delle autonomie), sia ai fini dell'esercizio della generale funzione consultiva in materia di contabilità pubblica attribuita alle sezioni regionali che dell'uniforme espletamento delle altre funzioni

31 La problematica, invero, risulta attenuata, almeno fino al 31 dicembre 2024, dalla, già indicata, limitazione, temporanea, della responsabilità amministrativa, per le condotte attive, al solo dolo (cfr. art. 21, comma 2, d.l. n. 76 del 2020).

32 La ridetta pronuncia nomofilattica ha avuto ad oggetto varie questioni interpretative di interesse generale sollevate da due sezioni regionali di controllo in ordine alla natura, procedura, parametri ed esiti della, anch'essa recente, funzione di esame preliminare, da parte della Corte dei conti, degli atti di costituzione di società o di acquisizione di partecipazioni societarie, disciplinata dall'art. 5, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 175 del 2016, c.d. Testo unico delle società pubbliche, come novellato dall'art. 11, comma 1, lett. a), della legge 5 agosto 2022, n. 118.

33 In base all'organizzazione interna, le Sezioni riunite della Corte dei conti si articolano nelle tre sedi di *“controllo”*, *“consultiva”* e *“deliberante”*, ognuna con i propri criteri di formazione del collegio e predeterminate competenze (oltre alle Sezioni riunite in sede giurisdizionale ed in speciale composizione, esercitanti funzioni giurisdizionali, in tema di responsabilità amministrativa, giudizi di conto e nelle altre materie attribuite dall'art. 11 del Codice di giustizia contabile)

attribuite dalla legge alla Corte dei conti<sup>(34)</sup>, ove si tratti invece di assicurare l'omogenea applicazione delle norme di contabilità pubblica funzionali all'attuazione degli interventi finanziati dal PNRR o dal PNC (oggetto della funzione consultiva attribuita dall'art. 46 della legge n. 238 del 2021) la competenza ad adottare pronunce di orientamento generale diventa appannaggio delle Sezioni riunite in sede consultiva.

La norma prevede, inoltre, come accennato, che medesimi pareri siano resi dalle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, a richiesta dei comuni, delle province, delle città metropolitane e delle regioni, “*sulle condizioni di applicabilità della normativa di contabilità pubblica*” all'esercizio delle funzioni e alle attività finanziate con le risorse stanziate dal PNRR e con i fondi ad esso complementari. Si tratta di segmento della disposizione che non introduce alcun elemento di novità rispetto alla funzione consultiva in materia di contabilità pubblica già attivabile dalle autonomie territoriali presso le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti.

Anche la funzione consultiva disciplinata dall'art. 46 della legge n. 238 del 2021, infatti, è limitata all'interpretazione della normativa in materia di contabilità pubblica (come quella di cui all'art. 7, comma 8, della legge n. 131 del 2003). Il riferimento alle sole funzioni e attività finanziate con le risorse del PNRR o del PNC è, invero, solo apparente, posto che gli enti territoriali, già nella vigenza della legge n. 131 del 2003, potevano chiedere pareri in materia di contabilità pubblica ai fini dell'espletamento di tutte le funzioni istituzionali conferite dalla legge.

Analoga valutazione per la limitazione alle “*fattispecie di valore superiore a un milione di euro*”, contenuta nel periodo precedente del comma (riguardante i pareri attivabili dalle amministrazioni centrali, ma estendibile a quelli richiedibili dalle autonomie locali in virtù della locuzione “*medesimi pareri*” con sui si apre il periodo riferito agli enti territoriali). Anche in questo caso la limitazione è solo apparente, posto che, in virtù dell'art. 7, comma 8, della legge n. 131 del 2003, gli enti territoriali possono chiedere pareri in materia di contabilità pubblica senza alcuna limitazione, di carattere quantitativo, in ordine ai provvedimenti o agli atti negoziali cui afferisce il dubbio interpretativo (né si può ritenere, anche alla luce della rubrica e del comma 1 dell'art. 46 della legge n. 238 del 2021, che mirano alla “*sviluppo della funzione consultiva*” della Corte dei conti, che la norma abbia, indirettamente, limitato l'ambito di estensione oggettiva dei pareri attivabili dagli enti territoriali).

Un elemento di differenziazione attiene, tuttavia, all'esercizio della funzione no-filattica, posto che, in ragione della parte finale del primo periodo del comma 2, la competenza all'adozione di pronunce di orientamento generale, ove si tratti di dubbi in materia di contabilità pubblica afferenti a fattispecie finanziate da fondi del PNRR o del PNC, è attribuita alle Sezioni riunite in sede consultiva (in luogo delle Sezioni riunite in sede di controllo o della Sezione delle autonomie, come avviene in virtù delle norme generali disciplinanti la materia).

#### **4. I pareri in materia di costituzione di società e di acquisizione di partecipazioni.**

L'art. 5 del d.lgs. n. 175 del 2016 (di seguito, anche TUSP), come recentemente modificato dall'art. 11, comma 1, lett. a), della legge 5 agosto 2022, n. 118 (*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*), prevede che l'atto deliberativo di costituzione di una

<sup>34</sup> Controlli di legalità finanziaria sui bilanci di regioni, enti locali ed enti del servizio sanitario nazionale, ex art. 1, commi 3, 4 e 7 del d.l. n. 174 del 2012), cfr., per es., Sezione autonomie, deliberazione n. 2/2016/QMIG; esame preliminare degli atti di costituzione di società o di acquisizione di partecipazioni, ex art. 5, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 175 del 2016 (cfr., per es., Sezioni riunite, deliberazioni n. 16/2022/QMIG, n. 19/2022/QMIG, n. 19/2023/QMIG e n. 25/2023/QMIG); esame delle relazioni di fine mandato dei sindaci di enti locali (cfr., per es., Sezione autonomie, deliberazioni n. 15/205/QMIG, n. 18/2021/QMIG); etc.

società o di acquisizione di una partecipazione (diretta o indiretta)<sup>(35)</sup> sia trasmesso dall'amministrazione pubblica procedente (come definita dall'art. 2, comma 1, lett. a), del TUSP, fra cui regioni e province autonome) all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri attribuiti dall'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287<sup>(36)</sup>, e alla Corte dei conti, che deve deliberare, entro il termine di sessanta giorni, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del medesimo articolo 5, nonché dagli articoli 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

Il successivo comma 4 dispone che, per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali, sono competenti le Sezioni riunite in sede di controllo; per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, la sezione regionale di controllo; per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259, la Sezione del controllo sugli enti.

La novella normativa precisa che, qualora la Corte dei conti non si pronunci entro il termine prescritto di sessanta giorni, l'amministrazione possa procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione<sup>(37)</sup>. In caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'amministrazione pubblica interessata ritenga di procedere egualmente, la stessa è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi e a darne pubblicità nel proprio sito *internet* istituzionale.

La modifica apportata all'art. 5 del TUSP ad opera della legge n. 118 del 2022 ha investito, pertanto, l'esame svolto dalla Corte dei conti sugli atti di costituzione di una nuova società ovvero di acquisizione di una partecipazione in società già esistente, da parte di una pubblica amministrazione.

L'esercizio dell'autonomia contrattuale da parte di un soggetto pubblico attraverso il diritto societario, sia in fase di creazione di un nuovo soggetto che di acquisizione di una partecipazione in un'entità già esistente, è un processo che si articola, come noto, in due fasi: la prima ha carattere pubblicistico, ed è finalizzata a pervenire alla determinazione della volontà dell'ente di acquisire la veste di socio; la seconda, avente

---

35 In punto di delimitazione oggettiva della funzione in parola, le Sezioni riunite in sede di controllo, nella deliberazione n. 19/2022/QMIG, in riscontro a richiesta di pronunciamento di orientamento generale, avanzata dalla Sezione regionale di controllo per la Toscana (deliberazione n. 196/2022/QMIG), hanno ritenuto che *"l'esame degli atti deliberativi di costituzione di società o di acquisizione di partecipazioni societarie da parte delle competenti Sezioni della Corte dei conti, prescritto dai commi 3 e 4 dell'art. 5 del d.lgs. n. 175 del 2016, non riguarda le operazioni di trasformazione fra tipi societari, di fusione e di sottoscrizione di aumento di capitale sociale quando non comporti anche l'acquisto della posizione di socio"*.

Le medesime Sezioni riunite, nella deliberazione n. 19/2023/QMIG, in riscontro ad analoga istanza, avanzata dalla Sezione regionale di controllo per la Campania (deliberazione n. 116/2023/QMIG), hanno chiarito che *"fermi restando gli altri poteri di controllo attribuiti dall'ordinamento alla Corte dei conti, gli atti approvativi di trasferimenti straordinari a favore di società partecipate in perdita da oltre tre esercizi, adottati dalle amministrazioni pubbliche socie ai sensi dell'art. 14, comma 5, del d.lgs. n. 175 del 2016, non rientrano nel perimetro applicativo della procedura di esame preliminare da parte delle competenti Sezioni della Corte dei conti, prescritta dai commi 3 e 4 dell'art. 5 del d.lgs. n. 175 del 2016, che riguarda i soli atti di costituzione di società o di acquisto di partecipazioni (anche in conseguenza della sottoscrizione di aumenti di capitale, quanto comporti anche l'acquisto della posizione di socio)"*.

36 In base al comma 1 della ridetta disposizione di legge, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. Inoltre, in virtù del comma 2, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni (ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104).

37 Sempre il comma 4 puntualizza che la segreteria della Sezione competente trasmette il parere, entro cinque giorni dal deposito, all'amministrazione pubblica interessata, la quale è tenuta a pubblicarlo entro cinque giorni sul proprio sito *internet* istituzionale.

rilevanza privatistica, è volta a dare attuazione alla determinazione amministrativamente assunta, attraverso gli strumenti del diritto societario (quali l'atto costitutivo e lo statuto, il contratto di acquisto della partecipazione, etc.)<sup>(38)</sup>.

La funzione attribuita alla Corte dei conti dalla novella legislativa si colloca nel passaggio tra le due fasi, con l'intento di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta dell'amministrazione, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato; ciò in ragione delle rilevanti conseguenze che la nascita di un nuovo soggetto societario o l'intervento pubblico in una realtà già esistente determina sotto molteplici profili<sup>(39)</sup>. In questa prospettiva, gli interventi legislativi in materia di società partecipate si inquadrano nel novero delle politiche di *spending review*, con l'obiettivo di assicurare una razionalizzazione e più efficiente gestione delle partecipazioni, al fine di ridurre il costo per i bilanci pubblici (Corte cost., sentenza n. 194/2020)<sup>(40)</sup>.

È alla luce di tale inquadramento che assumono significato le disposizioni dell'art. 5 TUSP, le quali, già nella formulazione originaria, impongono all'amministrazione un rigoroso onere di motivazione analitica dell'atto, da sottoporre anche all'esame della Corte dei conti al fine di intercettare tempestivamente eventuali irregolarità (anticipando valutazioni che potrebbero emergere in sede di controllo sui piani di razionalizzazione, ex art. 20 TUSP).

-5.1: L'intervento normativo delinea i parametri di riferimento, la procedura e gli esiti della nuova funzione assegnata alla Corte dei conti. In ordine ai primi, il richiamo, effettuato dall'art. 5, comma 3, TUSP, ai precedenti commi 1 e 2 richiede che la Corte dei conti verifichi che il provvedimento adottato dall'amministrazione contenga un'analitica motivazione in ordine a: *a*) necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali (come declinate dal precedente art. 4); *b*) ragioni e finalità che giustificano la scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato; *c*) compatibilità con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa; *d*) assenza di contrasto con le norme dei Trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.

Inoltre, la Corte dei conti deve valutare la conformità della delibera inviata a quanto disposto dagli articoli 4, 7 e 8 del d.lgs. n. 175 del 2016, con particolare riguardo alla "sostenibilità finanziaria" e alla "compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa".

L'impianto normativo<sup>(41)</sup> evidenzia, pertanto, in primo luogo, come gravi sull'amministrazione procedente l'onere di inserire, nelle motivazioni della delibera di costituzione

38 Tale distinzione costituisce *ius receptum* nella giurisprudenza sia della Corte di Cassazione (ordinanze n. 5424/2021 e n. 21588/2013, nonché sentenza n. 30167/2011) che del giudice amministrativo (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 7030/2018), rappresentando anche il punto di confine tra le due giurisdizioni, essendo rimesso al giudice amministrativo il controllo giudiziale della prima fase, al giudice ordinario la seconda, avente natura privatistica.

39 Come anche evidenziato da Corte cost. n. 227/2020. Si pensi, al riguardo, alle conseguenze che la mancanza o l'invalidità dell'atto amministrativo di autorizzazione alla costituzione/acquisizione produce in termini di nullità, ex art. 2332 cod. civ., della società, ove riguardi una partecipazione essenziale ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale (cfr. art. 7, comma 6, TUSP) ovvero in termini di inefficacia del contratto di acquisto della partecipazione (cfr. art. 8, comma 2, TUSP). Per altro verso, l'intervento pubblico in una realtà societaria rischia di alterare il meccanismo concorrenziale del mercato (Corte costituzionale sentenza n. 251/2016) e si riverbera sulla finanza pubblica, impegnando risorse derivanti dal bilancio delle amministrazioni socie.

40 L'art. 1 del TUSP prevede che le proprie disposizioni "sono applicate avendo riguardo all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa", puntando a contrastare l'aumento ingiustificato del ricorso alle partecipazioni societarie pubbliche, le cui eventuali inefficienze gestionali vanno a gravare, in ultima analisi, sui bilanci degli enti partecipanti (cfr., anche, Corte costituzionale, n. 86/2022).

41 Già oggetto di esame, nel corso dell'iter parlamentare, da parte delle Sezioni riunite in sede di controllo, cfr. deliberazione n. 1/SSRRCO/AUD/22, "Memoria sul disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021".

della società (o di acquisto di una partecipazione) o negli allegati, gli elementi, in particolare economico-finanziari, che rendano possibile la verifica di conformità dell'atto ai sopra riferiti parametri normativi.

La novella ha precisato, poi, sul piano procedurale, i termini entro i quali la Corte dei conti deve esaminare la delibera (sessanta giorni) e le modalità di comunicazione all'amministrazione dell'esito finale della verifica, nonché gli obblighi di pubblicazione imposti a quest'ultima.

Infine, il legislatore è intervenuto sugli esiti della funzione attribuita alla magistratura contabile, prevedendo, da un lato, che l'amministrazione pubblica, in caso di mancato pronunciamento entro sessanta giorni, possa procedere alla costituzione o all'acquisizione della società e, dall'altro, che, in caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'amministrazione intenda proseguire egualmente, è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali ritenga di discostarsene e a darne pubblicità nel proprio sito internet istituzionale.

-5.2: In ordine alla natura ed agli esiti della nuova funzione, le Sezioni riunite in sede di controllo, nella deliberazione n. 16/2022/QMIG, hanno avuto modo di evidenziare che, mentre il novellato comma 3 dell'art. 5 ha qualificato l'esito finale dell'esame della Corte dei conti in termini di "pronuncia"<sup>(42)</sup>, il comma 4 fa riferimento ad un "parere", accentuando la natura consultiva, piuttosto che di controllo, di questa nuova funzione affidata alla Corte.

L'art. 5, comma 3, invero, prevede che la Corte dei conti si pronunci "in ordine alla conformità dell'atto" ai parametri individuati dal legislatore (sopra elencati), richiamando elementi propri del controllo successivo di regolarità/legittimità su atti, già evidenziata, anche con riferimento ad altre funzioni attribuite dal Testo unico delle società pubbliche, dalle Sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione (sentenze n. 16/2019/EL, n. 17/2019/EL e n. 25/2019/EL) e, in seguito, anche dalle Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 19/2020/REF<sup>(43)</sup>).

Tuttavia, la pronuncia che conclude tale attività viene denominata "parere". Tale qualificazione presenta profili non del tutto in linea con la, già esaminata, disciplina della generale funzione consultiva attribuita alla Corte dei conti (art. 7, comma 8, legge n. 131 del 2003), in virtù della quale gli enti territoriali possono chiedere pareri in materia di contabilità pubblica in ordine all'interpretazione, generale e astratta, di norme contabili e finanziarie (cfr., per tutte, Sezioni riunite, deliberazione n. 54/2010/QMIG<sup>(44)</sup>).

Inoltre, per l'espressione del parere da parte della magistratura contabile, è necessario che l'attività (amministrativa o negoziale), oggetto dell'istanza non sia stata posta in essere dall'amministrazione richiedente, essendo la funzione consultiva strumentale all'adozione, successiva, di atti regolari dal punto di vista contabile (e del rispetto delle norme di finanza pubblica); la stessa non può portare, invece, ad avvallare *ex post* scelte già compiute, estrinsecanti in atti già perfezionati o contratti già stipulati (cfr., per

42 Aderente alla proposta effettuata dalle Sezioni riunite in sede di controllo nella citata audizione presso la Commissione parlamentare competente (cfr. deliberazione n. 1/2022/AUD).

43 Può farsi rinvio, altresì, alla deliberazione n. 12/2021/PARI, approvativa della relazione allegata al giudizio di parifica del rendiconto dello Stato per l'esercizio 2020.

44 Come detto in precedenza, anche la nuova funzione, che l'art. 46 legge 23 dicembre 2021, n. 238 (rubricato "sviluppo della funzione consultiva") intesta alle Sezioni riunite in sede consultiva, sembra avere, quale presupposto legittimante l'istanza, la presenza di "fattispecie di valore complessivo non inferiore a un milione di euro" (riferite alle risorse stanziati dal PNRR e ai fondi ad esso complementari), ma, quale contenuto, la resa di un parere nelle "materie di contabilità pubblica", afferente, alla luce dell'analoga formulazione letterale, all'interpretazione, generale e astratta, di norme del diritto contabile o finanziario, potenzialmente applicabili alla fattispecie prospettata.

esempio, Sezione delle autonomie, deliberazione n. 17/2020/QMIG<sup>(45)</sup>).

La richiamata attività consultiva, peraltro, non prevede termini per il suo esercizio, a differenza di quanto prescritto dal novellato art. 5, commi 3 e 4, TUSP.

Il pronunciamento richiesto, come prospettato dalle Sezioni remittenti, sembrerebbe presentare punti di contatto con le procedure, i tempi e gli effetti (in caso di superamento del termine) del controllo preventivo di legittimità. Tuttavia, in assenza di una espressa previsione in tal senso, non appare possibile ricondurre la nuova funzione a quest'ultimo, puntualmente disciplinato in ordine a tipologia (tassativa) di atti assoggettati, autorità emanante, procedura istruttoria, termini ed esiti (art. 3 legge n. 20 del 1994 e norme ivi richiamate, su tutte artt. 17, e seguenti, del Regio Decreto 12 luglio 1934, n. 1214). Peraltro, il controllo preventivo di legittimità interviene su un atto già perfetto, ma non efficace, mentre, nel caso di specie, l'esame appare incentrato su un atto già perfetto ed efficace, per il quale sussiste, nel lasso temporale concesso alla Corte per l'esame, e al massimo per sessanta giorni, un impedimento temporaneo alla sua esecuzione (stipula del contratto di costituzione societaria o di acquisto di partecipazioni)<sup>(46)</sup>.

Nel senso dell'attrazione alla funzione di controllo concorrono vari elementi. In primo luogo, può richiamarsi la rubrica dell'art. 12 della legge n. 118 del 2022 ("*Modifica della disciplina dei controlli sulle società a partecipazione pubblica*") e in tali termini si esprimeva anche la relazione illustrativa all'iniziale disegno di legge. In secondo luogo, in base alla novella normativa, il pronunciamento della Corte dei conti interviene non prima (come per l'attività consultiva), ma dopo che l'amministrazione abbia perfezionato l'atto deliberativo (di costituzione o di acquisizione della partecipazione), per la traduzione del quale, nelle forme del diritto societario, tuttavia, la legge richiede il decorso di un predeterminato lasso temporale (sessanta giorni) funzionale all'esame da parte della Corte dei conti. La disciplina introdotta dalla legge n. 118 del 2022, inoltre, va letta in chiave sistematica, considerando il complessivo ruolo assegnato alla Corte dei conti in materia di società a partecipazione pubblica: quest'ultima è chiamata a pronunciarsi, esercitando funzioni di controllo, fra gli altri, sulle revisioni periodiche ex art. 20 TUSP<sup>(47)</sup>.

Coerentemente la citata deliberazione delle Sezioni riunite in sede di controllo n. 1//AUD/2022 (paragrafi 3.3 e 3.4) aveva ricondotto la funzione nell'ambito dell'attività di controllo<sup>(48)</sup>.

Tuttavia, l'espressa qualificazione della pronuncia della Corte dei conti, da parte del legislatore, quale "*parere*" ha conferito una fisionomia atipica ad una attività di controllo su un atto specifico, di cui la norma individua anche i parametri di riferimento. Tale qualificazione appare, invero, funzionale all'obiettivo del legislatore di ottenere un vaglio tempestivo, da parte della Corte dei conti, sull'operazione di costituzione o acquisto della partecipazione societaria, senza, tuttavia, attribuirvi effetti preclusivi (diversamente da quanto sarebbe accaduto in caso di richiamo agli schemi tipici del controllo preventivo di legittimità o al successivo con effetti interdittivi).

Infatti, da un lato, il pronunciamento della Corte dei conti deve intervenire entro un arco temporale predeterminato (sessanta giorni), con facoltà, in difetto, per l'ammini-

45 Nonché la costante giurisprudenza delle sezioni regionali di controllo (per tutte, Lombardia, deliberazioni n. 62, 290 e 421/2016/PAR).

46 Per la differenza fra efficacia ed esecutività può farsi rinvio all'art. 21-*quater*, c. 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241.

47 Nonché, in precedenza, sulla razionalizzazione straordinaria ex art. 24 TUSP.

48 Anche in vigenza dell'abrogato articolo 3, commi 27 e 28, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, la verifica sugli atti di costituzione o acquisizione di partecipazioni societarie era stata qualificata in termini di controllo (cfr., per esempio, SRC Lombardia n. 44/2012/PRSE, n. 263/2011/PRSE e n. 830/2011/PRSE).



strazione di procedere ugualmente; dall'altro, ove il parere della Corte dei conti sia “*in tutto o in parte negativo*”, l'amministrazione, previo onere di motivazione rafforzata (“*analitica*”), può ugualmente costituire la società o acquisire la partecipazione.

In conclusione, le Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 16/202/QMIG) hanno ritenuto che la procedura prevista dall'art. 5, commi 3 e 4, TUSP postula l'espletamento di una peculiare attività di controllo, di cui il legislatore individua i tempi, i parametri di riferimento e gli esiti.

-5.3: Circa gli aspetti procedurali sempre le Sezioni riunite, nella medesima delibera nomofilattica, hanno evidenziato come la novella normativa non preveda, espressamente, la necessità di attività istruttoria, né, di conseguenza, contempla ipotesi di sospensione del termine prescritto per l'esame.

In proposito, è stato sottolineato come la mancata previsione di attività istruttoria risulterebbe conforme alle modalità di espletamento della funzione consultiva, che, alla luce delle costanti pronunce intervenute sull'art. 7, comma 8, della legge n. 131 del 2003, verte sull'interpretazione di norme contabili riferite a fattispecie astratte e generali<sup>(49)</sup>.

Tale ricostruzione non appare, tuttavia, in linea con quanto previsto dall'art. 5, comma 3, del TUSP, che incentra l'esame su atti specifici già perfezionati (le delibere di costituzione o acquisizione di partecipazioni societarie), individuandone, altresì, a differenza della generale funzione consultiva, i parametri di riferimento e gli effetti collegati all'esito valutativo.

La mancata espressa previsione normativa non esclude che l'esercizio della funzione in esame sia attuata nel rispetto del principio generale del contraddittorio; infatti, proprio in considerazione delle conseguenze, dirette e indirette, del pronunciamento della Corte, l'interlocazione con l'amministrazione e/o la richiesta di eventuale integrazione documentale appaiono funzionali ad acquisire i pertinenti elementi valutativi, in particolare nei casi in cui gli atti trasmessi non siano sufficientemente corredati dei dati necessari all'esame<sup>(50)</sup>.

Il perimetro della documentazione che deve essere inviata alla Corte dei conti ai fini del prescritto esame è delineato dal contenuto motivazionale dell'atto deliberativo. Ove la competente Sezione della Corte ritenga la documentazione trasmessa non completa o non chiara ovvero di dover acquisire ulteriori elementi al fine di valutare la ricorrenza dei requisiti prescritti dalla legge (in particolare, di sostenibilità finanziaria o di coerenza della scelta con i principi di efficacia, efficienza ed economicità) può chiedere, in sede istruttoria, ulteriori atti e/o delucidazioni; a tal fine, la Sezione deve individuare i tempi di riscontro, che – per esigenze di compatibilità con la scadenza del termine di legge - possono essere di durata breve (vertendo, peraltro, su elementi informativi che dovrebbero essere già a disposizione dell'amministrazione procedente).

-5.4: Altro aspetto oggetto di dubbio interpretativo riguarda i casi in cui l'attivazione della funzione di cui all'art. 5 TUSP avvenga dopo che l'acquisto della partecipazione (o la costituzione societaria) sia stato definito in sede negoziale. Le Sezioni riunite in sede di controllo, nella delibera n. 16/2022/QMIG, hanno evidenziato come la fattispecie prospettata presenti caratteri eccentrici rispetto al modello procedurale prefigurato dal legislatore. La novella normativa prevede, infatti, che l'amministrazione sia tenuta ad inviare l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione

49 Anche se non è infrequente che la Corte dei conti, nell'ambito di altre funzioni consultive attribuite dall'ordinamento, si pronunci richiedendo chiarimenti prima di emettere il parere.

50 Sul punto, va peraltro puntualizzato che l'art. 3, comma 8, della legge n. 20 del 1994 conferisce un potere generalizzato alla Corte dei conti di richiedere alle amministrazioni pubbliche ed agli organi di controllo interno qualsiasi atto o notizia che sia strumentale all'espletamento dei propri compiti di controllo (cfr. anche art. 16 del r.d. n. 1214 del 1934).

della partecipazione alla Corte dei conti, che deve pronunciarsi entro sessanta giorni dal ricevimento. Tuttavia, in caso di decorso infruttuoso del ridetto termine, l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione. La verifica della Corte dei conti interviene, pertanto, su un provvedimento già perfetto, che, per poter essere eseguito, mediante la stipula dell'atto negoziale di costituzione o di acquisto, necessita del vaglio positivo della magistratura contabile ovvero del decorso infruttuoso del termine assegnato.

Risulta, pertanto, estranea al disposto normativo di cui al novellato art. 5 del TUSP la fattispecie dell'invio alla Corte dei conti di un provvedimento perfetto e già eseguito, mediante la stipula dell'atto negoziale. In proposito, va ribadito che la qualificazione legislativa in termini di "parere" dell'esito conclusivo della procedura di verifica esclude il carattere interdittivo del controllo operato dalla Corte. La novella normativa, infatti, dispone espressamente che, in caso di valutazione in tutto o in parte negativa, ove l'amministrazione pubblica può procedere egualmente, motivando analiticamente le ragioni per le quali ritenga di discostarsi dal parere.

L'invio di un provvedimento di acquisizione di partecipazione societaria già eseguito (con la stipula del negozio civilistico di costituzione o acquisizione) non consente, pertanto, l'esercizio dei poteri di verifica preliminare, da parte della Corte dei conti, secondo la procedura ed i tempi prescritti dall'art. 5, commi 3 e 4, TUSP, né l'esito può sfociare, in caso di valutazione negativa, nell'onere per l'amministrazione di motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi, avendo quest'ultima già stipulato il negozio di costituzione o acquisto.

Di conseguenza, in questa ipotesi (eccentrica rispetto allo schema prefigurato dal legislatore), la verifica della Corte dei conti non può essere eseguita secondo la procedura, i parametri e gli esiti indicati dall'art. 5, commi 3 e 4, del TUSP, venendone a mancare il presupposto a fondamento. Ferma restando l'emersione, secondo le regole ordinarie, di eventuali ipotesi di responsabilità, l'esame degli atti di costituzione o acquisizione di partecipazioni societarie potrà comunque essere effettuato nell'esercizio delle altre funzioni di controllo attribuite dalla legge, in primo luogo quella vertente sugli annuali piani periodici di revisione (art. 20 TUSP).

L'esame successivo di tali atti, inoltre, può essere espletato in occasione degli obblighi di referto annuale cui sono tenute, per legge, alcune sezioni della Corte<sup>(51)</sup> ovvero, ancora, in sede di controllo di legalità finanziaria sui bilanci preventivi e rendiconti consuntivi di enti territoriali e del servizio sanitario nazionale (che, ai sensi dell'art. 148-bis del d.lgs. n. 267 del 2000 e dell'art. 1, comma 4, del citato d.l. n. 174 del 2012, presuppongono la valutazione degli effetti dei risultati economici della società sulla gestione economico-finanziaria dell'ente socio).

Infine, un ulteriore momento di analisi può essere costituito dai giudizi di parifica del rendiconto dello Stato e delle regioni (artt. 39, 40 e 41 del regio decreto n. 1214 del 1934 e art. 1, comma 5, d.l. n. 174 del 2012), che, tradizionalmente, dedicano apposito capitolo alla valutazione della gestione delle partecipazioni societarie.

-5.5: Tra i profili di carattere economico-finanziario che, in base all'art. 5, devono integrare il tessuto motivazionale degli atti in questione, un ruolo centrale – nonché preliminare rispetto agli ulteriori ambiti valutativi – è rivestito dal concetto di sostenibilità finanziaria (costituente uno dei parametri su cui si incentra, secondo il legislatore, l'attività di verifica della Corte dei conti).

Traslato nel campo degli investimenti societari, il ridetto parametro assume una duplice accezione: una di tipo oggettivo, concernente le caratteristiche proprie dell'o-

<sup>51</sup> Fra tutte, la Sezione di controllo sugli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, *ex lege* 21 marzo 1958, n. 259.

perazione di investimento che l'amministrazione intende effettuare; l'altra di carattere soggettivo, tesa a ponderarne gli effetti in relazione alla situazione finanziaria specifica dell'ente pubblico.

Sotto il primo versante, la sostenibilità finanziaria si riferisce alla capacità della società di garantire, in un adeguato lasso temporale, l'equilibrio economico-finanziario attraverso l'esercizio delle attività che ne costituiscono l'oggetto sociale.

Nel caso delle società a partecipazione pubblica, poi, la valutazione della sostenibilità finanziaria prospettica, intesa come idoneità a preservare l'equilibrio tra ricavi e costi, assume rilievo particolarmente pregnante, stanti le rigide limitazioni imposte dall'art. 14 TUSP al socio pubblico con riguardo agli interventi di sostegno finanziario alle società partecipate in protratta perdita d'esercizio, in virtù dei limiti al soccorso finanziario, ampiamente sviluppati dalla giurisprudenza contabile<sup>(52)</sup>.

La sostenibilità finanziaria sul piano oggettivo deve essere scandagliata dall'amministrazione pubblica, nell'ambito del proprio *iter* istruttorio, facendo ricorso agli strumenti messi a disposizione dalle scienze aziendalistiche. Tra di essi, senza pretesa di esaustività, va richiamata la necessità che l'atto deliberativo di costituzione societaria o di acquisizione di partecipazioni sia suffragato dallo sviluppo di un adeguato *business plan* (o di forme analoghe di analisi di fattibilità) dell'attività di impresa che si intende avviare o proseguire.

In questo quadro, il principio di prudenza richiama l'opportunità, altresì, di integrare l'analisi con l'individuazione dei rischi principali legati all'iniziativa, in grado di incidere sulle proiezioni economico-finanziarie. Ciò consente, attraverso l'analisi di sensitività, di definire anche scenari alternativi, più avversi rispetto a quello base utilizzato per le previsioni, mettendone in luce le conseguenze sulle stime effettuate.

Sotto il secondo profilo, come accennato, la sostenibilità finanziaria dell'operazione deve essere valutata con riguardo alla situazione specifica dell'amministrazione procedente. Dovrà, in tale sede, darsi conto della compatibilità degli investimenti finanziari iniziali e dei successivi trasferimenti eventualmente previsti con gli strumenti di bilancio, tenendo anche conto dei profili di onerosità indiretta eventualmente scaturenti dall'acquisizione della qualifica di socio, ad esempio quelli di carattere organizzativo per l'esercizio delle ordinarie funzioni di controllo<sup>(53)</sup>. In questo ambito, le amministrazioni territoriali devono considerare anche gli accantonamenti che sono tenute a stanziare, ai sensi dell'art. 21 del TUSP, a fronte di eventuali perdite negli esercizi successivi a quello di costituzione della società o acquisizione della partecipazione.

-5.6: Accanto alla sostenibilità finanziaria, la motivazione analitica dell'atto deliberativo deve esternare le ragioni di convenienza economica sottese alla scelta di fare ricorso allo strumento societario. Tale valutazione implica che la motivazione dia conto sia della funzionalità della soluzione rispetto alle esigenze e agli obiettivi dell'amministrazione (profilo dell'efficacia) e del corretto impiego delle risorse pubbliche (ottica dell'efficienza ed economicità). In merito al primo versante, la motivazione deve rendere note le finalità perseguite mediante lo strumento societario, non solo sotto il profilo della redditività del capitale investito, ma anche con riguardo ai vantaggi conseguibili in termini di obiettivi di *policy*, eventualmente sintetizzabili in indicatori di *output* e *outcome*. Quanto al secondo profilo, è lo stesso art. 5, c. 1, del TUSP ad esplicitare i termini della valutazione, che dovrà avere ad oggetto il confronto con altre soluzioni gestionali, come la gestione diretta oppure la completa esternalizzazione (comparando i benefici e i costi attualizzati delle singole soluzioni possibili).

Si tratta, si precisa, di contenuto motivazionale rimesso, nel rispetto dei paletti po-

52 *Ex multis* Corte conti sez. controllo per la Lombardia, n. 753/2010/PAR.

53 Si pensi, a titolo esemplificativo, per gli enti locali, agli obblighi imposti dall'art. 147-*quater* del TUEL.

sti dal legislatore nei commi 1 e 2 dell'art. 5, alla discrezionalità delle singole amministrazioni, che, come chiarito nella citata pronuncia nomofilattica delle Sezioni riunite n. 16/2022/QMIG, non devono osservare prestabiliti oneri formali, né uno schema predeterminato nel provvedimento. Tantomeno, hanno l'obbligo di accompagnare l'invio della delibera alle sezioni della Corte dei conti con relazioni o evidenze istruttorie prestabilite. La valutazione di conformità, da parte delle competenti sezioni della Corte dei conti ha ad oggetto, infatti, la completezza e l'adeguatezza del contenuto motivazionale della delibera adottata dall'ente locale, desumibile, come da regola generale (art. 3 legge n. 241 del 1990), anche da atti richiamati da quest'ultima (primi fra tutti, eventuali allegati).



# L'elemento soggettivo nella responsabilità per danno erariale: il funzionario pubblico al servizio della buona amministrazione

DI ADELISA CORSETTI

Il Magistrato al servizio delle Istituzioni. Nel caso di Fabio Viola non è una formula di stile. È un Collega che può essere portato ad esempio da seguire, per i più giovani, per l'impegno, la caparbietà, il rigore e lo spirito di servizio che ha profuso nell'esercizio delle funzioni istituzionali.

È maggiormente conosciuto il suo impegno nell'ambito del controllo benché egli abbia lavorato anche in area giurisdizione, avendo, quindi, piena consapevolezza della distinzione tra le funzioni (ciascuna regolata da un plesso di norme a sé e riconducibile, rispettivamente, agli artt. 100 e 103 Cost.) ma anche delle importanti correlazioni tra le stesse. L'impegno di Fabio Viola è stato notevole anche nell'Associazione magistrati Corte dei conti (e nelle correlate attività della c.d. Intermagistratura, avendo coltivato proficui rapporti con i rappresentanti delle magistrature consorelle), ove Fabio è stato mosso dagli stessi intenti. Lo abbiamo tutti conosciuto e apprezzato per la capacità straordinaria di offrire soluzioni condivise e di unire, nel rispetto delle opinioni altrui. Ed è vero, come è stato appena ricordato, che il modello Fabio Viola è inarrivabile, che la persona è infungibile, ma siamo qui per dare continuità al suo lavoro, con umiltà e cercando di fare ciascuno del proprio meglio.

SERVIZIO (verso la collettività e anche per la nostra piccola comunità) è la parola che meglio rappresenta il lavoro svolto dall'uomo che oggi vogliamo ricordare. E il pensiero corre, per associazione di idee, all'art. 54 Cost. ossia alla disciplina ed onore con la quale i cittadini sono tenuti ad adempiere alle funzioni pubbliche.

ONORE è una parola bellissima e al tempo stesso rara, è un "*Hapax*" che in greco significa "detto una sola volta", in questo caso nella Costituzione, nell'art. 54 Cost.

E, ancora, procedendo per associazioni di idee, l'onore di esercitare funzioni pubbliche, tra cui rientrano quelle magistratuali, si ricollega al principio di BUON ANDAMENTO della P.A. di cui all'art. 97 Cost., allo scopo di fare bene nell'interesse della collettività, di lavorare per il bene pubblico.

Il tema dell'esercizio delle funzioni pubbliche, a sua volta, ci porta al tema della responsabilità poiché, come affermato dalla Corte Suprema di Cassazione (SS.UU. 2370/2023) "*nel sistema costituzionale non vi è potere senza responsabilità*". E infatti, l'art. 28 Cost. stabilisce la responsabilità diretta dei funzionari e dei dipendenti dello Stato e degli enti pubblici, "*secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti*".

Ed è anche questo un *link* tra controllo e giurisdizione, due funzioni che fortunatamente si sommano nella magistratura contabile, che vede e diffonde ai controllati le regole di buona amministrazione e, in casi specifici, accerta le responsabilità individuali.

Sappiamo che può essere difficile lavorare per una P.A., che la burocrazia è fatta di regole farraginose che possono rendere tortuoso l'agire amministrativo e causare inefficienza e, proprio per questo, l'ordinamento, in epoca ben precedente alla promulgazione della nostra Costituzione, ha immaginato un regime di RESPONSABILITÀ PER DANNO ERARIALE più favorevole di quello previsto dal diritto comune, affidandone la cognizione a un giudice specializzato, che conosce l'amministrazione e può disporre

quanta parte del danno deve restare a carico dell'ente danneggiato.

La responsabilità per COLPA GRAVE di chi esercita potestà pubbliche è il punto di equilibrio che tiene conto di queste difficoltà, che sono le vere emergenze sulle quali il legislatore è chiamato ad intervenire, per semplificare una normativa complessa e talora difficilmente intellegibile.

Dove vengono in considerazione interessi privati e il rapporto con il mondo delle imprese, è sovente il richiamo al principio della FIDUCIA, immanente in tutte le relazioni giuridiche a partire dalle norme comuni (art. 1366 c.c.). Proprio nell'art. 2 del Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici) troviamo un esempio virtuoso della sintesi tra il principio della "fiducia" (flessibilità e discrezionalità) e quello della "responsabilità". Nella relazione al Codice dei contratti è scritto che non si tratta di "regalare la fiducia" a funzionari che non la meritano, né di incidere sull'intensità del sindacato giurisdizionale. Infatti, nello stesso art. 2 è definito (e perimetrato secondo il diritto vivente) il concetto di colpa grave, per sottolineare che il principio della fiducia non può essere disgiunto da quello della "responsabilità".

La COLPA GRAVE è il coefficiente minimo di imputazione della responsabilità per danno all'erario, venendo in considerazione, il dolo, soltanto nelle condotte colorate da volontarietà della produzione dell'evento dannoso, tenuto conto che l'illecito contabile può essere associato alla commissione di reati. La colpa grave è il *core business* dell'azione amministrativa contabile, che viene esercitata in caso di mancato rispetto dei canoni di buona amministrazione (si parla talora di *malagestio*). Semplificando al massimo, si può dire che l'istituto della colpa grave sia funzionale al rispetto dei canoni dell'art. 97 Cost..

A fronte di tali limpidi principi, di permanente attualità, non si comprende l'esigenza di "SCUDARE" la responsabilità per danno erariale, né tantomeno quella di prorogarne l'efficacia nel tempo.

Abbassare il livello di guardia sull'illecito amministrativo contabile, come fa l'art. 21 Decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, sulle fattispecie commissive imputabili a titolo di colpa grave, non significa soltanto pregiudicare il risarcimento dell'ente pubblico danneggiato (la reintegrazione patrimoniale del depauperamento subito), bensì indebolire l'azione amministrativa, favorire i funzionari meno preparati e diligenti, abbassare gli *standard* dell'etica pubblica, senza peraltro conseguire gli auspicati vantaggi in termini di accelerazione delle procedure di spesa.

Abbiamo impiegato decenni a realizzare riforme che favorissero l'efficienza dell'azione amministrativa, allo scopo sono state adeguate le procedure di controllo, anche della magistratura contabile, al fine ultimo di orientare le amministrazioni e prevenire le situazioni di danno erariale. Riforme che hanno portato all'istituzione della nuova articolazione della Corte, il Collegio del controllo concomitante presso la Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato (art. 22, D.L. n. 76/2020), ma abbiamo preso atto che il legislatore è velocemente tornato sui suoi passi – con l'art. 1, comma 12-*quinquies*, lett. b), Decreto legge 22 aprile 2023, n. 44 – limitando tale tipologia di controllo ai principali piani, programmi progetti relativi agli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale, "diversi" da quelli previsti o finanziati dal PNRR.

A dimostrazione del fatto che la Corte non è restata immobile nei 160 anni dalla sua istituzione, ma ha assecondato i processi di cambiamento, per favorire l'efficienza della P.A..

Tuttavia, con la richiamata norma temporanea, nata nel periodo emergenziale e ingiustificatamente prorogata, da ultimo fino al 31.12.2024 con il decreto milleproroghe

appena pubblicato<sup>(1)</sup>, il legislatore manda un messaggio di segno opposto.

Benché una responsabilità solo dolosa non sia funzionale ai criteri di buona amministrazione ex art. 97 Cost., l'ordinamento ritiene ora sufficiente non commettere reati, ossia non delinquere. In breve, non è più necessario "fare bene".

L'irragionevolezza della previsione ha giustificato il sospetto di costituzionalità: l'art. 21 è ora al vaglio della Consulta (Sezione giurisdizionale Campania, n. 228/2023).

E questo sotto molti specifici profili: si tratta di una disciplina "piatta" che va a scudare anche la responsabilità dei privati affidatari delle risorse pubbliche (nei cui confronti sono decisamente fuori luogo le preoccupazioni inerenti alla c.d. paura della firma), nonché quelle categorie di funzionari pubblici già soggetti a una disciplina *ad hoc* (es. il personale medico per il quale la legge Gelli-Bianco definisce un particolare regime di limitazione oggettiva del *quantum* risarcibile).

È stato altresì evidenziato che lo svuotamento del regime della responsabilità o, meglio, la fuga dalla responsabilità appare ancor più incredibile nell'attuale momento storico, quando maggiori sono le risorse pubbliche messe in campo grazie al *NEXT GENERATION EU*. E ciò sottolineandone l'incoerenza con il rigido SISTEMA DI CONDIZIONALITÀ posto a livello UE. Al riguardo è sufficiente citare il Regolamento 2020/2092 del Parlamento Europeo e del Consiglio a garanzia degli interessi finanziari dell'UE, oltre all'art. 22 sullo Statuto dei funzionari UE che impone la responsabilità per colpa grave, nonché le c.d. riforme abilitanti che puntano sull'efficientamento della P.A. e alla virtuosità delle gestioni. Solo a titolo esemplificativo, va ricordato che in Francia la "*Loi de finances n. 1900 du 30 décembre 2021 – LOI DE FINANCES POUR LE 2022*", all'art. 168, ha previsto un rafforzamento del regime di responsabilità dei funzionari pubblici, sempre a titolo di colpa grave, in modo da coprire l'insieme delle gestioni pubbliche, per assicurare la fiducia dei cittadini nella gestione della cosa pubblica. Di seguito sono stati adottati un'ordinanza (n. 2022-408 del 23.03.2022) e un decreto (n. 2022-1605 del 22.12.2022)<sup>(2)</sup>. Come sostenuto da Catherine HIRCSH, *Procureure générale près la Cour de comptes*, nello scritto "*La responsabilité des gestionnaires publics*", *Toute liberté suppose responsabilité*<sup>(3)</sup>.

Viene da dubitare, con queste norme, della permanente attualità dei principi costituzionali prima citati, ONORE, BUON ANDAMENTO, RESPONSABILITÀ di chi esercita funzioni pubbliche.

Ma noi siamo Magistrati, e con lo spirito di servizio che abbiamo ammirato in Fabio Viola, lavoriamo a testa bassa per applicare la legge.

Per i danni maturati in epoca successiva al 17.07.2020, la disposizione transitoria dell'art. 21 obbliga le Procure contabili a perseguire le condotte dannose colorate dall'elemento soggettivo del dolo, fatti salvi "*i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente*".

La norma limitativa richiede di distinguere le condotte attive da quelle omissive; il che è suscettibile di alterare l'intero regime della responsabilità amministrativa poiché, in mancanza di fattispecie di condotta tipizzate – sul modello del Codice penale – la norma di riferimento è l'art. 2043 c.c. ("*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*").

Sono, tuttavia, di interesse i primi riscontri giurisprudenziali, dai quali emerge lo

1 Cfr. art. 21, comma 2, Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, come da ultimo modificato dall'art. 8, comma 5-bis, Decreto legge 30 dicembre 2023, n. 215, convertito, con modificazioni, dalla Legge 23 febbraio 2024, n. 18.

2 Cfr. *Légifrance, Décret n. 2022-1605 du 22 décembre 2022 portant application de l'ordonnance n° 2022-408 du 23 mars 2022 relative au régime de responsabilité financière des gestionnaires publics et modifiant diverses dispositions relatives aux comptables publics*.

3 Cfr. C. HIRTSCH, *La responsabilité des gestionnaires publics*, in *La responsabilité, Archives de philosophie du droit*, Dalloz, Tome 63.



sforzo di esaminare le fattispecie in concreto e verificare la sussistenza di un obbligo di vigilanza, verifica o controllo che imponga all'agente di attivarsi, da determinare in base al ruolo rivestito, in concreto, all'interno dell'organizzazione dell'ente.

Si richiama, in particolare, la sentenza della Sezione giurisdizionale Piemonte del 29.12.2023, n. 339, ove si rinviene una fattispecie di condotta "mista" omissiva-commissiva, non espressamente considerata dal legislatore emergenziale.

In presenza di una condotta connotata da due momenti – a) un comportamento omissivo, consistente nella mancata definizione di obiettivi individuali cui correlare la valutazione e la corresponsione dell'emolumento accessorio di risultato; b) una condotta commissiva consistente nell'avvenuto pagamento dell'indennità – è stata individuata come "prevalente" la prima fase (condotta omissiva), rispetto all'effettuato pagamento (condotta commissiva) considerando la sua efficacia causale ai fini della produzione del danno.

È stata così addebitata ai dirigenti la riferita condotta "mista" per aver provveduto alla corresponsione delle indennità in assenza dei presupposti legittimanti che l'Amministrazione comunale, e per essa principalmente il Sindaco e il Segretario comunale, avrebbero dovuto predeterminare.

Altra fattispecie di condanna non impattata dall'art. 21 del D.l. n. 76/2020 è quella giudicata dalla Sezione giurisdizionale App. II del 17.11.2023, n. 356, con la quale è stata affermata la responsabilità di un soggetto che, omettendo di prestare attenzione al segnale di allarme del refrigeratore ove erano custodite dosi massicce di vaccini, ha cagionato un danno all'azienda sanitaria.

Anche a guardare a ritroso, sono molte le fattispecie connotate da condotta "mista" omissiva-commissiva, nelle quali la fase omissiva è assolutamente prevalente e le Procure contabili, a prescindere dall'introduzione dell'art. 21, hanno fatto il salto di qualità svolgendo indagini delicate sulla responsabilità (e/o sulla corresponsabilità) dei soggetti che hanno favorito la dispersione delle risorse pubbliche (es. indebite erogazioni) o che hanno omesso i dovuti controlli sulle procedure di spesa.

Siamo ben consapevoli che la norma dell'art. 21 sia distonica rispetto all'ordinamento costituzionale e al sistema della responsabilità amministrativo contabile, favorendo un ingiustificato salvacondotto a soggetti non meritevoli di fiducia. Per questo, i Vertici istituzionali e anche l'Associazione, nelle cerimonie di inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2024 hanno stigmatizzato l'inopportunità della proroga già accordata sino a tutto l'anno in corso. E si attende il vaglio della Consulta per la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 21.

Cionondimeno, sarebbe errato estendere oltremodo la portata della norma limitativa, di natura eccezionale e pertanto di stretta applicazione.

# L'organizzazione del controllo

DI LUISA D'EVOLI

Il ricordo del collega Fabio Viola è nel cuore di tutti. Come non ricordare la passione che lo ha contraddistinto nell'esercitare ogni funzione e nel vivere ogni ruolo con spirito di assoluto servizio.

È a Fabio se la Corte, durante la pandemia, si è trovata pronta, soprattutto a livello di infrastrutture digitali, per poter garantire un rapido, efficace ed efficiente esercizio delle funzioni da remoto.

Sono sue l'idea e la decisione, anni prima, di lanciare come pioniera, tra tutte le istituzioni, la Corte dei conti nel sistema *cloud*, quando ancora non era diffuso il *cloud* pubblico. Ricordiamo che oggi la migrazione delle P.A. verso il sistema *cloud* costituisce obiettivo prioritario del PNRR.

Ma è a Fabio che va il pensiero quando ragioniamo su ipotesi di riorganizzazione delle funzioni di controllo. Lo vediamo ancora appassionarsi ai temi che ruotano attorno alle sfide più recenti date dal PNRR ma anche attorno all'attualità di leggi di riforma dei controlli che oggi segnano un'esperienza trentennale (il riferimento va alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, richiamata peraltro anche dal decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 per il controllo della Corte dei conti sulle misure e sugli interventi del PNRR).

L'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti trova, ancora oggi, disciplina essenzialmente nel regolamento adottato con deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14 del 16 giugno 2000<sup>(1)</sup>, più volte successivamente modificato in relazione all'evolversi delle attribuzioni di controllo della Corte.

Fabio fu correlatore proprio di quella deliberazione storica.

D'altronde, ancora oggi, il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti costituisce l'archetipo su cui ragionare per ogni eventuale ipotesi di riforma delle attribuzioni della Corte in una logica che veda al futuro senza tradire il passato.

L'attuale disciplina, espressione dell'autonomo potere di organizzazione della Corte dei conti in attuazione dell'art. 4, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20 e

---

1 Sui profili organizzativi delle funzioni di controllo della Corte dei conti v. anche L. D'EVOLI, *Gli organi di controllo e consultivi*, in *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile* a cura di E.F. SCHNITZLER-C. MIRABELLI, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018. Il presente scritto ne costituisce in buona parte un aggiornamento delle considerazioni in quella sede svolte.

dell'art. 3, comma 2, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286<sup>(2)</sup>, costituisce, infatti, il risultato del giustapporsi di discipline ed esperienze sedimentatesi nel tempo.

La riforma del 1994 con la legge n. 20 e le innovazioni sulle attribuzioni di controllo sul sistema delle autonomie operate nel 2003 con la legge n. 131, in attuazione del nuovo Titolo V della Costituzione, come anche gli interventi normativi del 2005, disposti con la legge 23 dicembre 2005, n. 266, ai fini del coordinamento della finanza pubblica, hanno profondamente inciso nell'assetto della Corte dei conti con ricadute rilevanti nella stessa organizzazione funzionale dell'Istituto, portando per un verso all'introduzione di nuovi moduli organizzativi delle funzioni di controllo a livello centrale e per altro verso alla completa regionalizzazione delle funzioni di controllo.

Il modello organizzativo uscito dalla prima stagione di riforme (legge n. 20 del 1994, nel testo modificato dalla legge 1 aprile 1996, n. 239), risultava, a livello centrale, concentrato su un'unica sezione, ripartita in quattro collegi, per il controllo di legittimità sugli atti e sulla gestione delle amministrazioni dello Stato (art. 3, comma 10, della legge n. 20 del 1994), mentre null'altro veniva previsto, a livello di norma primaria, circa le nuove attribuzioni correlate al controllo successivo sui fondi di provenienza comunitaria (art. 3, comma 4, della legge n. 20). Per altro verso veniva confermato, a livello centrale, il prevalente assetto organizzativo relativamente alla Sezione per il controllo sugli enti sovvenzionati dallo Stato istituita, in attuazione dell'art. 100, secondo comma, della Costituzione, dalla legge 21 marzo 1958, n. 259 e relativamente alla Sezione enti locali istituita dal decreto-legge 22 dicembre 1981, n. 786, convertito dalla legge 26 febbraio 1982, n. 51 (art. 3, comma 7, della legge n. 20). A livello decentrato, a fronte delle nuove attribuzioni previste dalla legge n. 20 sulle amministrazioni regionali (art. 3, comma 5), nulla veniva previsto nella fonte primaria circa il relativo assetto organizzativo, mentre veniva implicitamente confermato il prevalente assetto organizzativo dato dalle delegazioni regionali per il controllo preventivo di legittimità sugli atti degli organi decentrati dello Stato<sup>(3)</sup> e dalle sezioni di controllo per le Regioni ad autonomia speciale (Sicilia, Sardegna, Trentino Alto-Adige e Friuli-Venezia Giulia), istituite con norme attuative dei rispettivi statuti regionali<sup>(4)</sup>. Il modello organizzativo a livello centrale e a livello regionale verrà, invero, completato in via regolamentare

---

2 Il potere di autorganizzazione della Corte dei conti, introdotto dall'art. 4, comma 1, della legge n. 20 del 1994, è stato poi rafforzato ed ampliato dall'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 286 del 1999 che, al fine anche di adeguare l'organizzazione delle strutture di controllo della Corte dei conti al sistema dei controlli interni, ha previsto che il numero, la composizione e la sede degli organi della Corte dei conti adibiti a compiti di controllo preventivo su atti o successivo su pubbliche gestioni e degli organi di supporto siano determinati dalla Corte stessa, anche in deroga a prevalenti disposizioni di legge.

Sul senso e la portata del potere di autoregolamentazione della Corte dei conti si veda G. CARBONE, voce *Corte dei conti*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, Milano, Giuffrè, 2000, secondo cui i poteri di autonomia normazione dichiarati dall'art. 4 della legge n. 20 del 1994 costituiscono un riconoscimento dello statuto di autonomia e di indipendenza prescritto dalla Costituzione per la Corte dei conti (489). Dello stesso autore si veda anche *Art. 100*, in G. BRANCA (fondato da), A. PIZZORUSO (continuato da), *Commentario della Costituzione. Gli organi ausiliari. Art. 99-100*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il foro italiano, 1994, 64 ss. In senso analogo si veda G. D'AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo, Diritto Amministrativo Generale*, tomo II, Milano, Giuffrè, 2000, secondo cui l'ampia autonomia regolamentare riconosciuta dall'art. 4 della legge n. 20 del 1994 avrebbe "dato attuazione, per la prima volta, ad un altro precetto costituzionale rimasto a lungo ignorato: quello che assicura l'«indipendenza» nei confronti del governo, non solo dei magistrati della Corte dei conti, ma anche della Corte in quanto «Istituto», rinviando alla legge la definizione delle forme e dei modi per rendere effettiva tale indipendenza (art. 100, comma 3, cost.)" (1287).

3 Le delegazioni regionali, come gli uffici di controllo centrali sugli atti del governo e delle amministrazioni dello Stato, costituivano articolazioni della Sezione centrale di controllo.

4 Per la Regione Siciliana e per la Sardegna le relative norme attuative degli statuti regionali (rispettivamente artt. 6 e 7 del decreto legislativo 6 maggio 1948, n. 655 e artt. 4 e 8 della legge 8 ottobre 1984, n. 658) hanno previsto anche l'istituzione di sezioni riunite con competenza limitata ai giudizi di parificazione dei rendiconti regionali e, solo per la Sicilia, per l'esercizio anche delle attribuzioni previste dall'art. 25 del T.U. n. 1214 del 1934 (esame delle richieste di registrazione con riserva degli atti amministrativi regionali per i quali sia stato ricusato il visto dalla sezione regionale in sede di controllo preventivo di legittimità).

dalla Corte dei conti solo a giugno 1997, a distanza di oltre tre anni dalla riforma, con l'istituzione della Sezione di controllo per gli affari comunitari ed internazionali e dei Collegi regionali di controllo<sup>(5)</sup>.

L'occasione offerta dall'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 286 del 1999 di poter esercitare l'autonomia regolamentare anche in deroga a norme primarie di legge consentirà di approdare, poi, al regolamento del 2000 con una visione organica dei controlli allora vigenti. Di qui la scelta di istituire sezioni regionali di controllo in ciascuna regione a statuto ordinario in un disegno di maggiore coerenza con lo spirito della riforma del 1994 e con i valori costituzionali in essa sottesi ed affermati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 29 del 1995 (artt. 81, 119 e 97 Cost.)<sup>(6)</sup>. Le nuove sezioni regionali, non concepite come articolazioni decentrate della sezione centrale del controllo, assorbiranno le competenze, in materia di controllo sulla gestione e di controllo di legittimità sugli atti degli organi decentrati statali, rispettivamente dei collegi regionali e delle delegazioni regionali e attueranno i principi della programmazione del controllo sulla gestione analogamente a quanto praticato a livello centrale<sup>(7)</sup>. In coerenza con il nuovo assetto a livello regionale, verranno riorganizzate a livello centrale le competenze della Sezione enti locali, la quale, denominata Sezione Autonomie, curerà anche i necessari raccordi con le sezioni regionali<sup>(8)</sup>. Risulterà riorganizzato anche il controllo sulla legittimità degli atti ed il controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, non più attribuiti ad un'unica sezione a livello centrale come nel disegno originario della legge n. 20 del 1994 bensì a due sezioni distinte<sup>(9)</sup>. Saranno infine portate a sistema le funzioni delle Sezioni riunite sia nella ricognizione delle attribuzioni specifiche previste dalla legge, essenzialmente riconducibili alle attività di referto al Parlamento, sia nelle funzioni di coordinamento nella fase di programmazione dei controlli sulla gestione sia nella risoluzione delle questioni di competenza tra sezioni in materia di controllo.

Il regolamento del 2000 sarà poi oggetto di successive modifiche, le più importanti delle quali riconducibili a due momenti di rilievo nell'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti. Il primo intervento, del 2003<sup>(10)</sup>, costituisce il risultato in termini organizzativi del completamento del disegno di razionalizzazione delle funzioni di coordinamento della finanza pubblica a livello centrale intestate alla Sezione Autonomie in relazione alle attribuzioni delle sezioni regionali di controllo. La Sezione Autonomie, denominata d'ora in avanti Sezione delle Autonomie, verrà

5 Deliberazione Sezioni riunite 13 giugno 1997, n. 1, in G.U., serie generale, 24 giugno 1997, n. 145. Sulle diverse culture a confronto nella prima fase di riflessione sul potere di autoorganizzazione della Corte dei conti si veda G. D'AURIA, *Il regolamento per l'autonomia finanziaria della Corte dei conti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 245, ss., secondo cui l'esercizio dell'autonomia organizzativa avrebbe inizialmente stentato ad avviarsi soprattutto per una mancata valorizzazione delle caratteristiche di specialità proprie della magistratura di controllo.

6 La Corte costituzionale ha affermato al riguardo che i controlli stabiliti in Costituzione non costituiscono un sistema chiuso ed esaustivo, di per sé preclusivo di altri modi e tipi di controllo che la legge può ben introdurre ed aggiungere, purché nel rispetto di principi fissati in Costituzione. È in questo senso che acquista significato il ruolo assunto dalla Corte dei conti, dopo la riforma del 1994, di garante imparziale «dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e, in particolare, della corretta gestione delle risorse collettive sotto il profilo dell'efficiacia, dell'efficienza e della economicità». Si veda, al riguardo, il commento a C. cost. n. 29 del 1995 di V. GUCCIONE, R. PEREZ e G. CAIANIELLO in *Giorn. dir. amm.*, 1995, rispettivamente 407 ss., 411 ss. e 414 ss.

7 Con decreto del Presidente della Corte dei conti del 21 dicembre 2000, pubblicato nella G.U., serie generale, 28 dicembre 2000, n. 301, è stato fissato l'insediamento delle sezioni regionali di controllo nelle regioni Lombardia, Piemonte, Veneto, Liguria, Emilia-Romagna, Toscana, Umbria, Marche, Lazio, Abruzzo, Molise, Campania, Puglia, Basilicata e Calabria, a decorrere dal 1° gennaio 2001.

8 Con decreto del Presidente della Corte dei conti del 21 dicembre 2000, pubblicato nella G.U., serie generale, 27 dicembre 2000, n. 300, è stato fissato l'insediamento della sezione autonomie a decorrere dal 12 dicembre 2000.

9 Con decreto del Presidente della Corte dei conti del 21 dicembre 2000, pubblicato nella G.U., serie generale, 28 dicembre 2000, n. 301, è stato fissato l'insediamento della sezione centrale di controllo di legittimità su atti e della sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato a decorrere dal 1° gennaio 2001.

10 Deliberazione Sezioni riunite del 3 luglio 2003, n. 2, in G.U., serie generale, 16 luglio 2003, n. 163.

riconosciuta quale espressione delle sezioni regionali di controllo. Il secondo intervento di rilievo, del 2008<sup>(11)</sup>, di carattere più organico, tradottosi in sostanza nella riscrittura del regolamento del 2000, costituisce invece il risultato degli adeguamenti organizzativi della Corte alle nuove attribuzioni di controllo e consultive previste sia dalla legge 5 giugno 2003, n. 131 in attuazione del nuovo Titolo V della Costituzione sia dall'art. 1, commi 166 e ss., della legge 23 dicembre 2005, n. 266, sul versante della finanza regionale e locale. Di qui la riorganizzazione delle funzioni della Sezione delle Autonomie e delle sezioni regionali di controllo in coerenza con le nuove esigenze di coordinamento della finanza pubblica e con gli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea. In tale contesto vengono riconosciute, in sede regolamentare, anche importanti funzioni nomofilattiche alle Sezioni riunite, funzioni poi che verranno ulteriormente implementate dall'art. 17, comma 31, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, al fine di garantire la coerenza nell'unitaria attività svolta dalla Corte dei conti per le funzioni che ad essa spettano in materia di coordinamento della finanza pubblica.

Nella novella del 2008 saranno riorganizzate anche le funzioni della Sezione controllo enti e della Sezione di controllo per gli affari comunitari ed internazionali, nell'un caso prevedendo un esplicito concorso della Sezione enti alle attività volte a comporre il quadro conoscitivo della finanza pubblica allargata, nell'altro caso prevedendo un esplicito raccordo della Sezione affari comunitari con tutte le altre sezioni centrali e regionali di controllo in relazione ad eventuali segnalazioni di atti di gestione contrastanti con norme o principi dell'Unione europea.

Nella novella del 2008 verrà, infine, dato espresso rilievo al ruolo del Presidente della Corte dei conti. Viene previsto infatti che il Presidente della Corte dei conti, oltre ad essere di diritto il Presidente delle Sezioni riunite in sede di controllo e della Sezione delle Autonomie, può presiedere qualsiasi sezione di controllo, a prescindere dalla rilevanza delle questioni che vengano in evidenza (art. 12, comma 1, del regolamento del 2000 nel testo novellato nel 2008)<sup>(12)</sup>.

Dopo la novella del 2008, non si riscontrano modifiche di rilievo sul regolamento del 2000. La riforma sui controlli della finanza regionale e locale operata dal decreto legge 10 dicembre 2012, n. 174, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213, mediante l'attribuzione di importanti funzioni alle sezioni regionali di controllo ed alla Sezione delle Autonomie, sia pure nel solco delle esperienze tracciate dai precedenti interventi normativi con le leggi n. 131 del 2003 e n. 266 del 2005, costituisce a tutt'oggi per certi versi un'occasione mancata per una razionalizzazione, in via regolamentare, dell'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti. È di tutta attualità, peraltro, il dibattito in dottrina sulla necessità o meno di una codificazione dei controlli in un sistema nel quale il quadro normativo appare frammentato e per alcuni versi ridondante.

L'attuazione del PNRR vede poi oggi la Corte impegnata su più versanti nel controllo. Basti pensare al recente decreto-legge 2 marzo 2024, n. 19, che, aggiungendosi agli altri interventi normativi che hanno riguardato soprattutto la governance del PNRR e il riparto delle risorse tra i diversi livelli di governo, si snoda ora sul versante attuativo delle misure e degli interventi ed è giocoforza che vedrà maggiormente impegnata anche la Corte dei conti nei vari ambiti del controllo a livello centrale e territoriale. E ciò anche a quadro normativo vigente dell'attuale sistema dei controlli.

Sicché, in definitiva, interventi di razionalizzazione e soluzioni di prospettiva sul

11 Deliberazione Sezioni riunite del 19 giugno 2008, n. 2, in G.U., serie generale, 2 luglio 2008, n. 153.

12 Il testo originario dell'art. 12 del Regolamento del 2000 prevedeva che il Presidente della Corte potesse presiedere le sezioni di controllo solo ogniqualvolta venissero in esame questioni di particolare rilevanza o che coinvolgessero la posizione dell'Istituto nella sua unità.

piano organizzativo (a titolo esemplificativo, sinergia tra controllo di legittimità, controllo sulla gestione e controllo concomitante, recupero di una piena funzione nomofilattica nel controllo di legittimità da parte del collegio della Sezione centrale del controllo di legittimità e ruolo di centralità del collegio della medesima Sezione sugli atti di maggiore importanza quali in ipotesi i regolamenti governativi) non potranno prescindere da una riflessione di sistema sul versante dei procedimenti e della conformazione delle funzioni, che postula interventi a livello di rango di norma primaria.



## Verso una nuova Corte dei conti?

DI VITO MORMANDO

Desidero rivolgere le mie più vive congratulazioni agli organizzatori di questo significativo incontro di studi, per la particolare rilevanza dei temi sul terreno del confronto e per la presenza di relatori di elevatissimo profilo.

Un particolare ringraziamento devo riservare al Consigliere Luigi Caso per il cortese e personale invito ed un saluto a tutti i presenti.

Non ho avuto la possibilità di conoscere personalmente il Presidente Fabio Viola, ma l'elevato numero dei presenti e l'atmosfera di commossa e sentita partecipazione mi convincono, ove ve ne fosse bisogno, che oggi ricordiamo un Magistrato di grande livello culturale ed umano, il cui ricordo non si è spento.

Desidero, ora, occupare i pochi minuti riservati al mio intervento per osservare, innanzitutto, che il contenuto degli interventi, che mi hanno preceduto delineano il Presidente Viola, come una figura magistratuale che, nella propria intensa attività, ha fatto propri gli ammonimenti del Presidente della Repubblica, in ordine alla necessità, che i Magistrati (tutti i Magistrati) esercitino il proprio "servizio" sempre con equilibrio, ragionevolezza, misura e riservatezza, oltre, ovviamente, che con la necessaria preparazione ed aggiornamento professionale.

Si tratta di ammonimenti, che contengono i principi regolatori di quella che deve essere la dimensione professionale ed etica del "servizio" magistratuale, il cui valore euristico mi sembra viepiù fondamentale, in considerazione delle variegate, rapide ed assai invasive forme di comunicazione, che i media offrono sia nella forma della comunicazione verbale, che attraverso la diffusione delle immagini.

Alla frase oggi ampiamente richiamata e che, comunque, condivido ampiamente, che il Magistrato oltre ad essere deve apparire indipendente, desidero affiancare le parole che ho letto in un recente articolo di Nello Rossi in *Questione Giustizia*: "non esiste un modo per essere un Magistrato indipendente; ci sono tanti modi per non esserlo".

Bene: un Magistrato che non regoli la propria condotta personale e professionale a questi principi non è un Magistrato indipendente ed arreca grave pregiudizio ai colleghi ed alla Magistratura.

*Opus praeparatione.*

È il titolo che ho assegnato all'editoriale richiesto e sollecitatomi vivamente dal Presidente Miele per la Rivista della Corte dei conti: chi conosce il Presidente Miele può immaginare le modalità della sollecitazione.

In questo lavoro riflettevo sul dato, che tutte le giurisdizioni sono state, nel corso degli anni, attraversate dai "venti di riforme": ad iniziare da quella penale con l'introduzione dapprima del codice processuale penale e, a seguire, nel corso degli anni, con una fitta serie di riforme alluvionali tanto di natura sostanziale, che processuale e nonostante - e non si tratta di un dato privo di significato - non abbia mai visto la luce "un" o "il" nuovo codice penale.

È un fatto, tuttavia, che oggi esiste una ampia legislazione speciale *extra codicem*, che attinge aree criminologiche assai significative; ed è un fatto che oggi vivo il dibattito sulla riforma di alcune disposizione assai significative della parte speciale del codice penale e sull'abolizione di altre parimenti significative.

I tempi ristretti del mio intervento non mi consentono di approfondire questa traccia, ma posso solo dire, che aldilà delle soluzioni che saranno adottate in punto di selezione di nuove tecniche di controllo penale, non mi convince - e lo dico da Professore



di Diritto Penale – l'argomento posto a fondamento dell'abolizione dell'abuso d'ufficio rappresentato dallo scarto tra il numero dei procedimenti penali iniziati e l'altissima cifra delle assoluzioni.

A mio giudizio questo dato mi sembra convalidi piuttosto il perfetto funzionamento dei meccanismi selettivi interni della fattispecie, in punto di tipicità tanto oggettiva, che soggettiva.

In ogni caso ritengo, che il settore dei reati contro la P. A. necessiti non già di interventi settoriali ma di una riforma complessiva ed organica tanto della sezione dei reati dei pubblici ufficiali (contro la P.A.), che (soprattutto) dei privati (contro la P.A.), con particolare riguardo anche alla eventuale riconsiderazione delle c.d. "cause di non punibilità", che forse sarebbe più corretto indicare, attesa la loro operatività, come ipotesi di "condotte susseguenti a reato".

Allo stesso modo, anche l'ordinamento civile è stato attraversato da riforme importanti tra le quali basta annoverare il codice della crisi d'impresa.

Ora questo vento di riforme soffia sulla giustizia contabile; ed è un vento che bisogna accogliere con favore, senza diffidenza, innanzitutto perché bisogna convenire su un dato preliminare ed indiscutibile: l'erosione del tempo investe anche il diritto e in questi anni ci sono stati così tanti cambiamenti da portarci a ritenere che sia trascorso un tempo assai più lungo, rispetto a quello indicato dai comuni e convenzionali parametri di misurazione.

Basti pensare alla pandemia, ai conflitti che insanguinano popolazioni assai vicine a noi alla crisi economica ed ai riflessi che insieme queste vicende hanno avuto rispetto alle spinte della globalizzazione.

Sul disegno di legge che reca la firma dell'On. Foti, il CdP del quale faccio parte ha all'unanimità adottato una risoluzione che condivido convintamente; ciò nonpertanto desidero osservare che esso deve essere approcciato, soprattutto culturalmente, come l'*incipit* di un percorso di necessaria modernizzazione aperto ai contributi della magistratura, dell'avvocatura e dell'accademia, senza pensare, che il *mare intorno a noi sia in tempesta e la navigazione insicura e senza rotta*.

Di certo abbiamo bisogno di normative che siano punti di equilibrio tra esigenze di tutela di beni ed interessi giuridici del medesimo valore ancorché profondamente differenti tra loro.

Dobbiamo impegnarci affinché questa riforma, come peraltro mi sembra già dai primi contatti e segnali, sia una riforma non "di o da laboratorio" ma aperta all'individuazione dei "nuovi bisogni giurisdizione" ed alla selezione delle tecniche di tutela, attraverso l'acquisizione di contributi, provenienti da aree e culture diverse: se riusciremo in questo intento sarà un bel viaggio, che porterà ad un soddisfacente traguardo.

Ma c'è un secondo grande appuntamento del quale questa proposta di legge non si occupa, che non può più attendere e sulla quale essa dovrebbe (o forse deve) intervenire: la definitiva considerazione del Consiglio di Presidenza come organo di autogoverno piuttosto che di amministrazione.

È una occasione da non perdere: questa legislatura ha scelto il metodo della codificazione, agli interventi di urgenza alluvionali e spesso sistematicamente carenti: all'interno della proposta *in fieri* deve esserci spazio anche per questa riforma.

Il tempo è arrivato.

Al convegno di Palermo ricordavo la frase che gira tra i Colleghi pubblicisti: "*tutte le magistrature sono uguali, ma solo una è più uguale delle altre*": si tratta di una frase che attraverso il paradosso introduce il tema di fondo.

A questa frase ed a questo paradosso ne aggiungevo subito un'altra: "*tutti i consigli sono uguali, ma solo uno è più uguale degli altri*".

In sede di riforme è questo un ambito che non può essere trascurato: una presa di posizione netta su questo punto non può più aspettare.

Sul piano semantico il concetto di amministrazione evoca un'idea aziendalistica di organizzazione, che mal si concilia con una magistratura, che la Costituzione vuole autonoma ed indipendente.

E, dunque, anche questo è un tema da considerare ed introdurre in un disegno di legge, il primo sulla giustizia contabile.

Rispetto alle linee di riforma, sulle quali non desidero intervenire, mi permetto solo di auspicare che dovrà trattarsi di una modernizzazione che, anche quando tutto intorno cambia, non comprima la fedeltà ai valori fondamentali di autonomia e indipendenza, perché i giudici della Corte dei conti hanno sempre dimostrato di rispettare e sapere fare rispettare le leggi “nel nome del popolo italiano”.

Mi piace, avviandomi alla conclusione, ricordare le parole di un Maestro indimenticabile della mia Università oltre della politica nazionale: “se fosse possibile dire saltiamo questo tempo e andiamo direttamente al domani, credo che tutti accetteremmo di farlo. Ma non è possibile. Oggi dobbiamo vivere, oggi è la nostra esperienza.”

*“Essere fedeli ai propri valori in un mondo che cambia”* – diceva l'amico sociologo barese Franco Cassano - significa *“accettare la sfida della modernizzazione ed essere dentro la partita del mondo con qualche possibilità di vincere”*.

E, se oggi fosse ancora qui tra voi (e forse posso anche dire tra noi) il Presidente Fabio Viola non c'è dubbio che egli sarebbe un grande interprete dei “giorni nuovi”, che verranno.



# Ausiliarietà e controllo in corso di gestione. Modalità istruttorie

DI EMANUELA PESEL

L'impronta che ha caratterizzato tutta l'opera di Fabio Viola come magistrato della Corte dei conti, sia in relazione all'attività organizzativa interna, come Segretario Generale, sia nello svolgimento delle funzioni istituzionali, è stata la costante volontà di essere utile. In questo senso la sua interpretazione delle varie forme di controllo è stata costantemente improntata alla finalità di aiutare i soggetti controllati a svolgere al meglio le proprie funzioni nell'interesse della comunità dei cittadini.

A ben vedere questa lettura in chiave costruttiva dei controlli della Corte dei conti riproduce fedelmente il principio di ausiliarietà che discende dalla Costituzione e che si manifesta sotto due profili di grande rilievo anche per il contesto che stiamo vivendo: da un lato, l'ausiliarietà come strumento di attuazione del sistema democratico, dall'altro, come supporto tecnico volto a sostenere l'efficacia dell'intervento della finanza pubblica nel sistema economico.

Sotto il primo profilo, che merita la nostra costante attenzione perché la democrazia è un bene prezioso che va coltivato e alimentato da parte di noi tutti, si deve considerare che il destinatario naturale della funzione ausiliaria non può che essere l'organo esponentiale della comunità, nel quale viene rappresentata sia la maggioranza che l'opposizione, in attuazione del principio democratico. I referti, infatti, devono essere destinati al Parlamento, ai Consigli regionali o anche, qualora riguardino segmenti di attività che coinvolgono esclusivamente apparati locali, ai consigli comunali.

La Corte dei conti riveste il ruolo di organo tecnico indipendente che, nello svolgimento dell'attività di controllo, deve utilmente approfondire le problematiche complesse relative alla gestione della finanza pubblica, al fine di esplicitarle in modo più fruibile nell'ambito dei referti, nell'ottica di fornire elementi utili di informazione ad uso dei componenti dell'organo legislativo.

L'obiettivo dell'attività di referto è, quindi, volto al precipuo fine di arricchire la base conoscitiva necessaria allo svolgimento ottimale del mandato legislativo. Nel sistema democratico, infatti, qualunque cittadino può accedere alle cariche elettive a prescindere dal tipo di formazione e professionalità possedute e proprio questo principio rende più comprensibile la necessità che sia un organo terzo e indipendente, ma con una specifica competenza tecnica contabile, a riferire sugli aspetti particolarmente complessi del sistema di finanza pubblica. Nello svolgimento del proprio mandato di presidio per la comunità dei cittadini la Corte rivolge gli esiti delle proprie analisi all'organo che rappresenta tutti gli elettori affinché ogni singolo consigliere possa utilizzarne i contenuti a fondamento delle proprie posizioni da sostenere nell'ambito della naturale dialettica tra maggioranza e opposizione. Appare evidente che tutte le analisi e le eventuali discussioni sulle problematiche individuate dai controlli successive all'approvazione dei referti non rientrano più nella competenza della Corte, se non eventualmente per qualche ulteriore necessità di esplicitazione relativa alle conclusioni riportate nel referto, che, in alcuni casi trova riscontro attraverso il sistema delle audizioni parlamentari o, se riportate all'ambito territoriale, attraverso audizioni innanzi alle Commissioni consiliari regionali. Il circuito democratico, quindi, si completa con gli eventuali interventi correttivi che l'organo legislativo o l'Amministrazione competente riterranno di assumere e troverà naturale definizione

attraverso le successive scelte dei cittadini elettori che potranno valutare al momento del voto la significatività e l'efficacia dei rimedi adottati sulle criticità rilevate.

Sotto il secondo profilo l'attuazione del principio di ausiliarità richiama un'accezione dell'attività di controllo che può ricondursi ai concetti di sostegno e di indirizzo, in una parola "di utilità" sempre riferita alla comunità amministrata. Il ruolo di controllore indipendente della magistratura contabile trova, peraltro, perfetta e naturale collocazione nell'attuale ordinamento costituzionale caratterizzato da un sistema di autonomia multilivello nel quale va ricondotto il principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione. Se si considera, infatti, che l'art.114 Cost. considera l'articolazione del territorio senza più avvalorare criteri di gerarchia tra soggetti rappresentativi delle comunità del territorio appare evidente come l'ambito di esercizio legittimo delle diverse funzioni venga definito dal riparto delle materie scolpito per la funzione legislativa e regolamentare dall'art.117 Cost e delineato per la funzione amministrativa dall'art. 118 Cost. In un contesto siffatto non sarebbe pensabile un controllore che non fosse pienamente indipendente ed estraneo ai livelli di governo del territorio, ed ecco perché la missione di svolgere un controllo efficace, pur nel massimo rispetto di questi delicati equilibri, deve essere affidato ad una magistratura.

Ulteriore aspetto da considerare riguarda il fatto che la resa del conto della gestione dei beni della comunità è, storicamente, un principio cardine della democrazia, perché chi, come i contribuenti, mette a disposizione risorse proprie nell'interesse di tutti deve poter fare affidamento sul fatto che chi gestisce opererà con la stessa cura usata per i beni propri, ma utilizzando in più anche il sapere tecnico necessario per lo svolgimento di tutti quei compiti per i quali è richiesta una specifica professionalità. Non sarebbe ragionevole, infatti, ritenere ammissibile una gestione superficiale, poco accurata o, comunque, non tesa al massimo sforzo di tutela degli interessi collettivi, la cui cura, nell'ambito dell'ordinamento vigente, dovrebbe sempre essere riconducibile al criterio del buon andamento richiamato dall'art. 97 della Costituzione. La sana gestione delle pubbliche risorse posta a fondamento di un sistema democratico, richiede, infatti, da un lato, che sia preservata nel tempo la sostenibilità della spesa, attraverso la conservazione degli equilibri di bilancio, in un'ottica di lealtà verso le generazioni future e, dall'altro, come aspetto non meno importante di quello finanziario, che nella gestione delle risorse pubbliche sia osservato il principio di legalità e, in primo luogo, l'imparzialità dell'azione. Una società in cui sia forte la tutela della legalità offre un contesto di maggiore serenità e, quindi, di migliore qualità della vita ai cittadini, che non devono vivere con l'incertezza di un sistema senza regole e senza garanzie soprattutto laddove si consideri la significativa incidenza dell'apporto della finanza pubblica nell'ambito del circuito economico nazionale. Questa necessità risulta ancora più evidente al momento attuale in cui, dopo essersi lasciati alle spalle il periodo delle politiche di contenimento della spesa, si sta mettendo in atto una poderosa strategia di investimento finanziata sia dal PNRR che da risorse nazionali.

Ulteriore considerazione che merita di essere sottolineata riguarda il fatto che un controllo improntato a realizzare utilità deve considerare il suo esito non come la fine di un processo, ma, al contrario, come l'inizio di un percorso di correzione e superamento delle criticità.

La domanda da porsi a fronte di un approccio fortemente improntato a garantire l'interesse della comunità amministrata riguarda, quindi, la possibilità per la Corte dei conti di assicurare un intervento utile anche nell'attuale contesto in cui il Paese si è lasciato alle spalle il periodo dei tagli lineari funzionali all'obiettivo di contenere la spesa, e si sta apprestando a varare un poderoso piano di investimenti che dovrebbe sostenere una sorta di rinascita per tutto il sistema economico nazionale.

Indubbiamente a questa domanda va data una risposta positiva perché lo strumento atto a svolgere un controllo che possa avere la struttura e le tempistiche adeguate a garantire il bisogno di intervento necessario nel momento contingente esiste già nel nostro ordinamento ed è il controllo in corso di gestione previsto dall'art.3 quarto comma della legge 14 gennaio 1994 n.20.

Il controllo in corso di gestione è una tipologia di controllo facilmente collocabile in un contesto di rispetto per l'autonomia delle amministrazioni. Si tratta, infatti, di un controllo che si basa sulla programmazione e che, a differenza di quanto avviene con il cosiddetto controllo concomitante, si articola nella struttura dell'attività di referto agli organi esponenti della comunità. La programmazione, infatti, è un passaggio fondamentale e propedeutico delle attività di verifica che esplicita la scelta dei settori che più abbiano manifestato l'esigenza di essere monitorati e che legittima in tal modo i poteri di controllo discendenti dalla l. n. 20/1994 sullo specifico ambito individuato nel programma, garantendo in tal modo i limiti dell'istruttoria su oggetti definiti.

Tuttavia, il controllo in corso di gestione si differenzia dal tradizionale controllo sulla gestione in primo luogo perché anziché riferirsi ad una gestione conclusa interviene in una fase dinamica in cui l'attività è in corso di svolgimento e in secondo luogo perché proprio il fatto di intervenire sulla situazione contingente, caratteristica che rende tale strumento particolarmente utile nell'attuale fase di potenziamento degli investimenti, determina la necessità di adottare tecniche istruttorie particolari.

Un aspetto rilevante che deve essere tenuto presente riguarda il fatto che l'istruttoria del controllo in corso di gestione non può essere esclusivamente documentale, perché la tempestività di intervento necessaria richiede una dialettica e un confronto immediati e, soprattutto, perché l'obiettivo di intercettare eventuali criticità nel processo di attuazione non può prescindere da una valutazione concreta della situazione organizzativa del soggetto controllato. Al momento attuale la considerazione degli assetti organizzativi effettivi dei soggetti controllati assume carattere prioritario ed imprescindibile in quanto questo elemento sconta la grave criticità di un blocco delle assunzioni protratto per anni in un contesto di organici popolati da personale di età media elevata e, quindi, in prossimità di pensionamento. Sotto tale ultimo profilo ulteriore fattore negativo è rappresentato dalla scarsa affezione che si riscontra nelle giovani generazioni per l'accesso al lavoro nell'ambito del sistema pubblico con la conseguenza di una mancanza di ricambio in termini di risorse umane che, inevitabilmente, produce effetti negativi sull'operatività delle strutture. Proprio prestando una doverosa attenzione a questa situazione contingente risulta ancora più evidente l'utilità di avviare sin dall'inizio dell'istruttoria il dialogo con l'Amministrazione, al fine di concordare le modalità meno invasive per acquisire i dati necessari al controllo, ma facendo tesoro, tra l'altro, della conoscenza diretta con i rappresentanti della struttura controllata per comprendere, fin da subito eventuali specifici *deficit* organizzativi e procedurali.

Entrando nel merito degli aspetti procedurali è importante sottolineare che già dall'inizio, nella convocazione alla prima riunione conoscitiva, risulterà opportuno citare la deliberazione con la quale sarà stata in precedenza approvata la programmazione del controllo in fase di avvio e sarà stato, quindi, legittimato il ricorso ai poteri di controllo derivanti dalla l. n. 20/1994 su quello specifico settore di attività.

Un altro aspetto della procedura che riveste un ruolo cruciale è il processo di asseverazione dei dati. Appare, infatti, evidente come sia imprescindibile, in particolare per un'istruttoria avvalorata da una magistratura, che i dati posti a fondamento delle valutazioni conclusive della Corte siano corretti ed effettivi sia sotto il profilo quantitativo come entità numerica o percentuale, sia sotto il profilo qualitativo in quanto rispondenti al ragionamento istruttorio sotteso alla costruzione

degli stessi. In quest'ottica non sarà ragionevolmente sufficiente riservare il momento dell'asseverazione dei dati al contraddittorio finale perché non avrebbe senso procrastinare l'approfondimento della "bontà" del dato con il rischio di costruire valutazioni conclusive parzialmente infondate, ma al contrario risulterà anche in questo caso estremamente opportuno il confronto diretto e costante con il soggetto controllato. In buona sostanza il contraddittorio non riveste solo il ruolo di garanzia di difesa per il controllato, ma anche un'essenziale garanzia per la Corte di poter svolgere le proprie valutazioni su dati attendibili.

Infine, sempre in tema di perseguimento dell'utilità del controllo, è il caso di spendere qualche parola sull'opportunità di seguire una struttura dei referti che sia funzionale all'obiettivo di rendere prontamente fruibili i contenuti delle valutazioni relative ai controlli effettuati. A tal fine i referti potranno utilmente essere strutturati con una sintesi delle conclusioni in apertura e poi un paragrafo in cui venga individuato l'oggetto specifico del controllo e la considerazione di tutti gli elementi emersi in seno al contraddittorio finale. Nella restante parte della relazione istruttoria saranno inseriti i paragrafi analitici contenenti i dati e le tabelle ricostruiti in esito all'istruttoria.

Come si può vedere il controllo in corso di gestione deve necessariamente declinarsi attraverso un'istruttoria dialettica flessibile e tempestiva rispetto alla quale è necessario avere un approccio aperto e attento alla specifica realtà che viene esaminata, ma soprattutto avere come obiettivo costante dell'attività quel perseguimento del bene pubblico che ci riporterà sempre al pensiero e al ricordo di Fabio Viola.

# Il coordinamento delle funzioni di controllo della Corte dei conti da parte delle Sezioni riunite e della Sezione delle autonomie

DI FRANCESCO PETRONIO

## 1. Programmazione e coordinamento nella organizzazione delle funzioni di controllo.

Per introdurre il tema del coordinamento della funzione di controllo è necessario fare due premesse. La prima è che i controlli, a partire dalla legge 14 gennaio 1994, n. 20 riguardano il complesso delle Pubbliche amministrazioni, includendo anche gli Enti di autonomia territoriale e quindi attraversano i diversi livelli di governo nei quali la funzione pubblica si distribuisce<sup>(1)</sup>. La seconda premessa è data dal fatto che i controlli si atteggiano secondo diversi schemi e molti di essi, in particolare i controlli *ex post* sulla gestione, sono programmabili e quindi richiedono a monte la fissazione di criteri per definire gli ambiti e le modalità di applicazione.

Nella stessa legge 20, all'articolo 3 comma 4 e 5 è prevista la programmazione delle funzioni di controllo. A sua volta questa funzione si distribuisce tra i settori della Corte dei conti che effettuano controlli soggetti a programmazione. Successivamente alla Legge n. 20/1994 è stato emanato, avvalendosi della potestà normativa in deroga assegnata alla Corte dei conti, un regolamento sulle funzioni di controllo approvato dalle Sezioni riunite in sede deliberante con deliberazione n. 14 del 2000 che successivamente è stato oggetto di diversi interventi di integrazione e modificazione.

Già l'impianto originario del regolamento, nel riorganizzare, anche in deroga a precedenti disposizioni di legge, la funzione del controllo della Corte dei conti in tutti gli ambiti in cui questa si manifesta ha affrontato anche il tema della programmazione e quello connesso del coordinamento della funzione di controllo, specie quando alcune tematiche attraversano verticalmente i diversi livelli di governo.

Ai sensi dell'articolo 5, comma 2, del Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo, le Sezioni di controllo deliberano annualmente il programma di lavoro, secondo un procedimento a cascata che parte dalle Sezioni riunite della Corte dei conti che stabiliscono gli indirizzi e i criteri di riferimento programmatico del controllo sulla gestione, alla cui osservanza devono essere informati i programmi di controllo.

Il programma delle Sezioni riunite viene predisposto con riferimento alle funzioni indicate dall'articolo 6, comma 1 e seguenti del Regolamento di organizzazione e sulla base di tale quadro programmatico le Sezioni centrali e regionali deliberano i programmi di controllo ed individuano metodologie di analisi sul funzionamento dei controlli interni.

Le aree di gestione da sottoporre ad analisi sono individuate nel programma di attività che ciascuna Sezione approva ogni anno per l'anno successivo. L'ambito oggettivo e soggettivo del controllo sulla gestione viene individuato sulla base di vari parametri quali la rilevanza finanziaria, l'esistenza di rischi di irregolarità, i risultati di precedenti controlli, le richieste pervenute alla Corte da parte di altre Istituzioni pubbliche.

<sup>1</sup> Cfr. G. D'AURIA, *Le mutazioni dei controlli amministrativi e la Corte dei conti: a un quarto di secolo da una storica riforma*, in Riv. Trim. dir. Pubblico, 2019, 705.



I programmi costituiscono un vincolo per l'organo di controllo nello svolgimento delle verifiche ed assicurano all'ente controllato la razionalità e la trasparenza dell'operato.

Il programma annuale deliberato viene comunicato agli organi elettivi (presidenti di Camera e Senato e, nel caso di controlli sulle Regioni, ai presidenti dei Consigli regionali) ed alle amministrazioni controllate.

Con riferimento in particolare alla sezione delle autonomie l'articolo 9 del Regolamento affianca alla funzione di referto al Parlamento finalizzata al coordinamento della finanza pubblica, anche compiti di coordinamento rivolti alle sezioni regionali di controllo delle quali costituisce "espressione", stante la sua particolare composizione che include la presenza dei loro Presidenti. Tale funzione investe ogni tema e questione che rivesta interesse generale o che riguardi le indagini comparative su aspetti gestionali comuni a più sezioni.

La programmazione mira a garantire che la Corte, quale garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario degli enti, nelle sue diverse componenti, sia in grado di rispondere prontamente ed efficacemente alle nuove esigenze di controllo previste dalla Legge 5 giugno 2003, n. 131, articolo 7, comma 7, considerando le novità normative intervenute nel tempo. In linea con le indicazioni metodologiche delle Sezioni riunite, la Sezione delle Autonomie offre un ampio quadro di riferimento per i controlli di diversa natura affidati alle Sezioni regionali, evidenziando anche l'esigenza di coprire, pur nel limite delle capacità operative disponibili, i diversi settori di intervento, non trascurando analisi a carattere gestionale.

### **2. Le Linee guida ed altri interventi di orientamento.**

Nell'esercizio della funzione di coordinamento la Sezione fornisce interpretazioni e linee d'indirizzo destinate agli organi di revisione degli enti territoriali e alle Sezioni regionali di controllo. In particolare, svolge l'attività nomofilattica, tesa a dirimere e/o prevenire contrasti interpretativi tra le Sezioni regionali di controllo.

Le indicazioni in sede di coordinamento sono rivolte a favorire l'attuazione uniforme delle norme svolgendo un ruolo rilevante ai fini del coordinamento della finanza territoriale. Un importante strumento di coordinamento nell'ambito dell'attività di controllo finanziario e contabile espressamente previsto da norma primaria è costituito dalle Linee guida rivolte agli organi di revisione sulla gestione delle Autonomie locali e delle Regioni.

Le Linee guida, introdotte dalla legge 23 dicembre 2005, n. 266, riguardano i bilanci e i rendiconti degli enti locali e degli enti del Servizio sanitario Nazionale, in seguito sono state estese anche alle regioni. Le indicazioni investono aspetti della gestione focalizzati sulla regolarità e sul rispetto dei vincoli di bilancio a presidio dell'equilibrio. I questionari allegati alle "Linee guida" si riferiscono alle relazioni dell'Organo di revisione e si inseriscono nell'ambito di un sistema di controllo "a rete" della Corte dei conti, sui bilanci preventivi e sui rendiconti della gestione e negli ultimi anni raccolgono informazioni aggiuntive sull'acquisizione e sull'utilizzo delle risorse finanziarie provenienti dai fondi del PNRR.

Le informazioni richieste attraverso i questionari coprono molti aspetti della gestione finanziaria e impegnano le strutture degli enti già gravate da numerosi adempimenti, per cui sono emerse esigenze di semplificazione e allo stesso tempo la linea di approfondire alcune tematiche specifiche come la realizzazione degli interventi per stimolare la crescita economica. Resta costante l'attenzione sulla stabilità finanziaria degli enti territoriali e sulla corretta applicazione degli istituti di armonizzazione contabile, ponendo attenzione alle prassi che possono determinare effetti sulla sana gestione e sugli equilibri economico-finanziari.

Nel periodo di prima applicazione delle regole della “contabilità armonizzata” introdotta dal Decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, è stata avvertita l'esigenza di fornire indicazioni interpretative onde assicurare una attuazione uniforme e coerente della riforma e la Sezione delle Autonomie ha emanato specifiche delibere di orientamento nel delicato passaggio ai nuovi sistemi della contabilità armonizzata specie con riferimento alle procedure di riaccertamento straordinario dei residui.

Inoltre, con la delibera n. 15/2012/INPR sono state fornite le prime linee interpretative per l'attuazione dei controlli introdotti dal Decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174.

Lo stesso Decreto legge n. 174/2012 all'articolo 3, comma 1, lett. r) prevede l'adozione di Linee guida nell'ambito della procedura di riequilibrio finanziario pluriennale da parte della Sezione delle Autonomie della Corte dei conti, ai fini dell'esame del piano di riequilibrio. Tali indicazioni sono state fornite dapprima con la delibera n. 16/2012/INPR e successivamente con la n. 5/2018/INPR.

La normativa intervenuta medio tempore e specialmente la copiosa giurisprudenza costituzionale, nonché dagli apporti forniti dalle Sezioni riunite in sede di Relazioni trimestrali sulle tipologie delle coperture hanno determinato la necessità di procedere ad un aggiornamento delle linee di orientamento per le relazioni semestrali sulla tipologia delle coperture finanziarie e sulle tecniche di quantificazione degli oneri delle leggi regionali ai sensi dell'articolo 1, comma 2, del Decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174<sup>(2)</sup>.

Inoltre, sono stati forniti indirizzi di coordinamento nell'ambito dei controlli sull'attuazione del PNRR svolti da parte delle Sezioni regionali di controllo nei confronti di soggetti attuatori territoriali per il monitoraggio della gestione e sullo stato di attuazione degli interventi<sup>(3)</sup>. Tali indicazioni sono rivolte ad evitare il rischio di «una possibile dispersione delle linee di indirizzo» delle attività della Corte dei conti, e anche allo scopo di restituire, dai territori alle Sezioni riunite, dati e informazioni di monitoraggio pienamente confrontabili e utili al referto semestrale sull'attuazione del PNRR.

Un altro tema che è stato oggetto di interventi di coordinamento riguarda le procedure di controllo prodromiche per i giudizi di parificazione dei rendiconti regionali, sul quale la Sezione delle Autonomie in due occasioni ha emesso Linee guida. Sul punto va ricordato che la deliberazione delle Sezioni Riunite in sede di controllo n. 5/2022/QMIG ha fornito importanti chiarimenti sulla natura della parificazione regionale da ascrivere alla funzione di controllo. In sede di coordinamento è stata anche avvertita l'esigenza di rendere comparabili le relazioni allegate alle decisioni di parificazione, partendo, dalla materia sanitaria al fine di garantire un nucleo di analisi su settori cruciali di intervento e tematiche specifiche, attraverso l'utilizzo di metodologie e schemi comuni di rilevazione per rendere le diverse relazioni aggregabili e confrontabili. In questa prospettiva, si potrà ulteriormente arricchire il patrimonio informativo della Corte dei conti e valorizzare contemporaneamente l'attività delle Sezioni regionali di controllo.

Da questi casi si rileva come la funzione di coordinamento della Sezione delle autonomie abbia un'ampia estensione in quanto il Regolamento delle funzioni di controllo prevede che possa investire ogni tema e questione che rivesta interesse generale o che riguardi le indagini comparative su aspetti gestionali comuni a più sezioni. Nell'ambito di tale esteso ambito di applicazione alcune specifiche indicazioni poste con norma primaria riguardano l'emanazione di linee guide in settori particolari come le verifiche

2 Cfr. Sezione delle Autonomie, delibera n. 8/2021/INPR, Relatori Presidente F. Viola e Presidente M. Pieroni.

3 Cfr. Sezione delle autonomie delibera n. 18/2022/INPR, Relatori Presidente F. Viola, Consigliere L. Di Marco e Consigliere M. Degni.

su bilanci e rendiconti degli enti e le procedure di riequilibrio finanziario che data anche la particolare complessità tecnica richiedono un supporto di orientamento.

La funzione d'indirizzo delle attività di controllo svolte sul territorio dalle Sezioni regionali, esercitata dalla Sezione delle Autonomie nell'ambito del sistema di finanza territoriale, è diretta ad assicurare che la funzione di controllo sugli enti di autonomia territoriale sia svolta secondo linee coerenti in modo da conferire una lettura tendenzialmente uniforme delle norme di coordinamento finanziario che si rivolgono ad una pluralità di enti e perseguono obiettivi complessivi di finanza pubblica per il raggiungimento dei quali è necessario seguire percorsi coerenti.

La funzione di coordinamento, inoltre, consente di promuovere sinergie tra i diversi livelli del controllo, attraverso l'interlocuzione con le Sezioni riunite e con le Sezioni regionali, consentendo anche una valutazione delle politiche finanziarie e di bilancio adottate dagli enti, sulla base dei rispettivi documenti di programmazione.

### 3. La funzione nomofilattica del controllo.

I compiti di coordinamento della Sezione delle Autonomie si completano attraverso l'assegnazione della funzione nomofilattica da parte dell'articolo 6, comma 4, D.l. n. 174/2012 esercitata per la risoluzione dei contrasti interpretativi tra le Sezioni regionali di controllo e anche in fase di prevenzione.

Tale attività, che attiene sia alla funzione di controllo che a quella consultiva<sup>(4)</sup> nell'ambito della quale ha ricevuto una più estesa applicazione, è rivolta a dirimere dubbi interpretativi sull'applicabilità o la portata di norme vigenti o a risolvere questioni di massima di particolare rilevanza.

Va ricordato che la funzione nomofilattica nella materia contabile è stata dapprima interamente affidata alle Sezioni riunite dall'articolo 17, comma 31, del D.l. 1 luglio 2009, n. 78, al fine di garantire la coerenza nell'unitaria attività svolta dalla Corte dei conti per le funzioni che ad essa spettano in materia di coordinamento della finanza pubblica, anche in relazione al federalismo fiscale. Le pronunce di orientamento generale adottate dalle Sezioni riunite impongono alle sezioni regionali di controllo di conformarvisi.

Il compito di emanare delibere di orientamento alle quali le Sezioni regionali di controllo si conformano è stato successivamente affidato alla Sezione delle Autonomie dall'articolo 6, comma 4, del D.l. n. 174/2012, mentre la competenza delle Sezioni riunite (in applicazione dell'articolo 17, comma 31, del D.l. n. 78/2009) è stata limitata ai casi riconosciuti dal presidente della Corte dei conti di eccezionale rilevanza ai fini del coordinamento della finanza pubblica, ovvero qualora si tratti dell'applicazione di norme che coinvolgono l'attività delle Sezioni centrali di controllo.

La Sezione delle Autonomie ha quindi svolto questa ulteriore funzione di coordinamento che completa quella attuata mediante atti di indirizzo a carattere generale in via preventiva attraverso le Linee guida, svolgendo un'attività di orientamento su temi emergenti di interesse che ha come ultimi destinatari gli enti territoriali ed è tesa a favorire l'uniforme attuazione della legge.

In casi recenti è stata spesso affrontata la questione della ammissibilità oggettiva delle richieste di parere, in quanto molte volte i temi sottoposti dagli enti non sono apparsi riconducibili alla nozione ristretta di contabilità pubblica nell'ambito della quale le richieste si devono contenere, investendo questioni spesso afferenti alla spesa per il personale che non riguardano i limiti posti dalle norme vincolistiche, ma attengono alla struttura dei rapporti investendo anche questioni lavoristiche.

<sup>4</sup> Cfr. sul tema F. PETRONIO, *La funzione consultiva della Corte dei conti: la proiezione territoriale, il perimetro di applicazione e l'esigenza di armonizzazione degli esiti*, fasc. 1/2024, Rivista della Corte.

Nella sede nomofilattica, su richiesta dell'Associazione Nazionale Comuni Italiani, è stato affrontato un tema inerente alla indennità di funzione dei Sindaci metropolitani e dei Sindaci dei comuni delle regioni a statuto ordinario<sup>(5)</sup> circa la permanenza della decurtazione imposta dalla Legge n. 266 del 2005, anche dopo la modifica disciplina della struttura di cui all'articolo 1, commi 583-586, della legge 30 dicembre 2021, n. 234. La questione è stata risolta affermando che tale decurtazione, non è applicabile ai nuovi importi della indennità, in quanto integralmente rideterminati con legge successiva.

L'esercizio della funzione consultiva diffuso sul territorio porta alla produzione di un numero elevato di pareri a volte riguardanti argomenti connessi o uguali, per cui per avere una immediata visione delle pendenze, anche al fine di evitare o prevenire contrasti è necessario disporre di informazioni diffuse e tempestive. Per fornire tale supporto è stato portato a termine un progetto di informatizzazione dell'*iter* procedurale dell'attività consultiva volto a favorire l'informazione e l'interazione tra le Sezioni regionali di controllo e agevolare l'intervento della Sezione delle Autonomie per risolvere tempestivamente questioni sulle quali la Corte, nelle sue diverse articolazioni, potrebbe manifestare differenti posizioni interpretative.

---

5 Cfr. Sezione delle Autonomie, delibera n. 11/SEZAUT/2023/QMIG, relatori Presidente F. Viola e Consigliere S. Glinianski.



# Diritto vivente e contabilità pubblica

## La ricognizione delle leggi regionali recanti oneri.

### Spunti di riflessione sui contributi del giurista Fabio Viola.

DI MARCO PIERONI

I contributi, professionali e di studioso, del Presidente di Sezione della Corte dei conti Fabio Viola hanno riguardato tutte le funzioni intestate alla Corte dei conti.

Tra i tanti, nell'intervento a me assegnato per l'odierno incontro di studio, se ne vogliono rimarcare due:

- A) la definizione dell'ambito materiale della "contabilità pubblica" (segnatamente, rintracciabile nella deliberazione delle Sezioni Riunite in sede di controllo del 17 novembre 2010, n. 54), all'indomani dell'intestazione alla Corte dei conti della funzione consultiva di cui all' art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, con riflessi sulla definizione del "diritto vivente" concernente il significato applicativo delle leggi che a quell'ambito materiale possono essere ricondotte;
- B) il coordinamento delle Sezioni regionali di controllo (deliberazione Sezione delle Autonomie del 27 maggio 2021, n. 8/SEZAUT/2021INPR, cui è seguita la deliberazione della Sezione autonomie del 19 luglio 2023, n.10/SEZAUT/2023/FRG) nell'esercizio, loro assegnato, della funzione di controllo con modalità di referto (come già avvenuto dal 1988 per la legislazione statale), dall'art. 1, comma 2, del Decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174 (convertito con modificazioni dalla l. n.7 dicembre 2012, n. 213), riguardante l'analisi e la valutazione della legislazione onerosa regionale in relazione all'art. 81, terzo comma, Costituzione, scandendone: *i*) il quadro normativo di riferimento; *ii*) il principio costituzionale di ausiliarità, di cui tale funzione refertuale costituisce espressione, segnatamente nei confronti delle Regioni; *iii*) il principio del contraddittorio, indefettibile principio che deve connotare il rapporto della Corte dei conti in ausiliarità con i vertici regionali; *iv*) la tempistica della redazione, da parte delle Sezioni regionali, delle Relazioni e il suo stretto collegamento con il Giudizio di parificazione del rendiconto generale delle Regioni; *v*) il merito dello svolgimento delle analisi delle norme di legge regionali onerose, segnatamente da incentrare sulla coppia "onere-copertura", connotata, la prima, dal binomio costituito dalle diverse tipologie di morfologia giuridica degli oneri (art. 21, comma 5, legge 31 dicembre 2009, n. 196) e della quantificazione degli stessi (affidata alla c.d. Relazione tecnica), la seconda, dalle tipologie delle coperture ammesse dall'ordinamento (art. 17 l. n. 196/2009; decreto legislativo del 23 giugno 2011 n. 118, principio contabile generale n. 16, allegato I e principio contabile applicato, allegato 4/2, punti 5.3.3. - 5.3.10).

A)

**1. Il concetto di “diritto vivente” (una sintetica ricostruzione dogmatica).**

Il concetto di “diritto vivente” e di “norma vivente”<sup>(1)</sup> diviene di uso corrente nella giurisprudenza costituzionale a partire dalla sentenza n. 143 del 1980 (dopo i due precedenti di cui alle sentenze nn. 276 e 286 del 1974), anche se prima degli anni '80, sono rinvenibili, nelle pronunce della Corte, espressioni di significato analogo, quali: “costante interpretazione giurisprudenziale che conferisca al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica” (sent. n. 3/1956); “significato attuale della norma” (sent. n. 8/1956); interpretazione che “per generale e costante adesione e della dottrina e della pratica [...] sia sicuramente e lungamente consolidata attraverso il tempo” (sent. n. 11/1965); interpretazione applicazione della disposizione che “continua perciò a vivere nella realtà concreta in modo incompatibile con la Costituzione” (sent. n. 53/1965); articolo di legge “così come vive nell'interpretazione ad esso data dalla Cassazione” (sent. n. 143/1968); “significato, assunto nella vivente realtà giuridica, dall'articolo” impugnato (sent. n. 32/1971); disposizione che “così interpretata ed applicata [...] vive nella realtà concreta” (sent. n. 198/1972); “effettiva sua applicazione, attraverso una provvida elaborazione giurisprudenziale” (sent. n. 22/1973); norme impuginate che “non vivono. e ciò per coglierne l'effettività, così come prospettata dal giudice *a quo*” (sent. n. 177/1973).

Il diritto vivente viene dunque ad assumere una sua rilevanza nel sillogismo sotteso al controllo di legittimità costituzionale in quanto, nel raffronto tra norma oggetto del dubbio di legittimità costituzionale e parametro costituzionale, risponde a logica giuridica che la Corte costituzionale si confronti, ma senza alcun vincolo di opzione ermeneutica, con l'interpretazione giurisprudenziale vivente annodando l'elemento strumentale (l'interpretazione) all'elemento finalistico (l'attuazione del parametro) in funzione di un credibile e non irragionevole approdo decisorio del controllo di costituzionalità.

Se è vero che il diritto positivo (art. 137 Costituzione, legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, legge 11 marzo 1953, n. 87, *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*) nulla dica quanto ai criteri ermeneutici cui il Giudice costituzionale dovrebbe attenersi nell'esercizio del proprio sindacato, non può dirsi implausibile che la Corte possa (quanto meno) misurarsi, nel proprio percorso motivazionale da

1 Va chiarito che la locuzione “diritto vivente” va qui intesa secondo la teorica di V. CRISAFULLI (v., anche, di tale Autore, *Una sentenza difficile*, in *Giur. Cost.*, 1966, 1161), secondo cui, in ogni caso, l'eventualità che della disposizione legislativa esista un significato normativo storicamente affermatosi attraverso l'applicazione giurisprudenziale o amministrativa, anche consolidata, si riduce ad un mero fatto che può inerire o meno ad una norma ipotetica, liberamente enucleata e selezionata dalla Corte costituzionale, e solo per scelta autonoma dello stesso Giudice costituzionale; donde, la marcata difformità dell'impostazione del Crisafulli rispetto alla tesi di T. ASCARELLI (v., anche, dell'Autore, *Problemi giuridici*, I Milano, 1959) circa il concetto di norma: per quest'ultimo (l'Ascarelli) da intendere esclusivamente nel significato applicato o di effettività della norma medesima con conseguente vincolo per l'interprete a confrontarsi esclusivamente con essa in quanto inverteata in “fatto storico” e per il primo (il Crisafulli) nel significato astrattamente ricavabile per via ermeneutica, rimanendo il Giudice costituzionale libero di scegliere quale significato ermeneutico assegnare alla norma giuridica oggetto del proprio sindacato, non potendosi ritenere astretto, detto Giudice, dalla lettura consolidata della norma. Da segnalare, anche la prospettazione di V. ANDRIOLI (*Motivazione e dispositivo nelle sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. Trim. - Dir. Proc. Civ.*, 1962, 529 ss.), che assume il concetto di diritto vivente in un'accezione lata, secondo la quale, oltre alla definizione ascarelliana di “applicazione giurisprudenziale o amministrativa consolidata”, occorre fare riferimento alla più generica “pratica applicazione dei testi”, spostando l'attenzione dalla norma oggetto di scrutinio isolatamente considerata alla situazione complessiva dell'intero ordinamento giuridico positivo in cui detta norma trova collocazione, così anticipando la tesi della c.d. situazione normativa di G. ZAGREBELSKY (*La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. Cost.*, 1986, I, 1148). In base a quest'ultima teorica, alle valutazioni della Corte costituzionale non possono ritenersi estranee le conseguenze applicative delle norme sottoposte al suo scrutinio, così da colmare in modo più persuasivo lo iato o il contrasto tra norma giuridica e realtà sociale; sicché, il giudice costituzionale, nella composizione del proprio giudizio, non potrà non prefigurarsi sia una diagnosi che una prognosi circa l'impatto sociale delle leggi. Per la ricostruzione dell'istituto del “diritto vivente” e i suoi riflessi sul giudizio di costituzionalità, si veda l'approfondita monografia, ancora attuale, di A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*, Milano, 1994.

rendere ostensivo in decisione, con il “diritto vivente”, in quanto presupposto del fatto storico dell’applicazione normativa sul quale la Corte è chiamata a pronunciarsi. È evidente, infatti, anche per una maggiore persuasività e autorevolezza del *decisum* del Giudice costituzionale e anche per evitare ulteriori rimesse ad opera di altri rimettenti, che la Corte costituzionale dia conto in motivazione del proprio conformarsi o discostarsi dal diritto “vivente”, segnatamente per la maggior ampiezza di visuale dell’applicazione in concreto della norma da scrutinare e anche per la competenza tecnica dei rimettenti, specie nelle materie ad alto tasso di specializzazione riconducibili alla finanza pubblica.

Infatti, la Corte può valutare la norma sottoposta a scrutinio confrontandosi non soltanto con il suo astratto valore precettivo ma tenendo altresì conto del suo “attuale significato”, anche prendendo in considerazione i significati che di quella norma dia la consolidata giurisprudenza di merito e di legittimità al momento della sua decisione.

Sicché, nel rapporto tra Corte e autorità (*lato sensu*) giudiziaria rimettente la Corte può senz’altro discostarsi dall’interpretazione che della norma ne ha dato il giudice *a quo* e anche la prevalente giurisprudenza, ma sarà indotto a misurarsi con essa.

D’altro canto, il confronto della Corte costituzionale, sul piano ermeneutico, con il “diritto vivente”, e dunque con l’esperienza applicativa delle norme, concorre ad assegnare al Tribunale costituzionale, per completezza del vaglio compiuto, l’autorevolezza della funzione di controllo di costituzionalità della norma oggetto di rimessione.

A tale riguardo, va anche rilevato che non è un caso che nel 2020 siano state apportate significative modifiche alle *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale* (v. L. PEDULLÀ, “*Amicus curiae*” ed “*esperti*” nella prassi del processo costituzionale: luci ed ombre, in *Federalismi*, n. 2, 25 gennaio, 2023) nel senso di un’estensione anche a soggetti esterni al contenzioso costituzionale di portare contributi ed elementi specialistici per offrire al decidente una maggiore ampiezza di visuale delle possibili prospettazioni “diagnostiche” e “prognostiche” per la risoluzione della questione, tanto da parte della giurisprudenza e anche delle prassi amministrative consolidate quanto degli operatori nell’ambiente sociale (i c.d. *amici curiae*, art. 4-ter delle *Norme integrative*), quanto degli “esperti” (art. 14-bis delle *Norme integrative*) del settore (cfr. G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, cit. in nota 1).

Nel delineato assetto, la Corte costituzionale non ha aderito alla teorica ascarelliana del “diritto vivente” ma, sia pure con oscillazioni<sup>(2)</sup>, ha dimostrato attenzione alla produzione giurisprudenziale e all’applicazione amministrativa specie se consolidata riguardante l’interpretazione delle norme sottoposte al suo scrutinio; tant’è che le ricerche preparatorie per l’esame delle diverse questioni di legittimità costituzionale predisposte da parte degli assistenti dei Giudici sono note per l’accuratezza e l’eshaustività delle ricostruzioni non solo del quadro normativo di riferimento ma anche dell’esperienza applicativa delle norme oggetto dello scrutinio, segnatamente attraverso una raccolta ragionata e minuziosa della giurisprudenza di legittimità e di merito oltreché delle prassi amministrative e della dottrina specializzata nelle diverse materie.

Talché, l’autorevolezza e la persuasività della redazione di una pronuncia della

2 In materia di contabilità pubblica, si fa, ad esempio, riferimento alla sentenza del 18 aprile 2023, n. 110 sul “corso finanziario” in cui vengono esplicitamente richiamate (in senso adesivo) le deliberazioni della Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Liguria, deliberazione 20 aprile 2018, n. 84/2018/PAR e Sezione regionale di controllo per l’Emilia-Romagna, deliberazione 14 giugno 2022, n. 67/2022/PAR; diversamente, nella sentenza Corte costituzionale n. 184/2022, concernente una questione di costituzionalità sollevata in sede di giudizio di parificazione di un rendiconto generale di una Regione, non si trova menzionata una rilevante deliberazione della Corte dei conti a Sezioni Riunite in sede di controllo, *medio tempore* depositata (delib. n. 5/2022), il che avrebbe consentito alla stessa Corte costituzionale una più compiuta disamina della questione sottoposta, eventualmente ricomprendendo nel *Considerato in diritto* un riferimento puntuale al “diritto vivente” versato nella predetta deliberazione delle Sezioni Riunite.



Corte si misura anche per la completezza dell'*iter* motivazionale (com'è noto, non sottoposto al vaglio di altra autorità, ma rimesso, semmai, alle sole osservazioni degli studiosi) che dimostri la piena conoscenza delle diverse questioni come anche declinate dalla giurisprudenza consolidata.

In questa prospettiva, preso atto che la Corte costituzionale non ha accolto la tesi "normativa" o "prescrittiva" (ascarelliana) del diritto vivente (v. precedente, nota 1), va tuttavia rilevato che il Giudice costituzionale, nelle proprie pronunce, sovente attribuisce alla giurisprudenza e alla prassi amministrativa consolidata concernente l'applicazione delle norme oggetto del suo sindacato una valenza di riferimento (accogliendone o meno orientamenti o suggestioni), per modo che il ragionamento affidato alla parte motiva della pronuncia della Corte non offra il fianco a perplessità di un vaglio non pienamente compiuto.

È quindi alla teorica del Crisafulli (v. precedente n. 1) che qui viene fatto riferimento, nel senso che il significato normativo storicamente affermato attraverso l'applicazione giurisprudenziale o amministrativa, anche consolidata, si riduce ad un mero fatto, liberamente enucleato e selezionato dal Giudice costituzionale.

## **2. Parametro costituzionale (art. 81, terzo comma, Cost.) e "diritto vivente" di matrice giurisprudenziale della Corte dei conti.**

Fino alle riforme costituzionali del 2001 e del 2012, non ampia è la giurisprudenza costituzionale relativa all'interpretazione-applicazione della Corte dei conti quale possibile matrice di "diritto vivente" in materia di "contabilità pubblica", segnatamente nell'esercizio della funzione di controllo, sebbene la legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in tale sede risalga alla nota sentenza Corte Cost. n. 226 del 1976.

Dopo la sottrazione al controllo della Corte dei conti del controllo dei decreti legge e dei decreti legislativi (Corte cost. sent. n. 406/1989) ad opera dell'art. 16, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, le non frequenti questioni sollevate dalla Corte dei conti come giudice *a quo* nella sede del controllo (quanto meno fino alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3) riguardano l'interpretazione delle "clausole finanziarie" delle leggi onerose in occasione del vaglio dei decreti ministeriali di variazione di bilancio (art. 3, comma 1, lettera h, legge 14 gennaio 1994, n. 20) con riferimento al parametro di cui all'art. 81, (ora) terzo comma, Cost..

Dalla fine degli anni '90, la lettura "vivente" dell'art. 81, terzo comma, Cost. ad opera della Corte dei conti ha assunto via via un'importanza non irrilevante, anche nel giudizio di legittimità costituzionale, tant'è che con quella produzione giurisprudenziale, maturata nell'esercizio della funzione del controllo attribuito alla Corte dei conti (art. 100, secondo comma, Cost.), la Corte costituzionale si è confrontata sussumendone impostazione metodologica e percorsi interpretativi (es., nelle sentt. n. 244/1995; n. 384/1991)<sup>(3)</sup>.

Sebbene non di frequente richiamata dai redattori delle pronunce della Corte costituzionale concernenti la legittimità costituzionale di leggi di spesa in relazione all'art. 81, terzo comma, Cost., è proprio la giurisprudenza della Corte dei conti che principalmente ha elaborato e va elaborando il bagaglio concettuale ed ermeneutico delle metodologie per l'esame delle norme di spesa anche oggetto di sindacato del Giudice costituzionale.

<sup>3</sup> Va, in proposito, rimarcato che, dal 2012 ad oggi, a seguito delle intervenute modifiche costituzionali, le rimissioni della Corte dei conti quale giudice *a quo* nei giudizi in via incidentale e le questioni di legittimità costituzionale in via di azione concernenti il parametro finanziario della copertura finanziaria costituiscono oltre il 40% della produzione giurisprudenziale costituzionale nei quasi settant'anni dall'inizio del funzionamento della Corte costituzionale.

Si fa, in particolare, riferimento all'imponente produzione refertuale della Corte dei conti sulla tipologia delle coperture adottate e sulle tecniche di quantificazione degli oneri della legislazione statale e regionale di spesa (per lo Stato, tale tipologia di controllo è stata assegnata alla Corte dei conti con la legge 23 agosto 1992, n. 362; per le Regioni, con il decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213), che assurge a pieno titolo quale matrice di "diritto vivente" (inteso, come si è visto, quale produzione giurisprudenziale della Corte dei conti nella sede dell'esercizio di funzioni di controllo).

Ne discende che, nel vaglio di costituzionalità di norme (statali o regionali) di copertura finanziaria - e dunque per la lettura del parametro costituzionale (art. 81, terzo comma, Cost.) e delle norme interposte contenute nella legge di contabilità (artt. 17 e 19 l. n. 196/2009), quanto meno sul piano del metodo e del linguaggio tecnico-giuridico di cui il Tribunale costituzionale è chiamato a fare impiego - sta divenendo patrimonio concettuale comune la chiara individuazione del binomio "onere/copertura" (di cui al citato art. 81 Cost.) nonché della coppia "morfologia giuridica dell'onere e sua quantificazione" che connotano il primo elemento del citato binomio; e ciò, in piena coerenza, appunto, con il "diritto vivente" elaborato sin dal 1988 dalla Corte dei conti.

Va, in questa sede, segnalato che, oltre al contributo di "diritto vivente" sviluppato dalla giurisprudenza della Corte dei conti circa la lettura del parametro costituzionale della "copertura finanziaria" (art. 81, terzo comma, Cost.), la richiamata produzione refertuale può costituire, anche per la stessa Corte costituzionale, utile materiale di orientamento per l'interpretazione delle diverse norme recanti oneri che dovessero essere rimesse al suo controllo di legittimità.

### **3. Disciplina legislativa attributiva della funzione consultiva alla Corte dei conti e "diritto vivente" di matrice giurisprudenziale della Corte dei conti.**

In tale contesto, quello del concorso della giurisprudenza della Corte dei conti alla formazione del "diritto vivente", si colloca il contributo del magistrato Fabio Viola, segnatamente quale redattore della nota deliberazione n. 54/2010 delle Sezioni Riunite della Corte dei conti in sede di controllo, all'indomani dell'intestazione alla Corte dei conti della funzione consultiva di cui all' art. 7, comma 8, della legge n. 131 del 2003, che può definirsi "pronuncia cardine" della funzione consultiva intestata alla Corte dei conti da parte del legislatore.

La novità della deliberazione e dell'impostazione concettuale sottesa alla definizione dell'ambito materiale della "contabilità pubblica" è costituita dai suoi riflessi sulla formulazione di detta definizione, allo scopo di delimitare il perimetro della funzione consultiva assegnata alla Corte dei conti dalla legge n. 131 del 2013 in conseguenza della mutazione del quadro costituzionale derivante dalla legge costituzionale n. 3 del 2001.

Infatti, nella citata deliberazione, il redattore Fabio Viola evidenzia il carattere "dinamico" del concetto "contabilità pubblica", subito annodandolo agli "obiettivi di contenimento della spesa sanciti dai principi di coordinamento della finanza pubblica - espressione della potestà legislativa concorrente di cui all'art. 117, comma 3, della Costituzione", come, appunto, modificato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001.

Sicché, con la citata deliberazione, la Corte dei conti ha preso atto che talune materie (quali quella concernente il personale, l'attività di assunzione, cui è equiparata quella afferente le progressioni di carriera, la mobilità, gli incarichi di collaborazione con soggetti esterni, i consumi intermedi ecc.) - in considerazione della rilevanza dei pertinenti segmenti di spesa, che rappresentano una parte consistente di quella cor-

rente degli Enti locali, idonea ad influire sulla rigidità strutturale dei relativi bilanci - vengono a costituire inevitabili riferimenti cui ricorrere, nell'ambito della funzione di coordinamento della finanza pubblica, per il conseguimento di obiettivi di riequilibrio finanziario, cui sono, altresì, preordinate misure di contenimento della complessiva spesa pubblica, nel quadro dei principi individuati dalla giurisprudenza costituzionale.

Muovendo da tale considerazione, il redattore della deliberazione citata (e con esso l'intero Collegio) ha concluso che "ulteriori materie, estranee, nel loro nucleo originario, alla "contabilità pubblica" - in una visione dinamica dell'accezione che sposta l'angolo visuale dal tradizionale contesto della gestione del bilancio a quello inerente ai relativi equilibri - possono ritenersi ad essa riconducibili, per effetto della particolare considerazione riservata dal Legislatore, nell'ambito della funzione di coordinamento della finanza pubblica".

Di particolare interesse è, dunque, la motivazione della deliberazione in questione, in quanto intende valorizzare non la norma in sé considerata, e cioè l'art. 7, comma 8, della legge n. 131 del 2003, attributiva della funzione consultiva nelle materie di "contabilità pubblica", ma la norma medesima nel contesto del sistema ordinamentale positivo "vivente" in cui detta norma viene a collocarsi, offrendo la dimostrazione che, ai fini interpretativi della complessa nozione "contabilità pubblica", non è sufficiente il meccanico riferimento alle pronunce della Corte di cassazione formulate in sede di definizione del riparto tra giurisdizioni.

Ai fini dell'esatta perimetrazione del significato di contabilità pubblica a fini consultivi, della nozione di "contabilità pubblica", ne occorre, piuttosto, una puntuale valutazione alla luce della dinamica trasformazione dell'intero ordinamento, segnatamente, in considerazione dell'altrettanto complessa ricostruzione definitoria dell'ambito materiale del coordinamento della finanza pubblica (art. 117, terzo comma, Cost.), affidato all'ampia giurisprudenza costituzionale, di cui la funzione consultiva di tipo ausiliare assegnata alla Corte dei conti costituisce espressione saliente.

Da ciò discende che anche ai fini di eventuali valutazioni di legittimità costituzionale della normativa attributiva della funzione consultiva assegnata alla Corte dei conti non potrà non tenersi conto, nel bilanciamento di istanze di coordinamento finanziario e autonomistiche, del delineato "diritto vivente", costituito dalla citata deliberazione n. 54/2010 e dalla successiva giurisprudenza della Corte dei conti che a quell'iniziale deliberazione ha dato continuità.

#### **4. Una prima conclusione.**

La questione della ricostruzione del "diritto vivente" è complessa, potendosi prestare anche ad equivoci che qui si intendono più dirimere che accentuare.

Il rischio di scivolare, in materia contabile, in soluzioni interpretative permeate di vago sociologismo nella ricostruzione degli istituti contabili custoditi dai parametri costituzionali spinge gli operatori del diritto al confronto con la competenza tecnica e specialistica versata negli approdi della giurisprudenza della Corte dei conti, come nel caso dell'esperienza delle relazioni trimestrali sulla legislazione di spesa, che ha consolidato metodologie e concettualizzazioni anche in relazione alle novità introdotte dal diritto eurounitario.

Obiettivo minimo è, dunque, quello di tentare di ricondurre il dialogo con gli studiosi del diritto costituzionale nella complessa, ma ben risalente, disciplina della contabilità pubblica entro categorie giuridiche comprensibili e rigorose, offrendo loro competenze salde in una materia tecnica i cui principi rimangono chiari e indefettibili.

Una prima conclusione circa la ricostruzione del "diritto vivente" di matrice giurisprudenziale della Corte dei conti è perciò nel senso di prendere le distanze da approc-

ci di tipo meramente “sociologico”, recuperando i ragionamenti di carattere strettamente scientifico rinvenibili, come si è detto, nella vasta ma poco indagata produzione giurisprudenziale della Corte dei conti.

Del pari, va evitato il pericolo, opposto, che il tener conto del “diritto vivente” possa comportare il rischio di discostarsi da quell’originalismo che l’esperienza nordamericana insegna essere la linea-guida più garantista nei confronti dei destinatari delle pronunce, nella faticosa opera di interpretazione del diritto, onde evitare soluzioni ermeneutiche creative lontane dalla *ratio* originaria della norma interpretata.

**B)**

**1. Il coordinamento dell’esercizio della funzione refertuale intestata alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti riguardante le leggi regionali di spesa e le sue linee di orientamento.**

Un ulteriore significativo contributo offerto dal Presidente di Sezione Fabio Viola al consolidamento della giurisprudenza della Corte dei conti in tema di profili attinenti alla contabilità pubblica riguarda il coordinamento delle Sezioni regionali di controllo (delib. n. 8/SEZAUT/2021INPR, cui è, poi, seguita la delib. n. 10/SEZAUT/2023/FRG della Sezione delle Autonomie) nell’esercizio, loro assegnato, della funzione di controllo con modalità di referto (come già avvenuto dal 1988 per la legislazione statale), dall’art. 1, comma 2, del d.l. n. 174/2012 (conv., con mod., dalla l. n. 213/2012), riguardante l’analisi e la valutazione della legislazione onerosa regionale in relazione all’art. 81, terzo comma, Cost..

Oltre alla ricostruzione del quadro normativo di riferimento, la citata delib. n. 8/SEZAUT/2021INPR contiene rilevanti puntualizzazioni circa: *i*) il principio costituzionale di ausiliarità, di cui tale funzione refertuale costituisce espressione, segnatamente nei confronti delle Regioni; *ii*) il principio del contraddittorio, indefettibile principio che deve connotare il rapporto della Corte dei conti in ausiliarità con i vertici regionali; *iii*) la tempistica della redazione, da parte delle Sezioni regionali, delle Relazioni e il suo stretto collegamento con il Giudizio di parificazione del rendiconto generale delle Regioni; *iv*) il merito dello svolgimento delle analisi delle norme di legge regionali onerose, segnatamente da incentrare sulla coppia “onere-copertura”, connotata, la prima, dal binomio costituito dalle diverse tipologie di morfologia giuridica degli oneri (art. 21, comma 5, l. n. 196/2009) e della quantificazione degli stessi (affidata alla c.d. Relazione tecnica), la seconda, dalle tipologie delle coperture ammesse dall’ordinamento (art. 17 l. n. 196/2009; d.lgs. n. 118/2011, principio contabile generale n. 16, allegato 1 e principio contabile applicato, allegato 4/2, punti 5.3.3. – 5.3.10).

Lasciando al testo della citata deliberazione le considerazioni attinenti al merito delle analisi delle norme di legge regionali onerose (cfr. precedente punto *iv*), si ritiene qui opportuno, brevemente, soffermarsi su tre linee di orientamento indicate nella citata relazione: l’ausiliarità, il principio del contraddittorio e la tempistica di redazione dei referti.

**2. L’ausiliarità<sup>(4)</sup>.**

La Corte ha tenuto a ribadire che il Referto annuale della Corte sulla legislazione di spesa regionale (di cui al d.l. n. 174/2012, trova il proprio ancoraggio costituzionale nel rapporto di ausiliarità con le Assemblee regionali (art. 100, secondo comma, Cost.), in quanto esso mira ad “arricchire il patrimonio conoscitivo” dei Consigli regionali sul tema della copertura finanziaria e delle tecniche di quantificazione

<sup>4</sup> G. CARBONE, *Gli organi ausiliari*, Art. 99-100, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna, 1991.

degli oneri previsti dalle leggi regionali, che riveste un “elevato tasso di tecnicismo finanziario-contabile”.

L'evoluzione ordinamentale, sottesa alla riforma costituzionale del 2012, nel senso dell'attribuzione alla Corte dei conti del controllo di cui all'art. 1, comma 2, del d.l. n. 174/2012, è stato vagliato dalla Corte costituzionale (sent. n. 39/2014, punto 6.3.3. del diritto) che ne ha ritenuto la piena coerenza con le autonomie territoriali.

Nella sentenza si trova affermato che: il «controllo introdotto trova fondamento costituzionale e riveste natura collaborativa. Questa Corte ha espressamente affermato – anche in relazione agli enti territoriali dotati di autonomia speciale – che il legislatore è libero di assegnare alla Corte dei conti qualsiasi altra forma di controllo con queste caratteristiche (ex plurimis, sentenze n. 29 del 1995; nonché n. 179 del 2007, n. 267 del 2006), stante la posizione di indipendenza e neutralità del giudice contabile al servizio dello Stato-ordinamento, quale garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico nel suo complesso e della corretta gestione delle risorse (sentenza n. 60 del 2013). Alla luce della richiamata giurisprudenza della Corte, l'istituto disciplinato dalla norma impugnata, risulta funzionale da un lato ad ampliare il quadro degli strumenti informativi a disposizione del Consiglio, per consentire [...] la formulazione di meglio calibrate valutazioni politiche del massimo organo rappresentativo della Regione, anche nella prospettiva dell'attivazione di processi di “autocorrezione” nell'esercizio delle funzioni legislative e amministrative (sentenza n. 29 del 1995; nonché sentenza n. 179 del 2007) e, dall'altro, a prevenire squilibri di bilancio (tra le tante, sentenze n. 250 del 2013; n. 70 del 2012). La relazione semestrale [ora annuale] ai Consigli regionali sulla tipologia delle coperture finanziarie adottate nelle leggi regionali e sulle tecniche di quantificazione degli oneri, ancorché obbligatoriamente prevista, si mantiene pertanto nell'alveo dei controlli di natura collaborativa e di quelli comunque funzionali a prevenire squilibri di bilancio e non può conseguentemente ritenersi lesiva dei parametri invocati, posta la collocazione su piani distinti, seppur concorrenti nella valutazione degli effetti finanziari delle leggi regionali [...]».

La predetta forma di controllo è da ritenere, dunque, pienamente coerente con la funzione di ausiliarità intestata alla Corte dei conti, ai sensi dell'art. 100, secondo comma, Cost., anche nei confronti delle Assemblee legislative regionali, e ciò a salvaguardia del rispetto dei parametri costituzionali della copertura delle leggi onerose (art. 81, terzo comma, Cost. e art. 19 l. n. 196/2009), degli equilibri dei bilanci regionali, anche in relazione al diritto eurounitario (artt. 97, primo comma, 117, primo comma, e 119, primo comma, Cost.; artt. 3 e 9, legge 24 dicembre 2012, n. 243) e del coordinamento finanziario (art. 117, terzo comma, Cost.).

### 3. Il principio del contraddittorio.

Ulteriore e significativo elemento da evidenziare è costituito dall'esigenza di assicurare, in occasione della discussione del predetto Referto, il più ampio contraddittorio con la Regione, sia con i rappresentanti della Giunta che dell'Assemblea, possibilmente in adunanza pubblica, allo scopo di acquisire, attraverso puntuali interlocuzioni, ogni elemento utile per la conclusiva definizione, da parte della Corte, delle indicazioni utili a migliorare, in via collaborativa, la qualità della legislazione onerosa regionale.

Il rispetto del principio del contraddittorio quale presupposto dell'approvazione, da parte della Sezione di controllo, della Relazione, costituisce un rilevante elemento che connota i referti regionali, segnatamente in ossequio al rispetto del principio dell'autonomia territoriale.

### 4. La tempistica.

La terza linea direttiva di coordinamento è particolarmente significativa.

Si tratta della tempistica entro la quale la Sezione di controllo è chiamata ad approvare il referto al Consiglio regionale.

La Relazione deve necessariamente precedere il giudizio di parificazione del consuntivo regionale – che, com'è noto, si pone all'interno del circuito democratico che connota il "ciclo del bilancio" (Corte conti, Sezioni Riunite in sede di controllo, delib. n. 5/2022) - in quanto quest'ultimo registra gli effetti anche della vigente legislazione onerosa approvata nell'esercizio da parificare, per gli oneri ad essa sottesi, effetti che si sono già prodotti nel corso dell'esercizio oggetto del successivo scrutinio in sede di parificazione da parte della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti.

L'emersione di eventuali profili di criticità riferiti alla legislazione regionale potranno essere di ausilio sia in sede di analisi della verifica operata dalla Corte nella sede propria del giudizio di parificazione del conto consuntivo regionale, sia ai fini di un affinamento della legislazione di spesa da parte degli organi a ciò deputati (Consiglio regionale e Giunta), sia, ove possibile, per consentire processi di autocorrezione volti a riorientare previsioni di spesa mal calibrate o comunque a rischio di violazione dell'art. 81, terzo comma, Cost..

#### **5. Una seconda conclusione.**

Alla luce di quanto precede sarebbe auspicabile:

- A) da parte delle Sezioni regionali di controllo, una stringente correlazione tra la Relazione annuale della Corte dei conti sulla legislazione regionale onerosa e il Giudizio di parificazione del rendiconto generale della Regione;
- B) la possibilità, per la Regione, di discrezionalmente audire la Corte su questioni attinenti alla copertura;
- C) la promozione di iniziative di formazione sul *drafting* delle leggi regionali di spesa, con particolare riferimento alla metodologia dell'elaborazione delle relazioni tecniche;
- D) la creazione, all'interno del Consiglio Regionale, di strutture tecniche specializzate nelle materie della contabilità pubblica e dell'armonizzazione contabile.



# Il magistrato al servizio delle istituzioni: le idee e il lavoro di Fabio Viola. (Conclusioni)

DI LUIGI CASO

*“Sol chi non lascia eredità d'affetti/Poca gioia ha dell'urna”*

Con queste parole Ugo Foscolo ci svelava il significato del suo *carme* più noto, quel “Dei Sepolcri” che tutti abbiamo imparato a memoria nei nostri lontani studi. Pur non credente, Foscolo trovava conforto nella convinzione che quanti in vita si erano fatti amare e stimare continuassero a vivere nel ricordo e nell'affetto di chi li aveva conosciuti. “Celeste è questa corrispondenza d'amorosi sensi, celeste dote è negli umani”: celeste, quasi divina, è per il Poeta la capacità di far rivivere l'estinto attraverso i superstiti che lui ha amato e riuscire così a superare attraverso il ricordo e la sua capacità di ispirazione quello che è l'ineludibile mistero della morte.

Queste considerazioni sono il motivo ispiratore che ci ha spinti ad organizzare questo Convegno in onore e in ricordo di Fabio Viola.

L'eredità che Fabio ci ha lasciato è stata un'eredità di affetti, non solo per la Sua famiglia e per i Suoi cari – che egli ha amato immensamente e che, ne siamo certi, continua ad amare da Lassù - ma anche per la Sua Corte dei conti, che egli ha amato con la medesima intensità e alla quale ha dedicato le Sue inesauribili energie, sia come magistrato, sia come Segretario generale sia come autorevole componente del Direttivo dell'Associazione.

Come è emerso dagli interventi di tutti i relatori, il punto di partenza della riflessione di Fabio, sia come uomo che, come magistrato, era la logica del servizio verso gli altri, rafforzata da una fede autentica e da una visione alta della funzione magistratuale.

Coerentemente, egli svolgeva il Suo lavoro rifuggendo da ogni forma di esercizio di potere ma cercando sempre il modo di rendersi, attraverso la Sua attività concreta, utile per i cittadini.

Da tale visione sono scaturite delibere, decisioni, atti concreti, tutti permeati da un senso alto della funzione magistratuale vista come servente rispetto all'efficacia complessiva dell'ordinamento e funzionale al benessere della cittadinanza.

Quando abbiamo pensato al modo migliore per onorare la memoria del Presidente Viola, abbiamo realizzato che la strada migliore per tenerne vivo non solo il ricordo ma altresì anche lo spirito più autentico fosse quello di proseguire la Sua opera, cercando di continuare a svolgere le nostre funzioni magistratali con il medesimo spirito di servizio.

Tutte le relazioni dell'odierno convegno sono unite, come una sorta di *fil rouge*, da questa tensione ideale.

Attraverso le relazioni è emersa non solo la figura di Fabio Viola magistrato ma anche una sintesi della varietà di funzioni esercitate dalla stessa Corte dei conti, perché se è indubbio che l'impegno magistratuale ha segnato la vita di Fabio Viola è anche vero che nei medesimi anni la stessa Corte ha tratto dal lavoro di Fabio linfa vitale e nuove energie per svolgere al meglio le proprie funzioni.

Così come Fabio aveva sempre declinato le funzioni magistratali in un'ottica di servizio, così la Corte dei conti che emerge dalle relazioni odierne - che, partendo dal lavoro di Fabio, hanno tracciato anche una linea evolutiva dell'attività del giudice con-



tabile - è una Corte pienamente consapevole del peso e dell'importanza che l'esercizio delle proprie funzioni può avere sullo sviluppo del tessuto ordinamentale e sociale del Paese.

La Corte, attraverso la vasta gamma delle funzioni affidatele (controllo, giurisdizione, requirente, referente e consultiva), segue l'attività amministrativa fin dalla sua genesi (tramite il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo centrale) e durante la gestione o al termine di essa (tramite il controllo concomitante o successivo di gestione), talvolta contribuisce al suo espletamento con pareri su questioni di contabilità pubblica e, in ipotesi residuali, giunge a condannare i pubblici amministratori nei casi in cui, con la loro condotta gravemente colposa o addirittura dolosa, abbiano danneggiato il patrimonio pubblico.

In questo modo, la Corte viene a svolgere una funzione conformativa (se non addirittura maieutica) nei confronti dell'azione politico-amministrativa, indicando al Governo e alle altre amministrazioni quale sia il corretto modo di operare ed amministrare le risorse pubbliche.

La Corte, inoltre, presta un'opera ausiliaria nei confronti del Parlamento nazionale e di quelli regionali, parificando i relativi rendiconti generali - verificando, cioè, al termine dell'esercizio finanziario, la correttezza contabile dell'operato del Governo centrale e di quelli regionali - e fornisce al Parlamento nazionale, in diverse occasioni, il conforto delle proprie analisi sia con le specifiche relazioni (quali quelle sulla copertura delle leggi di spesa o sui costi dei contratti collettivi) sia attraverso le frequenti audizioni svolte, su richiesta dello stesso Parlamento, sui più rilevanti provvedimenti economici sottoposti al suo esame.

La complessiva attività svolta dalla Corte concorre così a svolgere una funzione coesistente alla democraticità dell'intero ordinamento: garanzia che le amministrazioni svolgano con competenza ed efficienza le "missioni" loro affidate dal Parlamento e dalle Assemblee regionali; che le risorse - specie se scarse - vengano impiegate nella maniera più efficiente ed economica; che le amministrazioni siano avvertite di eventuali devianze dalle regole ad esse imposte dalla politica economica e finanziaria generale; che la gestione amministrativa si svolga nel rispetto dei parametri normativi e finanziari dettati all'appartenenza dell'Italia all'Unione europea; che, infine, le strutture della Repubblica operino con modalità e procedimenti tali da spostare in favore dei cittadini il rapporto fra spesa strumentale (quella per il mantenimento degli apparati) e spesa finale (quella per i servizi e le prestazioni al pubblico).

In questa visione complessiva, si può cogliere la posizione strategica della Corte dei conti all'interno del disegno ordinamentale nazionale ed europeo, ancorata saldamente, da un lato, al processo di riforma della *governance* economica europea (quel complesso di regole, cioè, che ha preso le mosse dal Trattato di Lisbona nell'ormai lontano 13 dicembre 2007) e, dall'altro, al federalismo fiscale introdotto a seguito della riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione.

In questo assetto ordinamentale, caratterizzato dal *continuum* Unione europea - Stato - Autonomie territoriali, la Corte si situa come istituzione che tutte le attraversa e che attua la funzione di garanzia del corretto uso delle risorse pubbliche (ivi comprese quelle di provenienza comunitaria), con riferimento non solo allo Stato-apparato ma, nel nuovo quadro costituzionale, anche allo Stato-comunità: un'interlocuzione, dunque, rivolta all'amministrazione come all'intera collettività nazionale e, per essa, al Parlamento e alle Assemblee legislative regionali.

Riguardata attraverso questa complessa rete di rapporti, emerge la storia della Corte dei conti quale istituzione complessa che, pur nell'immutato rispetto del suo compito originario - provvedere cioè che il Potere politico ed amministrativo rendano conto ai cittadini del proprio operato, specie nel campo finanziario, e rispettino la legge che è

fonte e misura del loro potere – si è dimostrata capace di adattarsi a tutte le mutazioni dell'ordinamento costituzionale e del più vasto quadro normativo sovranazionale, fino a diventare, come detto, elemento indispensabile di un compiuto sistema democratico e punto di riferimento europeo ed internazionale nei processi di governo della finanza pubblica.

Oggi, tramite il ricordo e l'analisi del lavoro di Fabio Viola, abbiamo ripercorso un tratto di storia recente della Corte, segnato dalla consapevolezza del proprio ruolo istituzionale e dalla volontà di interpretarlo sempre nell'ottica del servizio alla collettività.

L'auspicio è che tale spinta non si esaurisca con questo incontro ma che prosegua con altri simili momenti e con sessioni di lavoro sui temi concreti che caratterizzano il nostro lavoro, così da affrontare tutte le sfide che, soprattutto in questa fase storica, attendono la Corte dei conti, con la stessa energia e con lo stesso spirito di servizio che animava il lavoro di Fabio.



# Atto di “alta amministrazione”: i vincoli normativi alla discrezionalità politica e la sindacabilità dell’atto

Nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 1° dicembre 2023, n. 10418

**SOMMARIO:** 1. Premessa 2. I fatti di causa 3. Le argomentazioni del Consiglio di Stato sull’atto politico 4. Atto politico, atto amministrativo e atto di alta amministrazione tra giurisprudenza e dottrina: una breve sintesi

DI LIDIA AIELLO

**ABSTRACT:** La nota esamina fattispecie giurisprudenziali che illustrano elementi costitutivi dei “confini” del concetto di atto politico, ai fini di analizzare la questione di sindacabilità da parte del giudice amministrativo. In particolare, il contributo si sofferma sulla classificazione degli atti giuridici elaborata dalla giustizia amministrativa, i cui criteri di distinzione rappresentano la base dell’ammissibilità o meno di possibili vizi di legittimità, riportando il caso esemplificativo dei c.d. atti di “alta amministrazione”.

**ABSTRACT:** *The note examines case law cases that illustrate constituent elements of the “boundaries” of the concept of a political act, with a view to analysing the question of reviewability by the administrative court. In particular, the contribution focuses on the classification of legal acts elaborated by administrative justice, whose criteria of distinction represent the basis of the admissibility or otherwise of possible defects of legitimacy, reporting the illustrative case of so-called ‘high administration’ acts.*

## 1. Premessa.

Il decreto ministeriale di riparto del fondo per lo sviluppo degli investimenti nel cinema e nell’audiovisivo è atto politico o amministrativo? La scelta del Presidente del Consiglio di non trasmettere la lettera di garanzia per i minori adottandi in Bielorussia è espressione di discrezionalità politica? Le deliberazioni del Consiglio dei ministri emesse all’esito del procedimento di composizione di conflitti sono atti liberi nei fini? Può il giudice amministrativo sindacare l’atto del Consiglio comunale di conferimento della cittadinanza onoraria?

Queste brevi note cercheranno di offrire elementi di riflessione in ordine alle questioni esposte, con l’obiettivo di tracciare i confini di applicabilità del concetto di atto politico che, come tale, non risulta sindacabile da parte del giudice amministrativo.

## 2. I fatti di causa.

Con ricorso straordinario proposto in data 01.06.2022, in seguito trasposto in sede giurisdizionale dinanzi al T.A.R. Lazio, sezione Seconda Quater, a seguito di opposizione di parte controinteressata, è stato impugnato dalla Levante s.r.l. il decreto n. 49 del 4 febbraio 2022, con il quale il Ministero della cultura ha provveduto al “Riparto del Fondo per lo Sviluppo degli Investimenti nel Cinema e nell’Audiovisivo per l’anno

2022”, di cui alla legge 14 novembre 2016, n. 220<sup>(1)</sup>.

In particolare, la ricorrente ha sostenuto che l'esclusione dal riparto del fondo delle imprese c.d. “esterne”, ex art. 20 della citata legge, fosse da considerare illegittima poiché in palese violazione di legge, straripamento di potere e *deficit* motivazionale, nonché non rispettose dei principi di tutela del legittimo affidamento e buon andamento dell'azione amministrativa.

Il giudice di *prime cure*, sez. Seconda Quater, con sentenza del 23 marzo 2023, n. 0501, ha rigettato l'eccezione di inammissibilità sollevata dal Ministero della cultura, nel presupposto che il decreto ministeriale di riparto del fondo non è atto avente natura politica, in ragione del fatto che, sebbene sussista il requisito soggettivo, ossia l'atto provenga da un organo di governo, tuttavia, *non è estrinsecazione di un potere politico, come tale libero nei fini*.

Secondo il Tribunale amministrativo, infatti, il decreto oggetto del gravame deve ritenersi atto meramente esecutivo di disposizioni di legge e vincolato ad un interesse pubblico predeterminato.

Alla luce delle considerazioni sin qui richiamate, il giudice ha accolto il ricorso, con conseguente annullamento *in parte qua* del decreto per palese violazione di legge, dal momento che il Ministero avrebbe escluso *in toto* le imprese di cui all'art. 20, che, invece, l'art. 1, co. 1, lett. a), contempla espressamente tra i destinatari delle somme del Fondo. Ne è emerso che, il potere di discrezionalità dell'amministrazione va considerato sussistente in relazione al *quantum* da ripartire tra tutti i soggetti destinatari *ex lege*, e non altresì all'*an*.

Il Ministero della Cultura – Direzione Generale Cinema e Audiovisivo, entro i termini di impugnazione previsti dalla legge, ha proposto appello avverso la sentenza del T.A.R. che ha dichiarato l'annullamento parziale del decreto ministeriale per erroneità della decisione, nella parte in cui esclude la natura politica dell'atto, ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. a) e c) del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e nella parte in cui avrebbe trascurato l'art. 13, comma 5, l. 220/2016 che attribuisce discrezionalità al Ministro nel ripartire il fondo, in ordine alle scelte fondamentali della politica di settore.

In esito allo svolgimento del giudizio di fronte al Consiglio di Stato (Sez. VI, sentenza 1° dicembre 2023, n. 10418), quest'ultimo, ha statuito per la conferma della sentenza di 1° grado.

### 3. Le argomentazioni del Consiglio di Stato sulla natura politica dell'atto.

Il giudice di secondo grado nel rigettare l'appello ha, preliminarmente, operato una ricostruzione della nozione di atto politico, riportando le teorie sussistenti nel diritto vivente, secondo cui l'atto va considerato di matrice politica e in quanto tale non giustiziabile in sede amministrativa, se:

- A. *Si inserisce nel quadro delle supreme funzioni statali che, nell'ambito delle relazioni internazionali o dei rapporti tra organi costituzionali, postulano un'ampia sfera di libertà garantita attraverso forme di controllo esclusivamente politico;*
- B. *Proviene da un organo di governo, preposto all'indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al massimo livello, nonché se risulta libero nei fini perché riconducibile alle supreme scelte in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri;*
- C. *Oltre ai requisiti di cui sopra, non ci sia una norma che disciplini o circoscriva l'esercizio del potere e l'atto non abbia l'attitudine a ledere situazioni giuridiche individuali.*

<sup>1</sup> Per un'approfondita analisi sulla legge n. 220/2016 v. A. CONTIERI, M. IMMORDINO, *La disciplina giuridica dello spettacolo*, Giappichelli, 2023, 93 e ss., nonché 259 ss. e 349 ss.

È sulla base di tutte e tre le teorie che il Consiglio di Stato ha escluso la natura politica del decreto di riparto di risorse economiche poiché, seppur l'atto provenga da un organo di governo, il Ministero della Cultura, tuttavia, essendo un atto espressivo *di un potere che la normativa contenuta all'interno della l. n. 220/2016 disciplina e circoscrive*, non può considerarsi libero nei fini.

A questo riguardo, il giudice ha osservato che la legge individua i soggetti beneficiari del fondo *vincolando in parte qua il decreto ministeriale*. Infatti, neppure può invocarsi la disposizione di cui all'articolo 13, comma 5, l. 220/2016 che attribuisce discrezionalità per il riparto del fondo, ciò in quanto la stessa deve ritenersi consentita in riferimento al *quantum* di risorse da destinare al credito di imposta<sup>(2)</sup>, e non altresì alla possibilità di escludersi in principio la categoria di impresa di cui all'articolo 20 della surrichiamata disposizione.

Ad avviso dei giudici di secondo grado, quindi, l'atto oggetto di ricorso risulta inquadabile nella categoria degli atti con funzioni di indirizzo politico-amministrativo, c.d. di "alta amministrazione", che si distinguono sia dagli atti politici che dagli atti amministrativi. Poiché l'insindacabilità sussiste solo ed esclusivamente per gli atti di natura politica, ai sensi dell'art. 7 Codice del processo amministrativo, e non anche per gli atti di alta amministrazione, l'appello è stato così respinto, confermando l'orientamento ermeneutico formulato nella sentenza appellata.

#### **4. Atto politico, atto amministrativo e atto di alta amministrazione tra giurisprudenza e dottrina: una breve sintesi.**

A conclusione di questa breve nota a sentenza può, quindi, osservarsi che, il primo comma dell'articolo 7 del codice del processo amministrativo circoscrive l'ambito di giurisdizione riservata al giudice amministrativo ricomprendendovi ogni provvedimento, atto, accordo, comportamento, posto in essere da pubbliche amministrazioni per l'esercizio del potere, escludendovi espressamente quegli atti o provvedimenti *"emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico"*<sup>(3)</sup>.

Il legislatore ha, quindi, voluto escludere dalla sindacabilità dinanzi al giudice amministrativo, nonché a qualsiasi altro giudice, gli atti e provvedimenti c.d. di "natura politica", distinzione che si rende essenziale per la stessa tenuta del sistema costituzionale imperniato sul principio della separazione dei poteri.

È opportuno evidenziare che l'atto è insindacabile, oltre nel caso in cui abbia natura politica, anche laddove lo stesso non incida direttamente situazioni giuridiche. A riguardo, in una recente pronuncia, la Corte di Cassazione<sup>(4)</sup> ha escluso la sindacabilità dell'atto di conferimento della cittadinanza onoraria, non perché considerato atto di natura politica, sebbene emanato da un ente territoriale quale il Comune, bensì in ragione della *natura meramente simbolica* che tale atto riveste. Difettando un interesse privato direttamente offeso, secondo la Cassazione, mancherebbe la materia del giudizio.

Gli atti politici sono atti adottati non nell'esercizio di poteri amministrativi, ma di

2 Sul tema del *tax credit* interno ed esterno v. G. ARMAO, *Il credito d'imposta per investitori esterni e per produttori nel settore cineaudiovisivo ed il silenzio-assenso*, in *Rivista AmbienteDiritto*, del 13 luglio 2016, n. 01640.

3 Sull'art. 7 c.p.a. v. N. PAOLANTONIO, *Art. 7 Giurisdizione amministrativa*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice del Processo Amministrativo*, Nel Diritto, Roma, 2010, 75 ss.; M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, il Mulino, Bologna, 2021, 97 ss.

4 Cassazione civile, Sez. Unite, ordinanza 1° giugno 2023, n. 15601.

poteri, così come consolidato in dottrina<sup>5)</sup>, attribuiti ad un organo politico, il quale agisce nell'esercizio della funzione di governo, secondo motivi di carattere politici non sindacabili in sede giurisdizionale. Si pensi agli atti costituzionali di nomina dei Ministri, viceministri, dei giudici costituzionali, in ordine ai quali può essere promosso, ove vi siano le condizioni, solo conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato dinanzi la Corte costituzionale.

Per classificare gli atti politici la giurisprudenza ha elaborato alcuni criteri, altresì richiamati dal Consiglio di Stato nella pronuncia di cui sopra, ossia la sussistenza di un elemento soggettivo, di provenienza dell'atto da un organo preposto all'indirizzo e alla direzione della cosa pubblica dei c.d. "rami alti" dell'amministrazione, nonché un elemento oggettivo di libertà nei fini in quanto espressione di scelte supreme concernenti la costituzione, la salvaguardia o il funzionamento dei pubblici poteri<sup>6)</sup>.

Tuttavia, l'individuazione dei contorni dell'attività politica è stata da sempre restrittivamente intesa sia dalla dottrina, che dalla giurisprudenza. Secondo quest'ultima, infatti, l'atto politico, proprio per le garanzie dalle quali è assistito in ordine ai declinati profili di sindacabilità, deve avere carattere eccezionale in ragione dei rischi che ne potrebbero derivare nella tutela giurisdizionale, e ciò in coerenza con i principi sanciti dalla Corte costituzionale e a livello sovranazionale, anche dalla CEDU e dalla Carta di Nizza<sup>7)</sup>.

Alla stregua delle considerazioni riportate, i giudici di legittimità<sup>8)</sup>, nella questione in esame, hanno escluso la natura politica della lettera di garanzia sul benessere dei minori adottandi in Bielorussia. Secondo la Cassazione: *"la giustiziabilità dell'atto dipende dalla regolamentazione sostanziale del potere, se dunque esiste una norma che disciplina il potere che ne stabilisce limiti o regole di esercizio per quella parte l'atto è suscettibile di sindacato"*.

Di conseguenza, anche in presenza dell'esercizio del potere politico, se sussiste una norma che stabilisce l'ambito di discrezionalità politica o che comunque ne circoscrive l'esercizio, l'atto è sindacabile in sede giurisdizionale.

Nel caso analizzato dalla Cassazione, la lettera di garanzia non è stata considerata come atto avente natura politica, in quanto tale insindacabile, perché sussiste una norma contenuta nel Protocollo di collaborazione tra la Commissione per le adozioni internazionali presso la Presidenza del CdM della Repubblica italiana e il Ministero dell'istruzione della Repubblica di Belarus in materia di adozione dei cittadini minorenni bielorussi da parte dei cittadini italiani, che all'art. 9 fa espresso riferimento alla lettera di garanzia; pertanto, secondo la Cassazione, non potendosi considerare atto libero nei fini, *"non costituisce un atto politico"*.

Piuttosto, nel caso di specie, la stessa potrebbe integrare la categoria di atto c.d. di "alta amministrazione", che a differenza dell'atto politico è sindacabile da parte del giudice amministrativo<sup>9)</sup>.

Infatti, si tratta di atti che non sono liberi nei fini come gli atti politici, ma vincolati a fini stabiliti a livello politico; tuttavia, non si tratta di atti amministrativi in senso

5 Si veda a riguardo E. GUICCIARDI, *Atto politico*, in Arch. Dir. Pubbl., 1937, 311 ss.; C. TUBERTINI, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. I, *Atti politici e di alta amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2006, 517 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti di "alta amministrazione"*, in Riv. Diritto pubblico, 2009, 114 ss.; M. CLARICH, op. cit., 103; G. DELLA CANANEA, M. DUCATO, B. MARCHETTI, A. POLICE, M. RAMAJOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, G. GIAPPICHELLI, Torino, 2022, 325 ss.

6 Cfr. T.A.R. Veneto, Sez. III, 23 aprile 2002, n. 2393; T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, 4 gennaio 2020, n. 54; Consiglio di Stato, Sez. V, Sent., 28 febbraio 2023, n. 2071; Cassazione civile, Sez. Unite, ordinanza, 22 settembre 2023, n. 27177.

7 Cassazione civile, Sez. Unite, ordinanza 1° giugno 2023, n. 15601; Cassazione civile, Sez. Unite, ordinanza del 22 settembre 2023, n. 27177.

8 Cassazione civile, Sez. Unite, ordinanza del 22 settembre 2023, n. 27177.

9 M. CLARICH, op. cit., 104.

stretto, ma ne costituiscono una particolare categoria, poiché sono adottati dagli organi di vertice dell'amministrazione, svolgente attività di indirizzo politico-amministrativo, in quanto tali dotati di un ampio margine di discrezionalità al fine di raccordare la funzione di governo e amministrativa.

La prevalente dottrina<sup>(10)</sup> li definisce atti di immediata attuazione a livello amministrativo dell'indirizzo politico e svolgenti una funzione di “cerniera” tra l'indirizzo politico e l'attività amministrativa. *Si tratta, in altre parole, di attività amministrativa di rango più elevato, è la fascia di amministrazione la quale immediatamente risente degli indirizzi politici o politico-amministrativi, ma è pur sempre attività amministrativa che nel suo nucleo essenziale non impartisce indirizzi, ma li attua<sup>(11)</sup>.* In tale ultima accezione, appare opportuno specificare che l'attività di alta amministrazione va tenuta distinta da quella di indirizzo politico-amministrativo strettamente considerata, poiché la prima è perlopiù intesa come funzione applicativa.

Così come chiarito dal Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 1° dicembre 2023, n. 10418, gli atti di alta amministrazione *“da una parte, si raccordano alla politica costituzionale, e, dall'altra, si proiettano nel concreto dell'attività amministrativa; gli atti di cui all'art. 4, comma 1, del D.Lgs. n. 165/2001 “per eterogenesi dei fini – essendo normativamente regolati non si sottraggono al sindacato giurisdizionale” e risultano connotati da amplissima discrezionalità ma non per questo sono di natura politica”.*

È sulla base di queste motivazioni, che i giudici di secondo grado hanno rigettato l'appello e confermato la sentenza del T.A.R. quanto all'impugnabilità del decreto ministeriale con il quale il Ministero della cultura ha proceduto al “Riparto del Fondo per lo Sviluppo degli Investimenti nel Cinema e nell'Audiovisivo per l'anno 2022”, violando la normativa contenuta nella l. n. 220/2016.

La medesima giurisprudenza ritiene altresì che le deliberazioni del Consiglio dei ministri emesse all'esito del procedimento di composizione di conflitti, non costituendo un atto politico ma un atto di alta amministrazione, sono assoggettate al sindacato di legittimità del giudice amministrativo nei limiti del controllo del vizio dell'eccesso di potere<sup>(12)</sup>.

Sotto altro profilo, va osservato che l'atto della Presidenza del Consiglio dei ministri, chiamata ad esprimersi per dirimere i contrasti emersi in seno alla conferenza di servizi nell'ambito di una fattispecie concernente la valutazione di un progetto di un impianto eolico, non integra i caratteri propri dell'atto politico perché, pur promanando dal supremo organo dell'amministrazione, cioè il consiglio dei ministri, titolare dell'indirizzo politico, non è libero nei fini, essendo incardinato all'interno di un procedimento amministrativo, sebbene incardinato in funzione apicale.

Quindi, la deliberazione del Consiglio dei ministri, seppur atto di alta amministrazione, deve comunque conformarsi alle prescrizioni normative di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241 s.m.i., riguardanti l'obbligo di motivazione, di svolgimento di istruttoria chiara e completa e di proporzionalità della decisione<sup>(13)</sup>. Di conseguenza, poiché l'atto è emanato da un organo di Governo nell'esercizio di poteri di indirizzo politico-amministrativo, integrando la categoria dell'atto di alta amministrazione, è sottoposto a sindacato giurisdizionale.

Giova evidenziare, infine, in relazione agli atti di alta amministrazione che, considerata la natura ampiamente discrezionale di quest'ultimi, particolare importanza

10 A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 21; S. CASSESE, *op. cit.*, 518 ss.

11 M. NIGRO, *Lineamenti generali*, in G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, il Mulino, Bologna, 1994, 709.

12 T.A.R. Lazio, sentenza 16 febbraio 2023, n. 2784.

13 Cfr. Cassazione civile, Sez.Un., 12 luglio 2019, n. 18829; Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 settembre 2021, n. 6473.



assume l'obbligo di motivazione, poiché il sindacato giurisdizionale può svilupparsi proprio a partire dalla sussistenza di eventuali vizi di legittimità, *in primis*, dell'eccesso di potere nelle sue diverse forme sintomatiche.

La corretta qualificazione di un atto avente natura politica, piuttosto che amministrativa, assume pertanto, nell'ordinamento giuridico un'importanza fondamentale in ragione della assoggettabilità a sindacato da parte del giudice o non dell'atto stesso. L'obiettivo a monte del legislatore è quello di evitare, nell'ottica del principio di separazione dei poteri, che il giudice amministrativo possa interferire con l'attività di indirizzo politico dell'Esecutivo. Tuttavia, la questione, se non correttamente delimitata, rischia di travalicare i canoni costituzionali fissati agli artt. 24 e 113 della Costituzione italiana, i quali stabiliscono il principio della tutela giurisdizionale piena ed effettiva, anche avverso gli atti della pubblica amministrazione.

Pertanto, occorre valutare nel concreto, caso per caso, la natura di un atto non solo in riferimento alla distinzione atto politico-atto amministrativo, ma altresì tra la più sottile demarcazione tra atto politico e atto di alta amministrazione, che si è in questa sede cercato di prospettare.

\* \* \* \* \*

**Massima:**

*La distinzione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e atti amministrativi di cui all'art. 4, comma 1, e commi 2 e 3, non comporta l'insindacabilità degli atti espressivi di funzioni di indirizzo politico amministrativo e atti amministrativi da parte del Giudice ai sensi degli articoli 24 e 113 Cost.; gli atti amministrativi adottati nell'esercizio della funzione politico-amministrativa costituiscono, piuttosto, atti di alta amministrazione che, da una parte, si raccordano alla politica costituzionale, e, dall'altra, si proiettano nel concreto dell'attività amministrativa; gli atti di cui all'art. 4, comma 1, del D.Lgs. n. 165/2001 "per eterogenesi dei fini – essendo normativamente regolati non si sottraggono al sindacato giurisdizionale" e risultano connotati da amplissima discrezionalità ma non per questo sono di natura politica.*

# Servizio idrico integrato: il Consiglio di Stato ricostruisce l'istituto e ne delinea la natura giuridica

Nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 2 febbraio 2024, n. 1115

**SOMMARIO:** 1. Introduzione: una breve panoramica sul servizio pubblico 2. Il servizio pubblico locale 3. Il servizio idrico integrato 4. I fatti di causa 5. I motivi di appello 6. Le argomentazioni del Consiglio di Stato 6.1 Sul primo motivo di appello 6.2 Sul secondo motivo di appello 6.3 Sul quarto motivo di appello: la ricostruzione normativa del servizio idrico integrato e il rapporto regola-eccezione

DI ANNA LAURA RUM

**ABSTRACT:** Il contributo propone una analisi commentata della sentenza del Consiglio di Stato, n. 1115 del 2024, che contiene una ricostruzione storico-normativa dell'istituto del servizio idrico integrato, la cui disciplina si intreccia con quella del servizio pubblico.

La sentenza appare di particolare importanza anche per affermare il principio del rapporto *genus ac species* che intercorre fra servizio pubblico e servizio idrico integrato.

Dopo una panoramica sul tema del servizio pubblico (infra par. 1.), del servizio pubblico locale (infra par. 2.) e del servizio idrico integrato (infra par. 3.), sarà descritta, puntualmente, la vicenda fattuale da cui ha avuto origine il ricorso al Tar e la relativa sentenza (infra par. 4.), saranno elencati i motivi di appello al Consiglio di Stato (infra par. 5.) e verrà dettagliatamente analizzato il contenuto della parte motiva della sentenza (infra par. 6., 6.1, 6.2, 6.3).

**ABSTRACT:** *The paper concerns an analysis of the Consiglio di Stato's decision, that rebuilds the story of the integrated water service, whose legislation is linked to the public service's one. The decision is very important specially because of the statement about the principle of the relationship "genus ac species" that concerns the public service and the integrated water service. After discussing the public service (infra par. 1.), the local public service (infra par. 2.) and the integrated water service (infra par. 3.), the paper analyses in detail the facts of the case (infra par. 4.), and the content of the opening statements of the party (infra par. 5.). Furthermore, the paper shows and examines the Consiglio di Stato's arguments (infra par. 6., 6.1, 6.2, 6.3).*

## 1. Introduzione: una breve panoramica sul servizio pubblico.

La sentenza del Consiglio di Stato di seguito commentata tratta il tema del servizio idrico integrato, proponendone una ricostruzione storico-normativa e delineandone, anche, il rapporto *genus ac species* rispetto al servizio pubblico. È utile, allora, introdurre la nota con una breve disamina sull'istituto del servizio pubblico e, quindi, del servizio idrico integrato.

Come noto, il servizio pubblico non gode di una definizione certa e univoca e il dibattito dottrinale, in assenza di un intervento risolutore del legislatore, non sembra arrestarsi: proprio fra le tesi proposte dalla dottrina è possibile scorgere – o almeno tentare la ricerca di – una nozione di servizio pubblico.

Le tesi proposte dalla dottrina possono ricondursi a due grandi categorie: la concezione soggettiva e la concezione oggettiva di servizio pubblico.

Lesigenza di elaborare una nozione di servizio pubblico si è posta, per la dottrina,

a fronte della necessità di connotare con maggiore precisione attività riconducibili alla Pubblica amministrazione, pur non rientrando nella funzione autoritativa.

In sostanza, sotto alla categoria di servizio pubblico dovevano essere ricondotte tutte quelle attività amministrative, non autoritative, che andavano sempre più diffondendosi per effetto dell'assunzione di sempre nuovi compiti da parte dello Stato, sia in modo diretto, che nelle forme della concessione amministrativa.

Originariamente, l'art. 1 della l. 103 del 1903 qualificava il servizio pubblico, proponendo un'elencazione di 19 tipi di attività in esso sussumibili. Questo articolo è stato poi introdotto nella legge sulla assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province, r. d. 2578 del 1925.

Tuttavia, stante la diversità delle fattispecie contemplate dall'elencazione, si poneva il problema dell'assunzione, da parte dei Comuni, di attività non in essa ricomprese: ed è a fronte di questo problema che si pose la necessità di individuare un criterio identificativo della categoria. Proprio in questo contesto, è nata la concezione nominalistica di servizio pubblico, ovvero la primigenia espressione della tesi soggettiva di servizio pubblico: si considerava pubblico qualunque servizio assunto dallo Stato, o da altro ente pubblico, che ne acquistasse la titolarità e, in certi casi, provvedesse alla sua erogazione.

Un vantaggio di questa tesi consisteva nel dettare un criterio identificativo valido *ex post*, per classificare un'attività come servizio pubblico, quando l'Amministrazione aveva provveduto alla sua assunzione.

La connotazione in senso soggettivo della nozione di pubblico servizio ha implicato, quindi, la delimitazione di un ambito di attività, diverse da quelle espressione di potestà autoritativa e caratterizzate dalla prestazione di utilità materiali rese in favore della collettività, da distinguere dalla funzione amministrativa in senso tecnico.

In particolare, lo sviluppo della concezione soggettiva di servizio pubblico viene attribuita a De Valles<sup>(1)</sup>: la teoria soggettiva, dopo l'emanazione della legge Giolitti, si è diffusa rapidamente soprattutto in un primo momento, quando l'interesse si era concentrato nell'affidare all'amministrazione un'attività imprenditoriale, la quale, successivamente, veniva offerta ai cittadini in modo indifferenziato.

Secondo la classica definizione di De Valles, il servizio pubblico era "un'attività imputabile, direttamente o indirettamente, allo Stato, volta a fornire prestazioni ai singoli cittadini"; pertanto, il concetto di prestazione rappresentava il tratto peculiare dell'istituto.

Tale ricostruzione soggettiva considerava, in definitiva, elemento qualificante del servizio pubblico la sua imputabilità ad un soggetto pubblico.

Alla luce di questa ricostruzione dottrinale, il servizio doveva definirsi pubblico, in quanto le relative attività, non aventi carattere autoritativo, erano esercitate da un soggetto pubblico, o comunque per conto di esso, allo scopo di garantire alla collettività il soddisfacimento di utilità essenziali.

Rispetto a tale impostazione soggettiva, furono avanzate critiche, con riferimento, da una parte, alle attività d'impresa che l'amministrazione poneva in essere nei settori più vari, seppur senza alcuna connessione con le finalità proprie dei pubblici servizi, e, dall'altra, alle attività con caratteri materiali perfettamente simili ai servizi pubblici, ma gestite dai privati e non da un'Amministrazione.

Quindi, a contraddire la nozione soggettiva c'erano determinate attività, aventi caratteristiche materiali perfettamente simili ai servizi pubblici imputabili alla Pubblica Amministrazione, ma poste in essere da privati e sottoposte ad una disciplina pubbli-

<sup>1</sup> A. De Valles, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V. E. Orlando, IV, 1, Milano, 1924

cistica non basata su di un provvedimento dell'Amministrazione pubblica.

Se, dunque, la teoria soggettiva intendeva il servizio pubblico come categoria essenzialmente descrittiva di una realtà contingente, secondo la tesi oggettiva – elaborata dopo l'entrata in vigore della Costituzione – invece, a prescindere dalla connotazione pubblicistica del soggetto gestore, il servizio è pubblico in quanto la relativa attività di prestazione è diretta a soddisfare interessi essenziali della collettività.

L'elaborazione della teoria oggettiva si deve a Pototschnig<sup>(2)</sup>, il quale afferma che i caratteri del servizio si ricavano da una interpretazione congiunta degli artt. 41 (che consacra la libertà di iniziativa economica privata) e 43 della Costituzione.

L'art. 43 Cost. prevede, innanzitutto, che, ai fini di utilità generale, la legge può riservare “allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o d'utenti determinate imprese o categorie d'imprese, che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti d'energie o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere d'interesse generale”.

Quindi, l'art. 43 Cost. stabilisce che, oltre allo Stato e ad altri enti pubblici, sono possibili destinatari della riserva o del trasferimento anche “comunità di lavoratori o di utenti”, ammettendo, così, che anche soggetti privati possono gestire attività qualificabili come “servizio pubblico”.

L'art. 43 Cost., allora, rappresenta una norma che ha posto importanti interrogativi circa l'esatta interpretazione del termine servizi pubblici essenziali, in quanto, se il carattere di essenzialità non è attribuito necessario del servizio pubblico, tuttavia, essa è il frutto di una valutazione particolare e diversa rispetto a quella che è intesa soltanto a disciplinare un'attività come servizio pubblico, anche se può in concreto assorbita.

In definitiva, quindi, la teoria oggettivo-funzionale pone al centro le istanze di ispirazione costituzionale, correlate al principio di legalità, di cui all'art. 97 Cost., nonché i principi di derivazione comunitaria della neutralità delle forme giuridiche e di tutela della concorrenza.

Per la tesi in esame, viene in rilievo la funzionalizzazione di una determinata attività al soddisfacimento di bisogni di carattere collettivo, non invece la scelta discrezionale di assunzione del servizio da parte dell'ente pubblico, né la natura pubblicistica del soggetto che lo organizza, gestisce ed eroga alla collettività.

Oggi, viene ritenuto pacifico, da parte della dottrina maggioritaria<sup>(3)</sup>, che la concezione soggettiva del servizio pubblico sia stata definitivamente superata da quella oggettiva.

Anche la giurisprudenza<sup>(4)</sup> ha teso far propria la nozione oggettiva di servizio pubblico, considerato come qualsiasi forma di attività volta alla realizzazione di fini sociali, per il cui svolgimento è dettata una disciplina derogatoria del diritto comune.

## 2. Il servizio pubblico locale.

Ricostruito il panorama normativo e accennata la tendenza giurisprudenziale che ruota attorno alla nozione di servizio pubblico, si procede, ora, all'analisi dell'istituto del servizio pubblico locale.

L'articolo 112, c.1 T.U.E.L., pur non definendo il servizio pubblico locale, ne espone alcuni tratti distintivi.

La disposizione fa riferimento a “servizi pubblici che abbiano per oggetto produ-

2 U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, 1964

3 Si vedano, fra i molti, B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998, 294; R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, Milano, 1998, 473; F. CARINGELLA-R. GAROFOLI-M.T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007, 143 ss.

4 Si veda, in particolare, la sentenza n. 466 del 2005, del Tar Sicilia, con la quale è stato affermato che il necessario perseguimento dell'interesse generale richiede che l'attività oggetto del rapporto debba essere rivolta non già direttamente all'amministrazione appaltante, ma ad un'utenza indiscriminata.

zione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”.

La norma si esprime in termini generali: infatti, i Comuni e le Province hanno autonomia statutaria, normativa, organizzativa e amministrativa, nonché autonomia impositiva e finanziaria nell'ambito dei propri statuti e regolamenti e delle leggi di coordinamento della finanza pubblica.

Inoltre, Comuni e Province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della Regione, secondo il principio di sussidiarietà e svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali.

Quindi, l'assunzione dei servizi pubblici locali è rimessa ad autonome valutazioni degli enti locali, in relazione ai diversi contesti socio-economici e territoriali ed a rilevare è la scelta politico-amministrativa dell'ente locale di assumere il servizio, al fine di soddisfare in modo continuativo le esigenze della collettività.

La nozione estremamente generica di servizio pubblico di cui all'art. 112 del T.U.E.L., per il Consiglio di Stato<sup>5)</sup>, trova la propria *ratio* nel fatto che gli enti locali sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria e ciò che rileva, per la norma *de quo*, è la scelta politico-amministrativa dell'ente locale che assume il servizio, ritenendo di soddisfare, in modo continuativo, obiettive esigenze della collettività. Ancora, il Consiglio di Stato rileva come per essere assunta come servizio pubblico, un'attività deve incidere in via diretta sulla comunità, perché rispondente ad esigenze specifiche della stessa.

Venendo ad un'analisi di dettaglio del servizio pubblico locale, possiamo affermare che, sotto il profilo oggettivo, esso è specificazione del servizio pubblico, mentre sotto il profilo soggettivo, notiamo che, ai fini della configurazione del servizio pubblico locale, assume rilevanza la decisione dell'ente territoriale di istituire il servizio e la previa valutazione sulla doverosità del porre tale servizio a disposizione della collettività locale.

L'assunzione del servizio pubblico costituisce un atto di autonomia con il quale, accertata l'utilità collettiva di una determinata prestazione e, quindi, la sua doverosità, l'ente locale competente assume su di sé la titolarità del compito-servizio.

L'atto di assunzione, in particolare, è di competenza del Consiglio comunale o provinciale: la discrezionalità degli enti locali deve, però, contemperarsi con l'esigenza che l'attività assunta come servizio pubblico incida in via diretta sulla comunità, in quanto rispondente ad esigenze essenziali o diffuse di una determinata collettività locale.

In sostanza, l'ente locale non può assumere servizi pubblici che abbiano ad oggetto un'attività qualsiasi, ma anzi, l'attività deve mirare al soddisfacimento di bisogni fondamentali della comunità di riferimento. Inoltre, deve esservi l'impossibilità per l'iniziativa privata di far fronte all'ingente volume di capitali necessari per la sua gestione ed erogazione.

Quindi, il servizio pubblico locale costituisce una specificazione della nozione generale di servizio pubblico, differenziandosi da essa per il fatto che l'istituzione avviene ad opera dell'ente locale.

Volendo schematizzare, possiamo dire che il servizio pubblico locale presenta, fra gli elementi connotanti: - un carattere di imprenditorialità, inteso come necessità che si tratti di attività economica, quale la produzione o la fornitura di beni o servizi destinati ad altri soggetti, funzionale alla produzione di utilità in favore della collettività di riferimento; - un'offerta indifferenziata al pubblico, ovvero l'idoneità a soddisfare, in modo diretto ed immediato, esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti;

5 In questi termini, Consiglio di Stato, sez. VI, n. 7369/2006

- il servizio deve tendere al soddisfacimento di interessi pubblici della comunità cui è rivolto.

I servizi pubblici locali si distinguono in due categorie<sup>(6)</sup>: a rilevanza economica e privi di rilevanza economica. Tale distinzione è mutuata dall'ordinamento comunitario e, in particolare, dall'art. 86 comma II del Trattato, anche se in realtà già l'art. 35 della L. 448/2001 (che riformava interamente l'originario art. 113 TUEL ed inseriva un successivo art. 113 bis) aveva introdotto la nozione di "servizi pubblici locali di rilevanza industriale" e "servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale" rinviandone ad un regolamento l'elencazione esaustiva in applicazione del predetto criterio. Questa distinzione è stata successivamente variata in "servizi di rilevanza economica" e "servizi privi di rilevanza economica" dall'art. 14 del Decreto Legge 30 settembre 2003 n. 269, convertito con la Legge 24 novembre 2003 n. 326.

Il decreto legislativo n. 201 del 23 dicembre 2022, di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, all'art. 2, identifica i "servizi pubblici locali di rilevanza economica" con i servizi di interesse economico generale, secondo la formulazione europea e li definisce "servizi erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che sono previsti dalla legge o che gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, ritengono necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale".

Tra i servizi pubblici locali di rilevanza economica deve necessariamente ascriversi il servizio idrico integrato.

### 3. Il servizio idrico integrato.

Inquadra il servizio pubblico e il servizio pubblico locale, resta, infine, da delineare l'istituto del servizio idrico integrato (s.i.i.): esso è stato definito, per la prima volta, dall'art. 4 comma 1, lett. f) della legge 5 gennaio 1994 n. 36 (Legge Galli), come l'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue. La portata innovativa delle norme introdotte con la Legge Galli si fondava sul fatto che essa ha segnato il passaggio da un sistema frazionato e difficilmente controllabile e conducibile verso livelli standard di qualità, ad una gestione di tipo imprenditoriale, affidata ad operatori specializzati sul mercato.

A seguire, nel 2006, il "Codice dell'ambiente" (d. lgs. n. 152/2006), rispetto all'impostazione della Legge Galli, ha introdotto una serie di ulteriori novità, in specie relative alle procedure per l'affidamento del servizio idrico integrato, in un'ottica di promozione della concorrenza e, quindi, di industrializzazione del sistema, anche al fine di sviluppare maggiori investimenti infrastrutturali (articolo 150).

L'art. 141, comma 2, del d.lgs. 152/2006, ricalcando e allargando la definizione della Legge Galli, individua il s.i.i. come un servizio pubblico locale costituito dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue, che deve essere gestito secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie.

Anche il Codice dell'ambiente, in particolare, fa propria la disciplina della gestione unitaria del servizio idrico, che comprende tutte le competenze riguardanti il ciclo

<sup>6</sup> Sull'argomento si veda, in particolare, A. SANTUARI, *Profili giuridici e assetti istituzionali della gestione del servizio idrico integrato*, in Giustamm.it, 2013, 34

completo dell'acqua, con l'obiettivo di dare al sistema un assetto tecnico ed economico ottimale. L'articolo 147 del decreto stabilisce che le Regioni hanno il compito di determinare gli Ambiti Territoriali Ottimali (ATO), ossia porzioni di territorio individuate in base ai criteri di cui alla Legge 5 gennaio 1994, n. 36, disciplinando le forme ed i modi di cooperazione tra gli enti locali ricadenti nel medesimo Ambito Ottimale.

La legge 26 marzo 2010, n. 42 - di conversione del d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, recante "Interventi urgenti concernenti enti locali e regioni" ha, poi, previsto la soppressione delle Autorità d'Ambito.

Il servizio idrico integrato è stato qualificato dalla Corte Costituzionale<sup>(7)</sup> come "servizio pubblico locale di rilevanza economica".

La stessa Corte<sup>(8)</sup>, espressasi, ancora, sul tema dell'affidamento della gestione del servizio idrico integrato, ha affermato che esso attiene alla materia della tutela della concorrenza e della tutela dell'ambiente, riservate, entrambe, alla competenza esclusiva dello Stato e che l'abrogazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 (conv. dalla l. n. 133/2008) disposta con d.p.r. n. 113/2001 a seguito dell'esito positivo del referendum popolare svoltosi il 12 e 13 giugno 2011 non ha comportato il venir meno della vigenza del terzo periodo dell'art. 1, comma 1-quinquies del d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, conv. dalla l. 26 marzo 2010, n. 42, in forza del quale alla legge regionale compete soltanto disporre l'attribuzione delle funzioni delle soppresse AAT, "nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza" e, non spetta, di conseguenza, provvedere direttamente all'esercizio di tali funzioni, affidando la gestione del SII ad un soggetto determinato. La scelta della forma di gestione del SII spetta, dunque,

all'organismo (ente, autorità) a cui la regione ha attribuito o attribuirà l'esercizio delle funzioni in tale materia, in sostituzione delle soppresse AATO.

#### 4. I fatti di causa.

La vicenda controversa ha ad oggetto l'impugnazione, da parte del Comune appellante, del provvedimento con il quale l'Atersir ha negato il riconoscimento della gestione autonoma del servizio idrico, richiesta ai sensi dell'art. 147, co. 2, lett. b), d.lgs. n. 152/2006.

L'Atersir, Agenzia territoriale dell'Emilia-Romagna per i servizi idrici e rifiuti, nata per effetto della L.R. Emilia Romagna n. 23/2011, è un organismo pubblico dotato di autonomia amministrativa, contabile e tecnica e rappresenta un Ambito Territoriale Ottimale<sup>(9)</sup> comprendente l'intero territorio regionale.

7 C. Cost. n. 187 del 2011 e n. 325 del 2010

8 C. Cost. n. 62 del 2012

9 Gli Ambiti Territoriali Ottimali, per il servizio idrico integrato sono stati originariamente istituiti a seguito della legge 5 gennaio 1994 n. 36 "Disposizioni in materia di risorse idriche", che ha riorganizzato i servizi idrici aggregando sotto un'unica autorità, l'Autorità d'ambito, i servizi di acquedotto, fognatura e depurazione in tutte le loro fasi, ivi comprese le relative tariffe. L'Autorità d'ambito, che opera nel territorio di ciascun ATO, ha lo scopo di garantire un ottimale approvvigionamento d'acqua potabile, privilegiando la qualità ma anche salvaguardando le risorse idriche nel rispetto dell'ambiente, inoltre tutela il consumatore, stante il regime di monopolio in cui operano i gestori del servizio idrico integrato.

Il Legislatore, con il decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 "Norme in materia ambientale", definisce le Autorità d'ambito come segue (articolo 148):

"1. L'Autorità d'ambito è una struttura dotata di personalità giuridica costituita in ciascun Ambito Territoriale Ottimale delimitato dalla competente regione, alla quale gli enti locali partecipano obbligatoriamente ed alla quale è trasferito l'esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche di cui all'articolo 143, comma 1.

2. Le regioni e le province autonome possono disciplinare le forme ed i modi della cooperazione tra gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale, prevedendo che gli stessi costituiscano le Autorità d'ambito di cui al comma 1, cui è demandata l'organizzazione, l'affidamento e il controllo della gestione del servizio idrico integrato."

La legge 26 marzo 2010, n. 42 - di conversione del d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, recante "Interventi urgenti concernenti enti locali e regioni" ha, poi, previsto la soppressione delle Autorità d'Ambito.

In particolare, il Comune ha richiesto all'Atersir il riconoscimento dei requisiti di cui all'art. 147, comma 2 bis, lett. b), d.lgs. n. 152/2006<sup>(10)</sup>, così da poter continuare a gestire il servizio idrico integrato in forma autonoma ed in economia. Tuttavia, l'Atersir ha rigettato l'istanza.

Dunque, il Comune ha impugnato la delibera, formulando quattro motivi di ricorso.

Il Tar Emilia Romagna ha così risposto ai motivi di ricorso formulati:

- a) ha respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione in favore del Tribunale delle acque pubbliche;
- b) ha accolto l'eccezione di improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse del ricorso proposta da Atersir, affermando che, in ragione della sopravvenienza normativa costituita dall'art. 147, comma 2-ter, lett. b), d.lgs. n. 152/2006, inserito dall'art. 22, comma 1-quinquies, d.l. 6 novembre 2021 n. 152, conv. in legge 29 dicembre 2021 n. 233, non sarebbe più possibile procedere al riconoscimento della gestione autonoma;
- c) ha dichiarato comunque inammissibile il ricorso (in quanto "a voler ritenere che il comma 3 bis dell'art.147 non si applichi nella presente fattispecie, parte ricorrente avrebbe comunque dovuto allegare e provare nel ricorso di essere in possesso degli ulteriori requisiti richiesti dal comma 2 bis dell'art.147 per poter ottenere, a suo tempo, il riconoscimento");
- d) ha compensato le spese di lite per novità della questione.

Il Comune, quindi, ha proposto appello avverso la sentenza di primo grado, formulando quattro motivi di appello.

### 5. I motivi di appello.

Con il primo motivo, l'appellante impugna il capo della sentenza che ha dichiarato l'improcedibilità del ricorso introduttivo del giudizio. L'ente deduce che il T.a.r. avrebbe erroneamente applicato l'art. 147, comma 2-ter, d.lgs. n. 152/2006, in quanto questa norma andrebbe applicata soltanto con riferimento ai procedimenti pendenti o a quelle gestioni per le quali non vi è stato un pronunciamento negativo da parte dell'autorità competente. Nel caso di specie, invece, tale pronunciamento vi sarebbe stato ancorché negativo.

Con il secondo motivo di appello, si impugna la statuizione di inammissibilità, con argomentazioni che, in parte, sono analoghe a quelle del primo motivo di impugnazione e, in parte, deducono l'errore in cui sarebbe incorso il T.a.r. nell'affermare che il Comune avrebbe dovuto allegare e dimostrare nel giudizio il possesso dei requisiti previsti dall'art. 147, comma 2-bis, d.lgs. n. 152/2006, per ottenere la salvaguardia della gestione autonoma.

Con il terzo motivo di appello, articolato in subordine rispetto alle precedenti censure, si prospetta la questione di costituzionalità dell'art. 147, comma 2-ter, d.lgs. n. 152/2006, con diffuse argomentazioni. Tale motivo, tuttavia, è stato ritenuto

<sup>10</sup> L'art. 147 c. 2 bis d.lgs. 152/2006 così recita: "2-bis. Qualora l'Ambito Territoriale Ottimale coincida con l'intero territorio regionale, ove si renda necessario al fine di conseguire una maggiore efficienza gestionale ed una migliore qualità del servizio all'utenza, è consentito l'affidamento del servizio idrico integrato in ambiti territoriali, comunque, non inferiori agli ambiti territoriali corrispondenti alle province o alle città metropolitane. Sono fatte salve:

a) le gestioni del servizio idrico in forma autonoma nei comuni montani con popolazione inferiore a 1.000 abitanti già istituite ai sensi del comma 5 dell'articolo 148;

b) le gestioni del servizio idrico in forma autonoma esistenti, nei comuni che presentano contestualmente le seguenti caratteristiche: approvvigionamento idrico da fonti qualitativamente pregiate; sorgenti ricadenti in parchi naturali o aree naturali protette ovvero in siti individuati come beni paesaggistici ai sensi del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42; utilizzo efficiente della risorsa e tutela del corpo idrico. Ai fini della salvaguardia delle gestioni in forma autonoma di cui alla lettera b), l'ente di governo d'ambito territorialmente competente provvede all'accertamento dell'esistenza dei predetti requisiti."



improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, derivante dall'accoglimento dei primi due motivi di appello.

Con il quarto motivo di appello, il Comune ripropone i quattro motivi di ricorso non esaminati in primo grado:

- 1) Con il primo motivo di ricorso, il Comune ha, dapprima, individuato la ragione ostativa opposta dall'Atersir nella circostanza che, secondo questo ente, non si potrebbero considerare "gestioni del servizio idrico in forma autonoma esistenti" quelle instauratesi in via di fatto e, dunque, non potrebbe considerarsi "esistente" la gestione del Comune, in quanto vi sarebbe stato, da parte dell'ente d'ambito, l'affidamento del servizio in questione ad altra s.p.a., e, successivamente, ha proceduto a censurare questa motivazioni partendo dall'interpretazione letterale e sistematica dell'art. 147, comma 2-bis, d.lgs. n. 152/2006.
- 2) Con il secondo motivo di ricorso, il Comune ha censurato, "per scrupolo", la motivazione del provvedimento, nella parte in cui riporta quella possibile ragione di rigetto dell'istanza, prospettata nel preavviso di rigetto e conforme al parere del Ministero dell'Ambiente, ma, secondo il ricorrente, non riportata nel provvedimento finale, consistente nella circostanza che, per i Comuni con più di 1.000 abitanti non sarebbe ammessa la "gestione in economia" del servizio idrico integrato, affidandosi, nuovamente, ad argomenti interpretativi di carattere letterale, sistematico e logico della disposizione.
- 3) Con il terzo motivo di ricorso, il Comune ha censurato il provvedimento per difetto d'istruttoria, in quanto l'Agenzia avrebbe omesso di compiere l'unico accertamento effettivamente demandato dalla norma, ossia quello sulla sussistenza dei requisiti enumerati dall'art. 147, comma 2-bis, lett. b), d.lgs. n. 152/2006.
- 4) Con il quarto motivo di ricorso, il Comune ha impugnato il parere del Ministero dell'Ambiente, estendendo le doglianze precedentemente articolate anche a questo atto.

## 6. Le argomentazioni del Consiglio di Stato.

### 6.1 *Sul primo motivo di appello*

Per il Consiglio di Stato, il primo motivo di appello è fondato. A sostegno della statuizione, viene richiamato, preliminarmente, il contenuto dell'art. 147, comma 2-ter, d.lgs. n. 152/2006, inserito nel menzionato T.U. ad opera dell'art. 22 comma 1-quinquies d.l. 6 novembre 2021 n. 152, convertito con modificazioni dalla legge 29 dicembre 2021, n. 233, che prevede che "Entro il 1° luglio 2022, le gestioni del servizio idrico in forma autonoma per le quali l'ente di governo dell'ambito non si sia ancora espresso sulla ricorrenza dei requisiti per la salvaguardia di cui al comma 2-bis, lettera b), confluiscono nella gestione unica individuata dal medesimo ente. Entro il 30 settembre 2022, l'ente di governo dell'ambito provvede ad affidare al gestore unico tutte le gestioni non fatte salve ai sensi del citato comma 2-bis."

Secondo il Collegio, dal tenore letterale della norma, risulta evidente che la norma applicata dal T.a.r. per dichiarare l'improcedibilità del ricorso non si applica, in quanto il suo presupposto di applicazione, costituito dalla circostanza che "l'ente di governo dell'ambito non si sia ancora espresso sulla ricorrenza dei requisiti per la salvaguardia di cui al comma 2-bis, lettera b)", non sussiste nel caso in esame.

Si osserva, infatti, che l'ente d'ambito ha adottato il provvedimento negativo, ritualmente impugnato dal Comune e, diversamente da quanto affermato dal Giudice di primo grado, in caso di accoglimento della domanda di annullamento, l'Atersir sarebbe tenuto a riesaminare l'istanza di parte.

Il Consiglio di Stato nota come la diversa interpretazione del dato normativo, enunciata dal T.a.r., porrebbe, come evidenziato dal Comune, delicate questioni di

possibile contrasto con gli articoli 3, 24, 111 e 117, comma 1 (in relazione all'art. 6 Cedu e 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), Cost. L'interpretazione del Collegio, peraltro, si è posta in linea con le pronunce della Corte Costituzionale, n. 209 del 2010 e n. 127 del 2015 e della Corte EDU, del 11 dicembre 2012, "De Rosa contro Italia", del 14 febbraio 2012, "Arras contro Italia", del 7 giugno 2011, "Agrati contro Italia", del 31 maggio 2011, "Maggio contro Italia" e altre.

### 6.2 Sul secondo motivo di appello

Per il Consiglio di Stato, anche il secondo motivo di appello è fondato.

Infatti, la sentenza di primo grado afferma che anche "a voler ritenere che il comma 3 bis dell'art.147 non si applichi nella presente fattispecie, parte ricorrente avrebbe comunque dovuto allegare e provare nel presente ricorso di essere in possesso degli ulteriori requisiti richiesti dal comma 2 bis dell'art.147 per poter ottenere, a suo tempo, il riconoscimento".

Il Collegio, in particolare, afferma che, come rilevato dall'appellante, in realtà, il Comune non aveva alcun onere di dimostrare in giudizio la sussistenza dei presupposti di spettanza previsti dall'art. 147, comma 2-bis, lett. b), d.lgs. n. 152/2006, per l'applicazione della misura di salvaguardia, dal momento che il diniego dell'Agenzia non si è basato sulla carenza di tali requisiti, che non sono stati affatto scrutinati nel corso del procedimento amministrativo, ma sulla circostanza che la gestione del servizio idrico da parte del Comune non poteva dirsi "esistente", come richiesto dalla norma.

Dunque, secondo il ragionamento del Collegio, qualora il T.a.r. si fosse pronunciato, sollecitato del ricorrente, sulla sussistenza dei requisiti eventualmente allegati dal Comune avrebbe violato l'art. 34, comma 2, c.p.a. che dispone che: "In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati".

Quindi, secondo il Consiglio di Stato, la statuizione impugnata risulta errata in quanto la "prova" dei requisiti, che il T.a.r. ritiene dovesse essere fornita nel processo, dovrebbe essere fornita, in realtà, nell'ambito del rinnovato procedimento, in caso di accoglimento della domanda di annullamento.

### 6.3 Sul quarto motivo di appello: la ricostruzione normativa del servizio idrico integrato e il rapporto regola-eccezione

Il Consiglio di Stato, preliminarmente, ritiene i motivi di censura contemplati dal quarto motivo di appello fra loro connessi e, quindi, esaminabili congiuntamente.

In primo luogo, viene dichiarata l'inammissibilità del secondo motivo di ricorso, proposto, per espressa ammissione della parte, per mero scrupolo difensivo: come premesso dall'ente, il provvedimento non reca nelle sue motivazioni l'affermazione, invece contenuta nel preavviso di rigetto, secondo cui il servizio idrico non potrebbe essere legittimamente gestito "in economia", sicché la censura si palesa inammissibile per difetto d'interesse, non recando l'atto impugnato i profili di lesività che il motivo di censura intende far valere.

Analogamente, il Collegio dichiara l'inammissibilità del quarto motivo di ricorso, essendo stata accolta l'eccezione di inammissibilità contenuta nella memoria del Ministero.

Quanto al primo e terzo motivo, il Consiglio di Stato ritiene necessario procedere ad una disamina della disciplina del servizio idrico integrato e della norma portata dall'art. 147 e, segnatamente, del comma 2-bis, del d.lgs. n. 152/2006.

Come rileva il Consiglio di Stato, il servizio idrico integrato è un "servizio pubblico locale di rilevanza economica", costituito "dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle

acque reflue, e deve essere gestito secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie” (art. 141, comma 2, d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152). In questi termini, viene anche definito dalla Corte Costituzionale, con le sentenze n. 187 del 2011 e n. 325 del 2010.

Il Collegio osserva che la disciplina del servizio idrico integrato si intreccia con quella dei servizi pubblici in generale e ne riassume, cursoriamente, le tappe:

- a) con la legge n. 103 del 29 marzo 1903 (legge Giolitti), l'ordinamento ha disciplinato l'assunzione diretta dei servizi pubblici da parte dei Comuni.
- b) Con la legge n. 142 del 8 giugno 1990, si è ribadita la titolarità dei Comuni e della provincia nella erogazione delle prestazioni derivanti dai servizi pubblici, prevedendo quale forma di gestione, tra l'altro, quello dell'azienda speciale (articoli 22 e 23, comma 1).
- c) La legge n. 36 del 5 gennaio 1994, legge Galli, ha disciplinato, in via generale, il servizio idrico integrato (SII), prospettando, per la prima volta, all'art. 8, comma 2, il passaggio da un sistema frazionato ad uno affidato ad operatori specializzati sul mercato (con creazione, da parte delle Regioni, degli Ambiti Territoriali Ottimali).
- d) Il d.lgs. n. 267 del 2000, all'art. 113, ha innovato la materia quanto alle forme di gestione dei servizi pubblici, lasciando agli Enti locali la libertà di scelta più confacente alla situazione di fatto e alle inclinazioni della stessa Amministrazione (in economia, in concessione a terzi, azienda speciale, istituzione, società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria).
- e) Gli artt. 147 e ss. d.lgs. n. 152/2006 hanno disciplinato il servizio idrico integrato, ribadendo (come la precedente legge Galli) l'individuazione di Autorità d'ambito per la gestione sovracomunale del servizio, a cui i Comuni afferiscono, anche dando in concessione beni di proprietà comunale attinenti al servizio idrico. In particolare, l'art. 150 ha affidato la scelta della forma di gestione all'autorità di ambito territoriale ottimale (ATO), fra quelle previste dall'art. 113, comma 5, d.lgs. n. 267 del 2000.
- f) L'art. 23 bis del D.L. n. 112/2008, “al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi”, ha adottato, con riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, norme improntate alla concorrenza contenenti limitazioni alla gestione diretta dei servizi pubblici (ivi compreso il SII). Si è previsto che la gestione dei servizi pubblici locali potesse avvenire solo con gara o essere affidato a società miste con socio privato scelto con gara c.d. “a doppio oggetto”. La gestione *in house* e le altre forme di gestione diretta sono pertanto divenute possibili solo in casi limitati e, per certi versi.
- g) L'art. 2, comma 186 bis, legge n. 191/2009, come modificato dall'art. 1, comma 1 quinquies, d.l. n. 2/2010, ha soppresso le Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale.
- h) La consultazione effettuata mediante lo svolgimento del referendum del 12 e 13 giugno 2011 ha poi abrogato l'art. 23 bis d.l. n. 112/2008: con la sentenza n. 199/2014, la Corte costituzionale ha chiarito che, quale conseguenza del referendum che ha abrogato l'art. 23 bis d.l. n. 112/2008, deriva “l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica”.
- i) Successivamente al referendum, l'art. 4 della legge 13 agosto 2011, n. 138 e, poi, l'art. 25 del d.l. n. 1 del 24 gennaio 2012 hanno disciplinato nuovamente la materia dei servizi pubblici locali e introdotto un sistema simile a quello previsto dall'art. 23 bis e, per certi versi, addirittura più restrittivo, escludendo, però, dalla sua applicazione

soltanto il S.I.I. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 20/2012 ha dichiarato incostituzionale l'art. 4 legge n. 138/2011.

- j) Successivamente, l'art. 7, comma 1, lett. b), n.1), del d.l. n. 133 del 12 settembre 2014 ha introdotto un nuovo art. 147, comma 1 che ha disposto, per quel che qui interessa, che i “servizi idrici sono organizzati sulla base degli ambiti territoriali ottimali definiti dalle regioni in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36. [...] Gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale partecipano obbligatoriamente all'ente di governo dell'ambito, individuato dalla competente regione per ciascun ambito territoriale ottimale, al quale è trasferito l'esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche di cui all'articolo 143, comma”. La norma ha inoltre previsto, nell'art. 147, la salvaguardia delle gestioni in autonomia dei Comuni “montani” con meno di 1.000 abitanti, e un nuovo art. 149 bis, nel d.lgs. n. 152/2006. A mente di quest'ultima disposizione, “L'ente di governo dell'ambito, nel rispetto del piano d'ambito di cui all'articolo 149 e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, delibera la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. Alla successiva scadenza della gestione di ambito, al fine di assicurare l'efficienza, l'efficacia e la continuità del servizio idrico integrato, l'ente di governo dell'ambito dispone l'affidamento al gestore unico di ambito entro i sei mesi antecedenti la data di scadenza dell'affidamento previgente. Il soggetto affidatario gestisce il servizio idrico integrato su tutto il territorio degli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale.”
- k) Con l'art. 62, comma 4, della legge n. 221 del 28 dicembre 2015, si è ampliata la salvaguardia estendendola a gestioni “esistenti” nei Comuni più popolosi e non necessariamente “montani”, qualora la gestione presenti le caratteristiche previste dalla norma (la lettera “b”).
- l) Da ultimo, deve darsi conto del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, sui servizi pubblici, il quale, all'art. 33, comma 3, ha previsto che “Fermo restando quanto previsto dall'articolo 147, comma 2-ter, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, la gestione in economia o mediante aziende speciali, consentita nei casi di cui all'articolo 14, comma 1, lettera d), è altresì ammessa in relazione alle gestioni in forma autonoma del servizio idrico integrato di cui all'articolo 147, comma 2-bis, lettere a) e b), del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, conformi alla normativa vigente”.

Così sintetizzata l'evoluzione del quadro normativo dei servizi pubblici di rilevanza locale e del servizio idrico integrato, il Consiglio di Stato procede ad esaminare, partitamente, la disposizione di cui è controversa tra le parti l'interpretazione: in proposito, osserva che l'art. 147, comma 1, d.lgs. n. 152/2006, dispone che “I servizi idrici sono organizzati sulla base degli ambiti territoriali ottimali definiti dalle regioni in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36. [...]”.

Il medesimo articolo, al comma 2-bis, dispone, per la parte che interessa, che: “Sono fatte salve: ... b) le gestioni del servizio idrico in forma autonoma esistenti, nei comuni che presentano contestualmente le seguenti caratteristiche: approvvigionamento idrico da fonti qualitativamente pregiate; sorgenti ricadenti in parchi naturali o aree naturali protette ovvero in siti individuati come beni paesaggistici ai sensi del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42; utilizzo efficiente della risorsa e tutela del corpo idrico. Ai fini della salvaguardia delle gestioni in forma autonoma di cui alla lettera b), l'ente di governo d'ambito territorialmente competente provvede all'accertamento dell'esistenza dei predetti requisiti”.

Quindi, il Collegio osserva che, per enucleare la norma rilevante nel caso in esa-

me, occorre muovere da alcune considerazioni di carattere generale, che si traggono dall'*excursus* sopra articolato sull'evoluzione normativa ed ordinamentale del servizio idrico. In particolare, il Consiglio di Stato nota la chiara volontà del legislatore di disciplinare il fenomeno della gestione del servizio idrico quale *species* peculiare della nozione del "servizio pubblico" ed evidenzia, altresì, la sussistenza di un principio di ordine generale, anche testualmente espresso, all'art. 149-bis, primo comma, d.lgs. n. 152/2006, di unicità della gestione in base al quale può affermarsi che la gestione unica ed accentrata costituisce la regola (oltre che dal richiamato art. 149-bis, anche dall'art. 147, comma 1, d.lgs. n. 152/2006), mentre quella polverizzata e autonoma costituisce l'eccezione (da 147, comma 2-bis, d.lgs. n. 152/2006). Circostanza, quest'ultima, confermata anche dall'art. 5 d. lgs. 201/2022.

Dunque, muovendo da questi presupposti, il Collegio ritiene che nell'interpretazione della locuzione "gestioni del servizio idrico in forma autonoma esistenti" (e in particolare del sintagma "gestione esistente") debba prediligersi quell'esegesi che sia corrispondente alla "tendenza-principio" manifestata nell'ordinamento ad una gestione accentrata e, pertanto, che sia conforme al rapporto regola-eccezione innanzi trattato.

Ancora, il Collegio specifica che, per "gestioni esistenti", dovranno intendersi soltanto quelle modalità di conduzione del servizio idrico che possano ricondursi ad una legittima assunzione ed erogazione del servizio, consacrata in atti regolatori e provvedimenti amministrativi, mentre non potranno assumere rilievo le gestioni nelle quali la conduzione del servizio risulta avvenire semplicemente in via "di fatto".

Secondo il Collegio, poi, sussistendo il dubbio ermeneutico circa la "corretta lettura" da fornire al lemma "esistente" o alla locuzione "gestioni del servizio idrico in forma autonoma esistenti", quella che deve essere prescelta è l'interpretazione che dà attuazione al "principio" assunto a "regola" della fattispecie e, per converso, restringe l'ambito applicativo dell'eccezione.

In definitiva, il Collegio, in considerazione delle premesse sopra articolate, ritiene che l'appello debba essere accolto.

\* \* \* \* \*

#### Massime:

- 1) *Il servizio idrico integrato è un "servizio pubblico locale di rilevanza economica", costituito "dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue, e deve essere gestito secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie" (art. 141, comma 2, d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152). La sua disciplina di riferimento si intreccia con quella dei servizi pubblici in generale, secondo tappe che si possono riassumere come segue:*
- a) *con la legge n. 103 del 29 marzo 1903 (legge Giolitti), l'ordinamento ha disciplinato l'assunzione diretta dei servizi pubblici da parte dei Comuni.*
  - b) *Con la legge n. 142 del 8 giugno 1990, si è ribadita la titolarità dei Comuni e della provincia nella erogazione delle prestazioni derivanti dai servizi pubblici, prevedendo quale forma di gestione, tra l'altro, quello dell'azienda speciale (articoli 22 e 23, comma 1).*
  - c) *La legge n. 36 del 5 gennaio 1994, legge Galli, ha disciplinato, in via generale, il servizio idrico integrato (SII), prospettando, per la prima volta, all'art. 8, comma 2, il passaggio da un sistema frazionato ad uno affidato ad operatori specializzati sul mercato (con creazione, da parte delle Regioni, degli ambiti territoriali ottimali).*

- d) Il d.lgs. n. 267 del 2000, all'art. 113, ha innovato la materia quanto alle forme di gestione dei servizi pubblici, lasciando agli Enti locali la libertà di scelta più confacente alla situazione di fatto e alle inclinazioni della stessa Amministrazione (in economia, in concessione a terzi, azienda speciale, istituzione, società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria).
- e) Gli artt. 147 e ss. d.lgs. n. 152/2006 hanno disciplinato il servizio idrico integrato, ribadendo (come la precedente legge Galli) l'individuazione di Autorità d'ambito per la gestione sovracomunale del servizio, a cui i Comuni afferiscono, anche dando in concessione beni di proprietà comunale attinenti al servizio idrico. In particolare, l'art. 150 ha affidato la scelta della forma di gestione all'autorità di ambito territoriale ottimale (ATO), fra quelle previste dall'art. 113, comma 5, d.lgs. n. 267 del 2000.
- f) L'art. 23 bis del D.L. n. 112/2008, "al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi", ha adottato, con riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, norme improntate alla concorrenza contenenti limitazioni alla gestione diretta dei servizi pubblici (ivi compreso il SII). Si è previsto che la gestione dei servizi pubblici locali potesse avvenire solo con gara o essere affidato a società miste con socio privato scelto con gara c.d. "a doppio oggetto". La gestione in house e le altre forme di gestione diretta sono pertanto divenute possibili solo in casi limitati e, per certi versi.
- g) L'art. 2, comma 186 bis, legge n. 191/2009, come modificato dall'art. 1, comma 1 quinquies, d.l. n. 2/2010, ha soppresso le autorità d'ambito territoriale ottimale.
- h) La consultazione effettuata mediante lo svolgimento del referendum del 12 e 13 giugno 2011 ha poi abrogato l'art. 23 bis d.l. n. 112/2008: con la sentenza n. 199/2014, la Corte costituzionale ha chiarito che, quale conseguenza del referendum che ha abrogato l'art. 23 bis d.l. n. 112/2008, deriva "l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica".
- i) Successivamente al referendum, l'art. 4 della legge 13 agosto 2011, n. 138 e, poi, l'art. 25 del d.l. n. 1 del 24 gennaio 2012 hanno disciplinato nuovamente la materia dei servizi pubblici locali e introdotto un sistema simile a quello previsto dall'art. 23 bis e, per certi versi, addirittura più restrittivo, escludendo, però, dalla sua applicazione soltanto il S.I.I.. La Corte cost. n. 20/2012 ha dichiarato incostituzionale l'art. 4 legge n. 138/2011.
- j) Successivamente, l'art. 7, comma 1, lett. b), n.1), del d.l. n. 133 del 12 settembre 2014 ha introdotto un nuovo art. 147, comma 1 che ha disposto, per quel che qui interessa, che i "servizi idrici sono organizzati sulla base degli ambiti territoriali ottimali definiti dalle regioni in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36. [...] Gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale partecipano obbligatoriamente all'ente di governo dell'ambito, individuato dalla competente regione per ciascun ambito territoriale ottimale, al quale è trasferito l'esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche di cui all'articolo 143, comma". La norma ha inoltre previsto, nell'art. 147, la salvaguardia delle gestioni in autonomia dei Comuni "montani" con meno di 1.000 abitanti, e un

nuovo art. 149 bis, nel d.lgs. n. 152/2006. A mente di quest'ultima disposizione, "L'ente di governo dell'ambito, nel rispetto del piano d'ambito di cui all'articolo 149 e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, delibera la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. Alla successiva scadenza della gestione di ambito, al fine di assicurare l'efficienza, l'efficacia e la continuità del servizio idrico integrato, l'ente di governo dell'ambito dispone l'affidamento al gestore unico di ambito entro i sei mesi antecedenti la data di scadenza dell'affidamento pre-vigente. Il soggetto affidatario gestisce il servizio idrico integrato su tutto il territorio degli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale."

- k) Con l'art. 62, comma 4, della legge n. 221 del 28 dicembre 2015, si è ampliata la salvaguardia estendendola a gestioni "esistenti" nei Comuni più popolosi e non necessariamente "montani", qualora la gestione presenti le caratteristiche previste dalla norma (la lettera "b").
- l) Da ultimo, deve darsi conto del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, sui servizi pubblici, il quale, all'art. 33, comma 3, ha previsto che "Fermo restando quanto previsto dall'articolo 147, comma 2-ter, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, la gestione in economia o mediante aziende speciali, consentita nei casi di cui all'articolo 14, comma 1, lettera d), è altresì ammessa in relazione alle gestioni in forma autonoma del servizio idrico integrato di cui all'articolo 147, comma 2-bis, lettere a) e b), del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, conformi alla normativa vigente".

II) L'art. 147, comma 1, d.lgs. n. 152/2006, dispone che "I servizi idrici sono organizzati sulla base degli ambiti territoriali ottimali definiti dalle regioni in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36. [...]". Il medesimo articolo, al comma 2-bis, dispone, per la parte che interessa, che: "Sono fatte salve: ... b) le gestioni del servizio idrico in forma autonoma esistenti, nei Comuni che presentano contestualmente le seguenti caratteristiche: approvvigionamento idrico da fonti qualitativamente pregiate; sorgenti ricadenti in parchi naturali o aree naturali protette ovvero in siti individuati come beni paesaggistici ai sensi del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42; utilizzo efficiente della risorsa e tutela del corpo idrico. Ai fini della salvaguardia delle gestioni in forma autonoma di cui alla lettera b), l'ente di governo d'ambito territorialmente competente provvede all'accertamento dell'esistenza dei predetti requisiti".

III) È chiara la volontà del legislatore di disciplinare il fenomeno della gestione del servizio idrico quale species peculiare della nozione del "servizio pubblico". Si evidenzia, altresì, la sussistenza di un principio di ordine generale, anche testualmente espresso (cfr. art. 149-bis, primo comma, d.lgs. n. 152/2006), di unicità della gestione in base al quale può affermarsi che la gestione unica ed accentrata costituisce la regola, mentre quella polverizzata e autonoma costituisce l'eccezione (arg. da 147, comma 2-bis, d.lgs. n. 152/2006). Circostanza quest'ultima confermata anche dall'art. 5 d. lgs. 201/2022. Nell'interpretazione della locuzione "gestioni del servizio idrico in forma autonoma esistenti" (e in particolare del sintagma "gestione esistente") si deve prediligere quell'esegesi che sia corrispondente alla "tendenza-principio" manifestata nell'ordinamento ad una gestione accentrata e, pertanto, che sia conforme al rapporto regola-eccezione innanzi tratteggiato: per "gestioni esistenti" dovranno pertanto intendersi soltanto quelle

*modalità di conduzione del servizio idrico che possano ricondursi ad una legittima assunzione ed erogazione del servizio, consacrata in atti regolatori e provvedimenti amministrativi, mentre non potranno assumere rilievo le gestioni nelle quali la conduzione del servizio risulta avvenire semplicemente in via “di fatto”.*





# Il Consiglio di Stato si esprime in tema di obblighi gravanti sul proprietario di un'area inquinata, nel caso di spontanea attivazione degli interventi

Nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 2 febbraio 2024, n. 1110

**SOMMARIO:** 1. I fatti di causa 2. I motivi di appello 3. Le argomentazioni del Consiglio di Stato I) Sul primo motivo di appello II) Sul secondo motivo di appello III) Sul terzo motivo di appello IV) Sul quarto motivo di appello 4. Il punto sui precedenti

DI ANNA LAURA RUM

**ABSTRACT:** Il presente contributo propone un'analisi della sentenza del Consiglio di Stato, n. 1110 del 2024, con la quale è stato affrontato, sotto molteplici aspetti, il tema degli obblighi gravanti sul proprietario incolpevole di un'area inquinata, il quale si attivi spontaneamente adottando misure di prevenzione e di messa in sicurezza. Sarà descritta, puntualmente, la vicenda fattuale da cui ha avuto origine il ricorso al Tar, unitamente ai motivi di ricorso (infra par. 1), saranno elencati i motivi di appello (infra par. 2.) e verrà dettagliatamente analizzato il contenuto della parte motiva della sentenza del Consiglio di Stato, con riferimento alle questioni sostanziali (infra par. 3.). Infine, verrà dato conto dei precedenti espressi sulla materia, e dal Consiglio di Stato e dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (infra par. 4).

**ABSTRACT:** *The paper concerns an analysis of the Council of State's decision about the obligations (under many aspects) of the polluted area's owner, who spontaneously adopts prevention and safety measures. The facts of the case (infra par. 1), and the content of the opening statements of the party will be analysed in detail, (infra par. 2.). Furthermore, the paper shows and examines the Council of State's arguments (infra par. 3.). In the end, the paper examines some of the precedents on the topic.*

## 1. I fatti di causa.

Una s.r.l., nel ricorso di primo grado, avente ad oggetto il procedimento di bonifica relativo al sito produttivo ubicato nella zona industriale del Comune di Caivano, deduceva di non essere più proprietaria del sito in questione dall'anno 2005, avendolo venduto ad altra s.r.l., che, a sua volta, successivamente, l'aveva trasferito ad una terza s.r.l. e, quest'ultima, quindi, ad una s.p.a., attuale proprietaria.

La s.r.l. ricorrente ha, inoltre, riferito che nel periodo in cui era proprietaria, aveva avviato il procedimento di bonifica del sito, essendo quest'ultimo inquinato da solventi clorurati, non riconducibili al proprio ciclo produttivo; a tal fine, nel settembre dell'anno 1999, aveva comunicato, in qualità di proprietaria non responsabile, agli enti di controllo, la presenza di contaminazione nelle acque sotterranee e, successivamente, a seguito dell'inserimento dello stabilimento nel Sito di Interesse Nazionale (SIN) del Litorale Domizio Flegreo e Agro Aversano, nel giugno 2002, aveva inviato, al Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (MATTM) ed agli altri Enti di controllo, un documento tecnico di sintesi di tutte le indagini svolte sui terreni e sulle

acque sotterranee; all'esito dell'indetta conferenza di servizi, la ricorrente s.r.l. aveva presentato il piano di caratterizzazione ed aveva messo in atto misure di Messa in Sicurezza di Emergenza (MISE) a partire dal mese di ottobre 2003; pur avendo venduto il sito ad altra s.r.l. nell'anno 2005, la ricorrente aveva completato le indagini sul suolo ed aveva concluso il procedimento relativo all'accertamento dello stato di contaminazione del sito, presentando agli Enti competenti il documento di analisi di rischio, nonché le risultanze degli accertamenti successivamente svolti, che non avevano mostrato superamenti delle concentrazioni limite fissate dalla legge (sia con riferimento al D.M. 471/99, sia con riferimento al d.lgs. 152/06) per uso commerciale/industriale e, nello specifico, per i composti alifatici clorurati rinvenuti nelle acque sotterranee; entrato in vigore il D.M. 11/01/2013 (Approvazione dell'elenco dei siti che non soddisfano i requisiti di cui ai commi 2 e 2-bis dell'art. 252 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 e che non sono più ricompresi tra i siti di bonifica di interesse nazionale, GU Serie Generale n. 60 del 12-03-2013), il Litorale Domizio Flegreo era stato declassato a sito di interesse regionale (SIR), cosicché la titolarità del procedimento era stata trasferita alla Regione Campania; compiute le indagini integrative nel mese di maggio 2017, in data 3 luglio 2018, la ricorrente s.r.l. aveva presentato agli Enti competenti un nuovo documento di analisi di rischio conforme al vigente quadro normativo nel frattempo intervenuto, rappresentando, altresì, che, in quanto soggetto non responsabile della contaminazione riscontrata, non avrebbe potuto essere individuato come l'obbligato ad eseguire gli interventi di bonifica e/o di messa in sicurezza operativa; successivamente alla trasmissione del documento di analisi di rischio, la Regione, con nota prot. n. 2019. 517224 del 28 agosto 2019, aveva convocato la Conferenza di Servizi per l'approvazione dell'analisi di rischio per il giorno 22 ottobre 2019; all'esito dell'indetta conferenza di servizi del 22 ottobre 2019, la Regione Campania aveva approvato l'analisi di rischio del 3 luglio 2018 ed il successivo aggiornamento, imponendo le seguenti prescrizioni: "(i) per la MISE attiva di porre in emungimento il pozzo MW2 e trattare mediante il TAF le acque emunte e (ii) di "presentare idoneo POB per la matrice acque sotterranee, ponendo come obiettivo il rispetto delle concentrazioni di contaminanti che entrano da monte idrogeologico".

Avverso il predetto provvedimento, la s.r.l. ricorrente è insorta, con il ricorso di primo grado, dinanzi al T.a.r. Campania, deducendo le seguenti censure:

- I) In primo luogo, deduceva la violazione e/o erronea applicazione degli articoli 242, 245 e 250 del d.lgs. 152/2006, nonché l'eccesso di potere per carenza dei presupposti e difetto di motivazione in cui sarebbe incorsa la resistente amministrazione, poiché, pur non essendo stata accertata alcuna responsabilità in capo alla società ricorrente in ordine all'inquinamento del sito in oggetto, era stata imposta a quest'ultima l'esecuzione degli interventi di bonifica delle acque sotterranee. Ad avviso della ricorrente, l'impugnato provvedimento era stato adottato in violazione del principio, di derivazione comunitaria, ma ampiamente recepito dalla giurisprudenza nazionale, secondo cui è precluso all'amministrazione imporre lo svolgimento di attività di recupero e di risanamento dei siti inquinati ai privati che non hanno alcuna responsabilità diretta sull'origine del fenomeno contestato e che vengano individuati solo in quanto proprietari del bene. Nel caso in esame, la s.r.l. aveva avviato il procedimento di bonifica spontaneamente in quanto al tempo proprietaria del sito; da tale volontaria iniziativa, non avrebbe potuto farsi discendere un obbligo di procedere alle attività di bonifica non essendo più, fra l'altro, proprietaria del sito e non avendo, quindi, un interesse a portare avanti tali attività.
- II) In secondo luogo, l'illegittimità dell'assunto provvedimento emergeva anche sotto l'ulteriore profilo della violazione e/o erronea applicazione dell'art. 251 d.lgs. 152/2006 e s.m.i., poiché, nel verbale della Conferenza di Servizi, il Responsabile del Procedimento della Regione Campania aveva motivato la richiesta di intimare alla ricorrente di presentare "idoneo POB per la matrice acque sotterranee", sul

presupposto che la stessa fosse stata individuata come “Soggetto Obligato” nel vigente PRB della Regione Campania, approvato con DGR n. 35 del 29/01/2019 con n. di Codice PRB 3011530. Tuttavia, a giudizio della ricorrente, tale assunto appariva del tutto erroneo poiché il PRB, a norma dell’art. 251, comma 1, lettera a), conteneva esclusivamente l’elenco dei siti sottoposti ad intervento di bonifica e ripristino ambientale, nonché degli interventi realizzati nei siti medesimi, ma non anche l’individuazione del soggetto obbligato.

- III) Infine, sempre ad avviso della ricorrente, violando palesemente gli artt. 242 e 243 del d.lgs. 152/2006 e con evidente difetto d’istruttoria, la resistente amministrazione aveva intimato alla ricorrente anche “di porre in emungimento il pozzo MW2, garantendo in tal modo un più efficace barriera, con un richiamo depressivo più sviluppato” nonché, “relativamente alle acque emunte dalla barriera idraulica, il trattamento mediante TAF al fine di garantire la conformità all’art. 243 comma 6 del D.Lgs. 152/06”. Tuttavia, a dire della ricorrente, tali prescrizioni non solo non potevano esserle intimate, non avendo più essa la proprietà del suolo, ma si fondavano anche su presupposti errati ed in contrasto con i dati tecnici preventivamente rilevati in forza dei periodici accertamenti compiuti sulla tenuta ed efficacia della barriera idraulica. Difatti, il monitoraggio mensilmente svolto, da un lato, aveva rilevato la presenza di contaminazioni originate in aree esterne, poste a monte e lateralmente al sito, ma anche che le acque sotterranee estratte dalla barriera idraulica erano risultate conformi ai limiti di scarico in fognatura, cosicché non dovevano essere sottoposte all’indicato trattamento, in quanto quest’ultimo era prescritto esclusivamente per le acque qualificate come rifiuti.

Il T.a.r. Campania, con la decisione 22 aprile 2022 n. 2785, ha respinto il ricorso.

Contro questa sentenza, l’originaria ricorrente ha proposto appello con il quale ha, criticamente, riproposto i motivi del ricorso di primo grado, analizzati nel prossimo paragrafo.

Si è costituita nel giudizio di appello la s.p.a. attuale proprietaria, chiedendo la conferma della decisione impugnata.

Si è, inoltre, costituita in giudizio la Città Metropolitana di Napoli.

## 2. I motivi di appello.

- I) Con il primo mezzo di gravame, la parte appellante ha dedotto: “Error in giudicando in relazione agli artt. 242-245 e 250 D. Lgs n. 156/2006 – Erroneità della motivazione e dei presupposti - erronea applicazione art. 2028 c.c.- Error in giudicando in relazione art. 191 TFUE ex art 174 Trattato CE - Contraddittorietà ed illogicità della motivazione”. In particolare, la parte appellante assume l’erroneità della sentenza impugnata per violazione e/o erronea applicazione degli articoli 242, 245 e 250 del d.lgs. 152/2006 poiché, pur non essendo stata accertata alcuna responsabilità in capo alla stessa s.r.l. in ordine all’inquinamento del sito in oggetto, ha confermato la correttezza dell’operato dell’amministrazione nella imposizione ad essa dell’esecuzione degli interventi di bonifica delle acque sotterranee.

In tale prospettiva, i provvedimenti contestati in primo grado sarebbero stati adottati in violazione del principio, di derivazione comunitaria, secondo cui è precluso all’amministrazione imporre lo svolgimento di attività di recupero e di risanamento dei siti inquinati ai privati che non hanno alcuna responsabilità diretta sull’origine del fenomeno contestato e che vengano individuati solo in quanto proprietari del bene.

In secondo luogo, l’illegittimità dei provvedimenti contestati in primo grado emergerebbe anche sotto l’ulteriore profilo della violazione e/o erronea applicazione dell’art. 251, d.lgs. 152/2006 e s.m.i., poiché, nel verbale della Conferenza di Servizi, il Responsabile del Procedimento della Regione Campania aveva motivato la richiesta di intimare alla s.r.l. appellante di presentare “idoneo POB per la matrice acque sotterranee” sul falso presupposto che la stessa fosse stata individuata come “Soggetto Obligato” nel

vigente PRB della Regione Campania, approvato con DGR n. 35 del 29/01/2019 con n. di Codice PRB 3011530.

Infine, violando palesemente gli artt. 242 e 243 del d.lgs. 152/2006 e con evidente difetto d'istruttoria, la resistente amministrazione avrebbe intimato alla appellante anche "di porre in emungimento il pozzo MW2, garantendo in tal modo un più efficace barrieramento, con un richiamo depressivo più sviluppato" nonché, "relativamente alle acque emunte dalla barriera idraulica, il trattamento mediante TAF al fine di garantire la conformità all'art. 243 comma 6 del d.lgs. 152/06".

II) Con il secondo mezzo di gravame, la parte appellante ha dedotto: "erroneità della motivazione e dei presupposti. Violazione del principio di proporzionalità ed ingiustizia manifesta. Errore in giudicando in relazione agli artt. 242-245 e 250 D. Lgs. 152/2016 e s.m.i. ed art. 191 TFUE, ex art. 174 Trattato CE2".

In particolare, la parte appellante lamenta la violazione del principio di proporzionalità, assumendo di aver concluso la fase di indagine relativa allo stato di contaminazione del sito, con la presentazione dell'analisi di rischio e di aver manifestato espressamente alla Regione la volontà di non voler eseguire la bonifica. Dal che discenderebbe l'illegittimità dei contestati provvedimenti, in quanto costituirebbero "un aggravamento dell'onere originariamente assunto sproporzionato rispetto ai costi di intervento relativi alla esecuzione delle indagini di caratterizzazione e manifestamente ingiusto".

III) Con il terzo mezzo di gravame, la parte appellante deduce: "omessa pronuncia. Error in giudicando in relazione agli artt. 242 e 243 D.Lgs. 152/2006 e s.m.i. Error in giudicando in relazione all'art. 251 D. lgs. n. 156/2006 e s.m.i. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e difetto di motivazione. Error in giudicando in relazione all'art. 3 legge 241/1990 e s.m.i."

Con il motivo in esame, la parte appellante contesta l'assunto contenuto nel verbale della Conferenza di Servizi, impugnato in primo grado, secondo cui la s.r.l. appellante dovrebbe di presentare "idoneo POB per la matrice acque sotterranee" in quanto costituente "Soggetto Obligato" nel vigente PRB della Regione Campania, approvato con DGR n. 35 del 29/01/2019 con n. di Codice PRB 3011530.

In particolare, la società appellante contesta l'assunto per cui l'individuazione del sito all'interno del censimento con la denominazione "XXXX s.r.l." implichi automaticamente che l'odierna appellante venga considerata come il soggetto obbligato ad eseguire la bonifica, in quanto soggetto responsabile dell'inquinamento.

Né ad un tale esito potrebbe prevenirsi, ad avviso della parte appellante, valorizzando la circostanza, di per sé non rivelatrice di posizione di responsabilità, che la società appellante è stata proprietaria del sito dal 1998 al 2005.

Tale conclusione, ad avviso della parte appellante, sarebbe rafforzata dal fatto le Amministrazioni non avrebbero compiuto alcuna attività istruttoria volta all'accertamento del responsabile della contaminazione.

La società appellante si duole altresì del fatto che, nell'all. 1 del PRB, al codice 3011A530, è inserita la XXXX s.r.l. e non la s.r.l. appellante.

IV) Con il quarto mezzo di gravame, la parte appellante deduce: "Error in giudicando in relazione all'art. 243 D.Lgs. 152/2006 e s.m.i. Error in giudicando in relazione all'art. 242 e ss. D. lgs. n. 156/2006. Vizio di omessa pronuncia. Eccesso di potere per difetto dei presupposti. Illogicità ed irragionevolezza dell'azione amministrativa".

Con il motivo in esame, la parte appellante, muovendo dall'assunto di non essere più proprietaria del sito, assume di non avere alcun obbligo in relazione alla gestione della barriera idraulica.

Ciò, in quanto "le acque della barriera idraulica confluiscono in un unico punto di scarico in cui confluiscono anche le altre condotte del sito" e quindi l'amministrazione non poteva imporre all'appellante di "continuare a gestire una barriera

idraulica in relazione ad un sito produttivo con attività il cui proprietario e gestore è un altro soggetto”. Inoltre, la parte appellante assume l’irragionevolezza della prescrizione di porre in pompaggio il piezometro MW2, tenuto conto del fatto che in base ai dati tecnici disponibili, quali risultati anche dal monitoraggio mensile, la barriera esistente avrebbe dovuto considerarsi efficace per contenere il flusso di acque, che, fra l’altro, trarrebbero un carico contaminante significativo dall’esterno del sito.

### 3. Le argomentazioni del Consiglio di Stato.

Veniamo, dunque, a ripercorrere le risposte del Consiglio di Stato ai quattro motivi di appello.

#### I) *Sul primo motivo di appello*

Il Consiglio di Stato afferma che il primo motivo di appello non è fondato.

Il Collegio, preliminarmente, osserva che, in linea di principio, appare corretto l’assunto della parte appellante secondo il quale, alla stregua del principio “chi inquina paga”<sup>(1)</sup>, l’Amministrazione non può imporre al proprietario di un’area inquinata, che non sia anche l’autore dell’inquinamento, l’obbligo di porre in essere le misure di messa in sicurezza di emergenza e bonifica, di cui all’art. 240, comma 1, lett. m) e p), d.lgs. n. 152 del 2006, in quanto gli effetti a carico del proprietario incolpevole restano limitati a quanto espressamente previsto dall’art. 253, stesso d.lgs. n. 152 del 2006, in tema di oneri reali e privilegio speciale immobiliare.

Le disposizioni contenute nel Titolo V della Parte IV, del d.lgs. n. 152 del 2006 (artt. da 239 a 253) operano, infatti, una chiara e netta distinzione tra la figura del responsabile dell’inquinamento e quella del proprietario del sito, che non abbia causato o concorso a causare la contaminazione<sup>(2)</sup>.

A tal riguardo, il Collegio ricorda che l’impossibilità di imporre le opere di bonifica al proprietario di un terreno inquinato non responsabile del relativo inquinamento è stata affermata a partire dalla nota sentenza Corte di giustizia UE, sez. III, 4 marzo 2015 C 534-13<sup>(3)</sup>. La sentenza della Corte di giustizia, in particolare, ha chiarito che “La direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, deve essere interpretata nel senso che non osta a una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale, nell’ipotesi in cui sia impossibile individuare il responsabile della contaminazione di un sito o ottenere da quest’ultimo le misure di riparazione, non consente all’autorità competente di imporre l’esecuzione delle misure di prevenzione e di riparazione al proprietario di tale sito,

1 Il principio del “chi inquina paga” implica che chi inquina deve pagare per le misure di prevenzione, controllo e riparazione dell’inquinamento causato e per i costi dell’inquinamento per la società. Il principio, in particolare, costituisce uno dei cardini della disciplina di matrice comunitaria in materia ambientale ed è sancito dall’art. 191 TFUE, che, al comma secondo, dispone che: «la politica dell’Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell’Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell’azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all’ambiente, nonché sul principio “chi inquina paga”». Inoltre, il principio in esame è esplicitato nell’art. 178 (Principi) del TUA, a mente del quale “1. La gestione dei rifiuti è effettuata conformemente [...] del principio chi inquina paga [...]”.

Il principio del “chi inquina, paga” non ha finalità punitive (ancorché siano previsti anche risvolti sul fronte penalistico), ma, più propriamente, mira ad allocare i costi legati al ripristino del danno conseguente alla condotta inquinante, in capo al soggetto responsabile.

Sul tema, si vedano, diffusamente, G. FORNABAIO, *Chi inquina, paga*, Milan Law Review, Vol. 3, No. 1, 2022; A.M. Citrigno, G. Moschella, *Tutela dell’ambiente e principio «chi inquina paga»*, Giuffrè, 2014; AA.VV., *Manuale Ambiente*, 2013, Ipsona, 2013; M. Meli, *Il principio comunitario “chi inquina, paga”*, Milano, 1996.

2 Il Consiglio di Stato, nella decisione in commento, riprende il principio espresso dall’Adunanza Plenaria, nell’ordinanza n. 25 del 2013. In punto di distinzione tra responsabile dell’inquinamento e proprietario dell’area inquinata si vedano, anche, A. ZUCCHETTI, B. DE ROSA, S. SONCINI, *Urbanistica, edilizia ed ambiente*, 2023, 231; A. BENEDETTI, E. BLASI, M.M. CAFAGNO, *Diritto dell’ambiente*, Giappichelli, 2017, 436.

3 Su ordinanza di rinvio pregiudiziale dell’Adunanza Plenaria, n. 25 del 2013

non responsabile della contaminazione”.

Il Collegio ricorda, poi, che la successiva giurisprudenza nazionale, nel tentativo di ulteriormente sviluppare l'assunto della Corte di giustizia, è giunta ad affermare l'impossibilità di imporre le misure di bonifica al proprietario non responsabile della contaminazione, traendo principale argomento dalla natura sanzionatoria di questa misura.

In tale ottica ricostruttiva, il Collegio precisa che si è tuttavia osservato che analogo ragionamento non può valere anche con riferimento alle misure di messa in sicurezza di emergenza<sup>4</sup>), le quali, così come le misure di prevenzione<sup>5</sup>), non hanno analogia natura sanzionatoria, ma preventiva e cautelare, trovando fondamento nel principio di precauzione e nel correlato principio dell'azione preventiva, e, in quanto tali, possono gravare sul proprietario (o detentore del sito da cui possano scaturire i danni all'ambiente) solo perché egli è tale senza necessità di accertarne il dolo o la colpa<sup>6</sup>).

Il Consiglio di Stato ricorda che, in base a tale consolidato orientamento, il proprietario del terreno sul quale sono depositate sostanze inquinanti, che non sia responsabile dell'inquinamento (c.d. proprietario incolpevole) e che non sia stato negligente nell'attivarsi con le segnalazioni e le denunce imposte dalla legge, è, pertanto, tenuto solo ad adottare le misure di prevenzione, mentre gli interventi di riparazione, messa in sicurezza definitiva, bonifica e ripristino gravano sul responsabile della contaminazione, ossia su colui al quale - per una sua condotta commissiva od omissiva - sia imputabile l'inquinamento; la P.A. competente, qualora il responsabile non sia individuabile o non provveda agli adempimenti dovuti, può adottare d'ufficio gli accorgimenti necessari e, se del caso, recuperare le spese sostenute attraverso un'azione di rivalsa verso il proprietario, il quale risponde nei soli limiti del valore di mercato del sito dopo l'esecuzione degli interventi<sup>7</sup>).

Quindi, per il Collegio, ne discende che il proprietario non responsabile dell'inquinamento - nell'accezione prima chiarita - è tenuto, ai sensi dell' art. 245, comma 2, d.lgs. n. 152 del 2006 ad adottare le misure di prevenzione di cui all'art. 240, comma 1,

4 L'art. 240 TUA definisce, alla lettera m), le misure di messa in sicurezza d'emergenza come “ogni intervento immediato o a breve termine, da mettere in opera nelle condizioni di emergenza di cui alla lettera t) in caso di eventi di contaminazione repentini di qualsiasi natura, atto a contenere la diffusione delle sorgenti primarie di contaminazione, impedirne il contatto con altre matrici presenti nel sito e a rimuoverle, in attesa di eventuali ulteriori interventi di bonifica o di messa in sicurezza operativa o permanente”. La lett. t) citata dalla norma prevede che, per condizioni di emergenza, debbano intendersi: “gli eventi al verificarsi dei quali è necessaria l'esecuzione di interventi di emergenza, quali ad esempio: 1) concentrazioni attuali o potenziali dei vapori in spazi confinati prossime ai livelli di esplosività o idonee a causare effetti nocivi acuti alla salute; 2) presenza di quantità significative di prodotto in fase separata sul suolo o in corsi di acqua superficiali o nella falda; 3) contaminazione di pozzi ad utilizzo idropotabile o per scopi agricoli; 4) pericolo di incendi ed esplosioni”.

Sull'argomento, si veda, diffusamente, V. GIAMPIETRO, *MISE, MISU e misure di prevenzione: l'incertezza delle nozioni mette a rischio il proprietario incolpevole*, in *Ambiente & sviluppo*, 6/2018, 1.

5 Le misure di prevenzione sono definite dall'art. 240 TUA, lett. i) come “le iniziative per contrastare un evento, un atto o un'omissione che ha creato una minaccia imminente per la salute o per l'ambiente, intesa come rischio sufficientemente probabile che si verifichi un danno sotto il profilo sanitario o ambientale in un futuro prossimo, al fine di impedire o minimizzare il realizzarsi di tale minaccia”. Sul tema, si vedano AA.VV., *Manuale Ambiente 2013*, cit., 97; V. GIAMPIETRO, *MISE, MISU e misure di prevenzione: l'incertezza delle nozioni mette a rischio il proprietario incolpevole*, cit., 1; L. Prati, *Messa in sicurezza e misure di prevenzione: cosa può essere richiesto al proprietario o al gestore del sito non responsabili della contaminazione*, in *ambienteditto.it*, 2014.

6 Nella sentenza in esame, si specifica che, proprio in questi termini, si è espressa la costante giurisprudenza. Per tutte, si citano: Cons. Stato, sez. IV, 26 febbraio 2021, n.1658; sez. VI, 3 gennaio 2019, n.81; sez. V, 8 marzo 2017, n.1089; 14 aprile 2016, n.1509.

In particolare, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 1658 del 2021, ha affermato che “Preliminare alle misure di prevenzione, come risulta dal successivo art. 242 TUA, in particolare al comma 4, è la caratterizzazione del sito, ovvero in termini semplici, l'attività di analisi chimico fisica dei campioni prelevati dal suolo, ovvero dalle acque, con la quale si accerta se e quali inquinanti vi siano presenti e nel caso in quale concentrazione; è poi notorio, nella specifica materia, che la caratterizzazione non è un'attività episodica, ma si svolge di necessità nel quadro di un piano predefinito”.

7 Sul punto, vengono richiamate le sentenze del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 502 del 2018, e Sez. V, n. 5604 del 2018.

lett. i), d.lgs. n. 152 del 2006 (ovvero “le iniziative per contrastare un evento, un atto o un’omissione che ha creato una minaccia imminente per la salute o per l’ambiente intesa come rischio sufficientemente probabile che si verifichi un danno sotto il profilo sanitario o ambientale in un futuro prossimo, al fine di impedire o minimizzare il realizzarsi di tale minaccia”) e le misure di messa in sicurezza d’emergenza, non anche la messa in sicurezza definitiva, né gli interventi di bonifica e di ripristino ambientale.

Tuttavia, il Collegio precisa che tali consolidati principi non possono, nondimeno, trovare applicazione nel caso in cui, così come avvenuto nella fattispecie in esame, il proprietario, ancorché non responsabile, ha attivato volontariamente gli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale.

In tale caso, infatti, la fonte dell’obbligazione del proprietario incolpevole deve essere rinvenuta, come affermato dal primo giudice, nell’istituto della gestione di affari non rappresentativa: secondo l’art. 2028 c.c. colui che, scientemente e senza esservi tenuto, assume la gestione di un affare altrui, ha l’obbligo di proseguirla fino a quando l’interessato possa provvedervi da sé stesso.

Il Collegio, soffermandosi sull’istituto della gestione di affari altrui<sup>8</sup>), ricorda che i presupposti necessari perché essa si configuri sono tradizionalmente individuati: a) nella c.d. *absentia domini*, dedotta dall’art. 2028 c.c. allorché fa riferimento ad un *dominus* che non è in grado di provvedere ai suoi interessi; b) nell’altruità dell’affare, dato l’esplicito riferimento normativo alla gestione di un affare altrui; c) nella spontaneità dell’intervento del gestore che, infatti, ai sensi dell’art. 2028 c.c., deve agire “senza essere obbligato”; d) nella consapevolezza dell’alienità dell’affare, desumibile dall’avverbio “scientemente”. Particolarmente discusso, a dire del Collegio, è, poi, il c.d. requisito dell’*utiliter coeptum* che, data la formulazione dell’art. 2031 c.c., è da una parte della dottrina considerato *condicio iuris* di efficacia di una fattispecie già strutturalmente perfetta e, da altra parte, ritenuto presupposto dei soli effetti a carico del *dominus*<sup>9</sup>).

Ancora, il Collegio rileva che il requisito della c.d. *absentia domini* – secondo l’indirizzo prevalente – deve essere inteso in senso ampio, in modo da comprendervi il caso in cui l’interessato, pur presente fisicamente nei luoghi ove la gestione è eseguita, non sia comunque in grado di presidiare all’amministrazione dei propri interessi essenziali<sup>10</sup>).

8 La gestione di affari altrui è definita, da F. GAZZONI, in *Manuale di diritto privato*, XI ed., ESI, 704, né come un negozio, né come un atto giuridico, bensì come mero fatto giuridico, cui sono ricollegate, *de iure*, alcune conseguenze giuridiche, anche di carattere obbligatorio: fra queste, l’obbligo per il gestore di proseguire e condurre a termine l’iniziativa intrapresa nell’interesse del *dominus*, pena il risarcimento dei danni, salvo l’impossibilità derivante da causa a lui non imputabile, ex art. 1256 c.c. Secondo Gazzoni, inoltre, è suscettibile di essere gestito qualunque affare, sia a mezzo di atti di ordinaria amministrazione, che a mezzo di atti di straordinaria amministrazione – in caso di urgenza e senza alcun limite, neanche legato alla forma scritta. La gestione di affari altrui può essere rappresentativa o senza rappresentanza, a seconda che il gestore spenda o meno il nome del *dominus*. Nel primo caso, gli effetti degli atti compiuti si producono direttamente nella sfera giuridica del *dominus*.

Sulla gestione di affari altrui, si veda anche BIANCA, *Il contratto*, 1999, 143.

9 Il presupposto dell’*utiliter coeptum*, secondo F. GAZZONI, in *op. cit.*, sta a significare l’assoluta irrilevanza dei risultati conseguiti dal gestore: l’obbligo del *dominus* di adempiere le obbligazioni assunte dal gestore, in suo nome, nasce solo se la gestione sia stata utilmente iniziata, salvo il caso in cui gli atti di gestione siano stati eseguiti contrariamente alla volontà del *dominus*.

10 Sull’interpretazione in senso ampio del requisito dell’*absentia domini*, si veda, per tutti, V. SIMONCELLI SCIALOJA, *Il Foro Italiano*, vol. LXXX, 1957, Parte IV-10, 180, secondo il quale, “è opinione accettata e da accettarsi che *dominus absens* sia quegli che, per materiale sua assenza, o altra ragione, non possa attendere ai suoi affari; che *absentia*, dunque, sia l’impedimento che il *dominus*, in ordine a tal cura di interessi, soggiaccia. Meglio, però, diremmo l’*absentia* consistere non nell’impedimento, donde deriva impossibilità, ma in questa impossibilità medesima, che dell’impedimento è il risultato. [...] L’impossibilità di gestire può conseguire ad altra qualsivoglia ragione, diversa e indipendente da assenza materiale, fisica lontananza”. In senso contrario, si veda F. GAZZONI, in *op. cit.*, secondo il quale, è necessario che l’interessato sia assente o impedito, ovvero effettivamente impossibilitato a intervenire di persona.



A tal riguardo, la giurisprudenza<sup>(11)</sup> – con il sostegno di una parte autorevole della dottrina – ha chiarito che “Nella ricostruzione dell’istituto della *negotiorum gestio*, disciplinato dall’art. 2028 c.c. segg., la nozione che la consolidata giurisprudenza di questa Corte ha accolto del requisito della *absentia domini*, secondo una direttrice condivisa dalla prevalente dottrina, è quella per cui, a tal fine, non rileva che vi sia una condizione di assoluto impedimento dell’interessato alla gestione dei propri affari ovvero che sussista una impossibilità materiale rispetto alla cura di questi, ritenendosi soddisfatto l’anzidetto requisito, là dove il dominus non abbia manifestato, espressamente o tacitamente, il divieto a che altri si ingerisca nella cura dei propri affari».

Quanto agli effetti della gestione, il Collegio prosegue evidenziando che un’impostazione largamente ricevuta distingue la fattispecie in cui il gestore ha agito *nomine proprio* da quella in cui spende il nome dell’interessato (art. 2031, comma 1, c.c.). Nel primo caso (c.d. gestione rappresentativa fondata sulla legge e condizionata dal presupposto dell’*utiliter coeptum*), gli effetti della gestione sono proiettati *recta via* nella sfera giuridico-patrimoniale dell’interessato, il quale deve pertanto adempiere le obbligazioni assunte in suo nome. Nel secondo caso, valgono le regole in tema di mandato senza procura, di guisa che l’interessato dovrà tenere indenne il gestore delle obbligazioni assunte in nome proprio e rimborsargli le spese necessarie o utili, con gli interessi dal giorno in cui sono state fatte. Il gestore è tenuto a continuare la gestione e a completarla finché l’interessato non sia in grado di provvedervi autonomamente (art. 2028, comma 1, c.c.).

Alla luce delle delineate coordinate ermeneutiche, per il Collegio coglie nel segno quella parte della giurisprudenza<sup>(12)</sup> che, sulle orme di un’autorevole dottrina, ravvisa nella *negotiorum gestio* i tratti distintivi dell’obbligazione – che nasce per effetto della libera determinazione del gerente – senza obbligo primario di prestazione, da cui discende la eventuale responsabilità ex art. 1218 c.c., quale conseguenza della c.d. *mala gestio*.

Applicando tali principi al caso di specie, il Collegio osserva che la s.r.l. appellante, seppur non obbligata, per le ragioni in precedenza esposte, alla effettuazione delle opere di bonifica, ha assunto spontaneamente l’impegno di eseguire un complessivo intervento di bonifica, presumibilmente motivata dalla necessità di evitare, nel caso di realizzazione delle operazioni di bonifica da parte dell’amministrazione, il rimborso a quest’ultima del costo delle spese affrontate, sia pure nei limiti del valore di mercato del sito (c.d. onere reale). Ne discende che, ai sensi dell’art. 2028 c.c., l’attività utilmente iniziata dall’appellante deve essere portata a compimento, o comunque proseguita finché l’amministrazione non sia in grado di far subentrare l’autore dell’inquinamento.

Ricorda, infatti, il Collegio, che lo schema della gestione di affari richiede che, al pari di quanto verificatosi nella fattispecie in esame, vi sia la consapevolezza dello stato di contaminazione dell’area e della necessità di eseguire la bonifica, secondo le direttive stabilite dall’amministrazione: quindi, il Collegio conclude che, poiché, nel caso in disamina, la bonifica è attuata in sostituzione dell’autore dell’inquinamento, resta fermo che il proprietario avrà diritto di rivalersi nei confronti del responsabile dell’inquinamento per le spese sostenute (pur se si tratta del *dante causa*), a condizione che sia stata rispettata la procedura amministrativa prevista dalla legge ed indipendentemente dall’identificazione del responsabile dell’inquinamento da parte della competente autorità amministrativa, senza che, in presenza di altri responsabili, trovi applicazione

11 *Ex multis*: Cass., SS.UU., 4 luglio 2012, n. 11135 e di Cass., SS.UU., 4 luglio 2012, n. 11136; Cass. 3 marzo 1954, n. 607; Cass. 13 maggio 1964, n. 550; Cass. 23 maggio 1984, n. 3143; Cass. 25 maggio 2007, n. 12280; Cass. 9 aprile 2008, n. 9269; Cass. 7 giugno 2011, n. 12304

12 In questo senso, Cons. Stato, sez. IV, 2 maggio 2022, n. 3426; Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2020, n.567, 5054/2012

il principio della solidarietà<sup>(13)</sup>.

## II) Sul secondo motivo di appello

Per il Consiglio di Stato, neanche il secondo motivo è fondato. A riguardo, viene invocato il principio di proporzionalità<sup>(14)</sup>, di derivazione europea, che impone all'amministrazione di adottare un provvedimento non eccedente quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato. Alla luce di tale principio, ricorda il Collegio, nel caso in cui l'azione amministrativa coinvolga interessi diversi, è doverosa una adeguata ponderazione delle contrapposte esigenze, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile: in questo senso, l'esercizio del potere in esame rileva quale elemento sintomatico della correttezza dell'esercizio del potere discrezionale, in relazione all'effettivo bilanciamento degli interessi.

Ancora, soffermandosi sul principio di proporzionalità, il Collegio rileva che, secondo l'impostazione più accreditata, esso postula un giudizio di valutazione che si articola in tre passaggi successivi, che prevedono l'utilizzo di altrettanti criteri di valutazione (c.d. «teoria dei tre gradini»<sup>(15)</sup>):

- l'idoneità della decisione a raggiungere lo scopo, intesa come rapporto fra mezzo utilizzato e fine da raggiungere. Secondo questo primo indice di valutazione, la soluzione prospettata dalla pubblica amministrazione dev'essere effettivamente idonea a realizzare gli obiettivi legittimi di interesse pubblico o la tutela di diritti fondamentali, per come dichiarato dalla stessa amministrazione;
- la sua necessità, intesa come inesistenza di alternative più miti per il raggiungimento dello stesso risultato. In base a tale criterio, la scelta amministrativa deve necessariamente ricadere su quella che determini il sacrificio minore per i soggetti che ricevono un pregiudizio dalla decisione: in questo secondo passaggio si ha, dunque, un *quid pluris* rispetto al primo, consistente nella valutazione delle alternative plausibili per il raggiungimento degli stessi interessi pubblici con misure meno gravose;
- l'adeguatezza o proporzionalità in senso stretto, intesa come tollerabilità della decisione da parte del suo destinatario. In virtù di quest'ultimo indice valutativo, l'amministrazione deve effettuare una ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi, onde verificare se la misura sia «non eccessiva» rispetto all'obiettivo da perseguire.

A questo punto, viene richiamata la sentenza del Consiglio di Stato<sup>(16)</sup>, nella quale, proprio con riferimento al principio di proporzionalità in senso stretto, è stato sottolineato che la proporzionalità non deve essere considerata come un canone rigido e

13 Tale conclusione viene ripresa dall'ordinanza della Corte di Cassazione, n. 1573 del 2019.

14 Il principio di proporzionalità, di derivazione comunitaria, è illustrato nell'articolo 5, paragrafo 4, del trattato sull'Unione europea. Esso mira a inquadrare le azioni delle istituzioni dell'Unione europea (Unione) entro certi limiti. In virtù di tale principio, le misure dell'Unione: - devono essere idonee a conseguire il fine desiderato; - devono essere necessarie per conseguire il fine desiderato; - non devono imporre alle persone un onere eccessivo rispetto all'obiettivo che si intende raggiungere (proporzionalità in senso stretto).

Il principio di proporzionalità, inoltre, è strettamente legato al principio di sussidiarietà, che richiede che l'Unione intervenga solo qualora tale intervento sia più efficace di un'azione intrapresa a livello nazionale, regionale o locale. Un altro principio correlato, il principio di attribuzione, stabilisce che tutti gli ambiti delle politiche sui quali non vi sia esplicito accordo nei trattati da parte di tutti gli Stati membri rimangono di loro competenza.

Il protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, allegato ai trattati, specifica i criteri di applicazione di questo principio.

In caso di violazione del principio di proporzionalità, i ricorrenti possono, a determinate condizioni, contestare la validità delle misure pertinenti dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Nel diritto nazionale, il principio di proporzionalità trova applicazione per l'operato della pubblica amministrazione, dove possono determinarsi gli elementi per l'annullabilità di un atto da parte del giudice amministrativo.

Sul principio di proporzionalità si vedano, diffusamente, M.A. SANDULLI, *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, in *federalismi.it*, n.17, 2009; G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità, in Ordinamento Europeo. L'esercizio delle competenze*, a cura di S. MANGIAMELLI, vol. II, Milano, 2006, 227 ss.

15 Il modello di sindacato giurisdizionale «a tre gradini» è stato concepito dalla dottrina tedesca e successivamente mutuato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale.

16 Consiglio di Stato, Sez. V, 21 gennaio 2015, n. 284

immodificabile, ma si configura quale regola che implica la flessibilità dell'azione amministrativa e come concreto bilanciamento tra interessi potenzialmente antagonisti.

Viene, inoltre, rilevato, che il bilanciamento tra interessi potenzialmente incompatibili è una vicenda di allontanamento più o meno intenso da quel nucleo di massima protezione e che dipende dalle relazioni di prevalenza o subordinazione che, all'interno della ponderazione, si stabiliscono con i principi concorrenti.

Nel caso di che trattasi, a dire del Collegio, le prescrizioni della conferenza di servizi e i conseguenziali provvedimenti sacrificano in modo proporzionato e nella misura strettamente necessaria l'interesse economico della società appellante, per tutelare l'interesse ambientale e sanitario perseguito con riguardo a profili tecnici ineccepibili.

Inoltre, ad ulteriore sostegno di questa conclusione, il Collegio evidenzia che i provvedimenti contestati non violano il principio di proporzionalità, anche in base alla considerazione per cui, coerentemente con le delineate note strutturali dell'istituto della *negotiorum gestio*, si sono limitati a ribadire l'obbligo, di per sé già discendente dalla legge (art. 2028 c.c.), di portare a termine esclusivamente le attività conseguenziali alla originaria manifestazione di spontanea gestione delle operazioni di bonifica.

### III) *Sul terzo motivo di appello*

Anche il terzo motivo, secondo il Consiglio di Stato, non è fondato.

In particolare, la risposta al terzo quesito si sofferma sul sollevamento della società appellante dall'obbligo di completare le opere di bonifica spontaneamente intraprese, attesa la circostanza dell'avvenuto trasferimento della proprietà del sito inquinato in favore di altra s.p.a.

A tal riguardo, il Collegio osserva che la cessione della proprietà del sito non determina una vicenda estintiva, né a livello soggettivo, né a livello oggettivo, dell'obbligazione volontariamente assunta, venendo in rilievo, nel caso in esame, un'obbligazione di fonte legale, discendente da un fatto/atto idoneo, ai sensi dell'art. 1173, a generare la nascita di un'obbligazione in capo al soggetto che ha spontaneamente intrapreso la gestione dell'attività di bonifica.

In tale direzione, secondo i giudici di secondo grado, depone anche la considerazione che, anche nel caso di cessione di azienda, l'art. 2560, comma 1, c.c. espressamente dispone che, dopo la cessione, il cedente rimane *ex lege* titolare degli obblighi (e, più in generale, delle posizioni di responsabilità) rivenienti dalla gestione del ramo di azienda precedente alla cessione.

Nella specie, peraltro, il Collegio aggiunge che, come correttamente osservato dal giudice di prime cure, non emerge l'assenso del creditore (individuabile nel Ministero dell'Ambiente, quale Ente esponenziale dell'interesse della collettività nazionale alla salubrità ed all'integrità ambientale e, successivamente, nella Regione) alla liberazione del cedente, dal che discende, in base ai principi generali sulla successione particolare nel debito, l'inconfigurabilità di una successione c.d. privata.

Contrariamente a quanto ritenuto dalla società appellante, secondo il Collegio, la

fattispecie della traslazione dell'obbligo di bonifica a carico del successore<sup>17)</sup> si verifica, invece, nel diverso caso, non ricorrente nella specie, della successione a titolo universale, ovvero quando si sia verificata l'estinzione soggettiva del cedente (come nel caso di incorporazione): in tali ipotesi, la responsabilità per l'inquinamento e, quindi, il connesso dovere di bonifica, passano in capo al successore *in universum jus*<sup>18)</sup>.

Quindi, il Consiglio di Stato conclude la disamina affermando che la s.r.l. appellante è senz'altro tenuta ad eseguire la bonifica, pur se, in epoca successiva agli episodi di contaminazione, ha ceduto a terzi il ramo di azienda, ovvero la proprietà dell'area interessata.

#### IV) Sul quarto motivo di appello

Neanche il quarto motivo, secondo il Consiglio di Stato, è fondato.

In Particolare, il Collegio evidenzia che la prima parte del motivo, nella misura in cui, ancora una volta, contesta l'impropria attribuzione all'odierna appellante della qualifica di soggetto obbligato a realizzare la bonifica dei suoli, va respinto per le medesime ragioni indicate in occasione dell'esame del primo motivo di appello.

Nel merito, secondo i giudici, non può essere condiviso l'assunto della sufficienza della barriera esistente per contenere il flusso di acque, che, fra l'altro, non trova, lo stesso, corrispondenza nelle risultanze dell'istruttoria procedimentale.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla società appellante, infatti, secondo il Collegio, in assenza di un valido riscontro in ordine alla sussistenza di altre fonti inquinanti, l'adottata prescrizione appare rispondere ai principi di precauzione e di prevenzione.

Dunque, il Collegio si sofferma sul principio di precauzione<sup>19)</sup>, definendolo un criterio di gestione del rischio in condizioni di incertezza scientifica: esso risponde, dunque, alla necessità di fronteggiare e/o gestire i c.d. "rischi incerti".

Muovendo da tale preliminare considerazione, quindi, il Collegio evidenzia che

17 In tema di trasmissione della responsabilità ambientale in capo al successore, si veda l'illuminante saggio di C. PICCOLI, *Responsabilità ambientali e operazioni societarie: il "successore incolpevole". Sviluppi in Italia e confronto con il panorama comunitario ed internazionale*, in Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'ambiente, n. 3/2021, 271 ss., a dire del quale: "Che la responsabilità ambientale sia trasmessa al "successore" è dunque corretto, ma è altrettanto corretto che vengano rispettate alcune condizioni e regole, affinché tale "passaggio" sia anche giusto ed equo, oltre che legittimo. Qualora tali condizioni non fossero rispettate, ci troveremmo di fronte ad una opinabile forma di responsabilità oggettiva, che non solo sarebbe ingiusta, ma non avrebbe nemmeno il supporto normativo di cui necessita. Si ricorda infatti che, l'articolo 42 del c.p., dopo aver sancito che nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come delitto se non l'ha commesso con dolo o colpa, precisa poi che può essere solo la legge a determinare "i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione o omissione" (e quindi anche senza dolo o colpa). Occorre, quindi, sempre rammentare che l'eventuale "inserimento" di una sorta di nuova responsabilità ambientale di tipo oggettivo (che non tenga conto degli elementi del dolo e della colpa) non può certo avvenire sulla scorta di pronunce giurisprudenziali ma, qualora ammissibile, dovrebbe essere in linea con la ripartizione delle attribuzioni tra i tre fondamentali poteri dello Stato dettata dalla Costituzione".

18 Il Collegio, con questa affermazione di principio, richiama le statuizioni dell'Adunanza Plenaria n. 10 del 22 ottobre 2019 e le seguenti della Sezione V del Consiglio di Stato, nn. 8720 e 8912 del 2019

19 Il principio di precauzione è citato nell'articolo 191 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (UE). Il suo scopo è garantire un alto livello di protezione dell'ambiente grazie a delle prese di posizione preventive in caso di rischio. Tuttavia, nella pratica, il campo di applicazione del principio è molto più vasto e si estende anche alla politica dei consumatori, alla legislazione europea sugli alimenti, alla salute umana, animale e vegetale.

Secondo la Commissione europea, il principio di precauzione può essere invocato quando un fenomeno, un prodotto o un processo può avere effetti potenzialmente pericolosi, individuati tramite una valutazione scientifica e obiettiva, se questa valutazione non consente di determinare il rischio con sufficiente certezza. Il ricorso al principio si iscrive, pertanto, nel quadro generale dell'analisi del rischio (che comprende, oltre la valutazione del rischio, la gestione e la comunicazione del rischio) e più particolarmente nel quadro della gestione del rischio che corrisponde alla fase di presa di decisione. La Commissione sottolinea che il principio di precauzione può essere invocato solo nell'ipotesi di un rischio potenziale, e che non può in nessun caso giustificare una presa di decisione arbitraria. Il ricorso al principio di precauzione è, pertanto, giustificato solo quando riunisce tre condizioni, ossia: l'identificazione degli effetti potenzialmente negativi; la valutazione dei dati scientifici disponibili; l'ampiezza dell'incertezza scientifica.

Sul principio di precauzione si vedano, diffusamente, R. FERRARA, F. FRACCHIA, A. CROSETTI, N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Laterza, 2018, 4.5- 2018; R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Giappichelli, 2018.

è possibile coglierne il principale tratto distintivo rispetto all'idea di "prevenzione": mentre, infatti, la prevenzione può entrare in gioco solo a fronte di "rischi certi", ossia in presenza «di rischi scientificamente accertati e dimostrabili, ovvero sia in presenza di rischi noti, misurabili e controllabili», la precauzione, al contrario, trova il proprio campo di applicazione, allorché un determinato rischio risulti ancora caratterizzato da margini più o meno ampi di incertezza scientifica circa le sue cause o i suoi effetti.

Il Collegio prosegue l'iter argomentativo sottolineando come il fondamento concettuale della logica precauzionale possa essere ricondotto al principio del cosiddetto *maximin*, in base al quale, quando si tratta di assumere una decisione in condizioni di incertezza, le scelte devono essere valutate tenendo conto del peggior scenario possibile in termini di possibili conseguenze.

Ne discende, per il Collegio, che, in nome dell'idea di precauzione, l'intervento preventivo non può attendere l'inconfutabile prova scientifica degli effetti dannosi, ma deve essere predisposto sulla base di attendibili valutazioni di semplice possibilità/probabilità del rischio, sulla base delle conoscenze scientifiche e tecniche "attualmente" e "progressivamente" disponibili.

Si evidenzia, inoltre, che, ad analoga conclusione, deve pervenirsi anche con riguardo alla seconda prescrizione adottata dall'impugnato provvedimento, in forza della quale è stato imposto alla ricorrente, relativamente alle acque emunte dalla barriera idraulica, il trattamento mediante TAF, al fine di garantire la conformità all'art. 243 comma 6 del d.lgs. 152/06.

Il Consiglio di Stato osserva che la tesi dell'appellante muove dalla non corretta premessa per cui le acque emunte dalla falda non possono essere equiparate ai rifiuti liquidi, perché, ai sensi dell'art. 243 del "codice", le acque sono trattate nell'ambito degli interventi di bonifica e di messa in sicurezza di un sito e sono reflui industriali soggetti ai relativi limiti di concentrazione per lo scarico in fogna o nelle acque superficiali, mentre diversa è la fattispecie di cui all'art. 242, relativa alle acque prodotte nell'ambito delle operazioni di risanamento non trattate e perciò costituenti sostanze da cui disfarsi quali rifiuti.

Per il Collegio, però, tale prospettazione urta contro l'orientamento interpretativo del Consiglio di Stato, secondo cui le acque emunte, di regola, devono essere ricondotte all'interno della categoria dei rifiuti liquidi, non potendosi, in linea di principio, ritenere che la norma di cui all'art. 243 citato consenta una equiparazione *tout court* tra le acque di falda emunte nell'ambito di interventi di bonifica di siti inquinati e le acque reflue industriali<sup>(20)</sup>.

Ancora, il Collegio ricorda che sulla medesima linea si era già attestata la precedente giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>(21)</sup>, la quale ha chiarito che è quindi da disattendere l'assunto della società appellante tendente ad escludere a priori, ai sensi dell'art. 243 d.lgs. 152/06, la riconduzione delle acque emunte in attività di disinquinamento della falda dal regime proprio dei rifiuti liquidi: al contrario, l'individuazione del regime normativo concretamente applicabile non può non tenere conto della particolare natura dell'oggetto dell'attività posta in essere, siccome individuati dal legislatore quali rifiuti liquidi, come emerge dalla classificazione attraverso i codici CER allegati al decreto.

Ad ulteriore sostegno delle conclusioni sin qui raggiunte, il Collegio evidenzia, nel caso di specie, la circostanza, emergente dalla documentazione in atti, per cui le acque di falda, provenienti dalla attività di Messa in Sicurezza, dopo l'emungimento e la depurazione, seguono un percorso separato dai reflui dell'attività della Proteg, dal che discende la conseguente impossibilità di governo, da parte di quest'ultima società,

20 Il Consiglio di Stato, sul punto, richiama un suo precedente arresto, ovvero la sentenza della Sezione II, n. 3396 del 2015

21 *Ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 dicembre 2013, n. 5857

della relativa gestione.

In definitiva, dunque, il Consiglio di Stato ha respinto l'appello.

#### 4. Il punto sui precedenti.

Non sussistono precedenti sul caso del proprietario di un'area inquinata che abbia spontaneamente attivato gli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale e sul relativo obbligo di portarli a compimento; tuttavia, sull'obbligo in capo al proprietario non responsabile di adottare le misure di prevenzione e le misure di messa in sicurezza d'emergenza, in quanto entrambe connotate, alla luce del principio di precauzione, dalla finalità di mera prevenzione dei danni, si registrano numerosi arresti del Consiglio di Stato.

Fra questi, in particolare, spiccano le sentenze della Sezione IV del Consiglio di Stato, nn. 5863 e 5864, ove sono stati affermati, fra gli altri, i seguenti principi:

*“f) l'impossibilità di imporre le opere di bonifica al proprietario di un terreno inquinato non responsabile del relativo inquinamento, affermata a partire dalla nota sentenza della Corte di giustizia UE, sez. III, 4 marzo 2015 C 534-13 (su ordinanza di rinvio pregiudiziale dell'Adunanza plenaria 13 novembre 2013 n.25), si giustifica, secondo la successiva giurisprudenza nazionale, per la natura sanzionatoria di questa misura. Ne consegue che diverso discorso deve essere fatto per le misure di messa in sicurezza di emergenza, le quali, così come le misure di prevenzione, non hanno questa natura, ma costituiscono prevenzione dei danni, sono imposte dal principio di precauzione e dal correlato principio dell'azione preventiva, e quindi gravano sul proprietario o detentore del sito da cui possano scaturire i danni all'ambiente solo perché egli è tale senza necessità di accertarne il dolo o la colpa (in questi termini, la costante giurisprudenza, per tutte Cons. Stato, sez. IV, 26 febbraio 2021, n. 1658; sez. VI, 3 gennaio 2019, n. 81; sez. V, 8 marzo 2017, n. 1089; 14 aprile 2016, n. 1509); tale regola, peraltro, non consente eccezioni nei casi di presunta “contaminazione storica” – quand'anche in via di ipotesi la si ritenesse sussistere nel caso di specie - che anzi la normativa ricomprende in modo espresso all'art. 242, comma 1, del d.lgs. n. 152/2006, e ciò è conforme a logica, trattandosi comunque di fronteggiare un pericolo attuale, indipendentemente dall'epoca in cui se ne sono poste le premesse (così per tutte la citata sez. IV n. 1658/2021 nonché nello stesso senso sez. IV, 8 ottobre 2018 n. 5761);*

*g) ad ogni modo, fermo il principio secondo cui il proprietario non responsabile dell'inquinamento è tenuto, ai sensi dell'art. 245, comma 2, ad adottare le misure di prevenzione di cui all'art. 240, comma 1, lett. i) e le misure di messa in sicurezza d'emergenza, non anche la messa in sicurezza definitiva, né gli interventi di bonifica e di ripristino ambientale, ad esso fa tuttavia eccezione l'ipotesi in cui il proprietario, ancorché non responsabile, è né obbligato, abbia attivato volontariamente questi ultimi interventi, presumibilmente motivato dalla necessità di evitare le conseguenze derivanti dai vincoli che gravano sull'area sub specie di onere reale e di privilegio speciale immobiliare ovvero, più in generale, di tutelarsi contro una situazione di incertezza giuridica, prevenendo eventuali responsabilità penali o risarcitorie (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 2021, n. 5542; id., 15 settembre 2020, n. 5447)”.*

Pur non rilevando nel caso di specie – essendovi stata un'assunzione spontanea degli obblighi – la IV Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 6957 del 2023, ha affermato l'assenza di una base legislativa per imporre al proprietario di un'area inquinata, che non sia anche l'autore dell'inquinamento, l'obbligo di porre in essere le misure di messa in sicurezza di emergenza e bonifica, così conformandosi alle statuizioni dell'ordinanza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 21 del 2013, che precisa la circostanza secondo la quale gli effetti a carico del proprietario “incolpevole” restano limitati a quanto espressamente previsto dall'articolo 253 del d.lgs. n. 152 del 2006.

È stato espresso dunque, il principio secondo cui, conformemente al principio “chi

inquina paga”, l’obbligo di riparazione incombe agli operatori solo in misura corrispondente al loro contributo al verificarsi dell’inquinamento o al rischio di inquinamento. Il Consiglio di Stato, in questa occasione, ha ripreso i principi espressi dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 3077 del 2023, le quali hanno chiarito come “L’Amministrazione non può imporre al proprietario di un’area inquinata, che non sia anche l’autore dell’inquinamento, l’obbligo di realizzare le misure di messa in sicurezza di emergenza e bonifica, di cui all’art. 240, comma 1, lett. m) e p), cod. amb., in quanto gli effetti a carico del proprietario incolpevole restano limitati a quanto espressamente previsto dall’art. 253, in tema di oneri reali e privilegio speciale immobiliare, tale essendo la netta distinzione tra la figura del responsabile dell’inquinamento e quella del proprietario del sito, che non abbia causato o concorso a causare la contaminazione; così che, come ancora ribadito, il proprietario “non responsabile” dell’inquinamento è tenuto, ai sensi dell’art. 245, comma 2, ad adottare le misure di prevenzione di cui all’art. 240, comma 1, lett. i), ma non le misure di messa in sicurezza d’emergenza e bonifica di cui alle lett. m) e p)”.

\* \* \* \* \*

**Massime:**

- a) *Le misure di messa in sicurezza di emergenza, così come le misure di prevenzione, non hanno analoga natura sanzionatoria, ma preventiva e cautelare, trovando fondamento nel principio di precauzione e nel correlato principio dell’azione preventiva, e, in quanto tali, possono gravare sul proprietario (o detentore del sito da cui possano scaturire i danni all’ambiente) solo perché egli è tale, senza necessità di accertarne il dolo o la colpa.*
- b) *Il proprietario del terreno sul quale sono depositate sostanze inquinanti, che non sia responsabile dell’inquinamento (c.d. proprietario incolpevole) e che non sia stato negligente nell’attivarsi con le segnalazioni e le denunce imposte dalla legge, è tenuto solo ad adottare le misure di prevenzione, mentre gli interventi di riparazione, messa in sicurezza definitiva, bonifica e ripristino gravano sul responsabile della contaminazione, ossia su colui al quale – per una sua condotta commissiva od omissiva – sia imputabile l’inquinamento; la P.A. competente, qualora il responsabile non sia individuabile o non provveda agli adempimenti dovuti, può adottare d’ufficio gli accorgimenti necessari e, se del caso, recuperare le spese sostenute attraverso un’azione di rivalsa verso il proprietario, il quale risponde nei soli limiti del valore di mercato del sito, dopo l’esecuzione degli interventi medesimi. Ne discende che il proprietario non responsabile dell’inquinamento - nell’accezione prima chiarita - è tenuto, ai sensi dell’ art. 245, comma 2, d.lgs. n. 152 del 2006 ad adottare le misure di prevenzione di cui all’art. 240, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 152 del 2006 (ovvero “le iniziative per contrastare un evento, un atto o un’omissione che ha creato una minaccia imminente per la salute o per l’ambiente intesa come rischio sufficientemente probabile che si verifichi un danno sotto il profilo sanitario o ambientale in un futuro prossimo, al fine di impedire o minimizzare il realizzarsi di tale minaccia”) e le misure di messa in sicurezza d’emergenza, non anche la messa in sicurezza definitiva, né gli interventi di bonifica e di ripristino ambientale.*
- c) *Tali consolidati principi non possono, nondimeno, trovare applicazione nel caso in cui il proprietario, ancorché non responsabile, ha attivato volontariamente gli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale. In tale caso, infatti, la fonte dell’obbligazione del proprietario incolpevole va rinvenuta nell’istituto della gestione di affari non rappresentativa.*
- d) *Secondo l’art. 2028 c.c. colui che, scientemente e senza esservi tenuto, assume la gestione di un affare altrui ha l’obbligo di proseguirla fino a quando l’interessato possa provvedervi da sé stesso. I presupposti necessari perché si configuri una gestione di affari altrui sono tradizionalmente individuati: a) nella c.d. absentia domini, dedotta*

dall'art. 2028 c.c. allorché fa riferimento ad un dominus che non è in grado di provvedere ai suoi interessi; b) nell'altruità dell'affare, dato l'esplicito riferimento normativo alla gestione di un affare altrui; c) nella spontaneità dell'intervento del gestore che, infatti, ai sensi dell'art. 2028 c.c., deve agire "senza essere obbligato"; d) nella consapevolezza dell'alienità dell'affare, desumibile dall'avverbio "scientemente". Particolarmente discusso è, poi, il c.d. requisito dell'utiliter coeptum che, data la formulazione dell'art. 2031 c.c., è da una parte della dottrina considerato condicio iuris di efficacia di una fattispecie già strutturalmente perfetta e, da altra parte, ritenuto presupposto dei soli effetti a carico del dominus.

- e) Il requisito della c.d. absentia domini deve essere inteso in senso ampio, in modo da comprendervi il caso in cui l'interessato, pur presente fisicamente nei luoghi ove la gestione è eseguita, non sia comunque in grado di presidiare all'amministrazione dei propri interessi essenziali. A tal riguardo, non rileva che vi sia una condizione di assoluto impedimento dell'interessato alla gestione dei propri affari, ovvero che sussista una impossibilità materiale rispetto alla cura di questi, ritenendosi soddisfatto lanzidetto requisito là dove il dominus non abbia manifestato, espressamente o tacitamente, il divieto a che altri si ingerisca nella cura dei propri affari.
- f) Quanto agli effetti della gestione, deve essere distinta la fattispecie in cui il gestore ha agito nomine proprio, da quella in cui spende il nome dell'interessato (art. 2031, comma 1, c.c.). Nel primo caso (c.d. gestione rappresentativa fondata sulla legge e condizionata dal presupposto dell'utiliter coeptum), gli effetti della gestione sono proiettati recta via nella sfera giuridico-patrimoniale dell'interessato, il quale deve pertanto adempiere le obbligazioni assunte in suo nome. Nel secondo caso, valgono le regole in tema di mandato senza procura, di guisa che l'interessato dovrà tenere indenne il gestore delle obbligazioni assunte in nome proprio e rimborsargli le spese necessarie o utili con gli interessi dal giorno in cui sono state fatte. Il gestore è tenuto a continuare la gestione e a completarla finché l'interessato non sia in grado di provvedervi autonomamente (art. 2028, comma 1, c.c.).
- g) Nella negotiorum gestio, si ravvisano i tratti distintivi dell'obbligazione – che nasce per effetto della libera determinazione del gerente – senza obbligo primario di prestazione, da cui discende la eventuale responsabilità ex art. 1218 c.c., quale conseguenza della c.d. mala gestio.
- h) Il principio di proporzionalità, di derivazione europea, impone all'amministrazione di adottare un provvedimento non eccedente quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato. Alla luce di tale principio, nel caso in cui l'azione amministrativa coinvolga interessi diversi, è doverosa una adeguata ponderazione delle contrapposte esigenze, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile: in questo senso, l'esercizio del potere in esame rileva quale elemento sintomatico della correttezza dell'esercizio del potere discrezionale in relazione all'effettivo bilanciamento degli interessi. Inoltre, il principio di proporzionalità postula un giudizio di valutazione che si articola in tre passaggi successivi, che prevedono l'utilizzo di altrettanti criteri di valutazione (c.d. «teoria dei tre gradini»): - l'idoneità della decisione a raggiungere lo scopo, intesa come rapporto fra mezzo utilizzato e fine da raggiungere. Secondo questo primo indice di valutazione, la soluzione prospettata dalla pubblica amministrazione dev'essere effettivamente idonea a realizzare gli obiettivi legittimi di interesse pubblico, o la tutela di diritti fondamentali, per come dichiarato dalla stessa amministrazione; - la sua necessità, intesa come inesistenza di alternative più miti per il raggiungimento dello stesso risultato. In base a tale criterio, la scelta amministrativa deve necessariamente ricadere su quella che determini il sacrificio minore per i soggetti che ricevono un pregiudizio dalla decisione: in questo secondo passaggio si ha, dunque, un quid pluris rispetto al primo, consistente nella valutazione delle alternative plausibili per il raggiungimento degli stessi interessi pubblici con misure meno gravose; - l'adeguatezza o proporzionalità in senso stret-



- to, intesa come tollerabilità della decisione da parte del suo destinatario. In virtù di quest'ultimo indice valutativo, l'amministrazione deve effettuare una ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi, onde verificare se la misura sia «non eccessiva» rispetto all'obiettivo da perseguire.
- i) La proporzionalità non deve essere considerata come un canone rigido e immodificabile, ma si configura quale regola che implica la flessibilità dell'azione amministrativa e come concreto bilanciamento tra interessi potenzialmente antagonisti: il bilanciamento tra interessi potenzialmente incompatibili è una vicenda di allontanamento più o meno intenso da quel nucleo di massima protezione e che dipende dalle relazioni di prevalenza o subordinazione che, all'interno della ponderazione, si stabiliscono con i principi concorrenti.
  - j) La cessione della proprietà del sito non determina una vicenda estintiva, né a livello soggettivo, né a livello oggettivo, dell'obbligazione volontariamente assunta, venendo nel caso in esame in rilievo un'obbligazione di fonte legale, discendente da un fatto/atto idoneo, ai sensi dell'art. 1173, a generare la nascita di un'obbligazione in capo al soggetto che ha spontaneamente intrapreso la gestione dell'attività di bonifica. In tale direzione depone anche la considerazione che, anche nel caso di cessione di azienda, l'art. 2560, comma 1, c.c. espressamente dispone che, dopo la cessione, il cedente rimane ex lege titolare degli obblighi (e, più in generale, delle posizioni di responsabilità) rivenienti dalla gestione del ramo di azienda precedente alla cessione.
  - k) La fattispecie della traslazione dell'obbligo di bonifica a carico del successore si verifica, invece, nel diverso caso della successione a titolo universale, ovvero quando si sia verificata l'estinzione soggettiva del cedente (si pensi all'incorporazione): in tali ipotesi, la responsabilità per l'inquinamento e, quindi, il connesso dovere di bonifica passano in capo al successore in universum jus.
  - l) Il principio di precauzione consiste, come noto, in un criterio di gestione del rischio in condizioni di incertezza scientifica. Esso risponde, dunque, alla necessità di fronteggiare e/o gestire i c.d. "rischi incerti". Muovendo da tale preliminare considerazione, è possibile coglierne il principale tratto distintivo rispetto all'idea di "prevenzione". Mentre, infatti, la prevenzione può entrare in gioco solo a fronte di "rischi certi", ossia in presenza di rischi scientificamente accertati e dimostrabili, ovvero sia in presenza di rischi noti, misurabili e controllabili, la precauzione, al contrario, trova il proprio campo di applicazione allorché un determinato rischio risulti ancora caratterizzato da margini più o meno ampi di incertezza scientifica circa le sue cause o i suoi effetti.
  - m) Il fondamento concettuale della logica precauzionale può essere ricondotto al principio del cosiddetto maximin, in base al quale, quando si tratta di assumere una decisione in condizioni di incertezza, le scelte devono essere valutate tenendo conto del peggior scenario possibile in termini di possibili conseguenze. Ne discende che, in nome dell'idea di precauzione, l'intervento preventivo non può attendere l'inconfutabile prova scientifica degli effetti dannosi, ma deve essere predisposto sulla base di attendibili valutazioni di semplice possibilità/probabilità del rischio, sulla base delle conoscenze scientifiche e tecniche "attualmente" e "progressivamente" disponibili.
  - n) Le acque emunte, di regola, devono essere ricondotte all'interno della categoria dei rifiuti liquidi, non potendosi in linea di principio ritenere che la norma di cui all'art. 243, d.lgs. 152/06, consenta una equiparazione tout court tra le acque di falda emunte nell'ambito di interventi di bonifica di siti inquinati e le acque reflue industriali. L'individuazione del regime normativo concretamente applicabile non può non tenere conto della particolare natura dell'oggetto dell'attività posta in essere.





**Consiglio di Stato, sez. III, 4 gennaio 2024, n. 161****Procedure ad evidenza pubblica – Regolarità contributiva e tributaria – Verifica e sindacabilità in corso di gara – Obbligo di esclusione**

Primo orientamento: Nelle gare pubbliche, le certificazioni relative alla regolarità contributiva e tributaria delle imprese partecipanti, emanate dagli organi preposti, si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono in alcun modo sindacarne il contenuto, non residuando alle stesse alcun potere valutativo sul contenuto o sui presupposti di tali certificazioni; spetta, infatti, in via esclusiva all’Agenzia delle entrate il compito di dare un giudizio sulla regolarità fiscale dei partecipanti a gara pubblica, non disponendo la stazione appaltante di alcun potere di autonomo apprezzamento del contenuto delle certificazioni di regolarità tributaria, ciò al pari della valutazione circa la gravità o meno della infrazione previdenziale, riservata agli enti previdenziali.

Secondo orientamento: Proprio perché la verifica può avvenire in tutti i momenti della procedura (a tutela dell’interesse costante dell’Amministrazione ad interloquire con operatori in via permanente affidabili, capaci e qualificati), allora in qualsiasi momento della stessa deve ritenersi richiesto il costante possesso dei detti requisiti di ammissione; tanto non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell’impresa di presentare un’offerta credibile e dunque della sicurezza per la stazione appaltante dell’instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all’adempimento dell’obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e tecnico-economico-professionale necessari per contrattare con la P.A. E tale specifico onere di continuità in corso di gara del possesso dei requisiti non solo è del tutto ragionevole, siccome posto a presidio dell’esigenza della stazione appaltante di conoscere in ogni tempo dell’affidabilità del suo interlocutore “operatore economico” (e dunque di poter monitorare stabilmente la perdurante idoneità tecnica ed economica del concorrente), ma è altresì non sproporzionato, essendo assolvibile da quest’ultimo in modo del tutto agevole, mediante ricorso all’ordinaria diligenza, che gli operatori professionali devono tenere, al fine di poter correttamente insistere e gareggiare nel concorrenziale mercato degli appalti pubblici; il che significa garantire costantemente la qualificazione loro richiesta e la possibilità concreta della sua dimostrazione e verifica.

Quesiti rimessi all’Adunanza Plenaria:

i) se, fermo restando il principio della insussistenza di un potere della stazione appaltante di sindacare le risultanze delle certificazioni dell’Agenzia delle entrate attestanti l’assenza di irregolarità fiscali a carico dei partecipanti a una gara pubblica, le quali si impongono alla stessa amministrazione, il principio della necessaria continuità del possesso in capo ai concorrenti dei requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure selettive comporti sempre il dovere di ciascun concorrente di informare tempestivamente la stazione appaltante di qualsiasi irregolarità che dovesse soppravvenire in corso di gara;

ii) se, correlativamente, sussista a carico della stazione appaltante, ferma restando la richiamata regola della sufficienza delle certificazioni rilasciate dalle Autorità competenti, il dovere di estendere la verifica circa l'assenza di irregolarità in capo all'aggiudicatario della procedura in relazione all'intera durata di essa, se del caso attraverso l'acquisizione di certificazioni estese all'intero periodo dalla presentazione dell'offerta fino all'aggiudicazione;

iii) se, in ogni caso e a prescindere dalla sufficienza o meno delle verifiche condotte dalla stazione appaltante, il concorrente che impugni l'aggiudicazione possa dimostrare, e con quali mezzi, che in un qualsiasi momento della procedura di gara l'aggiudicatario ha perso il requisito dell'assenza di irregolarità con il conseguente obbligo dell'amministrazione di escluderlo dalla procedura stessa.

### Consiglio di Stato, sez. V, 9 gennaio 2024, n. 282

#### **Circolazione stradale – Libertà di locomozione e iniziativa economica – Limitazioni in centro abitato – Discrezionalità – Tutela di ambiente, paesaggio e salute**

L'art. 16 Cost. non preclude l'adozione di misure che, per ragioni di pubblico interesse, influiscano sul movimento della popolazione; è pertanto costituzionalmente legittima una previsione come quella dell'art. 7 del Codice della strada, in quanto l'art. 16 Cost. consente limitazioni giustificate in funzione di altri interessi pubblici egualmente meritevoli di tutela. Conseguentemente, non sono utilmente proponibili, contro atti amministrativi attuativi della norma, doglianze di violazione degli artt. 16 e 41 Cost., quando non sia vietato *tout court* l'accesso e la circolazione all'intero territorio, ma solo a delimitate, seppur vaste, zone dell'abitato urbano particolarmente esposte alle conseguenze dannose del traffico.

La parziale limitazione della libertà di locomozione e di iniziativa economica è giustificata, laddove derivi dall'esigenza di tutela rafforzata di patrimoni culturali e ambientali, specie di rilievo mondiale o nazionale; la gravosità delle limitazioni si giustifica anche alla luce del valore primario e assoluto che la Costituzione riconosce all'ambiente, al paesaggio, alla salute.

È legittima la diversità del regime circolatorio in base al tipo, alla funzione e alla provenienza dei mezzi di trasporto, specie quando una nuova disciplina sia introdotta gradualmente e senza soluzione di continuità.

I provvedimenti limitativi della circolazione veicolare all'interno dei centri abitati sono espressione di scelte latamente discrezionali, che coprono un arco esteso di soluzioni possibili, incidenti su valori costituzionali spesso contrapposti, che vanno temperati secondo criteri di ragionevolezza, la cui scelta è rimessa all'autorità competente.

L'uso delle strade, specie con mezzi di trasporto, può essere regolato sulla base di esigenze che, sebbene trascendano il campo della sicurezza e della sanità, attengano al buon regime della cosa pubblica, alla sua conservazione, alla disciplina che gli utenti debbono osservare e alle eventuali prestazioni che essi sono tenuti a compiere.

La tipologia dei limiti (divieti, diversità temporali o di utilizzazioni, subordinazione a certe condizioni) viene articolata dalla pubblica autorità tenendo conto dei vari elementi rilevanti: diversità dei mezzi impiegati, impatto ambientale, situazione topografica o dei servizi pubblici, conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'uso indiscriminato del mezzo privato, trattandosi di disciplina funzionale alla pluralità degli interessi pubblici meritevoli di tutela e alle diverse esigenze, e sempre che queste rispondano a criteri di ragionevolezza il cui sindacato va compiuto dal giudice amministrativo in ossequio al principio di separazione dei

poteri ed alla tassatività dei casi di giurisdizione di merito, *ab externo*, nei limiti della abnormità.

**Consiglio di Stato, sez. V, 11 gennaio 2023, n. 376**

**Servizi pubblici – Gestione associativa – Convenzioni fra Enti locali – Natura giuridica – Istituzione – Modifiche – Unione fra Comuni – Estromissione e recesso**

Le convenzioni previste al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati, disciplinate in termini generali dall'art. 30 del T.u.e.l., ove opzionate quale forma di gestione associata dai Comuni obbligati, devono avere una durata almeno triennale, termine che comunque indica l'unità di tempo minimo trascorsa la quale si dovrebbe procedere a misurare l'effettività dei risparmi conseguiti, secondo modalità demandate ad apposito provvedimento attuativo (v. ancora l'art. art. 14, comma 31-bis, del d.l. n. 78 del 2010).

Rispetto alla gestione associativa in Unione, i Comuni in convenzione mantengono la titolarità giuridica delle funzioni, delle risorse e del personale e non si avvalgono degli organi amministrativi colà appositamente previsti. Essa, pertanto, costituisce un modello connotato da maggiore flessibilità, tanto da risultare la forma associativa largamente più diffusa tra i piccoli Comuni. Al contrario, la natura di Ente di secondo livello dell'Unione fa sì che le modalità organizzative della stessa siano rimesse agli atti adottati dai relativi organi, in particolare lo Statuto e i regolamenti, ferma restando, una volta che la stessa si sia costituita, l'applicabilità dei principi previsti per l'ordinamento dei Comuni, «con particolare riguardo allo status degli amministratori, all'ordinamento finanziario e contabile, al personale e all'organizzazione» (art. 32, comma 4, del d.lgs. n. 267 del 2000).

In fase di prima istituzione, lo Statuto deve essere approvato dai consigli dei Comuni partecipanti; le successive modifiche invece sono rimesse alla competenza di quello dell'Unione.

Le convenzioni ex art. 30 del d.lgs. n. 267 del 2000 sono una *species* del più ampio *genus* di accordi contemplati dall'art. 15 della l. n. 241 del 1990. A ciò consegue la necessità che la loro stipula soddisfi i requisiti di forma previsti da ridetta disposizione a carattere generale quale, a far data dal 30 giugno 2014, la sottoscrizione con firma digitale (art. 15, comma 2-bis, della l. n. 241 del 1990, introdotto dal d.l. n. 104 del 2013, successivamente modificato dal d.l. n. 145 del 2013). Essi, inoltre, sono sottoposti ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili, ove non diversamente previsto.

Nell'ambito della disciplina dell'Unione, invece, solo i commi 2 e 5-bis dell'art. 32 del T.u.e.l. fanno riferimento all'utilizzo della convenzione: la prima ipotesi (comma 2), quale esercizio da parte dell'Unione, al pari di qualsiasi altra amministrazione, della sua capacità negoziale, estrinsecantesi nella possibilità di sottoscrivere accordi con altre Unioni o con singoli Comuni, aderenti o meno alla stessa; la seconda (comma 5-bis, introdotto dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221), per consentire ai Sindaci dei Comuni aderenti di delegare le funzioni di ufficiale dello stato civile e di anagrafe a personale idoneo dell'Unione o dei singoli Comuni associati.

L'Unione fra Comuni si concretizza in un Ente distinto dai Comuni che la compongono, a finalità normalmente settoriale, dotato di propri organi e competenze esclusive, nell'ambito dell'oggetto della gestione condivisa. Per contro, l'accordo gestionale cui si addiène con una mera convenzione può risolversi in una delega, ma non spoglia mai il Comune che la conferisce della titolarità in astratto della relativa funzione.

Il potere di estromettere con decisione unilaterale uno dei Comuni che compongono un'Unione non è previsto dall'art. 32 del d.lgs. n. 267 del 2000. Il recesso del singolo partecipante può avvenire solo ad iniziativa dello stesso, ferma restando l'effettiva presa d'atto da parte dell'Unione.

### [Consiglio di Stato, sez. III, 12 gennaio 2024, n. 392](#)

#### **Contratti pubblici – Cauzione definitiva – Ipotesi di riscossione – Interdittiva antimafia – Natura giuridica**

L'art. 103 del d.lgs. 50 del 2016 impone che sussistano due condizioni al ricorrere delle quali la stazione appaltante è legittimata a riscuotere la cauzione definitiva: che vi sia un inadempimento contrattuale imputabile all'aggiudicatario e che risulti, allo stesso tempo, pregiudizievole per l'Amministrazione.

Nell'ipotesi di risoluzione intervenuta a causa del *factum principis* costituito dal sopravvenire di un provvedimento pubblicistico interdittivo, la ragione di impedimento opera dall'esterno del contratto, precludendone l'ulteriore corso: l'interdittiva antimafia non rientra tra le cause legittimanti l'escussione della garanzia definitiva previste dal citato art. 103 (cfr. comma 2 nel quale è indicato come la stessa cauzione può essere trattenuta solo qualora l'Amministrazione debba rivalersi per la maggiore spesa sostenuta in ragione dell'inadempimento di controparte ovvero debba provvedere al pagamento di quanto dovuto sempre dall'esecutore in ragione di inosservanze delle regole contrattuali). E, seppure volendo ricondurre l'interdittiva all'inadempimento di cui all'art. 103, deve essere sottolineato come la cauzione definitiva prevista dalla stessa disposizione, che si atteggia come garanzia di adempimento in senso stretto, cioè garanzia reale generica destinata a soddisfare le pretese, anche risarcitorie, vantate anche dalla stazione appaltante per l'inadempimento delle obbligazioni contrattuali, potrebbe operare nei limiti del pregiudizio effettivamente subito (che dunque va dimostrato).

In definitiva, deve essere esclusa l'escussione della garanzia definitiva in via automatica basata sulla risoluzione per la sopravvenuta interdittiva prefettizia, in modo da attribuire alla stessa una funzione sanzionatoria che risulterebbe estranea all'istituto e tale da configurare l'indebito arricchimento della stazione appaltante.

Più in generale, l'interdittiva antimafia è una misura priva di portata sanzionatoria che prescinde da qualsivoglia colpevolezza dell'impresa colpita, trovando giustificazione in fondamentali esigenze di contrasto preventivo della criminalità organizzata. Tale impostazione, che peraltro assicura la compatibilità dell'eccezionale strumento interdittivo con principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, finirebbe per essere sostanzialmente disattesa laddove si equiparasse automaticamente, ai fini della disciplina sulla cauzione definitiva, il caso dell'inadempimento colpevole dell'appaltatore e quello dell'impossibilità di eseguire la prestazione per il sopraggiungere di un'interdittiva antimafia. In questo modo, infatti, si finirebbe per attribuire alla stessa quella base di colpevolezza che fonda la disciplina sull'inadempimento delle obbligazioni e che dovrebbe, invece, rimanere estranea, per evidenti ragioni di coerenza sistematica, rispetto a una fattispecie che non ha natura sanzionatoria perché non colpisce un illecito (quale, invece, è l'inadempimento delle obbligazioni in senso civilistico), configurandosi quale misura preventiva di contrasto della criminalità organizzata.

### [Consiglio di Stato, sez. VI, 16 gennaio 2024, n. 527](#)

#### **Titolo edilizio – Legittimazione all'istanza – Oneri istruttori del Comune**

Ai sensi dell'art. 11, d.P.R. 380/2001, il permesso di costruire (o altro titolo edilizio) può essere rilasciato non solo al proprietario dell'immobile, ma a chiunque abbia

titolo per richiederlo, e tale ultima espressione va intesa nel senso più ampio di una legittima disponibilità dell'area, in base ad una relazione qualificata con il bene, sia essa di natura reale, o anche solo obbligatoria, purché, in questo caso, con il consenso del proprietario.

Chi richiede il titolo autorizzatorio edilizio deve comprovare la propria legittimazione all'istanza ed è onere del Comune ricercare la sussistenza di un titolo (di proprietà, di altri diritti reali, etc.) che fondi una relazione giuridicamente qualificata tra soggetto e bene oggetto dell'intervento e che dunque possa renderlo destinatario di un provvedimento amministrativo autorizzatorio. Tale verifica, tuttavia, deve compiersi secondo un criterio di ragionevolezza e secondo dati di comune esperienza, con la conseguenza che l'amministrazione, quando venga a conoscenza dell'esistenza di contestazioni sul diritto di richiedere il titolo abilitativo, deve compiere le necessarie indagini istruttorie per verificare la fondatezza delle contestazioni, ma senza tuttavia assumere valutazioni di tipo civilistico sulla "pienezza" del titolo di legittimazione adottato dal richiedente.

### Consiglio di Stato, sez. VII, 25 gennaio 2024, n. 796

#### **Concessioni demaniali marittime – Rinuncia da parte dell'originario concessionario – Subingresso – Silenzio assenso**

In caso di rinuncia alla concessione da parte dell'originario concessionario e di contestuale richiesta al subentro di altra società, è esclusa l'operatività del silenzio assenso, ma deve essere seguita la procedura di cui all'art. 46 del R.D. n.327 del 1942 (cd. "codice della navigazione), che prevede, in occasione del subingresso, la necessità dell'espressa autorizzazione del concedente. Ciò è coerente con la *ratio* del provvedimento concessorio, che è basato sul cd. "rapporto fiduciario" che deve sussistere tra concedente e concessionario e che sarebbe frustrata laddove si ritenesse applicabile il procedimento semplificato di cui all'art.20 della legge sul procedimento alle ipotesi di subingresso nel rapporto.

Né – per gli evidenti aspetti pubblicistici sottesi al rapporto – sarebbe applicabile la disciplina civilistica in tema di cessione del contratto, di cui all'art. 1406 c.c.

Il comma 2 dell'art. 46 cod. nav. regola la fattispecie dell'aggiudicazione con subingresso dell'aggiudicatario, (non solo) nel rapporto concessorio, ma anche nella titolarità degli impianti e delle opere costruiti dal concessionario su suolo demaniale. La norma, in previsione dell'esercizio del potere di riscatto da parte del concedente, regola la fattispecie subordinando l'efficacia del trasferimento all'espresso consenso del proprietario del bene demaniale su cui l'opera è costruita, il quale potrebbe volere mantenere il relativo potere nei confronti dell'originario concessionario, quanto meno come obbligato in solido alla restituzione, con il subentrante. Anche il primo comma dell'art. 46 citato prevede la necessità dell'autorizzazione del concedente per il subingresso.

Al di là del *nomen iuris* utilizzato dalla norma (autorizzazione), la disciplina relativa al subingresso nella concessione demaniale marittima delinea un istituto *sui generis*, contemporaneamente diverso dal rilascio della concessione (artt. 36 e ss. cod. nav.), ma anche dalla mera autorizzazione; si tratta, infatti, della sostituzione di un soggetto nell'ambito di un rapporto concessorio preesistente (del quale permangono le condizioni e scadenze), e dunque di una novazione soggettiva, che necessariamente partecipa della natura della concessione demaniale, configurando una sorta di fenomeno derivativo, rispetto al quale non opera il silenzio assenso, occorrendo invece un provvedimento espresso; tale soluzione trova indiretta conferma, sul piano sistematico, nella disposizione dell'art. 30 del reg. nav. mar., il cui comma 3 stabilisce che «qualora l'amministrazione, in caso di vendita o di esecuzione forzata, non intenda autorizza-



re il subingresso dell'acquirente o dell'aggiudicatario nella concessione, si applicano, in caso di vendita, le disposizioni sulla decadenza e in caso di esecuzione forzata le disposizioni sulla revoca»; in particolare, la previsione di una revoca dell'originaria concessione sembra escludere che il subingresso si fondi su di un mero provvedimento di rimozione di un limite ad un diritto preesistente.

L'intervenuto fallimento dell'originario concessionario, avendo inciso sulla sussistenza degli originari requisiti soggettivi, esclude, a monte, la capacità di quest'ultimo di disporre del suddetto rapporto.

### Consiglio di Stato, sez. IV, 2 febbraio 2024, n. 1115

#### **Servizi pubblici – Servizio idrico integrato – Natura giuridica – Ricostruzione storico-normativa – Principio di unicità della gestione – Rapporto regola/eccezione**

Il servizio idrico integrato è un “servizio pubblico locale di rilevanza economica”, costituito “dall’insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue, e deve essere gestito secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie” (art. 141, comma 2, d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152). La sua disciplina di riferimento si intreccia con quella dei servizi pubblici in generale, secondo tappe che si possono riassumere come segue:

- a) con la legge n. 103 del 29 marzo 1903 (legge Giolitti), l'ordinamento ha disciplinato l'assunzione diretta dei servizi pubblici da parte dei Comuni.
- b) Con la legge n. 142 del 8 giugno 1990, si è ribadita la titolarità dei comuni e della provincia nella erogazione delle prestazioni derivanti dai servizi pubblici, prevedendo quale forma di gestione, tra l'altro, quello dell'azienda speciale (articoli 22 e 23, comma 1).
- c) La legge n. 36 del 5 gennaio 1994, legge Galli, ha disciplinato, in via generale, il servizio idrico integrato (SII), prospettando, per la prima volta, all'art. 8, comma 2, il passaggio da un sistema frazionato ad uno affidato ad operatori specializzati sul mercato (con creazione, da parte delle Regioni, degli ambiti territoriali ottimali).
- d) Il d.lgs. n. 267 del 2000, all'art. 113, ha innovato la materia quanto alle forme di gestione dei servizi pubblici, lasciando agli Enti locali la libertà di scelta più confacente alla situazione di fatto e alle inclinazioni della stessa Amministrazione (in economia, in concessione a terzi, azienda speciale, istituzione, società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria).
- e) Gli artt. 147 e ss. d.lgs. n. 152/2006 hanno disciplinato il servizio idrico integrato, ribadendo (come la precedente legge Galli) l'individuazione di Autorità d'ambito per la gestione sovracomunale del servizio, a cui i Comuni afferiscono, anche dando in concessione beni di proprietà comunale attinenti al servizio idrico. In particolare, l'art. 150 ha affidato la scelta della forma di gestione all'autorità di ambito territoriale ottimale (ATO), fra quelle previste dall'art. 113, comma 5, d.lgs. n. 267 del 2000.
- f) L'art. 23 bis del D.L. n. 112/2008, “al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi”, ha adottato, con riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, norme improntate alla concorrenza contenenti limitazioni alla gestione diretta dei servizi pubblici (ivi compreso il SII). Si è previsto che la gestione dei servizi pubblici locali potesse avvenire solo con gara o essere affidato a società miste con socio privato

- scelto con gara c.d. “a doppio oggetto”. La gestione in house e le altre forme di gestione diretta sono pertanto divenute possibili solo in casi limitati e, per certi versi.
- g) L'art. 2, comma 186 bis, legge n. 191/2009, come modificato dall'art. 1, comma 1 quinquies, d.l. n. 2/2010, ha soppresso le autorità d'ambito territoriale ottimale.
- h) La consultazione effettuata mediante lo svolgimento del referendum del 12 e 13 giugno 2011 ha poi abrogato l'art. 23 bis d.l. n. 112/2008: con la sentenza n. 199/2014, la Corte costituzionale ha chiarito che, quale conseguenza del referendum che ha abrogato l'art. 23 bis d.l. n. 112/2008, deriva “l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica”.
- i) Successivamente al referendum, l'art. 4 della legge 13 agosto 2011, n. 138 e, poi, l'art. 25 del d.l. n. 1 del 24 gennaio 2012 hanno disciplinato nuovamente la materia dei servizi pubblici locali e introdotto un sistema simile a quello previsto dall'art. 23 bis e, per certi versi, addirittura più restrittivo, escludendo, però, dalla sua applicazione soltanto il S.I.L. La Corte cost. n. 20/2012 ha dichiarato incostituzionale l'art. 4 legge n. 138/2011.
- j) Successivamente, l'art. 7, comma 1, lett. b), n.1), del d.l. n. 133 del 12 settembre 2014 ha introdotto un nuovo art. 147, comma 1 che ha disposto, per quel che qui interessa, che i “servizi idrici sono organizzati sulla base degli ambiti territoriali ottimali definiti dalle regioni in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36. [...] Gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale partecipano obbligatoriamente all'ente di governo dell'ambito, individuato dalla competente regione per ciascun ambito territoriale ottimale, al quale è trasferito l'esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche di cui all'articolo 143, comma”. La norma ha inoltre previsto, nell'art. 147, la salvaguardia delle gestioni in autonomia dei comuni “montani” con meno di 1.000 abitanti, e un nuovo art. 149 bis, nel d.lgs. n. 152/2006. A mente di quest'ultima disposizione, “L'ente di governo dell'ambito, nel rispetto del piano d'ambito di cui all'articolo 149 e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, delibera la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. Alla successiva scadenza della gestione di ambito, al fine di assicurare l'efficienza, l'efficacia e la continuità del servizio idrico integrato, l'ente di governo dell'ambito dispone l'affidamento al gestore unico di ambito entro i sei mesi antecedenti la data di scadenza dell'affidamento previgente. Il soggetto affidatario gestisce il servizio idrico integrato su tutto il territorio degli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale”.
- k) Con l'art. 62, comma 4, della legge n. 221 del 28 dicembre 2015, si è ampliata la salvaguardia estendendola a gestioni “esistenti” nei comuni più popolosi e non necessariamente “montani”, qualora la gestione presenti le caratteristiche previste dalla norma (la lettera “b”).
- l) Da ultimo, deve darsi conto del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, sui servizi pubblici, il quale, all'art. 33, comma 3, ha previsto che “Fermo restando quanto previsto dall'articolo 147, comma 2-ter, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, la gestione in economia o mediante aziende speciali, consentita nei casi di cui all'articolo 14, comma 1, lettera d), è altresì ammessa in relazione alle gestioni in forma autonoma del servizio idrico integrato di cui all'articolo 147, comma 2-bis, lettere a) e b), del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, conformi alla normativa vigente”.

L'art. 147, comma 1, d.lgs. n. 152/2006, dispone che "I servizi idrici sono organizzati sulla base degli ambiti territoriali ottimali definiti dalle regioni in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36. [...]". Il medesimo articolo, al comma 2-bis, dispone, per la parte che interessa, che: "Sono fatte salve: ... b) le gestioni del servizio idrico in forma autonoma esistenti, nei comuni che presentano contestualmente le seguenti caratteristiche: approvvigionamento idrico da fonti qualitativamente pregiate; sorgenti ricadenti in parchi naturali o aree naturali protette ovvero in siti individuati come beni paesaggistici ai sensi del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42; utilizzo efficiente della risorsa e tutela del corpo idrico. Ai fini della salvaguardia delle gestioni in forma autonoma di cui alla lettera b), l'ente di governo d'ambito territorialmente competente provvede all'accertamento dell'esistenza dei predetti requisiti".

È chiara la volontà del legislatore di disciplinare il fenomeno della gestione del servizio idrico quale *species* peculiare della nozione del "servizio pubblico". Si evidenzia, altresì, la sussistenza di un principio di ordine generale, anche testualmente espresso (cfr. art. 149-bis, primo comma, d.lgs. n. 152/2006), di unicità della gestione in base al quale può affermarsi che la gestione unica ed accentrata costituisce la regola, mentre quella polverizzata e autonoma costituisce l'eccezione (arg. da 147, comma 2-bis, d.lgs. n. 152/2006). Circostanza quest'ultima confermata anche dall'art. 5 d. lgs. 201/2022. Nell'interpretazione della locuzione "gestioni del servizio idrico in forma autonoma esistenti" (e in particolare del sintagma "gestione esistente") si deve prediligere quell'esegesi che sia corrispondente alla "tendenza-principio" manifestata nell'ordinamento ad una gestione accentrata e, pertanto, che sia conforme al rapporto regola-eccezione innanzi tratteggiato: per "gestioni esistenti" dovranno pertanto intendersi soltanto quelle modalità di conduzione del servizio idrico che possano ricondursi ad una legittima assunzione ed erogazione del servizio, consacrata in atti regolatori e provvedimenti amministrativi, mentre non potranno assumere rilievo le gestioni nelle quali la conduzione del servizio risulta avvenire semplicemente in via "di fatto".

### [Consiglio di Stato, sez. IV, 14 febbraio 2024, n. 1476](#)

#### **Pianificazione urbanistica – Collocazione sale da gioco – Limitazioni – Compatibilità col diritto eurounitario – Effetto espulsivo – Protezione dell'interesse pubblico e libertà di iniziativa economica privata**

Sono legittimi i limiti alla collocazione nel territorio delle sale da gioco e degli apparecchi per gioco lecito, in ragione della finalità di dette limitazioni a tutelare soggetti ritenuti maggiormente vulnerabili, o per la giovane età o perché bisognosi di cure di tipo sanitario o socio-assistenziale: le norme limitatrici, compatibili anche col diritto eurounitario, infatti, mirano alla tutela di soggetti ritenuti più fragili, prevenendo le conseguenze sociali del fenomeno del gioco compulsivo.

La previsione di rispettare una distanza minima di cinquecento metri con una superficie utile per installare gli apparecchi per il gioco lecito pari, in percentuale, a circa l'1% del territorio comunale, non determina effetto espulsivo e dunque, non vi è violazione dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale della Cedu e degli articoli 16 e 17 della CDFUE, non essendovi alcun effetto espropriativo, né un'illegittima compressione della libertà di iniziativa economica privata.

Le misure immediatamente finalizzate alla prevenzione, al contrasto e alla riduzione del rischio di dipendenza dal gioco d'azzardo lecito, fondate sul motivo imperativo della prioritaria salvaguardia della salute pubblica, devono tenersi distinte da quelle programmatiche, attinenti alla regolazione allocativa dell'attività economica.

I principi di libera circolazione e di divieto di limitazione o restrizione presidiati

dalle regole di trasparenza e pubblicità della direttiva CE 98/34 non sono né assoluti, né generalizzati, rientrando, in particolare, la disciplina dei giochi d'azzardo nei settori in cui sussistono fra gli Stati membri divergenze considerevoli di ordine morale, religioso e culturale, in base alle quali restrizioni alle predette attività di gioco possono essere introdotte se giustificate da ragioni imperative di interesse generale, come, ad esempio, la dissuasione dei cittadini da una spesa eccessiva legata al gioco medesimo.

### [Consiglio di Stato, sez. V, 20 febbraio 2024, n. 1671](#)

#### **Servizi pubblici – In house providing – Trasporto pubblico locale – Legge Regionale Liguria - Ambiti o bacini territoriali ottimali – Dimensione – Livelli di governo incidenti sul servizio di trasporto – Servizi integrati di trasporto pubblico – Gruppo di autorità competenti – Controllo analogo**

Nel settore del trasporto pubblico locale, l'*in house providing* è una modalità ordinaria di affidamento dei servizi, perfettamente alternativa al ricorso al mercato. Ciò si desume innanzitutto dall'art. 5, par. 2, del Regol. CE n. 1370/2007 del 23 ottobre 2007 (relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70), secondo cui, salvo che «non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale, si tratti o meno di un'autorità singola o di un gruppo di autorità che forniscono servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri, hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri, o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale, o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture».

In secondo luogo, si ricava dal fatto che l'art. 18, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016 esclude dalla propria applicazione le «concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007» (nello stesso senso, cfr. oggi l'art. 149, comma 4, d.lgs. n. 36 del 2023).

Tanto ciò è vero, che non trova in questo settore applicazione la regola prevista dall'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, incentrata sulla comparazione tra gli opposti modelli di gestione dell'*in house providing* e del ricorso al mercato, giacché non è qui previsto un rapporto di regola ed eccezione fra l'uno e l'altra.

L'art. 61 l. n. 99 del 2009 (recante Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia), prevede che «anche in deroga alla disciplina di settore», le amministrazioni competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio di trasporto pubblico locale «possono avvalersi delle previsioni» di cui al citato art. 5, par. 2, Regol. n. 1370/2007. A ciò si è aggiunto, peraltro, lo *ius singulare* consistente nella legislazione di carattere emergenziale, adottata all'indomani del crollo del ponte Morandi, nell'ambito della quale, per il trasporto pubblico, nel Comune di Genova, è stata legittimata la scelta dell'*in house providing* senza la perdita dei trasferimenti statali prevista dall'art. 27, comma 2, lett. d), (oggi lett. c)) d.l. n. 50 del 2017, attraverso il differimento di quest'ultima disposizione al 31 dicembre 2019, a mente dell'art. 5, comma 4, d.l. n. 109 del 2018, recante Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze. A tale differimento, si è successivamente aggiunta, per l'intero territorio nazionale, un'ulteriore previsione normativa legittimante in termini generali il modello dell'*in house providing* per i servizi di trasporto pubblico locale, data dall'espressa non applicabilità del medesimo art. 27, comma 2, lett. d) (ora lett. c)), d.l. n. 50 del 2017 ai contratti di servizio «affidati in conformità alle disposizioni, anche transitorie, di cui al regolamento (CE) n. 1370/2007

[...]» (art. 21-bis d.l. n. 119 del 2018, recante Disposizioni urgenti in materia fiscale e finanziaria, inserito dalla legge di conversione n. 136 del 2018).

La pertinente legislazione regionale della Liguria prevede che «per l'esercizio dei servizi di trasporto terrestre e marittimo», ad esclusione di quello ferroviario, siano istituiti quattro Ambiti Territoriali Ottimali e omogenei, uno dei quali coincidente proprio «col territorio della Città metropolitana di Genova» (art. 9, comma 1, lett. b), l. r. Liguria n. 33 del 2013). Il precedente art. 7, comma 1, l. r. Liguria n. 33 del 2013, nella formulazione *ratione temporis* applicabile alla fattispecie, stabilisce, poi, che la Città Metropolitana e gli enti di area vasta, quali «enti di governo degli ATO ai sensi dell'articolo 9 [...] nell'ambito della gestione dell'ATO, anche attraverso la costituzione di Agenzie Locali di Mobilità di livello metropolitano o provinciale in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, interamente partecipate dagli enti locali e con i requisiti dei soggetti *in house*, espletano le procedure per l'affidamento dei servizi di trasporto previste dalla normativa comunitaria e statale e gestiscono il contratto di servizio stipulato [...]». Il che è coerente con la previsione generale dell'art. 3-bis d.l. n. 138 del 2011, che prevede la formazione di ATO di livello almeno provinciale ai fini dell'organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali.

La dimensione degli Ambiti o bacini Territoriali Ottimali, di norma, deve essere non inferiore almeno a quella del territorio provinciale. L'introduzione, quindi, di un'organizzazione del servizio su base territoriale più ampia risulta coerente con le esigenze di economie di scala oltre che di differenziazione attraverso la prevista suddivisione in lotti e la partecipazione degli enti provinciali e comunali ai comitati di indirizzo e monitoraggio dei servizi di TPL.

Affidamento del servizio di t.p.l. è strutturato, di regola, su base provinciale (sicché anche le eventuali configurazioni con sub-Ambiti presentano rilievo essenzialmente organizzativo interno), né rileva, in senso contrario, l'art. 14, comma 27, d.l. n. 78 del 2010, n. 78, come novellato dall'art. 19, comma 1, lett. b), d.l. n. 95 del 2012, laddove prevede, tra le funzioni fondamentali dei Comuni, l'organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale, atteso che «tale disposizione [...] non impone la dimensione comunale dei servizi in parola».

Nello stesso senso, nel quadro della legislazione regionale ligure, l'art. 8, comma 1, l. r. n. 33 del 2013, stabilisce che «I Comuni, in conformità a quanto previsto dall'articolo 19 del d.l. 95/2012 convertito dalla L. 135/2012, esercitano le funzioni di organizzazione dei servizi di trasporto pubblico comunale»: anche in questo caso, a fronte di un potere di affidamento riconosciuto alla Città Metropolitana quale soggetto che governa l'ATO, le concorrenti funzioni organizzative del t.p.l. competono ai singoli Comuni per quanto di rispettiva pertinenza.

L'ambito territoriale individuato e circoscritto ai fini dell'affidamento del servizio – coincidente con l'area provinciale, o metropolitana – assume chiara rilevanza anche ai fini della definizione del «gruppo di autorità», ai sensi dell'art. 5, par. 2, Regol. 1370/2007 e dell'individuazione dei relativi componenti, nel quadro delle diverse competenze amministrative, che, in materia di trasporti, si affiancano e intrecciano all'interno dell'ATO. Segnatamente, la sovrapposizione e l'intreccio fra i livelli di governo incidenti sul servizio di trasporto, nel quadro di uno spazio territoriale ben definito – con competenze di organizzazione del t.p.l. spettanti ai Comuni, espletamento delle gare a livello di ATO e relativa competenza funzionale in capo alla Città Metropolitana – consente di configurare proprio quel «gruppo di Autorità», cui l'art. 5, par. 2, Regol. CE 1370/2007 fa riferimento (cioè «un gruppo di autorità competenti che forniscano servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri in modo collettivo o tramite i propri membri»: perimetro spaziale – sufficientemente delimitato – preso a riferimento in proposito è quello dell'ATO, così come configurato dall'art. 9 l.r. n. 33 del 2013. Al riguardo, l'art. 2, lett. b), Regol. CE 1370/07 definisce, infatti, quale «autorità

competente», «un'amministrazione pubblica o un gruppo di amministrazioni pubbliche di uno Stato membro, o di Stati membri, che ha il potere di intervenire nei trasporti pubblici di passeggeri in una zona geografica determinata».

Ai fini dell'affidamento diretto, sarebbe già di per sé sufficiente l'esercizio del controllo analogo da parte di una delle autorità del gruppo, in un contesto in cui l'art. 5, par. 2, fa riferimento, appunto, al controllo di «almeno una di esse», consentendo di prescindere dall'apprezzamento circa l'interesse diretto al servizio.

### [Consiglio di Stato, sez. II, 7 marzo 2024, n. 2228](#)

#### **Abuso edilizio – Titolo edilizio decaduto – Efficacia – Opere parzialmente eseguite – Disciplina giuridica**

È rimesso all'Adunanza plenaria il seguente quesito: “quale sia la disciplina giuridica applicabile alle opere parzialmente eseguite in virtù di un titolo edilizio decaduto e che non siano state oggetto di intervento di completamento in virtù di un nuovo titolo edilizio”.

Se da un lato, infatti, la giurisprudenza dominante ha ritenuto che la decadenza dal titolo edilizio per mancata ultimazione dei lavori nei termini - cioè per fatto imputabile al titolare e relativo alle modalità di utilizzo/inutilizzo del titolo - ha efficacia *ex nunc* e non *ex tunc* e, quindi, non implica l'obbligo di disporre la demolizione delle opere realizzate nel periodo di validità del titolo edilizio (le quali, perciò, non possono essere ritenute abusive) - ove queste risultino conformi al progetto approvato con il permesso di costruire - ma comporta semplicemente la necessità, per il titolare decaduto, di chiedere un nuovo permesso per l'esecuzione delle opere non ancora ultimate. Con la conseguenza che, in mancanza di proroga o rinnovo del titolo, gli interventi effettuati successivamente alla decadenza del titolo risultano abusivi, il che comporta la legittimità dell'ordine di demolizione solo per quanto realizzato successivamente all'intervenuta decadenza, ma non per quanto realizzato in precedenza.

Dall'altro, invece, l'art. 38 del d.P.R. 380 del 2001 si ispira ad un principio di tutela degli interessi del privato, mirando ad introdurre un regime sanzionatorio più mite proprio per le opere edilizie conformi ad un titolo abilitativo successivamente rimosso, rispetto ad altri interventi abusivi eseguiti sin dall'origine in assenza di titolo, sì da ottenere la conservazione del bene.

### [Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 8 marzo 2024, nn. 1, 2, 3](#)

#### **Abuso edilizio – Fiscalizzazione – Sanzione – Determinazione**

Con l'espressione “data di esecuzione dell'abuso”, deve intendersi il momento di realizzazione delle opere abusive.

Ai fini della quantificazione della sanzione pecuniaria, da determinare ex art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, deve procedersi all'individuazione della superficie convenzionale, ai sensi dell'art. 13 della l. n. 392 del 1978, ed alla determinazione del costo unitario di produzione, sulla base del decreto aggiornato alla data di esecuzione dell'abuso. Il costo complessivo di produzione, dato dalla moltiplicazione della superficie convenzionale, con il costo unitario di produzione, va attualizzato secondo l'indice ISTAT del costo di costruzione.

### [Consiglio di Stato, sez. V, 12 marzo 2024, n. 2369](#)

#### **Gioco d'azzardo – Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi – Effetti negativi per la salute e a livello sociale – Tutela dei consumatori – Decreto Balduzzi – Messaggi pubblicitari – Collocazione sale gioco – Ordinanze sin-**

**dacali contenenti limitazioni orarie per l'esercizio del gioco lecito e l'apertura delle sale gioco – Ratio – Discrezionalità – Onere istruttorio e motivazionale – Principi di ragionevolezza, proporzionalità e precauzione – Attribuzioni del Comune – Contemperamento degli interessi pubblici e privati – Misura sanzionatoria della sospensione del funzionamento degli apparecchi di intrattenimento – Natura giuridica**

Pur non essendovi una normativa comunitaria specifica sul gioco d'azzardo, il Parlamento europeo ha approvato il 10 settembre 2013 una risoluzione nella quale si afferma la legittimità degli interventi degli Stati membri a protezione dei giocatori, pur se tali interventi dovessero comprimere alcuni principi cardine dell'ordinamento comunitario come, ad esempio, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi. Invero, secondo il Parlamento europeo, il gioco d'azzardo non è un'attività economica ordinaria, dati i suoi possibili effetti negativi per la salute e a livello sociale, quali il gioco compulsivo (le cui conseguenze e i cui costi sono difficili da stimare), la criminalità organizzata, il riciclaggio di denaro e la manipolazione degli incontri sportivi. È pertanto necessario contrastare i possibili effetti negativi del gioco d'azzardo per la salute e a livello sociale, tenuto anche conto dell'enorme diffusione del gioco d'azzardo e del fenomeno delle frodi, oltre che svolgere un'azione di lotta alla criminalità.

Parimenti, la Commissione europea, nel 2014, è intervenuta sul tema con la raccomandazione 14 luglio sul gioco d'azzardo (anche se on line), stabilendo i principi che gli Stati membri sono invitati a osservare al fine di tutelare i consumatori, con particolare attenzione ai minori e ai soggetti più deboli.

In ambito nazionale, assume un rilievo centrale la disciplina del c.d. decreto Balduzzi, che ha attuato un intervento più organico in materia (d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito dalla l. 8 novembre 2012, n. 189), affrontando diverse tematiche. Con riguardo ai profili sanitari, è previsto l'aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza (LEA) con riferimento alle prestazioni di prevenzione, cura e riabilitazione rivolte alle persone affette da ludopatia (art. 5, comma 2). In attuazione di tale disposizione, è stato approvato il Piano d'azione nazionale.

Per contenere i messaggi pubblicitari, si vieta l'inserimento di messaggi pubblicitari di giochi con vincite in denaro nelle trasmissioni televisive e radiofoniche, nonché durante le rappresentazioni teatrali o cinematografiche non vietate ai minori; sono anche proibiti i messaggi pubblicitari di giochi con vincite in denaro su giornali, riviste, pubblicazioni, durante trasmissioni televisive e radiofoniche, rappresentazioni cinematografiche e teatrali, nonché via internet, che incitano al gioco, ovvero ne esaltano la sua pratica, ovvero che hanno al loro interno dei minori, o che non avvertono del rischio di dipendenza dalla pratica del gioco: per i trasgressori (sia il committente del messaggio pubblicitario sia il proprietario del mezzo di comunicazione interessato) è prevista una sanzione amministrativa da 100.000 a 500.000 euro (art. 7, commi 4 e 4-bis).

Avvertimenti sul rischio di dipendenza dalla pratica di giochi con vincite in denaro e sulle relative probabilità di vincita devono essere riportati su schedine e tagliandi dei giochi; su apparecchi di gioco (c.d. AWP – Amusement with prizes), cioè quegli apparecchi che si attivano con l'introduzione di monete o con strumenti di pagamento elettronico; nelle sale con videoterminali (c.d. VLT – Video lottery terminal); nei punti di vendita di scommesse su eventi sportivi e non; nei siti internet destinati all'offerta di giochi con vincite in denaro: in caso di inosservanza di tali disposizioni, è prevista la sanzione amministrativa di 50.000 euro (art. 7, commi 5 e 6).

È stata, ancora, prevista l'intensificazione dei controlli sul rispetto della normativa (art. 7, comma 9) e una "progressiva ricollocazione" dei punti della rete fisica di raccolta dei punti gioco per tener conto della presenza nel territorio di scuole, strutture sanitarie e ospedaliere, luoghi di culto, centri socio-ricreativi e sportivi (art. 7, comma 10).

Benché non sia stato emanato il decreto ministeriale che avrebbe dovuto indicare i criteri e indirizzi, le amministrazioni regionali e locali hanno adottato legittimamente, in assenza di una normativa di coordinamento di ambito statale, propri regolamenti in materia.

In base al decreto Balduzzi, è stato istituito anche un Osservatorio per valutare le misure più efficaci per contrastare la diffusione del gioco d'azzardo e il fenomeno della dipendenza grave. Tale Osservatorio, inizialmente istituito presso l'Agenzia delle dogane e dei monopoli, è stato successivamente trasferito al Ministero della salute, ai sensi della legge n. 190 del 2014 (legge finanziaria per il 2015), che ne ha modificato anche la composizione, per assicurare la presenza di esperti e di rappresentanti delle regioni, degli enti locali e delle associazioni operanti in materia.

La stessa legge (art. 1, comma 133) destina annualmente, a decorrere dal 2015, una quota di 50 milioni di euro, nell'ambito delle risorse destinate al finanziamento del Servizio Sanitario Nazionale, per la cura delle patologie connesse alla dipendenza da gioco d'azzardo (1 milione annuo per la sperimentazione di software per monitorare il comportamento del giocatore e generare messaggi di allerta).

In tale contesto, si inserisce il potere del sindaco di adottare, come nell'ipotesi di specie, ordinanze volte alla limitazione oraria delle apparecchiature per l'esercizio del gioco lecito e di apertura delle sale gioco.

La normativa in materia di gioco d'azzardo - con riguardo alle conseguenze sociali dell'offerta dei giochi su fasce di consumatori psicologicamente più deboli, nonché all'impatto sul territorio dell'afflusso ai giochi degli utenti - non rientra nella competenza statale esclusiva in materia di ordine pubblico e sicurezza di cui all'art. 117 comma 2 lett. h), Cost., bensì nella tutela del benessere psico-fisico dei soggetti maggiormente vulnerabili e della quiete pubblica, tutela che rientra nelle attribuzioni del Comune, ex artt. 3 e 5, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

La disciplina degli orari di apertura e funzionamento delle sale da gioco autorizzate e del funzionamento delle apparecchiature, ex art. 110, comma 6, TULPS, costituisce un crocevia di valori nel quale confluiscono una pluralità di interessi che devono essere adeguatamente misurati e contemperati.

Difatti, da un lato, emergono le esigenze dei privati - ovvero dei soggetti autorizzati all'esercizio del gioco lecito - titolari di una concessione con l'amministrazione finanziaria e di una specifica autorizzazione di polizia. Tali soggetti mirano alla massimizzazione dei loro profitti, al fine di ottenere la remunerazione dei loro investimenti economici, attraverso la più ampia durata giornaliera dell'apertura dell'esercizio, invocando i principi costituzionali di libertà di iniziativa economica, di libera concorrenza e del legittimo affidamento ingenerato proprio dal rilascio dei titoli - concessorio e autorizzatorio - necessari alla tenuta delle sale da gioco.

Dall'altro lato, sussistono interessi pubblici e generali, non contenuti in quelli economico - finanziari (tutelati dalla concessione) o relativi alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica (tutelati dall'autorizzazione questorile), ma estesi anche alla quiete pubblica (in ragione dei non improbabili disagi derivanti dalla collocazione delle sale gioco in determinate zone cittadine più o meno densamente abitate a causa del possibile congestionamento del traffico o dell'affollamento dei frequentatori) e alla salute pubblica, quest'ultima in relazione al pericoloso fenomeno, sempre più evidente, della ludopatia.

Il sindaco, nell'esercitare il potere per definire gli orari di apertura delle sale da gioco e dei locali in cui sono presenti le apparecchiature, ex art. 110, comma 6, TULPS, è tenuto a valutare le posizioni di ciascuno dei soggetti coinvolti, senza impiegare mezzi eccessivi rispetto agli obiettivi perseguiti, ma tenendo comunque in considerazione la prevalenza del bene salute, ex art. 32 Cost., rispetto all'iniziativa economica, ex art. 41



Cost. È al riguardo pacifico il potere del sindaco di cui all'art. 50, comma 7, del TUEL, di adottare provvedimenti funzionali a regolamentare gli orari delle sale giochi e degli esercizi pubblici in cui sono installate apparecchiature da gioco: in forza della generale previsione dell'articolo 50, comma 7, d. lgs. 267 del 2000, il Sindaco può disciplinare gli orari delle sale giochi e degli esercizi nei quali siano installate apparecchiature per il gioco e ciò può fare per esigenze di tutela della salute, della quiete pubblica, ovvero della circolazione stradale.

La previsione di una limitazione oraria mira, *in primis*, a contrastare il fenomeno della ludopatia, inteso come disturbo psichico che induce l'individuo a concentrare ogni suo interesse sul gioco, in maniera ossessiva e compulsiva, con ovvie ricadute sul piano familiare e professionale, nonché con l'innegabile dispersione del patrimonio personale.

Nell'attuale momento storico, la diffusione del fenomeno della ludopatia in ampie fasce della popolazione costituisce un fatto notorio o, comunque, una nozione di fatto di comune esperienza, come attestano le numerose iniziative di contrasto assunte dalle autorità pubbliche a livello europeo, nazionale e regionale.

Un'ordinanza sindacale di regolazione degli orari delle sale da gioco non può considerarsi viziata da deficit di istruttoria o di motivazione soltanto perché il numero dei giocatori ludopatici non sia in assoluto elevato, giacché ciò che massimamente va considerato è la tendenza registrata nel periodo considerato, la quale, da sola, induce allarme negli enti pubblici preposti alla tutela della salute e giustifica, pertanto, l'adozione di misure restrittive.

In presenza di attività discrezionali della pubblica amministrazione, il sindacato del giudice amministrativo è limitato, con possibile esito caducatorio, alle sole fattispecie in cui emergano palesi illogicità o elementi di irragionevolezza, oppure, ancora, errori su elementi di fatto; per valutare o parametrare tali limiti, vengono in gioco vari principi che permeano l'azione amministrativa; il principio di ragionevolezza postula la coerenza tra valutazione compiuta e decisione presa; il principio di proporzionalità esige che gli atti amministrativi non debbono andare oltre quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato e, qualora si presenti una scelta tra più opzioni, la pubblica amministrazione debba ricorrere a quella meno restrittiva, non potendosi imporre obblighi e restrizioni in misura superiore a quella strettamente necessaria a raggiungere gli scopi che l'amministrazione deve realizzare; il principio di precauzione, che discende dai primi due (sviluppatosi nell'ambito della tutela dell'ambiente e del diritto alla salute), può essere invocato quando un fenomeno o un evento preso in considerazione dall'attività amministrativa (ed individuati tramite una valutazione scientifica ed obiettiva che però non consente di determinare l'esistenza del rischio con sufficiente certezza) possano avere effetti potenzialmente pericolosi, e consente il sacrificio o la compressione degli interessi coinvolti a valle della applicazione dei criteri ed analisi tecniche dei rischi poste alla base dell'istruttoria procedimentale; in base al combinato di tali principi, una istruttoria può dirsi ragionevolmente completa quando, sulla base della analisi di contesto e ponderazione dei rischi, le misure adottate rispettino la proporzionalità rispetto al livello di protezione ricercato (devono cioè essere idonee, adeguate e necessarie), siano coerenti con quelle già prese in situazioni analoghe.

Il principio di proporzionalità impone all'amministrazione di adottare un provvedimento non eccedente quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato: definito lo scopo avuto di mira, il principio di proporzionalità è rispettato se la scelta concreta dell'amministrazione è in potenza capace di conseguire l'obiettivo (idoneità del mezzo) e rappresenta il minor sacrificio possibile per gli interessi privati attinti (stretta necessità), tale, comunque, da poter essere sostenuto dal destinatario (adeguatezza).

L'amministrazione comunale è obbligata a porre in essere interventi limitativi nella regolamentazione delle attività di gioco, ispirati, per un verso, alla tutela della salute, che rischia di essere gravemente compromessa per i cittadini che siano giocatori e quindi clienti delle sale gioco e, per altro verso, al principio di precauzione, citato nell'art. 191 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il cui scopo è garantire un alto livello di protezione dell'ambiente, grazie a precise prese di posizione preventive in caso di rischio, ma il cui campo di applicazione è molto più vasto e si estende anche alla politica dei consumatori, alla legislazione europea sugli alimenti, alla salute umana, animale e vegetale. L'assioma fondamentale di tale ultimo principio è che, nell'ipotesi di un rischio potenziale, laddove vi sia un'identificazione degli effetti potenzialmente negativi di un'attività (come può risultare dallo stesso decreto Balduzzi) e vi sia stata una valutazione dei dati scientifici disponibili, è d'obbligo predisporre tutte le misure per minimizzare (o azzerare, ove possibile) il rischio preso in considerazione, pur sempre nel rispetto del principio di proporzionalità e di contemperamento degli interessi coinvolti.

Le amministrazioni comunali, con le suddette ordinanze, realizzano un ragionevole contemperamento degli interessi economici degli imprenditori del settore, con l'interesse pubblico a prevenire e contrastare i fenomeni di patologia sociale connessi al gioco compulsivo, non essendo revocabile in dubbio che un'illimitata o incontrollata possibilità di accesso al gioco accresca il rischio di diffusione di fenomeni di dipendenza, con conseguenze pregiudizievoli sia sulla vita personale e familiare dei cittadini, che a carico del servizio sanitario e dei servizi sociali, chiamati a contrastare patologie e situazioni di disagio connesse alle ludopatie e che, anche alla luce delle decisioni della Corte di giustizia dell'Unione Europea nel settore dell'esercizio dell'attività imprenditoriale del gioco lecito, le esigenze di tutela della salute vengono ritenute del tutto prevalenti rispetto a quelle economiche.

È rispettoso del principio di proporzionalità il contenimento dell'orario di apertura di una sala giochi entro il limite delle otto ore giornaliere.

Pur nella consapevolezza di un distinto orientamento, secondo cui i Comuni potrebbero discostarsi dall'Intesa *de qua* solo con adeguata motivazione, il collegio intende dar seguito al diverso orientamento giurisprudenziale seguito dalla Sezione, secondo cui "È, dunque, espressamente previsto che l'intesa raggiunta in sede di Conferenza unificata sia recepita in un decreto del Ministero dell'economia e delle finanze. Prevedendo l'adozione di un decreto ministeriale che abbia ad oggetto profili di regolamentazione del gioco pubblico, l'amministrazione statale si è attribuita un potere di indirizzo e coordinamento per aver ritenuto che in tale specifico settore (quello del gioco lecito) si incrociano materie attribuite dalla Costituzione alla competenza di diversi livelli di governo, anche regionale, ma si avverte l'esigenza di una regolamentazione unitaria; [...] In questi casi – quando cioè lo Stato attribuisce per legge a sé stesso un potere di indirizzo e coordinamento in relazione ad un settore che investe in maniera trasversale materie di competenza anche delle Regioni – è dovuta nella legge statale la previsione del previo raggiungimento dell'Intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 28, quale strumento tipico di coinvolgimento delle Regioni in attuazione del principio di leale collaborazione. Il potere di indirizzo e coordinamento non è stato, tuttavia, ancora esercitato perché il decreto del Ministero dell'economia e delle finanze non è stato adottato, mentre è stata conclusa l'intesa nell'ambito della Conferenza Unificata Stato Regioni Enti locali il 7 settembre 2017. Per essere prevista quale atto prodromico all'esercizio del potere statale di coordinamento ed indirizzo con finalità di coinvolgimento delle Regioni, all'Intesa non può riconoscersi *ex se*, e senza che i suoi contenuti siano recepiti nel decreto ministeriale, alcuna efficacia cogente".

La misura sanzionatoria della sospensione del funzionamento degli apparecchi di

intrattenimento non è riconducibile alle sanzioni amministrative previste dalla l. 689 del 1981 (trattandosi, invece, di potere rientrante nell'ambito del c.d. rapporto amministrativo instauratosi tra amministrazione comunale e privato autorizzato).

Il Comune può legittimamente prevedere che, in caso di reiterata violazione della disciplina sindacale sugli orari di apertura delle sale da gioco e di funzionamento degli apparecchi con vincita in denaro, si applichi la misura restrittiva della sospensione dell'attività per un tempo ragionevole, adeguato e idoneo.

Con il passaggio dall'autorità di pubblica sicurezza ai Comuni delle funzioni di cui al TULPS, per opera dell'art. 19, comma 1, del d.P.R. n. 616 del 1977 ("Attuazione della delega di cui all'art. 1 della l. 22/7/1975, n. 382", tra le quali, appunto, al n. 8) "la licenza per alberghi, compresi quelli diurni, locande, pensioni, trattorie, osterie, caffè ed altri esercizi in cui si vendono o consumano bevande non alcoliche, sale pubbliche per biliardi o per altri giuochi leciti, stabilimenti di bagni, esercizi di rimessa di autoveicoli o di vetture e simili di cui all'art. 86"), sono transitati nella competenza dei Comuni anche i poteri sanzionatori, utilizzabili in presenza di violazione delle discipline specifiche che attengono alla tutela degli interessi pubblici diversi da quello dell'ordine e della sicurezza pubblica.

Tra le misure sanzionatorie, l'art. 10 del T.U.L.P.S. prevede la revoca o la sospensione dell'autorizzazione nel caso di abuso della persona autorizzata; l'abuso consisterebbe anche nella violazione delle disposizioni dirette a garantire il corretto esercizio dell'attività autorizzata, fra le quali rientra l'orario di funzionamento degli apparecchi di intrattenimento e svago.

### [Consiglio di Stato, sez. V, 22 aprile 2024, n. 3605](#)

#### **Servizi pubblici – Servizio di cremazione – Gestione – Competenza dei Comuni – Affidamento mediante indizione di gara a evidenza pubblica**

Nelle leggi di inizio del secolo scorso che hanno disciplinato la cosiddetta municipalizzazione dei servizi pubblici locali (disposta in particolare con la legge 29 marzo 1903, n. 103, legge Giolitti; e poi con il successivo testo unico sull'assunzione diretta dei pubblici servizi dei Comuni, di cui al regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578) non era espressamente contemplato il servizio di cremazione, il quale, tuttavia, era preso in considerazione da altre norme sia di livello legislativo, che regolamentare, essenzialmente a fini di igiene e sanità pubblica.

Il problema di qualificazione del servizio - già all'inizio del secolo e anche prima della legislazione sopra richiamata - si presentava non con riferimento alle ipotesi in cui una norma di fonte primaria qualificava espressamente l'attività come servizio pubblico, obbligando altresì i Comuni a procedere alla sua assunzione e al suo concreto svolgimento, ipotesi che non suscitava particolari questioni di qualificazione (se non sotto il profilo della individuazione delle forme giuridiche e organizzative mediante le quali i Comuni dovevano attuare il servizio). La questione si prospettava, invece, soprattutto con riguardo alla facoltà dei Comuni di assumere, fra i loro compiti, anche attività non comprese tra quelle che il legislatore (si pensi all'elenco di cui all'art. 1 della legge Giolitti, riproposto come art. 1 del testo unico del 1925) individuava quali servizi pubblici locali. In ogni caso, veniva sottolineato come si trattava di un elenco a carattere esemplificativo e non tassativo, che consentiva ai Comuni di estendere il catalogo dei servizi pubblici anche ad attività non comprese tra i servizi obbligatori, o tra quelli elencati dal legislatore.

L'art. 6, comma 2, della legge 30 marzo 2001, n. 130 così dispone: «La gestione dei crematori spetta ai Comuni, che la esercitano attraverso una delle forme previste dall'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato

con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267».

Le previsioni di cui all'art. 34, commi 20 e 21, del decreto-legge n. 179 del 2012 e dell'art. 13 del decreto-legge n. 150 del 2011 hanno imposto che, per i servizi affidati a terzi senza gara – previa l'eventuale applicazione della norma di cessazione *ex lege* degli affidamenti diretti – l'amministrazione proceda all'affidamento mediante l'indizione di una gara a evidenza pubblica.

### **Consiglio di Stato, sez. II, 22 aprile 2024, n. 3645**

**Provvedimento amministrativo – Motivazione – Principio di trasparenza – Titolo edilizio – Controllo di compatibilità dell'intervento con il vigente regime urbanistico – Poteri di vigilanza – CILA – Denominazione elementi architettonici – Pertinenze – Mutamento di destinazione d'uso con alterazione del carico urbanistico – Natura giuridica – Effetti – Categorie di destinazione urbanistica – Accorpamento – Impatto su carico urbanistico – Volumetrie abitabili e volumetrie di servizio – Raccordo fra normativa antisismica e della sanatoria edilizia**

L'applicazione del principio di trasparenza, quale strumento di verifica del rispetto dell'obbligo di motivazione, impone all'Amministrazione di rendere una pronuncia non solo espressa (ex art. 2 della l. n. 241 del 1990) e motivata, ma pure conoscibile, ovvero, in un'accezione più caratterizzante, comprensibile, sia per il suo contenuto (positivo o negativo), che in relazione alle ragioni che lo hanno determinato.

L'utilizzo di un modulo semplificato *-recte*, di uno strumento di liberalizzazione per interventi che chiaramente richiedono un titolo diverso, in particolare il permesso di costruire, lo rende *tamquam non esset*, sicché l'attività realizzata sulla sua base non può che configurare un abuso edilizio. Con riferimento ai procedimenti dichiarativi in ambito edilizio, infatti, altro è il controllo sulla completezza di una pratica, ovvero sulla compatibilità dell'intervento con il vigente regime urbanistico, che il Comune è tenuto ad effettuare nei termini stabiliti dal legislatore per l'adozione dei provvedimenti interdittivi, sospensivi o conformativi, altro il potere di vigilanza, che consente in ogni momento di reprimere quanto realizzato travalicando totalmente l'ambito di riferimento del modello prescelto, cioè edificando di fatto *sine titulo*. Tale distinzione consente di conciliare le esigenze di certezza sottese alla stringente tempistica imposta dal legislatore per l'esercizio dei controlli, con quelle di tutela del territorio, che intersecano sovente altri interessi pubblici connotati da ancor maggiore sensibilità (si pensi all'ambiente, al paesaggio o al patrimonio culturale). Da qui la previsione contenuta sia nell'art. 19, comma 6-bis, ultimo periodo, proprio con riferimento alla s.c.i.a. in ambito edilizio, che richiama le «disposizioni relative alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dalle leggi regionali», sia nell'art. 21, comma 2-bis, della l. n. 241 del 1990, che in maniera analoga si riferisce alle «attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di pubbliche amministrazioni previste da leggi vigenti, anche se è stato dato inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20».

La inidoneità della CILA a produrre effetto con riferimento alla realizzazione di «nuove costruzioni» tali peraltro da incidere, a seconda dei casi, su volumetria, sagoma, prospetti e superficie dell'immobile, rende finanche ultronea la sua esplicitazione.

Le diversificate denominazioni degli elementi architettonici (come, ad esempio, «porticato» o «tettoia») sono state compiutamente declinate nel Regolamento edilizio-tipo approvato in sede di Intesa Stato-Regioni, siglata in attuazione dell'art. 4, comma 1-sexies del d. P.R. 6 giugno 2001, n. 380, e pubblicato sulla G.U. n. 268 del 16

novembre 2016, proprio allo scopo di omogeneizzarne gli ambiti definatori, ponendo ordine nel variegato linguaggio utilizzato nella prassi degli uffici, ovvero consacrato in maniera divergente nei singoli provvedimenti regolatori comunali. Il riferimento alle stesse, peraltro, seppur innegabilmente utile ad inquadrare descrittivamente la tipologia dell'intervento realizzato, non ne consente anche la diversificazione di regime giuridico, a parità di risultato finale.

Ai sensi dell'art. 3, lett. e.6), del d.P.R. n. 380/2001, a certe condizioni le pertinenze sono sottratte al *genus* della nuova costruzione. La pertinenza urbanistico-edilizia è cosa ben diversa da quella civilistica, in quanto è ravvisabile solo allorquando sussista un oggettivo nesso che non consente altro che la destinazione della cosa ad un uso servente durevole rispetto al bene principale, ferma restando la dimensione ridotta e modesta del manufatto rispetto alla cosa a cui inerisce e sempreché non comporti un maggiore carico urbanistico. A differenza, cioè, da quella di cui all'art. 817 del codice civile («cose destinate in modo durevole a servizio o ad ornamento di un'altra cosa»), la pertinenza *de qua* presuppone che il manufatto sia non solo preordinato ad un'oggettiva esigenza dell'edificio principale e funzionalmente inserito al suo servizio, ma anche sfornito di un autonomo valore di mercato, proprio in quanto esaurisce la sua finalità nel rapporto funzionale con quest'ultimo. Rapporto di asservimento necessario non giustificabile certo con la rappresentata necessità di salvaguardare l'immobile dalle avverse condizioni meteorologiche, stante che attingendo a tale generico concetto si finirebbe per giustificare qualsivoglia superfetazione delle facciate, a prescindere dal suo impatto sull'aumento di superficie utile e sui prospetti del fabbricato cui accede.

La modifica di destinazione d'uso non costituisce di regola una tipologia di intervento edilizio *ex se*, bensì piuttosto l'effetto dello stesso. Non a caso la relativa dizione non figura nell'elenco delle definizioni contenuto nell'art. 3 del d.P.R. n. 380 del 2001, ma nelle singole declinazioni delle stesse, ora quale limite negativo (si pensi al concetto di manutenzione straordinaria di cui al comma 1, lettera b), che non può comportare «mutamenti urbanisticamente rilevanti delle destinazioni d'uso implicanti incremento del carico urbanistico», ovvero, più in generale, della destinazione d'uso originaria ove si concretizzi in frazionamenti o accorpamenti di unità immobiliari); ora, al contrario, come possibile esemplificazione contenutistica (come per il restauro e risanamento conservativo di cui alla successiva lettera c) che può determinare anche il mutamento delle destinazioni d'uso, purché compatibile con gli elementi tipologici, formali e strutturali dell'organismo stesso che i relativi interventi devono comunque rispettare).

L'art. 10 del Testo unico, nel declinare gli interventi subordinati a permesso di costruire, demanda alle leggi regionali il compito di stabilire «quali mutamenti, connessi o non connessi a trasformazioni fisiche, dell'uso di immobili o di loro parti, sono subordinati a permesso di costruire o a segnalazione certificata di inizio attività», con ciò conferendo dignità di autonomo intervento anche a quello meramente funzionale, o senza opere, nei casi di astratta rilevanza dello stesso.

In linea di massima, la modifica di destinazione d'uso che si risolve in una trasformazione urbanistica costituisce nuova costruzione (art. 3, comma 1, lett. e). In passato, l'individuazione degli indici della trasformazione urbanistica veniva basata dalla giurisprudenza sul criterio dell'incidenza e del pregiudizio in concreto agli standard urbanistici e alle dotazioni territoriali.

Con l'introduzione delle categorie di destinazione urbanistica ad opera del c.d. decreto legge "Sblocca Italia" (d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 novembre 2014, n. 164) tramite l'inserimento dell'articolo 23-ter nel Testo unico per l'edilizia, si è cercato di preconstituire, a monte, le situazioni con riferimento alle quali il carico urbanistico si presuppone omogeneo, indirettamente suggerendo anche una certa uniformità terminologica nella declinazione delle funzioni

da parte degli Enti locali nei vari strumenti di governo del territorio. La disposizione, dunque, le riduce a cinque (residenziale, turistico-ricettiva, produttiva e direzionale, commerciale e rurale), all'interno di ciascuna delle quali, almeno in termini astratti e generali, il carico urbanistico si presume analogo, sicché assume rilevanza solo il passaggio dall'una all'altra, quand'anche non accompagnato dall'esecuzione di opere edilizie. La legislazione regionale e ancor più in dettaglio gli strumenti urbanistici comunali dettano indicazioni esplicative, che tuttavia, come precisato dal giudice delle leggi, non possono mai risolversi nella soppressione di talune categorie, riducendone il numero.

L'accorpamento delle categorie funzionali determina l'esclusione della "rilevanza urbanistica" dei mutamenti di destinazione d'uso interni alle stesse e, quindi, della loro assoggettabilità a titoli abilitativi, in contrasto con la normativa statale di principio e con conseguente incisione dell'ambito di applicazione delle sanzioni previste dal legislatore statale nell'esercizio della competenza esclusiva in materia di «ordinamento civile e penale», di cui all'art. 117, secondo comma, lett. l), della Costituzione.

L'introduzione delle categorie, per la sua portata assorbente della valutata incidenza sul carico urbanistico, ha fatto perdere un po' di significatività alla già cennata distinzione, tradizionalmente operata in dottrina e giurisprudenza, tra modifiche di destinazione d'uso funzionali o senza opere e modifiche di destinazione d'uso realizzate tramite le stesse. Ciò che conta, infatti, è non tanto la modalità di realizzazione del cambio, ma gli effetti che produce.

La disciplina urbanistica si connota, o quanto meno dovrebbe connotarsi, per la necessaria commisurazione delle dotazioni territoriali all'impatto in termini di carico prodotto da una determinata destinazione, la cui ampiezza è evidentemente calcolata avuto riguardo alla assentita fruibilità funzionale. La fruibilità funzionale all'uso residenziale è data, cioè, dalla superficie e dalla volumetria abitabile, ovvero rispondente ai requisiti minimi di vivibilità contenuti, nel loro nucleo originario successivamente integrato anche da regolamenti comunali di settore, nel d.m. 5 luglio 1975. In altre parole, la volumetria assentibile su cui si basa il calcolo degli indici edificatori è quella "abitabile", perché consente di individuare l'estensione anche potenziale dell'insediamento umano e la pressione che lo stesso è necessariamente destinato a produrre sul contesto inteso come necessità di fruire delle opere di urbanizzazione, primaria o secondaria; le volumetrie di servizio, pur latamente intese, in quanto strutturalmente inidonee a incrementare ridetta pressione da parte della popolazione residenziale, che rimane immutata, sono inserite al solo scopo di migliorare la qualità della vita della zona anche in relazione al singolo complesso immobiliare. Esse si connotano, cioè, per una compatibilità con la categoria generale di riferimento, pur ricevendo una finalizzazione "mirata" a servizio, non convertibile in una qualunque delle altre tipizzate dal legislatore, ivi compresa quella cui accede, senza che il mutamento venga considerato "rilevante". In sintesi, l'art. 23-ter del T.u.e. non individua un'autonoma categoria "pertinenziale", essendo la stessa, proprio in quanto tale, quella della zona in cui si inserisce, ma mantenendo una finalizzazione d'uso diversa e mirata.

La questione sul raccordo, per quanto riguarda le zone soggette alla normativa tecnica e segnatamente (anche) alla tutela antisismica, tra le disposizioni che regolano la sanatoria ex art. 36 e quelle di settore di cui agli artt. 83 e ss. (ovvero, per quanto di più specifico interesse, 65 del T.u.e.), è di estrema complessità e delicatezza e sconta le difficoltà derivanti da innegabili lacune normative, a fronte delle quali l'interprete è chiamato ad individuare una lettura che contemperi l'effettività del regime delle sanatorie con la necessità di non abbassare minimamente la soglia della tutela dell'incolumità pubblica in un Paese il cui territorio si connota notoriamente per l'estensione delle zone vulnerabili da un punto di vista sismico.

Il d.P.R. n. 380 del 2001 non contempla espressamente alcuna procedura di sanatoria c.d. strutturale, ovvero riferita alla mancata denuncia preventiva o alla mancata richiesta di autorizzazione sismica di cui agli artt. 65, 93 e 94. A ben guardare, anzi, il controllo esercitato dall'amministrazione competente per gli interventi in zone sismiche è costruito dal legislatore in maniera preventiva, come si ricava da una serie di indici testuali contenuti nelle norme di riferimento. L'art. 65 del Testo unico, ad esempio, prevede che le opere siano denunciate «prima del loro inizio»; l'art. 93, a sua volta, impone a chiunque intenda procedere ad interventi nelle zone sismiche, di darne «preavviso» scritto allo sportello unico, che provvederà alla trasmissione al competente ufficio tecnico regionale; il successivo art. 94 infine si riferisce ad una «preventiva autorizzazione», sicché la procedura deve essere inequivocabilmente completata prima dell'esecuzione dell'intervento, nel rispetto delle formalità richieste.

Sul rapporto tra titolo edilizio e assenso sismico la giurisprudenza in passato non è stata univoca, tanto da ammettere che quest'ultimo intervenisse successivamente al permesso di costruire o alla proposizione della SCIA.

Più di recente, tuttavia, valorizzando la previsione dell'art. 20, d.P.R. n. 380 del 2001, secondo cui la dichiarazione del progettista, in sede di istanza, deve anche asseverare il rispetto delle norme di settore, pare essersi consolidato il riconoscimento di un rapporto di presupposizione tra titoli, che il Collegio condivide. Ciò trova conferma nella clausola di rinvio con cui si apre l'art. 94 del T.u.e., che reca: «Fermo restando l'obbligo del titolo abilitativo all'intervento edilizio [...], intendendo evidentemente che esso dovrà essere comunque conseguito, in aggiunta all'autorizzazione di cui si tratta, qualora la tipologia dell'intervento da eseguire lo richieda».

La giurisprudenza più recente ha dunque affermato che in assenza del titolo attestante la conformità alla disciplina antisismica, il permesso di costruire è in ogni caso inefficace, ovvero non idoneo a legittimare le opere a suo tempo realizzate.

È ammessa la sanatoria sismica, purché essa consegua all'accertamento della conformità delle strutture alle norme tecniche vigenti sia al momento dell'adozione del provvedimento sanante (secondo l'ordinario canone del *tempus regit actum*), sia al momento della realizzazione dell'opera, in estensione della previsione (in verità eccezionale) della doppia conformità edilizia alla diversa ipotesi di assenza del (o difformità dal) titolo sismico. Tenuto conto che nel tempo le regole tecniche funzionali alla tutela di settore hanno subito un comprensibile rafforzamento, il riferimento alle stesse al momento della richiesta di sanatoria non può che risolversi, peraltro, anche in un'elevazione della soglia delle tutele, che rende inutilmente e sproporzionatamente punitiva la demolizione ad ogni costo.

\* \* \*

### [Tar Campania, Napoli, sez. VII, 8 gennaio 2024, n. 216](#)

#### **Demanio marittimo – Sdemanializzazione – Discrezionalità**

È esclusa la possibilità di sdemanializzazione tacita del demanio marittimo, essendo sempre necessario un atto formale, legislativo o amministrativo, ai sensi dell'art. 35 c. nav., che ha efficacia costitutiva, essendo basato su una valutazione tecnico-discrezionale in ordine ai caratteri naturali dell'area ed alle esigenze locali, finalizzata a verificare la sopravvenuta mancanza di attitudine di determinate zone a servire agli usi pubblici del mare. E ciò a differenza di quanto previsto per il demanio, in genere, dall'art. 829 c.c., secondo cui il passaggio di un bene dal demanio pubblico al patrimonio ha natura dichiarativa e può dunque avvenire anche tacitamente e per *facta concludentia*.

Se ne ricava che i beni che fanno parte del demanio marittimo, e sono quindi sottoposti al relativo regime speciale, si definiscono per un atteggiamento specifico della demanialità,

in quanto essa trova la sua peculiare ragione e, nel contempo, i suoi stessi limiti, nell'essere codesti beni immancabilmente collegati con i pubblici usi del mare. Infatti, la nozione dogmatica di demanio necessario è da connettere all'elemento della necessità del bene ad una funzione esclusiva dell'ente cui esso appartiene, perciò se questa viene meno, il bene cessa la possibilità dell'esercizio della funzione.

I beni demaniali marittimi sono beni aventi una destinazione pubblica specifica; essi possiedono la qualità di beni pubblici per riserva originaria ai sensi degli artt. 822 c.c. e 28 e 29 cod. nav., ovvero in ragione delle loro caratteristiche naturali, senza necessità di un provvedimento formale della P.A. marittima, che è invece richiesto ai fini della perdita della demanialità, quando venga meno l'idoneità dei beni a soddisfare l'uso pubblico cui erano destinati.

#### [Tar Liguria, Genova, sez. I, 11 gennaio 2024, n. 16](#)

##### **Beni culturali – Nozione – Vincoli – Discrezionalità**

L'Amministrazione può assoggettare a tutela culturale i beni di proprietà di un ente pubblico in uno spettro di situazioni più ampio rispetto all'ipotesi di cespiti appartenenti a privati: infatti, per i beni del demanio e del patrimonio pubblico l'art. 10, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 42/2004 postula la sussistenza di un "interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico", vale a dire di un interesse culturale, per così dire, semplice; diversamente, per quelli in proprietà privata, l'art. 10, comma 3, richiede il riscontro di un interesse "particolarmente importante" o "eccezionale".

La nozione di bene culturale non si presta ad una definizione tassativa e puntuale, ma costituisce un concetto aperto, il cui contenuto viene riempito dalle elaborazioni di diversi campi del sapere, afferenti alle scienze non esatte. In ragione delle peculiarità epistemologiche insite nell'apprezzamento della *qualitas* culturale di un bene, il giudizio che presiede alla dichiarazione di interesse (c.d. vincolo) culturale è connotato da un'ampia discrezionalità tecnica, poiché implica l'applicazione di cognizioni specialistiche proprie di settori scientifici della storia, dell'arte, dell'architettura, dell'archeologia e di altre discipline caratterizzate da canoni elastici e mobili e, quindi, da latissimi margini di opinabilità. Ne consegue che la valutazione dell'Amministrazione può essere censurata soltanto se la decisione risulti in contrasto con la realtà fattuale, ovvero sia irragionevole, incoerente o inattendibile sotto il profilo tecnico, ponendosi al di fuori della naturale ed intrinseca opinabilità del sapere che definisce il carattere culturale del bene.

#### [Tar Lombardia, Milano, sez. III, 12 gennaio 2024, n. 67](#)

##### **Pianificazione urbanistica – Costituzione di diritti reali – Onere probatorio – Servitù di uso pubblico – *Dicatio ad patriam***

Lo strumento urbanistico non vale a costituire diritti reali (salvo le ipotesi, ovviamente, di vincoli espropriativi), sicché un'area privata rimane tale anche se lo strumento urbanistico la classifichi come area pubblica o come area destinata ad uso pubblico.

Per la costituzione di un diritto reale su bene privato equivalente a servitù prediale, è necessario un titolo idoneo a detto scopo. In particolare, laddove la proprietà del sedime stradale non appartenga ad un soggetto pubblico, bensì ad un privato, la prova dell'esistenza di una servitù di uso pubblico non può discendere da semplici presunzioni o dal mero uso pubblico di fatto della strada, ma necessariamente presuppone un atto pubblico o privato, quali un provvedimento amministrativo, una convenzione fra proprietario ed Amministrazione o un testamento. Dunque, affinché una strada privata possa essere gravata da servitù di parcheggio, non basta che essa possa servire da collegamento con una via pubblica e sia adibita al transito di persone diverse dal proprietario.

L'istituto della "dicatio ad patriam", quale modalità di costituzione di una servitù



di uso pubblico, è connotato da elementi di fatto: il proprietario, in particolare, deve mettere, in modo univoco, il bene a disposizione di una collettività indeterminata di cittadini, producendo l'effetto istantaneo della costituzione della servitù di uso pubblico; oppure, il proprietario deve mettere il bene a disposizione della collettività indifferenziata dei cittadini, per il tempo necessario al perfezionamento dell'usucapione.

### **Tar Marche, Ancona, sez. II, 20 gennaio 2024, n. 64**

#### **Servizi pubblici – Servizio farmaceutico – Pianificazione territoriale – Competenza comunale – Trasferimento – Concorso per assegnazione sedi**

L'Amministrazione comunale dispone di poteri in materia di apertura, esercizio e trasferimento di farmacie ai sensi della legge n. 475 del 1968, come incisivamente modificata dal D.L. n. 1/2012, convertito dalla legge n. 27/2012. Inoltre, l'art. 2 di detta legge attribuisce ai Comuni la pianificazione territoriale del servizio farmaceutico. In particolare, tale norma prevede che il Comune, sentiti l'Azienda sanitaria e l'Ordine provinciale dei farmacisti, identifichi le zone di collocazione delle nuove farmacie per assicurarne un'equa distribuzione sul territorio, tenendo anche conto dell'esigenza di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico ai residenti in aree scarsamente abitate. La competenza comunale si estende inoltre, anche al trasferimento della farmacia all'interno della sede assegnata, disciplinato dall'art. 1 della medesima legge, che subordina l'autorizzazione al trasferimento all'unica condizione della distanza dagli altri esercizi non inferiore a 200 metri (comma 4).

Il compito di individuare le zone ove collocare le farmacie è assegnato espressamente ai soli Comuni dall'articolo 11, commi 1 e 2, del dl 1/2012, a garanzia soprattutto dell'accessibilità del servizio farmaceutico ai cittadini. La decisione del legislatore statale di affidare ai Comuni il compito di individuare le zone risponde all'esigenza di assicurare un ordinato assetto del territorio, corrispondente agli effettivi bisogni della collettività alla quale concorrono plurimi fattori diversi dal numero dei residenti, quali in primo luogo l'individuazione delle maggiori necessità di fruizione del servizio che si avvertono nelle diverse zone del territorio, il correlato esame di situazioni ambientali, topografiche e di viabilità, le distanze tra le diverse farmacie, le quali - come si è detto - sono frutto di valutazioni ampiamente discrezionali, come tali inerenti all'area del merito amministrativo, rilevanti ai fini della legittimità soltanto in presenza di chiare ed univoche figure sintomatiche di eccesso di potere, in particolare sotto il profilo dell'illogicità manifesta e della contraddittorietà. Inoltre, lo strumento pianificatorio (in passato denominato pianta organica) non è più configurato come atto complesso che si perfezioni con il provvedimento di un ente sovracomunale (la Regione ovvero la Provincia, o altro, a seconda delle legislazioni regionali), bensì come un atto di esclusiva competenza del Comune (e per esso della Giunta): e ciò tanto nella prima applicazione del D.L. n. 1 del 2012, quanto nelle future revisioni periodiche.

Mentre il potere di decisione in ordine all'istituzione e all'assetto distributivo delle farmacie nel proprio territorio spetta ai Comuni, ex art. 11 del decreto legge n. 1 del 2012, alle Regioni e alle Province autonome spetta la gestione del concorso per l'assegnazione delle sedi individuate dai Comuni, oltre al potere sostitutivo nel caso espressamente previsto ex art. 1, comma 9, del decreto legge n. 1 del 2011; per cui, non è ravvisabile un autonomo potere di verifica e di controllo da parte della Regione sull'osservanza dell'asserito obbligo di revisione biennale del numero delle sedi farmaceutiche da parte del Comune.

### **Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 30 gennaio 2024, n. 767**

#### **Procedimento amministrativo – Obbligo di provvedere – Silenzio inadempiamento – Acquisizione sanante ex art. 42 bis T.U. 327/2001 – Discrezionalità**

L'art. 2 della l. 241 del 1990 reca il principio generale in forza del quale, se il procedimento consegue obbligatoriamente dalla presentazione di un'istanza da parte del privato, ovvero deve essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione a ciò competente ha l'obbligo di concluderlo, mediante l'adozione di un provvedimento espresso nei termini di legge.

Sebbene l'art. 42 bis, d.P.R. n. 327/2001 non contempra espressamente un avvio del procedimento ad istanza di parte, il privato può sollecitare la p.a. ad avviare il relativo procedimento e quest'ultima ha l'obbligo di provvedere al riguardo, essendo l'eventuale inerzia configurabile quale silenzio-inadempimento impugnabile dinanzi al giudice amministrativo. L'amministrazione ha, dunque, l'obbligo giuridico di esaminare le istanze dei proprietari volte ad attivare il procedimento di cui all'art. 42 bis, d.P.R. n. 327/2001, adeguando la situazione di fatto a quella di diritto e facendo comunque venir meno la situazione di occupazione "sine titulo" dell'immobile, con il ripristino della legalità.

Resta, comunque, fermo che la valutazione comparativa degli interessi in gioco e la conseguente decisione in ordine all'acquisizione o alla restituzione del bene rimane riservata alla sfera di discrezionalità dell'amministrazione.

### [Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 9 aprile 2024, n. 293](#)

**Pianificazione urbanistica – Localizzazione impianti di telecomunicazione – Discrezionalità – Limitazioni – Competenze dei Comuni – Delocalizzazione e bonifica – Condizioni – Oneri motivazionali – Iniziativa pubblica – Legge regionale Lombardia n. 11 del 2001**

L'art. 8 comma 6 della legge 36/2001 attribuisce ai Comuni il potere di disciplinare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti di telecomunicazione e di minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici con riferimento a siti sensibili individuati in modo specifico. È però esclusa la possibilità di introdurre limitazioni alla localizzazione in aree generalizzate del territorio. Inoltre, non è consentito ai Comuni di incidere, anche in via indiretta o mediante ordinanze contingibili e urgenti, sui limiti di esposizione ai campi elettromagnetici, sui valori di attenzione, e sugli obiettivi di qualità, tutte materie che rimangono riservate allo Stato e costituiscono oggetto delle valutazioni tecniche dell'ARPA.

L'art. 9 comma 1 della legge 36/2001 ha introdotto in via transitoria una procedura di bonifica dei siti caratterizzati da inquinamento elettromagnetico, prevedendo espressamente la delocalizzazione degli impianti di telecomunicazione che all'epoca fossero risultati fuori norma rispetto ai limiti di esposizione, ai valori di attenzione e agli obiettivi di qualità. La condizione di partenza di un piano di delocalizzazione è una situazione di inquinamento elettromagnetico intesa come superamento non occasionale dei limiti di legge.

La delocalizzazione imposta e non incentivata, e non motivata da esigenze di bonifica elettromagnetica, introduce una forma di divieto generalizzato e retroattivo, che eccede il potere di disciplinare il corretto insediamento degli impianti di telecomunicazione sul territorio.

Le suddette norme vanno coordinate con i principi della pianificazione urbanistica, in base ai quali è legittimo stabilire una soglia massima allo sviluppo di attività economiche insediate in zone del territorio non più adatte ad ospitarle, ma l'amministrazione non può imporre unilateralmente la delocalizzazione. L'obiettivo della liberazione del territorio dalle attività sgradite può essere perseguito solo attraverso strumenti incentivanti. Eccezionalmente, sono ammessi piani di delocalizzazione a iniziativa pubblica, quando sia necessario tutelare superiori interessi pubblici, e in primo luogo il diritto alla salute delle persone.

Un'ipotesi codificata di delocalizzazione imposta è quella del citato art. 9 comma 1 della legge 36/2001, che ha svolto una funzione storicamente rilevante nel garantire il rispetto delle nuove regole sulle emissioni elettromagnetiche. Lo stesso meccanismo è replicabile, in base ai principi della materia e anche ai sensi della normativa regionale (v. art. 9 comma 4 della LR 11 maggio 2001 n. 11), quando siano accertate situazioni di inquinamento elettromagnetico sopravvenute, o sfuggite ai controlli precedenti. Per accelerare lo spostamento degli impianti, è possibile abbinare l'ordine di trasferimento a incentivi o accordi sostitutivi, eventualmente con forme agevolate di ospitalità all'interno dei siti di proprietà pubblica.

### Tar Umbria, sez. I, 17 aprile 2024, n. 268

**Abuso edilizio – Istanza in sanatoria successiva al provvedimento sanzionatorio – Condizioni – Osservazioni dei privati – Onere motivazionale del Comune – Provvedimento amministrativo fondato su plurimi motivi – Legittimità – Varianti ai piani attuativi di iniziativa privata o mista – Disciplina – Proposta di piano attuativo – Legge regionale Umbria – Doppia conformità urbanistico-edilizia – Onere probatorio – Sanzione pecuniaria sostitutiva – Condizioni**

Circa gli effetti sostanziali e processuali della presentazione di una istanza di sanatoria successivamente all'adozione del provvedimento sanzionatorio, va precisato che tale effetto può verificarsi in caso di reiterazione delle istanze di sanatoria, solo ove la nuova istanza sia basata su elementi nuovi, la cui conoscenza è sopravvenuta rispetto alla precedente eventualmente rigettata. In caso contrario, ne deriverebbe un *vulnus* al principio di certezza delle situazioni giuridiche, consentendo al privato, mediante la semplice reiterazione di istanze di sanatoria, di precludere il dispiegamento degli effetti propri delle misure apprestate dall'ordinamento per la repressione degli abusi edilizi.

L'amministrazione non ha un onere di specifica e analitica confutazione delle osservazioni presentate dalla parte privata a seguito della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, bastando che ne abbia dato conto in modo sintetico ed essendo sufficiente, ai fini della giustificazione del provvedimento adottato, la motivazione complessivamente resa a sostegno dell'atto stesso.

Quando un provvedimento amministrativo è fondato su una pluralità di autonomi motivi, la legittimità di uno solo di essi è sufficiente a sorreggerlo, mentre l'eventuale illegittimità di uno solo o più degli altri motivi non basta a determinarne l'illegittimità. La sussistenza di una sola valida ragione ivi trasfusa può adeguatamente sostenerne la legittimità, con conseguente carenza di interesse della parte ricorrente all'esame delle censure ulteriori volte a contestare le altre ragioni giustificatrici dell'atto medesimo.

In assenza di una disciplina specifica per le varianti ai piani attuativi di iniziativa privata o mista già approvati, il Comune deve applicare, secondo il principio del *contrarius actus*, le medesime previsioni poste per la proposizione *ex novo* del piano, anche in considerazione della ricaduta generale sull'assetto dell'intera zona considerata dal piano di lottizzazione di una modifica alla disciplina delle distanze tra gli edifici.

L'art. 54 della l. r. Umbria n. 1 del 2015 prevede, al secondo comma, che la proposta di piano attuativo possa essere presentata dai «proprietari di almeno il cinquantuno per cento del valore catastale degli immobili e della superficie delle aree perimetrate dal PRG, parte operativa».

La disposizione di cui al penultimo periodo del primo comma dell'art. 154 l. r. Umbria n. 1 del 2015 – per cui «Ai fini di cui al presente comma è consentito l'adeguamento di eventuali piani attuativi, purché tale adeguamento risulti conforme alla disciplina urbanistica vigente, sia al momento della realizzazione dell'intervento oggetto di sanatoria, sia al momento della presentazione della domanda di sanatoria e

non in contrasto con gli strumenti urbanistici adottati» – in alcun modo potrebbe essere interpretata nel senso di consentire una deroga rispetto alla necessità, ai fini dell'accertamento di conformità, della sussistenza della c.d. “doppia conformità” di cui all'art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001 che prescrive, ai fini del rilascio del permesso in sanatoria, la conformità degli interventi alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione sia al momento della presentazione della domanda di titolo in sanatoria. Una diversa interpretazione del primo comma dell'art. 154 l.r. n. 1 del 2015 lo esporrebbe a seri dubbi di legittimità costituzionale, atteso che, secondo la costante giurisprudenza della Corte costituzionale, la richiamata “doppia conformità” costituisce «principio fondamentale nella materia governo del territorio» (Corte costituzionale sentenze n. 93 del 2023, n. 77 del 2021, n. 70 del 2020, n. 68 del 2018, n. 232 e n. 107 del 2017), nonché norma fondamentale di riforma economico-sociale.

L'art. 36 d.P.R. n. 380/2001, nel disciplinare l'accertamento di conformità, necessita che gli interventi abusivi siano conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dell'opera, sia al momento della presentazione della istanza di sanatoria. Peraltro, il procedimento per la verifica di conformità ex art. 36 d.P.R. n. 380/2001 sfocia in un provvedimento di carattere assolutamente vincolato, il quale non necessita di altra motivazione, oltre a quella relativa alla corrispondenza (o meno) dell'opera abusiva alle prescrizioni urbanistico-edilizie (e a quelle recate da normative speciali in ambito sanitario e/o paesaggistico) sia all'epoca di realizzazione dell'abuso sia a quella di presentazione dell'istanza ex art. 36 d.P.R. n. 380/2001. Ciò determina che, in sede di accertamento di conformità, è interamente a carico della parte l'onere di dimostrare la c.d. doppia conformità necessaria per l'ottenimento della sanatoria edilizia ordinaria ai sensi dell'art. 36 d.P.R. n. 380/2001 (già, art. 13 l. n. 47/1985), attesa la finalità dell'istituto, secondo il quale il rilascio del permesso in sanatoria presuppone indefettibilmente la c.d. doppia conformità, vale a dire la non contrarietà del manufatto abusivo alla disciplina urbanistica vigente sia al momento della sua realizzazione sia al momento della presentazione dell'istanza di sanatoria.

Ai sensi del secondo comma dell'art. 143 della l. r. Umbria n. 1 del 2015, «Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, accertata l'esecuzione di interventi in assenza di permesso di costruire, in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali, determinate ai sensi dell'articolo 139, [...] ingiunge al proprietario e ai responsabili dell'abuso, nei termini di cui all'articolo 141, comma 3, la rimozione o la demolizione e la remissione in pristino». Il legislatore regionale è chiaro nel distinguere le ipotesi di interventi realizzati in assenza di permesso di costruire, o in totale difformità dal medesimo, da quelle di interventi che presentino variazioni essenziali (con l'utilizzo della congiunzione “ovvero”); solo in questa ultima ipotesi, assume rilevanza la disciplina di cui all'art. 139 della medesima l. r. n. 1 del 2015.

L'applicabilità della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 33, comma 2, in deroga alla regola generale della demolizione, propria degli illeciti edilizi, presuppone la dimostrazione della oggettiva impossibilità di procedere alla demolizione delle parti difformi senza incidere, sul piano delle conseguenze materiali, sulla stabilità dell'intero edificio; in secondo luogo, e in ogni caso, l'applicabilità, o meno, della sanzione pecuniaria, può essere decisa dall'Amministrazione solo nella fase esecutiva dell'ordine di demolizione e non prima, sulla base di un motivato accertamento tecnico.

La valutazione, cioè, circa la possibilità di dare corso all'applicazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella ripristinatoria costituisce una mera eventualità della fase esecutiva, successiva alla ingiunzione a demolire: con la conseguenza che la mancata valutazione della possibile applicazione della sanzione pecuniaria sostitutiva non può costituire un vizio dell'ordine di demolizione ma, al più, della successiva fase riguardante l'accertamento delle conseguenze derivanti dall'omesso adempimento al predetto ordine

di demolizione e della verifica dell'incidenza della demolizione sulle opere non abusive.

In sintesi, la verifica ex art. 33, comma 2, va compiuta su segnalazione della parte privata durante la fase esecutiva e non dall'Amministrazione procedente all'atto dell'adozione del provvedimento sanzionatorio.

Inoltre, l'applicabilità della sanzione pecuniaria può essere decisa dall'Amministrazione solo nella fase esecutiva dell'ordine di demolizione e non prima.

In sostanza, la valutazione circa la possibilità di dare corso all'applicazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella ripristinatoria costituisce una mera eventualità della fase esecutiva, successiva alla ingiunzione a demolire, con la conseguenza che la mancata valutazione della possibile applicazione della sanzione pecuniaria sostitutiva non può costituire un vizio dell'ordine di demolizione ma, al più, della successiva fase riguardante l'accertamento delle conseguenze derivanti dall'omesso adempimento al predetto ordine di demolizione e della verifica dell'incidenza della demolizione sulle opere non abusive, dimodoché la verifica di cui all'art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380/2001 va compiuta su segnalazione della parte privata durante la fase esecutiva e non dall'amministrazione procedente all'atto dell'adozione del provvedimento sanzionatorio.

### [Tar Veneto, Venezia, sez. III, 24 aprile 2024, n. 786](#)

#### **Ordinanze contingibili e urgenti – Imputazione giuridica – Presupposti e limiti – Onere motivazionale e istruttorio rafforzato – Esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici**

L'imputazione giuridica allo Stato degli effetti delle ordinanze contingibili e urgenti adottate dal Sindaco ha natura meramente formale, in quanto quest'ultimo, pur agendo nella veste di ufficiale di Governo, resta incardinato nel complesso organizzativo dell'ente locale, con la conseguente imputabilità dell'atto al Comune e non allo Stato, al pari della conseguente responsabilità.

L'esercizio legittimo dell'adozione di un'ordinanza contingibile e urgente, trattandosi di manifestazione di un potere residuale e atipico, a rischio di frizione con il principio di legalità dell'azione amministrativa, è condizionato dall'esistenza dei presupposti tassativi, di stretta interpretazione, di pericolo per l'igiene, la sanità o l'incolumità pubblica, pericolo che deve essere peraltro dotato del carattere di eccezionalità tale da rendere indispensabile interventi immediati ed indilazionabili.

La capacità delle ordinanze *extra ordinem* di derogare a norme legislative vigenti è consentita solo se temporalmente delimitata e comunque nei limiti della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare; l'assoluta imprevedibilità della situazione da affrontare non è un presupposto indefettibile per l'adozione delle ordinanze sindacali *extra ordinem*; l'ordinanza può essere adottata solo ove non sia possibile fronteggiare la situazione con i provvedimenti tipici già previsti dall'ordinamento; la situazione di pericolo deve essere attuale rispetto al momento dell'adozione del provvedimento; le ordinanze contingibili ed urgenti devono essere adeguatamente motivate ed istruite.

Il sopravvenuto d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in L. 11 settembre 2020, n. 120, al comma 6 dell'art. 38, "certifica" l'impossibilità di adottare ordinanze contingibili e urgenti nella materia dei limiti di esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, sui valori di attenzione e sugli obiettivi di qualità, la cui competenza è riservata allo Stato, ai sensi dell'art. 4 l. n. 36/2001.

### [Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 29 aprile 2024, n. 1434](#)

#### **Servizi pubblici – Servizio Idrico Integrato – Principio dell'unicità della gestione – Eccezioni – Gestione autonoma – Presupposti – Condizioni di salvaguardia**

Il legislatore nazionale, in deroga al principio dell'unicità della gestione, ha inteso

salvaguardare quegli affidamenti in forma autonoma che diano sicure garanzie di efficienza nell'uso della risorsa idrica, e per i quali un altro gestore – come quello unico di ambito – non potrebbe fare meglio.

La gestione autonoma si caratterizza, quindi, per essere un'eccezione alla regola generale della gestione unica, consentita solo qualora sia dimostrata una efficienza ed efficacia – e, dunque, una vera e propria eccellenza – che andrebbe perduta con la gestione aggregata. L'efficienza, in particolare, è uno dei presupposti per poter configurare l'eccezione della gestione autonoma del servizio idrico integrato (SII), che, altrimenti, per regola generale, deve essere unitaria.

La fattispecie prevista dall'art. 147, comma 2 -bis del d.lgs. n.152/2006 consente – solo in casi eccezionali – a singoli Comuni, la gestione in forma autonoma del SII; si tratta di norma derogatoria ed eccezionale, che deve essere interpretata in modo rigoroso e restrittivo, atteso che una più ampia interpretazione comporterebbe l'effetto di vanificare il principio dell'unicità di gestione per ambiti territoriali ottimali, riducendone fortemente la portata applicativa. A tal fine, come si evince dall'art. 147, co. 2 bis, sono poste delle stringenti condizioni cumulativamente richieste dalla norma (cd. condizioni di salvaguardia), le quali devono essere accertate ed esistenti al momento in cui si valuta la salvaguardia della gestione.

#### [Tar Sicilia, Catania, sez. V, 30 aprile 2024, n. 1577](#)

#### **Servizi pubblici – Servizio Idrico Integrato – Gestione – Ambiti territoriali ottimali – Normativa statale e della Regione Sicilia - Affidamenti in house di importo superiore alle soglie di rilevanza europea – Onere motivazionale rafforzato**

La normativa di settore in materia di Servizio Idrico Integrato, dalla Legge n. 36/1994 (c.d. Legge Galli) fino alle pertinenti disposizioni del d.lgs. n. 152/2006, è interamente incentrata sulla necessità di organizzare la gestione del Servizio Idrico Integrato per ambiti territoriali sovracomunali, con individuazione del soggetto unico incaricato della gestione del servizio in ciascun ambito territoriale individuato. In particolare, l'art. 147, al comma 1 e al comma 1-bis, stabilisce l'obbligatoria partecipazione dell'ente locale all'ente di governo dell'ambito, prevedendo che:

“1 I servizi idrici sono organizzati sulla base degli ambiti territoriali ottimali definiti dalle regioni in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36. Le regioni che non hanno individuato gli enti di governo dell'ambito provvedono, con delibera, entro il termine perentorio del 31 dicembre 2014. Decorso inutilmente tale termine si applica l'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131. Gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale partecipano obbligatoriamente all'ente di governo dell'ambito, individuato dalla competente regione per ciascun ambito territoriale ottimale, al quale è trasferito l'esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche di cui all'articolo 143, comma 1.

1-bis. Qualora gli enti locali non aderiscano agli enti di governo dell'ambito individuati ai sensi del comma 1 entro il termine fissato dalle regioni e dalle province autonome e, comunque, non oltre sessanta giorni dalla delibera di individuazione, il Presidente della regione esercita, previa diffida all'ente locale ad adempiere entro ulteriori trenta giorni, i poteri sostitutivi, ponendo le relative spese a carico dell'ente inadempiente. Si applica quanto previsto dagli ultimi due periodi dell'articolo 172, comma 4”.

Il co.2 dell'art. 147, prevede, invece, che “Le regioni possono modificare le delimitazioni degli ambiti territoriali ottimali per migliorare la gestione del servizio idrico integrato, assicurandone comunque lo svolgimento secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto, in particolare, dei seguenti principi: a) unità del bacino

idrografico o del sub-bacino o dei bacini idrografici contigui, tenuto conto dei piani di bacino, nonché della localizzazione delle risorse e dei loro vincoli di destinazione, anche derivanti da consuetudine, in favore dei centri abitati interessati; b) unicità della gestione; c) adeguatezza delle dimensioni gestionali, definita sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici.”

L'art. 149 bis del sopra citato decreto legislativo ha previsto, poi, che compete all'ente di governo dell'ambito, nel rispetto del piano d'ambito di cui all'articolo 149 e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, deliberare “la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica”.

L'art. 153, co. 1, come modificato dall'art. 7, co. 1, lett. f) del d.l. n. 133 del 2014, pone specifici obblighi agli enti locali facenti parte dell'A.T.I., a cui sono correlati adempimenti sostitutivi nei seguenti termini: “Gli enti locali proprietari provvedono in tal senso entro il termine perentorio di sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, salvo eventuali quote residue di ammortamento relative anche ad interventi di manutenzione. Nelle ipotesi di cui all'articolo 172, comma 1, gli enti locali provvedono alla data di decorrenza dell'affidamento del servizio idrico integrato. Qualora gli enti locali non provvedano entro i termini prescritti, si applica quanto previsto dal comma 4, dell'articolo 172. La violazione della presente disposizione comporta responsabilità erariale.”

L'art. 172 del d. lgs. n. 152 del 2006, al comma 4, disciplina i poteri sostitutivi nell'ipotesi di inadempienza dell'ente di governo, stabilendo, tra l'altro, che: “Qualora l'ente di governo dell'ambito non provveda nei termini stabiliti agli adempimenti di cui ai commi 1, 2 e 3 o, comunque, agli ulteriori adempimenti previsti dalla legge, il Presidente della regione esercita, dandone comunicazione al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, i poteri sostitutivi, ponendo le relative spese a carico dell'ente inadempiente, determinando le scadenze dei singoli adempimenti procedurali e avviando entro trenta giorni le procedure di affidamento. [...] Qualora il Presidente della regione non provveda nei termini così stabiliti, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico, entro i successivi trenta giorni, segnala l'inadempienza al Presidente del Consiglio dei Ministri che nomina un Commissario ad acta, le cui spese sono a carico dell'ente inadempiente. La violazione della presente disposizione comporta responsabilità erariale.”

Il D.L. 6 novembre 2021, n. 152, rubricato “Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose”, convertito in Legge 29 dicembre 2021 n. 233, all'art. 22 (“Misure per agevolare la realizzazione degli interventi finanziati con le risorse del Piano nazionale di ripresa e resilienza volti a fronteggiare il rischio di alluvione e il rischio idrogeologico”), ha disposto al comma 1-quinquies integrazioni all'art. 147 del d.lgs. 152 del 3 aprile 2006, ponendo stringenti termini da rispettare. In particolare, il comma 2 ter dell'art. 147 del Codice dell'Ambiente ha stabilito che:

- entro il 1° luglio 2022 le gestioni del servizio idrico in forma autonoma per le quali l'Ente di Governo dell'Ambito non si sia ancora espresso sulla ricorrenza dei requisiti per la salvaguardia di cui al comma 2 bis lettera b) [dell'art. 147 del d.lgs. 152/2006] confluiscono nella gestione unica individuata dal medesimo Ente;

- entro il 30 settembre 2022 l'Ente di Governo dell'Ambito provvede ad affidare al gestore unico tutte le gestioni non fatte salve ai sensi del richiamato comma 2 bis.

Il D.L. n. 115/2022, convertito in legge n. 142/2022, ai sensi dell'art. 14 (“Rafforzamento della governance della gestione del servizio idrico integrato”), ha stabilito - nell'ordine - un termine di 90 giorni (decorrenti dalla data di entrata in vigore del

decreto ossia dal 10 agosto 2022) entro il quale gli ambiti avrebbero dovuto adottare gli atti per l'affidamento del S.I.I., prevedendo, al secondo comma, che, in ipotesi di inottemperanza, è il Presidente della Regione, dandone comunicazione al Ministro della transizione ecologica e all'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente, a esercitare "i poteri sostitutivi, ponendo le relative spese a carico dell'ente inadempiente, affidando il servizio idrico integrato entro sessanta giorni". Il detto articolo ha, altresì, espressamente previsto, al comma 4 e seguenti, meccanismi sostitutivi anche nei confronti della Regione per ipotesi di sua inottemperanza, specificando altresì (al comma 7) che "Fermo restando quanto previsto dal presente articolo, ove sia messo a rischio il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), si applica l'articolo 12 del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108."

In Sicilia, in applicazione della l. r. n. 19 del 2015, l'Ente di Governo d'Ambito, di cui al d.l. n. 133/2014 (che ha sostituito le preesistenti Autorità d'Ambito), è rappresentato dall'Assemblea Territoriale Idrica (A.T.I.), costituita dai Sindaci di tutti i Comuni ricadenti nel territorio dell'Ambito, la cui perimetrazione è rimasta coincidente con i limiti territoriali delle ex Province regionali.

Per la scelta del modello della società mista, non è richiesta una "qualificata motivazione": essa, invece, è dovuta, ai sensi dell'art. 17 del d. lgs. n. 201 del 2022, per il caso di affidamenti in house di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici.

\* \* \*

#### [Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per il Molise, 5 gennaio 2024, n. 1](#)

**Danno erariale – Procedura esecutiva mobiliare - Pignoramento presso terzi – Condotta omissiva - Dichiarazione ex art. 547 c.p.c. – Opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. – Assenza posizione debitoria dell'Ente - Debiti fuori bilancio – Mancata prova della notificazione della procedura esecutiva - Rigetto domanda**

Il Sindaco e il Segretario Comunale non possono essere ritenuti responsabili del danno erariale derivante dall'omessa resa della dichiarazione negativa ex art. 547 c.p.c., in qualità di terzo pignorato, davanti al giudice dell'esecuzione, da cui è derivato il consolidarsi di una posizione debitoria in realtà del tutto inesistente, quando manca la dimostrazione che gli stessi fossero a conoscenza del pignoramento e dei successivi atti esecutivi, pur in presenza di una inspiegabile incuria della conservazione degli atti presso l'Ente.

#### [Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per l'Umbria, 8 gennaio 2024, n. 1](#)

**Patrimonio cimiteriale comunale – Retrocessione area cimiteriale – Vantaggio patrimoniale per adozione di atto amministrativo in presenza di conflitto di interessi - Citazione per concessione illegittima Cappella cimiteriale – Abuso d'Ufficio – Mancata astensione ex artt. 6-bis Legge 241/1990 e 7 D.P.R. 62/2013 – Condotta illecita - Condotta omissiva di procedure pubbliche – Annullamento in autotutela.**

Il dipendente comunale che adotta un atto amministrativo in conflitto di interessi per aver introitato danaro, insieme ai suoi congiunti, a seguito di retrocessione di area cimiteriale e di adozione da parte del medesimo dipendente di atto di concessione in favore di terzi in difetto di procedura comparativa, non pone in essere una condotta causativa di danno erariale se il suo agire si limita alla mera percezione di un corrispettivo per rinunciare alla concessione, in quanto la rinuncia non sarebbe bastata



a far ottenere ad altri il sepolcro, posto che la cessione dello stesso non autorizzata dall'Amministrazione produce effetto solo tra le parti, mentre nei confronti del Comune rimane titolare l'originario concessionario che risponde nei confronti dell'Amministrazione e anche dell'avente causa.

Non integra una condotta anti doverosa, fonte di danno risarcibile, la mera adozione di un atto illegittimo di concessione di area cimiteriale, in quanto adottato in potenziale conflitto di interessi, allorquando, per scadenza del diritto di concessione dell'area cimiteriale per decorso dei termini massimi, gli eredi originari risultino essere ormai privi, al momento dell'adozione dell'atto, di qualsivoglia diritto o interesse sull'area e sulla cappella di famiglia o quando la concessione a terzi è stata effettuata dopo che gli originari titolari si sono spogliati, attraverso atto di rinuncia, di ogni diritto ed interesse al riguardo. Pertanto, la mera rilevazione di un conflitto di interessi potenziale non basta a dimostrare la sussistenza di un danno erariale, ove il medesimo non si sia tradotto in una concreta lesione del principio di concorrenza.

### [Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per il Veneto, 8 gennaio 2024, n. 2](#)

**Giudizio di conto – Soggetto gestore di struttura ricettiva - Imposta di soggiorno non riversata – Responsabilità contabile - artt. 178 e ss. R.D. 23 maggio 1924 n. 827 – Condotta illecita**

Tra il gestore della struttura alberghiera, che svolge una funzione strumentale ai fini della riscossione dell'imposta di soggiorno comportante il maneggio di denaro a destinazione pubblica, e l'ente impositore si instaura un rapporto di servizio dal quale derivano, in capo al gestore medesimo, obblighi di contabilizzazione, rendicontazione e riversamento delle somme introitate, che hanno natura pubblica. Pertanto, il gestore ha l'obbligo di comunicare all'Ente il numero dei pernottamenti imponibili, il numero di quelli esenti e di quelli esclusi relativi al periodo di riferimento e, entro il termine disciplinato, di effettuare il versamento di ogni somma dovuta a titolo di imposta di soggiorno al fine di non arrecare al Comune un danno da mancata entrata, pari all'importo del riscosso.

### [Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per il Trentino-Alto Adige – sede di Bolzano, 9 gennaio 2024, n. 1](#)

**Garante per la protezione dei dati personali – Titolare del trattamento - Privacy Manager - Condotta omissiva – Violazione dell'art. 5 Regolamento europeo n. 2016/679 – Violazione artt. 113 e 114 del codice della privacy - D.lgs. 4 settembre 2015, n. 151 – Provvedimento del Garante 13 luglio 2016, n. 303 - Sanzione – Danno erariale**

Il danno derivante ad un Comune dall'irrogazione di una sanzione da parte del Garante sulla privacy per violazione della normativa sul trattamento dei dati personali non può essere ricondotto automaticamente al sindaco, pur essendolo lo stesso titolare del trattamento dei dati e onerato degli obblighi previsti per tale figura, considerato che quando la responsabilità deve riverberarsi sulla persona fisica legale rappresentante dell'Ente non si può non tenere conto delle dimensioni dell'ente, della molteplicità dei compiti assegnati ad un Sindaco, della tecnicità della materia e soprattutto dell'avvenuta o meno predisposizione di un'organizzazione potenzialmente idonea. Pertanto, non sussiste nella condotta del sindaco l'elemento soggettivo della colpa grave per aver confidato nell'operato del responsabile e degli incaricati comunali, non potendo effettivamente lo stesso essere chiamato ad occuparsi in prima persona degli aspetti tecnici legati alla tutela della privacy.

Il dipendente comunale che riveste incarichi di responsabile dei procedimenti amministrativi in materia di protezione dei dati personali e di *Privacy Manager* ha l'obbligo di

attivarsi per verificare la conformità della disciplina regolamentare interna al quadro normativo introdotto dal d.lgs. 4 settembre 2015, n. 151, oltre che un generale obbligo di vigilanza sul rispetto della predetta normativa, ed è, quindi, configurabile in capo allo stesso un comportamento omissivo, caratterizzato da colpa grave, eziologicamente ricollegabile al verificarsi di violazioni del diritto alla privacy sanzionate da parte del garante, quando le sanzioni si sarebbero potute evitare attraverso un maggiore coordinamento e un'analisi attenta della normativa e delle novelle intervenute, in particolare quando gli episodi presi in considerazione dal garante non sono singoli ma relativi a tipologie di trattamento massivo dei dati.

#### **Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per l'Abruzzo, 11 gennaio 2024, n. 1**

##### **Responsabilità Amministrativa – Danno Erariale – Comune – Incarico a contratto ex art. 110 TUEL - Illegittimità - Illiceità – Condotta omissiva**

Al fine di conferire l'incarico di vicesegretario comunale, il requisito normativamente previsto dell'inquadramento nel ruolo a tempo indeterminato in altro Ente locale, non può essere equiparato ad un incarico a tempo determinato ai sensi dell'art. 110 TUEL. Pertanto, l'assenza di tale requisito unitamente al mancato adempimento degli obblighi posti nell'originaria autorizzazione prefettizia successivamente revocata e l'esistenza di una sentenza penale non definitiva a carico dell'incaricato rappresentano un'illegittimità talmente grave da determinare una presunzione assoluta di inidoneità allo svolgimento dell'incarico, con conseguente inutilità delle prestazioni rese. L'inconferibilità prevista dall'art. 3 del D.lgs. n. 30 del 2013 contiene un'evidente deroga ai principi generali, in quanto prevede che, con riferimento ad alcuni specifici incarichi, la causa ostativa è rappresentata anche da una sentenza penale non definitiva e va interpretata in senso restrittivo, non suscettibile di interpretazioni estensiva o analogica, e limitata, quindi, solo agli incarichi espressamente indicati nella norma stessa.

#### **Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per la Campania, 22 gennaio 2024, n. 35**

##### **Dipendente comunale - Incompatibilità – Part time – Cumulo impieghi parziali – Autorizzazione – Obiettiva incertezza – Colpa grave**

Il dipendente comunale, che presta servizio in regime di part time presso due comuni differenti, determina una sovrapposizione di impieghi che crea soltanto in via di fatto e non in via di diritto un unitario rapporto di lavoro full time con conseguente incertezza sulla disciplina applicabile in presenza di cumulo di impieghi parziali, in quanto il regime della autorizzabilità trova applicazione nei soli casi in cui il pubblico dipendente instauri con l'Amministrazione datoriale un rapporto di lavoro part time con prestazione lavorativa superiore al cinquanta per cento. Al contrario, ove il rapporto di lavoro a tempo parziale non risulti superiore al cinquanta per cento, viene ad applicarsi, ai sensi degli artt. 53, comma 6, d.lgs. n. 165/2001 e 92, comma 1, d.lgs. n. 267/2000, un regime di esenzione che consente al dipendente di instaurare, liberamente e senza autorizzazione, ulteriori rapporti a tempo parziale, ancorché in differenti fasce orarie, e di assumere, altresì, incarichi libero-professionali. Pertanto, la particolare complessità della fattispecie erariale dalla quale emerge un susseguirsi ed intrecciarsi in capo ad un dipendente comunale di diversi rapporti di lavoro con più comuni, in concomitanza con lo svolgimento di attività professionali esterne di dottore commercialista e revisore in favore di altre amministrazioni, è idonea ad escludere l'elemento soggettivo della colpa grave.

### [Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per la Puglia, 27 febbraio 2024, n. 40](#)

#### **Trattamento dati sensibili – Tutela della privacy – Oscuramento – Pubblicazione atti – Colpa grave – Danno erariale**

Il dipendente comunale incaricato del trattamento dei dati personali, che nella pubblicazione di una delibera rende noto a terzi lo stato di salute di una minore è responsabile del danno erariale conseguente al risarcimento riconosciuto in sede civile alla stessa per violazione della privacy, in quanto era obbligato a tenere una condotta improntata al più rigoroso rispetto dei principi di liceità, correttezza, pertinenza e non eccedenza, avendo cura di trattare i dati in maniera strettamente attinente alle finalità per le quali essi sono raccolti e utilizzati, in quanto anche laddove ci si trovi in presenza di disposizioni legislative o regolamentari che stabiliscono forme di pubblicazione obbligatoria delle deliberazioni adottate dall'amministrazione, è necessario impiegare adeguate tecniche di redazione dei provvedimenti e delle deliberazioni selezionando le informazioni da diffondere alla luce dei principi di pertinenza e indispensabilità rispetto alle finalità perseguite dai singoli atti amministrativi adottati, a maggior ragione nel caso in cui si è espressamente incaricati della pubblicazione on line, in quanto integra un sistema di diffusione di informazioni, per sua stessa natura, destinato ad un numero indeterminato di soggetti terzi.

### [Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per la Calabria, 5 marzo 2024, n. 22](#)

#### **Contributi indiretti – Finanziamento OO.PP. – Impianto fonti di energia rinnovabili - Ufficio Infrastrutture e mobilità – RUP – Obblighi convenzionali con l'Amministrazione erogatrice – Revoca contributo - Mancata fruizione dell'opera - Danno Erariale**

Il Dirigente di un Comune con l'incarico di RUP che, nell'attuazione di un accordo di programma teso alla realizzazione di una determinata opera con contributi comunitari, pone in essere condotte omissive e di totale inerzia consistenti nella mancata informativa - all'Amministrazione erogatrice del contributo ed al Comune di appartenenza - di cause ed eventi ostativi alla messa in funzione dell'opera, pur correttamente realizzata e positivamente collaudata, costituiscono causa di responsabilità amministrativa, quando ne segue la revoca del contributo e l'ingiunzione di restituzione delle somme ricevute.

### [Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per l'Umbria, 6 marzo 2024, n. 11](#)

#### **Affidamento diretto servizi comunali – Cooperative sociali - Proroghe - Violazione delle regole della concorrenza – Danno erariale**

L'individuazione del contraente di un Comune può avvenire con un affidamento diretto solo al ricorrere di circostanze eccezionali, in quanto trattasi di un regime derogatorio e straordinario, che necessita di una precisa e dimostrata motivazione, inserita nei provvedimenti a contrarre emanati dall'ente, con indicazione delle finalità che il comune pone a base di tale scelta, eccezionalmente contrastante con le norme sulla concorrenza.

L'affidamento diretto di servizi comunali ad una singola cooperativa sociale in modo automatico e reiterato richiede anche la preventiva valutazione del progetto di inserimento lavorativo prodotto dai soggetti interessati all'affidamento, anche al fine di consentire successivi controlli per verificare il raggiungimento degli obiettivi prefissati.

### [Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per l'Umbria, 18 marzo 2024, n. 12](#)

#### **Responsabile ufficio tecnico – Esproprio – Termine finale – Occupazione illegittima – Danno erariale**

La condotta del Responsabile dell'ufficio tecnico di un comune, che nell'ambito

della procedura acquisitiva di un immobile non ha posto in essere sollecitamente tutte le operazioni e le attività istruttorie e preparatorie di natura tecnica, necessarie per la predisposizione degli atti conclusivi del procedimento ablativo, di competenza dell'ufficio da lui diretto, non sottoponendo la situazione dell'immobile al consiglio comunale per l'adozione del decreto di esproprio entro il termine finale fissato per completare l'iter espropriativo, concorre in termini di inerzia serbata e protratta, gravemente colposa, alla produzione del danno erariale subito dall'ente a seguito del protrarsi dell'intervenuta occupazione illegittima e ai fini della valutazione del grado della colpa che connota la condotta omissiva, occorre considerare se l'operato del Comune è stato già censurato in sede contenziosa, sia amministrativa che ordinaria civile.

**Corte dei conti, Sezione giurisdizionale regionale per la Campania, ordinanza 18 dicembre 2023, n. 228.**

**Danno erariale – Elemento soggettivo – “Scuso erariale” per colpa grave commissiva – Questione di legittimità costituzionale – Violazione articoli 103, 97, 28, 81 e 3 della Costituzione.**

È sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, comma 2, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla legge 16 novembre 2020, n. 120 che esclude - dalla sua entrata in vigore - la responsabilità amministrativa per condotte commissive sorrette da elemento soggettivo di colpa grave causative di danno erariale, per violazione degli artt. 103, 97, 28, 81 e 3 della Costituzione.

In particolare, tale norma viola: *i)* l'artt. 97 e 81, Cost., in quanto la norma rende “legittime e lecite” condotte commissive gravemente colpose in violazione del principio di legalità dell'azione amministrativa e in violazione del buon andamento. L'art. 21, comma 2, del decreto-legge n. 76 del 2020 “legalizza” l'operato del dipendente pubblico a prescindere dal rispetto delle regole minime cautelari e di prudenza, perizia e diligenza, senza apportare alcun beneficio alla funzionalità dell'amministrazione. Tali gravi conseguenze non possono trovare giustificazione nell'aver la norma carattere eccezionale e transitorio, in quanto la gestione delle risorse per superare la crisi economica post Covid-19 è improntata alla legalità, all'efficienza e al rispetto degli equilibri di bilancio, il che viene contraddetto da tale “scudo erariale”, che consente l'irregolarità dell'attività amministrativa, con la dispersione di risorse o un loro utilizzo senza il rispetto delle regole minime di cautela. Inoltre tali danni restano totalmente a carico dell'amministrazione, che non può ricevere ristoro dal dipendente in caso di colpa grave con condotta commissiva/attiva causative di danno, anche con nocimento per l'equilibrio di bilancio; *ii)* l'art. 103 Cost, in quanto sottrae alla giurisdizione della Corte dei conti le ipotesi di responsabilità per condotte attive gravemente colpose a far data dalla sua entrata in vigore; *iii)* l'art. 28 Cost., in quanto il legislatore ordinario può perimetrare discrezionalmente la responsabilità amministrativa, ma non può eliminarla *tout court*, deresponsabilizzando il dipendente pubblico e scaricando irragionevolmente e totalmente sull'amministrazione l'errore del dipendente gravemente inescusabile; *iv)* l'art. 3 Cost., in quanto la norma crea una discriminazione, sia rispetto alla medesima fattispecie commessa *ante* e *post* il 17 luglio 2020 (solo per il periodo anteriore a tale data il giudice contabile potrebbe intervenire per valutare la sussistenza di tale responsabilità assistita da colpa grave commissiva), sia rispetto a coloro che hanno obblighi di controllo e vigilanza e coloro che hanno compiti di gestione attiva. Infatti, per effetto di tale norma, irragionevolmente i primi, a fronte di colpa grave per condotta omissiva, sarebbero responsabili, mentre i secondi, per colpa grave con condotta commissiva causativa del medesimo danno erariale, sarebbero esenti da responsabilità.

**Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, 22 aprile 2024, n. 27/2024/PASP**

**Società partecipate – Parere – Controllo ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 – assenza di potere, da parte dell'ente locale, di autodeterminazione sull'organizzazione del Servizio idrico integrato ai sensi dell'art. 147 e ss. del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152**

La Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, con riferimento alla delibera consiliare con cui un ente locale ha autorizzato l'ente di governo dell'ambito alla costituzione di una società mista pubblico privata per la gestione del Servizio Idrico Integrato nel bacino territoriale di riferimento, ha enunciato il seguente principio di diritto: *“Il principio di unicità del servizio idrico integrato comporta per i singoli Comuni l'obbligo di partecipare alla gestione unitaria, che si configura, dunque, come atto dovuto, con conseguente adesione anche alla società in house o mista individuata come gestore dall'ente d'ambito (Cons. St., Sez. II, sent. n. 7476/2021). Non residua pertanto alcun potere di autodeterminazione sull'organizzazione, essendo ogni competenza demandata all'Ente di Governo dell'ambito territoriale”*.

Pertanto, non residua alcun potere di autodeterminazione sull'organizzazione, essendo ogni competenza demandata all'Ente di Governo dell'ambito territoriale. Nel vigente quadro normativo l'ente locale partecipa obbligatoriamente all'Ente di governo dell'ambito ed è in seno a quest'ultimo che l'Ente locale assume le decisioni in merito all'affidamento del servizio idrico integrato.

In tal senso, il Collegio ha ritenuto di non discostarsi dalle conclusioni affermate dalla Sezione regionale di controllo per la regione Siciliana con la deliberazione n. 174/2023/PASP.

**Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Liguria, 17 aprile 2024, n. 27/2024/PAR**

**Personale – Parere – Funzione consultiva – Controllo collaborativo in materia di spese di personale – welfare integrativo – utilizzo del Fondo per risorse decentrate e limite ai sensi dell'art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 75 del 2017**

La Sezione regionale di controllo per la Liguria, con riferimento ai vincoli di finanza pubblica applicabili al welfare integrativo nel caso di utilizzo delle risorse del Fondo per risorse decentrate, ha enunciato il seguente principio di diritto: *“le misure di welfare integrativo possano essere finanziate: a) utilizzando le risorse già destinate, negli esercizi precedenti, alle medesime finalità, nel rispetto del limite di spesa storica posto dall'art. 82, comma 2, primo periodo, prima parte, del vigente CCNL Funzioni locali (che prevede che “Gli oneri per la concessione dei benefici di cui al presente articolo sono sostenuti mediante utilizzo delle disponibilità già previste, per le medesime finalità, da precedenti norme”), limite finanziario autonomo e distinto rispetto a quello previsto dall'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75/2016; b) utilizzando, eventualmente, quota parte delle risorse che possono alimentare il fondo per la contrattazione integrativa ex art. 79 del medesimo CCNL, come previsto dall'art. 82, comma 2, primo periodo, seconda parte, del CCNL (“mediante utilizzo di quota parte del Fondo di cui all'art.79, nel limite definito in sede di contrattazione integrativa”), con conseguente incidenza e necessità di osservanza del limite di finanza pubblica posto dall'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75/2016; c) con le eventuali economie derivanti dai piani di razionalizzazione e riqualificazione della spesa, di cui all'art. 16, commi 4 e 5, del d.l. 98/2011 convertito, con modifiche, in legge n. 111/2011, come previsto dall'art. 82, comma 2, secondo periodo, del CCNL (“Tra le risorse del Fondo sono prioritariamente utilizzate, anche in deroga al limite di cui al*

precedente periodo, quelle di cui all'art. 67, comma 3, lett. b) del CCNL del comparto Funzioni locali sottoscritto il 21.05.2018”), risorse non incidenti sul limite di finanza pubblica posto dall'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75/2017”.

### [Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per le Marche, 15 aprile 2024, n. 35/2024/VSGC](#)

#### **Controlli interni – Deliberazione – Controllo sul Sistema dei controlli interni ai sensi dell'art. 148 del d.lgs. n. 267/2001**

La Sezione regionale di controllo per le Marche, con riferimento al sistema dei controlli interni, ha enunciato il seguente principio di diritto: *“i diversi controlli dovrebbero essere osservati come un unico sistema di misurazione integrato, in grado di raccordare tra loro, per ciascuna attività gestionale, l'insieme dei diversi indicatori di cui ciascun tipo di controllo è dotato. Affinché tale integrazione sia effettiva, è necessario però che i loro contenuti siano coerenti e conseguenti, come fasi successive di elaborazione di un report unitario su cui fondare, in modo sostanziale, i processi decisionali dell'ente”.*

### [Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, 22 marzo 2024, n. 17/2024/PAR](#)

#### **Valorizzazione patrimonio immobiliare – Parere – Funzione consultiva – Controllo collaborativo avente a oggetto i principi di trasparenza, pubblicità, concorrenzialità e di gestione delle risorse pubbliche improntate ai criteri di efficacia, efficienza ed economicità**

La Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, con riferimento alla possibilità per l'Ente di accettare la proposta di rinegoziazione del contratto di locazione in essere con un terzo in punto di rideterminazione al ribasso del canone a suo tempo pattuito, ha enunciato il seguente principio di diritto: *“la natura privatistica del contratto e la gestione negoziale delle sue sopravvenienze, pur rientranti nel raggio d'azione dell'ente in ragione della sua capacità giuridica generale, così come previsto dall'art. 1, c. 1-bis della L. 7 agosto 1990, n. 241, non sono prevalenti rispetto alle prescrizioni che il legislatore detta in tema di principi di trasparenza, pubblicità, concorrenzialità e di gestione delle risorse pubbliche improntate ai criteri di efficacia, efficienza ed economicità; in tale quadro il comune ha l'obbligo di valorizzare i beni pubblici traendone il massimo risultato possibile ad esclusivo beneficio della comunità amministrata, anche riguardo alla disciplina europea agli aiuti di Stato. Pertanto, nell'esercizio della propria discrezionalità, il comune individua – a seguito di un adeguato percorso motivazionale – la migliore opzione concretamente praticabile nel caso concreto (e, naturalmente, senza che il Comune assuma rischi impropri) e, nel rispetto dell'intangibilità del principio dell'equilibrio di bilancio, assicurerà la disponibilità delle risorse necessarie per far fronte alle eventuali minori entrate derivanti dalla scelta operata”.*

In tal senso, il Collegio ha ritenuto di non discostarsi dalle conclusioni affermate dalla Sezione regionale di controllo per la regione Lombardia con la citata del. n. 129/2021/PAR.

### [Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Campania, 12 marzo 2024, n. 49/2024/PAR](#)

#### **Valorizzazione patrimonio immobiliare – Parere – Funzione consultiva – Controllo collaborativo avente la concessione a titolo gratuito dell'utilizzo di un'immobile ad un ente pubblico statale**

La Sezione regionale di controllo per la Campania, con riferimento alla possibilità per l'Ente di concedere in comodato gratuito l'utilizzo di un immobile ad altro ente pubblico statale, ha enunciato il seguente principio di diritto: *"l'art. 1, comma 439, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 - nella versione risultante a seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 95/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 135/2012 - ammette espressamente che gli Enti locali concedano l'uso gratuito di immobili di loro proprietà alle Amministrazioni dello Stato per finalità istituzionali delle Amministrazioni stesse; rientra nella discrezionalità del Comune valutare, alla luce degli interessi in gioco, se rinunciare o meno alla redditività di un bene immobile o alla destinazione di tale bene a finalità istituzionali proprie del Comune stesso, per favorire la presenza, sul proprio territorio, di una caserma dell'Arma dei Carabinieri a tutela dell'interesse della comunità locale alla sicurezza"*.

Ciò in quanto l'Ente è tenuto ad improntare l'amministrazione del proprio patrimonio a criteri di economicità ed efficienza ai fini della sana gestione finanziaria, l'uso gratuito, in assenza dei presupposti di legge, concretizzerebbe una ipotesi di depauperamento delle ricchezze della collettività amministrata in violazione del principio di buona amministrazione.

### [Corte dei conti, Sezione regionale di controllo del Lazio, 11 marzo 2024, n. 15/2024/PRSP](#)

#### **Bilancio – Funzione di controllo ai sensi dell'art. 243-quater, comma 7, del d.lgs. n. 267/2000 – Rimodulazione del Piano di riequilibrio finanziario pluriennale**

La Sezione regionale di controllo del Lazio, con riferimento alla richiesta di rimodulazione di un piano di riequilibrio ai sensi dell'art. 243-bis, comma 5 Tuel, ultimo inciso, in coincidenza del rinnovo degli organi amministrativi e del mandato elettorale e all'esigenza di dimostrare la sostenibilità, ed alla sentenza n. 224 del 2023, medio tempore intervenuta, con cui la Corte costituzionale ha sancito l'illegittimità parziale delle disposizioni di legge che consentivano di utilizzare il fondo di rotazione come mezzo di copertura dell'oggetto del Piano, ha enunciato il seguente principio di diritto: *la possibilità per l'ente "di dimostrare la sostenibilità del piano ... OMISSIS... con coperture alternative, ferma restando, per la parte restante del disavanzo, la necessità di dare coperture allo squilibrio quantificato dal risultato di amministrazione nel tempo e nei modi previsti rispettivamente ai sensi dell'art. 3, comma 16 del d.lgs. 118/2011 e del combinato disposto degli artt. 188, 193 e 194 Tuel"*.

La necessità, per l'ente, di dimostrare la sostenibilità del Piano con riferimento all'individuazione di coperture sostitutive rispetto a quelle a suo tempo indicate originariamente per potere sostituire le coperture a suo tempo indicate è sopraggiunta a seguito della sentenza n. 224 del 2023, medio tempore intervenuta, con cui la Corte costituzionale ha sancito l'illegittimità parziale delle disposizioni di legge che consentivano di utilizzare il fondo di rotazione come mezzo di copertura dell'oggetto del Piano.

### [Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Regione Siciliana, 14 febbraio 2024, n. 30/2024/PAR](#)

#### **Personale – Parere – Funzione consultiva – Controllo collaborativo sul trattamento accessorio – t mancata assunzione, a fine esercizio, dell'impegno contabile sulle risorse del Fondo decentrato oggetto di contrattazione integrativa**

La Sezione regionale di controllo per la Regione Siciliana, con riferimento all'ipotesi di mancata assunzione, a fine esercizio, dell'impegno contabile sulle risorse del Fondo decentrato oggetto di contrattazione integrativa, ha enunciato il seguente prin-

cipio di diritto: *“l’Ente, in assenza dell’impegno, potrà far confluire le relative risorse, nel rispetto del principio contabile suddetto, nella quota vincolata del risultato di amministrazione e, in conformità a quanto sancito dall’ordinamento contabile, impegnerà le risorse de quibus nell’esercizio successivo a quello di riferimento”*.

Ciò, sulla base del principio contabile punto 5.2 dell’allegato 4/2 al d.lgs. n. 118/2011 secondo cui nel caso in cui si è costituito il fondo, le risorse risultano definitivamente vincolate e non potendosi assumere l’impegno (non essendo stata approvata la contrattazione integrativa), le correlate economie di spesa confluiscono nella quota vincolata del risultato di amministrazione.

### **Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Toscana, 29 gennaio 2024, n. 3/2024/PAR**

#### **Spese di Personale – Parere – Funzione consultiva – Controllo collaborativo – assoggettamento degli incentivi tecnici di cui all’art. 113, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 ai vincoli in tema di trattamento economico accessorio**

La Sezione regionale di controllo per la Toscana, con riferimento all’ assoggettamento o meno degli incentivi tecnici di cui all’art. 113, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 ai vincoli in tema di trattamento economico accessorio, ha enunciato il seguente principio di diritto: *l’ente “potrà attribuire gli incentivi tecnici al personale dell’Ente con riferimento agli appalti effettuati nel predetto periodo temporale, ma gli stessi saranno computati nei vincoli di spesa riferiti al trattamento accessorio”*.

Ciò, in ossequio all’indirizzo nomofilattico espresso dalla Sezione delle Autonomie, con la delibera n. 26/2019, secondo cui *“Gli incentivi tecnici previsti dall’articolo 113, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016, così come integrato dal comma 5-bis dello stesso articolo, maturati nel periodo temporale che decorre dalla data di entrata in vigore dello stesso, fino al giorno anteriore all’entrata in vigore del citato comma 5-bis (1° gennaio 2018), sono da includere nel tetto dei trattamenti accessori di cui all’articolo 1, comma 236, della legge n. 208/2015, successivamente modificato dall’articolo 23 del d.lgs. n. 75/2017, pur se la provvista dei predetti incentivi sia già stata predeterminata nei quadri economici dei singoli appalti, servizi e forniture”*.

### **Corte dei conti, Sezione regionale di controllo del Lazio, 16 gennaio 2024, n. 2/2024/VSG**

#### **Società partecipate – Funzione di controllo ai sensi degli artt. 20, comma 3, e 26, comma 11, del d.lgs. n. 175/2016 – Tardività nell’adozione della delibera consiliare di revisione ordinaria delle partecipazioni societarie detenute al 31.12.2021**

La Sezione regionale di controllo del Lazio, con riferimento alla deliberazione consiliare del 7 febbraio 2023 di revisione ordinaria delle partecipazioni societarie detenute al 31.12.2021, ha accertato *“la tardiva adozione da parte del comune di ... OMISIS ... della delibera consiliare di revisione ordinaria, ai sensi degli artt. 20, comma 3, e 26, comma 11, del d.lgs. n. 175/2016, delle partecipazioni societarie detenute al 31 dicembre 2021”*.

Ciò in ossequio all’indirizzo nomofilattico espresso dalla Sezione delle Autonomie, con deliberazione n. 22/SEZAUT/2018/INPR secondo cui la revisione periodica è adempimento *“da compiere entro il 31 dicembre di ogni anno (per la prima volta nel 2018 con riferimento alla situazione al 31 dicembre 2017), tenendo conto degli indirizzi per gli adempimenti relativi alla revisione e al censimento delle partecipazioni pubbliche resi dal Ministero dell’Economia e delle Finanze e assentiti da questa Corte”*.



[Corte dei conti, Sezione regionale di controllo del Veneto, 3 gennaio 2024, n. 1/2024/PAR](#)

**Società partecipate – Funzione di controllo ai sensi degli artt. 20, comma 3, e 26, comma 11, del d.lgs. n. 175/2016 – Tardività nell’adozione della delibera consiliare di revisione ordinaria delle partecipazioni societarie detenute al 31.12.2021**

La Sezione regionale di controllo del Lazio, con riferimento alla deliberazione consiliare del 7 febbraio 2023 di revisione ordinaria delle partecipazioni societarie detenute al 31.12.2021, ha accertato *“la tardiva adozione da parte del comune di ... OMISSIS ... della delibera consiliare di revisione ordinaria, ai sensi degli artt. 20, comma 3, e 26, comma 11, del d.lgs. n. 175/2016, delle partecipazioni societarie detenute al 31 dicembre 2021”*.

Ciò in ossequio all’indirizzo nomofilattico espresso dalla Sezione delle Autonomie, con deliberazione n. 22/SEAUT/2018/INPR secondo cui la revisione periodica è adempimento *“da compiere entro il 31 dicembre di ogni anno (per la prima volta nel 2018 con riferimento alla situazione al 31 dicembre 2017), tenendo conto degli indirizzi per gli adempimenti relativi alla revisione e al censimento delle partecipazioni pubbliche resi dal Ministero dell’Economia e delle Finanze e assentiti da questa Corte”*.



# Codice Etico

## della Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni

### Doveri dell'editore

La pubblicazione degli esiti di una rivista scientifica è un processo complesso e delicato, che richiede autonomia, rigore e serietà a tutti i soggetti coinvolti, a partire dall'editore. A tale scopo, Comunicare – ANCI Comunicazione ed Eventi – srl società unipersonale, nella sua qualità di editore della “Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni”, è impegnata nel rispettare e far rispettare le più aggiornate prassi internazionali, nonché i principi del *COPE's Code of Conduct and Best Practice for Journal Editors* (a seguire, anche solo le “Linee Guida COPE”) e i criteri di cui al Regolamento ANVUR per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, e nell'ammettere alla pubblicazione esclusivamente contributi originali, redatti secondo alti *standard* scientifici ed editoriali, rispettosi della proprietà intellettuale e del diritto d'autore e non sottoposti contemporaneamente a valutazione presso altre riviste. L'editore sostiene, inoltre, l'indipendenza della ricerca, condanna il plagio e disapprova la violazione del *copyright*. Lo stesso, infine, si impegna a collaborare con gli organi della Rivista al fine della ricerca di ogni utile soluzione alle questioni, anche di carattere organizzativo, dagli stessi sollevate.

### Doveri degli organi della Rivista

Il Direttore Responsabile, il Direttore Scientifico e gli altri organi della Rivista sono tenuti ad agire in piena autonomia e indipendenza e a rispettare le norme di legge in materia di stampa, quanto indicato nelle Linee Guida COPE, nonché nel citato Regolamento ANVUR, oltre che nel Regolamento di funzionamento della Rivista. Gli stessi, nelle proprie attività, e per quanto di rispettiva competenza, mantengono la massima riservatezza sui contributi ricevuti ed esaminati, impegnandosi a non farne in alcun modo uso personale nelle proprie attività di ricerca, ed evitano e denunciano ogni conflitto d'interessi. L'attività di valutazione dei contributi, inoltre, sia pure nel perseguimento della linea editoriale e degli obiettivi culturali della Rivista, deve svolgersi in base al solo contenuto scientifico degli stessi, senza alcuna distinzione di sesso, razza, orientamento sessuale, credo religioso, origine etnica, cittadinanza, nonché di orientamento scientifico, accademico o politico dell'Autore. Allo stesso modo, la scelta dei *referee* per la procedura di *peer-review* deve avvenire in assenza di conflitti di interessi e al solo fine di una valutazione obiettiva, rigorosa ed equilibrata dei contributi.

### Doveri dei referee

I *referee* selezionati devono attenersi alle Linee Guida COPE e a criteri di autonomia e indipendenza, evitando conflitti d'interessi e garantendo, oltre che il richiedo anonimato, un impegno obiettivo, rigoroso e serio, nel rispettare i seguenti requisiti etici: contributo alla decisione della Direzione Scientifica, rispetto dei tempi assegnati per la revisione, riservatezza. In particolare, i contributi ricevuti devono essere trattati come documenti riservati, e non possono essere mostrati o discussi con chiunque non sia stato previamente autorizzato dalla Direzione Scientifica. Il *referee* che non si senta qualificato all'attività di revisione del contributo assegnato o che si trovi in conflitto di interessi o che non possa rispettare i tempi

previsti deve comunicare la propria rinuncia. Il *referee* si impegna a riportare gli esiti dell'attività di referaggio in una scheda anonima digitale, con un giudizio finale in ordine alla pubblicabilità del contributo.

### **Doveri degli Autori**

Gli Autori devono attenersi alle Linee Guida COPE e devono garantire l'autenticità e l'originalità dei propri contributi, il rispetto delle norme in materia di diritto d'autore e proprietà intellettuale, nonché dei criteri redazionali della Rivista; la corretta ed esaustiva indicazione delle fonti impiegate; la veridicità delle fonti e dei dati citati; l'assenza di conflitti d'interessi e la disponibilità a correggere gli errori nei contributi, nonché a considerare le proposte di adeguamento alle valutazioni dei *referee*; l'indicazione come co-autore di coloro che abbiano contribuito in maniera sostanziale alla formazione del contributo, che ne hanno approvato la stesura definitiva dello stesso o espresso l'accordo sulla pubblicazione.

## Istruzioni per gli Autori

### STRUTTURA TESTO

#### PARAGRAFI

Il testo deve essere suddiviso in paragrafi, numerati progressivamente con cifre arabe puntate (1., 2., 3. Ecc.) ed eventualmente in sotto paragrafi con propria numerazione (1.1, 1.2, 1.3, ecc.), non superando il doppio livello di partizione. Nel testo, occorre riportare i titoli dei paragrafi; i sotto paragrafi non vanno titolati.

#### SOMMARIO

Il testo deve essere preceduto da un SOMMARIO che deve riprodurre esattamente numeri e titoli dei paragrafi ed eventuali sotto paragrafi.

#### CARATTERE E CORPO

I contenuti devono essere impostati con diversi criteri di carattere/font e grandezze di carattere, come descritti di seguito.

**TITOLO:** carattere/font Times New Roman Bold, corpo 12, interlinea 1.

**SOMMARIO:** carattere/font Times New Roman Bold, Maiuscoletto, corpo 12, interlinea 1.

**TITOLO DI PARAGRAFO SOMMARIO:** carattere/font Times New Roman Normale, corpo 12, interlinea 1

**NUMERI DI PARAGRAFO SOMMARIO:** Times New Roman Bold.

**TITOLETTO DI PARAGRAFO:** carattere/font Times New Roman Bold, corpo 12, interlinea 1,5

**PARAGRAFO DI TESTO:** carattere/font Times New Roman Normale, Bold e Corsivo, corpo 12, interlinea 1,5.

**NOTE A PIÈ DI PAGINA:** carattere/font Time New Roman Normale, Bold e Corsivo, corpo 10, interlinea 1, con riduzione di corpo delle note a fondo pagina.

**ABSTRACT:** carattere/font Times New Roman Bold Maiuscoletto, corpo 12, interlinea 1,5.

### CITAZIONI

Per le citazioni, nel testo e in nota, vanno osservati i seguenti criteri:

- Per la *legislazione*: la prima volta va indicato il provvedimento per esteso, con data e numero (es: legge 7 agosto 1990, n. 241). In seguito, lo stesso provvedimento va indicato in forma abbreviata (l. n. 241/1990). Per la citazione di articoli e commi, occorre indicare prima l'articolo, poi il comma (art. 1, c. 1, della l. n. 241/1990).
- Per la *giurisprudenza*: la prima volta le decisioni devono essere segnalate con l'indicazione per esteso dell'organo giudicante, della data e del numero (es: Consiglio di Stato, sez. IV, 8 gennaio 1995, n.1). In seguito, la stessa decisione va indicata in forma abbreviata (Cons. St., IV, n. 1, 1995).

- Per la *dottrina*, occorre inserire: iniziale del nome (MAIUSCOLO); cognome per esteso (MAIUSCOLETTO), titolo (*corsivo*); luogo di edizione; editore; anno di pubblicazione; numero di pagina (non preceduto da p.).  
(es: M. ROSSI, *Lineamenti di diritto comunitario*, Napoli, G. Giappichelli Editore, 1980, 327)  
Per le edizioni successive alla prima, indicare l'edizione citata con cifra araba scritta come apice del titolo.  
(es: M. ROSSI, *Lineamenti di diritto comunitario*<sup>1985</sup>, Napoli, G. Giappichelli Editore, 1980, 327)

Gli scritti contenuti in opere collettive, dizionari, enciclopedie, ecc., vanno citati con l'indicazione, oltre che dell'autore e del titolo, dell'opera di cui fanno parte (titolo completo, luogo edizione, editore, anno di pubblicazione).

Gli scritti contenuti in riviste, vanno citati con l'indicazione, oltre che dell'autore e del titolo, della rivista, dell'anno di pubblicazione, della parte e della pagina.

Citando la stessa opera per la seconda volta, occorre indicare l'autore e le prime parole del titolo seguito da "cit." (es: M. ROSSI, *Lineamenti*, cit.).

- Per le *abbreviazioni*, seguire i criteri dell'Enciclopedia giuridica Treccani (allegati);
- I nomi di *enti, associazioni, organizzazioni*, ecc.: la prima volta, devono essere indicati per esteso con la sola iniziale maiuscola, seguita dalla sigla tra parentesi, in maiuscolo. Es. Organizzazione delle nazioni unite (ONU). Le volte successive, va riportata solo la sigla.
- I *numeri* vanno citati per esteso, a lettere (anni Novanta, sette per cento, ecc.)
- L'uso delle *maiuscole* va limitato ai nomi propri o di enti (es Ministero dell'istruzione).

## NOTE

Vanno inserite a piè di pagina e non nel testo.

### Modalità di invio del contributo

*Abstract*: il contributo va inviato alla Rivista accompagnato da un *abstract*, in lingua italiana e inglese, di lunghezza non superiore alle 200 parole e non più di 1500 caratteri complessivi (spazi inclusi).

*Profilo biografico dell'autore*: unitamente al contributo, gli autori devono inviare un breve profilo biografico (qualifica, attività di studio più recente, ecc.), di lunghezza non superiore alle 70 parole e non più di 500 caratteri (spazi inclusi).



ISSN 2974-9115

ISBN 978-88-962-8007-2



9 788896 280072