

# RIVISTA DELLA CORTE DEI CONTI



CORTE DEI CONTI

Rivista della Corte dei conti - [www.rivistacorteconti.it](http://www.rivistacorteconti.it)  
Anno LXXVI - n. 2 - Marzo-Aprile 2023

IN QUESTO FASCICOLO:

- › *Equilibrio e pareggio di bilancio nella competenza concorrente tra Stato e Regioni*
- › *Gli accordi quadro e l'assunzione dei correlati impegni di spesa*
- › *Disapplicazione delle disposizioni in materia di proroghe delle concessioni demaniali in contrasto con la disciplina unionale*
- › *Il "parere" ex art. 5 Tusp è un controllo successivo di legittimità?*
- › *Limitazioni normative alla crescita del debito pubblico*
- › *Occupazione sine titolo e danno in re ipsa: tra punitive damages e polifunzionalità della responsabilità civile*

2



**Direttore responsabile:** Tommaso Miele  
**Direttore scientifico:** Francesco Saverio Marini

**Area giurisdizione**

**Coordinatore:** Elena Tomassini  
Benedetta Cossu – Rosa Francaviglia – Paolo Gargiulo – Barbara Pezzilli

**Area controllo**

**Coordinatore:** Paola Cosa  
Laura Alesiani – Filippo Izzo – Giovanni Natali – Angelo Maria Quaglini

**Quaderni della Rivista**

**Coordinatore:** Alberto Avoli

**Comitato scientifico**

Nicolò Abriani – Federico Alvino – Franco Anelli – Luca Antonini – Miguel Azpitarte Sánchez – Luigi Balestra – Francesco Capalbo – Vincenzo Caputi Jambrenghi – Marcello Cecchetti – Stefano Cerrato – Vincenzo Cerulli Irelli – Fabio Cintioli – Giacomo D’Attorre – Gianluca Maria Esposito – Gabriele Fava – Francesco Fimmanò – Franco Gallo – Giovanni Guzzetta – Margherita Interlandi – Amedeo Lepore – Alberto Lucarelli – Massimo Luciani – Francesco Saverio Marini – Bernardo Giorgio Mattarella – Giuseppe Melis – Donatella Morana – Nino Paolantonio – Fulvio Pastore – Antonio Pedone – Giovanni Pitruzzella – Aristide Police – Stefano Pozzoli – Nicola Rascio – Giuseppe Recinto – Guido Rivosecchi – Aldo Sandulli – Maria Alessandra Sandulli – Franco Gaetano Scoca – Raffaele Trequatrinì – Antonio Felice Uricchio – Nicolò Zanon

**Hanno collaborato alla redazione di questo fascicolo:**

Andrea Abbagnano Trione – Silvia Calzetta – Andrea Carapellucci – Francesco Cossu – Lorenzo Cupaioli – Myriam De Lucia – Laura Giannetti – Luigia Iocca – Renato Loiero – Enrico Marinaro – Giuseppe Maria Marsico – Rossana Mininno – Samantha Miriello – Cristina Orsini – Valentina Papa – Nunzio Mario Tritto

**Redazione:** Ernesto Capasso

**Editing**

**Coordinatore:** Anna Rita Bracci Cambini  
Agnese Colelli – Stefano De Filippis – Eleonora Di Fortunato – Valeria Gallo – Lucia Pascucci – Paola Pellicchia

**La pubblicazione degli articoli e dei contributi proposti alla redazione della Rivista è sottoposta ad una procedura di *peer review* che garantisce il doppio anonimato (*double blind*), dell’autore e del valutatore.**

**La Rivista della Corte dei conti è a cura del Servizio Massimario e Rivista**

La rivista è consultabile anche in:  
[www.rivistacorteconti.it](http://www.rivistacorteconti.it)

RIVISTA  
DELLA  
CORTE DEI CONTI

Rivista della Corte dei conti  
Anno LXXVI - n. 2  
Marzo-Aprile 2023

Pubblicazione bimestrale  
di servizio

Direttore responsabile  
Tommaso Miele

## SOMMARIO

**Editoriale**

Francesco Saverio Marini I

**Dottrina**

- Renato Loiero, *Il principio di equilibrio e pareggio di bilancio nella competenza concorrente tra Stato e Regioni* 1
- Elena Tomassini, *Il difficile cammino delle autonomie territoriali nel riparto competenziale dell'art. 117, secondo comma, lett. e), e terzo comma della Costituzione* 7
- Valentina Papa, *L'affidamento degli incarichi di consulenza e patrocinio legale nelle pubbliche amministrazioni* 23
- Nunzio Mario Tritto, *Limitazioni normative alla crescita del debito pubblico: esperienze storiche ed evidenze empiriche* 39
- Myriam De Lucia, *Pubblico impiego e mansioni. Sul possibile riconoscimento al lavoratore della prestazione aggiuntiva* 44
- Rossana Mininno, *I contratti derivati degli enti locali tra neoformalismo negoziale e rigore formale di matrice giuscontabile* 49
- Francesco Cossu, *Il ruolo preminente delle scritture contabili nell'espletamento del diritto di controllo dei soci a tutela degli interessi pubblici e privati* 66
- Lorenzo Cupaioli, *L'atto vincolato incardina la giurisdizione civile nelle controversie di diritto pubblico: l'ennesima incursione (Nota a Cass., S.U., ord. 29 settembre 2022, n. 28429, Cons. Stato, Sez. III, 3 ottobre 2022, n. 8434, e Sez. III, 5 dicembre 2022, n. 10648)* 93
- Andrea Abbagnano Trione, *L'assetto gradualistico delle false comunicazioni sociali e la questione delle "valutazioni estimative"* 109

**Note a commento**

- Paola Cosa, *Gli accordi quadro e l'assunzione dei correlati impegni di spesa* 123
- Paola Cosa, *Le iniziative a vantaggio dei consumatori di energia elettrica e gas (cap. 1652 del Ministero delle imprese e del made in Italy): brevi notazioni dagli esiti di un monitoraggio della Sezione del controllo sulla gestione* 133
- Andrea Carapellucci, *Il "parere" ex art. 5 Tusp è un controllo successivo di legittimità?* 152
- Filippo Izzo, *Nota a Sezione controllo Regione Marche n. 53/2023* 166
- Luigia Iocca, *La giustiziabilità delle deliberazioni di controllo sui rendiconti dei gruppi consiliari e il giudicato delle Sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione* 199
- Silvia Calzetta, *Presunzione di innocenza e danno all'immagine: il caso Rigolio 2* 223
- Elena Tomassini, *La Corte costituzionale continua a censurare la legislazione regionale per violazione dei principi in materia di armonizzazione contabile* 228
- Giuseppe Maria Marsico, *Occupazione sine titolo e danno in re ipsa: tra punitive damages e polifunzionalità della responsabilità civile* 247
- Samantha Miriello, *Il riparto di giurisdizione tra giudice contabile e giudice ordinario in tema di società a prevalente capitale pubblico* 256
- Cristina Orsini, *Contratto di leasing con doppia indicizzazione: le Sezioni unite escludono la natura di derivato implicito* 268



- Laura Giannetti, <i>Limiti di applicabilità del d.lgs. n. 163/2006 alle concessioni di servizio. Quantificazione del danno risarcibile in ipotesi di responsabilità precontrattuale amministrativa a seguito dell'esercizio di autotutela</i>	278
- Paola Cosa, <i>La vexata quaestio della disapplicazione delle disposizioni nazionali e regionali in materia di proroghe delle concessioni demaniali in contrasto con la disciplina unionale</i>	280
Controllo	119
Pareri	173
Giurisdizione	187
Altre Corti	223
Recensioni	287
Indici	289

## EDITORIALE

di Francesco Saverio Marini

Nel cessare dalle funzioni di componente del Consiglio di Presidenza della Corte dei conti avverto l'esigenza di esprimere un sentito ringraziamento non solo al Parlamento che mi ha eletto e che ho avuto l'onore di rappresentare nell'ultima consiliatura, ma a tutti i presidenti, i magistrati e i dipendenti della Corte che hanno supportato l'attività dell'organo e mi hanno spesso guidato con la loro esperienza nell'esercizio di una funzione pubblica complessa, poliedrica e stimolante.

Un ringraziamento autentico che non posso non estendere agli altri componenti "laici" rappresentanti del Parlamento e al Segretario generale, che hanno reso, quanto e più di altri, questi quattro anni un'esperienza professionale e umana indimenticabile.

L'attività che ho svolto presso l'organo di governo interno della Corte dei conti mi ha consentito di valutare e apprezzare l'impegno e la dedizione di quanti adempiono al proprio lavoro ogni giorno, da sempre, con passione e devozione per la difesa e la tutela della *res publica*; obiettivo questo che la Corte tutta è chiamata a realizzare in ogni ambito territoriale in sinergia con le amministrazioni, centrali e locali, a tutela degli equilibri finanziari del territorio.

Non è certo questa la sede per fare bilanci, ma penso sia opportuno almeno ricordare che in questa consiliatura l'organo si è concentrato, col supporto del Segretario generale, per ridurre il grave deficit di copertura degli organici, che è stato incrementato di quasi 100 unità, passando da 408 a 506 magistrati in servizio.

Ed è un risultato di grande rilevanza, perché si possono immaginare tutte le migliori modifiche processuali o funzionali, ma non si può dimenticare che per far funzionare bene una magistratura si debba partire dal numero dei magistrati.

Altrettanto impegno è stato profuso ad una revisione dei regolamenti di competenza del Consiglio, ispirata ad una piena e integrale attuazione dei principi di legalità, certezza e imparzialità.

E tale approccio ha avuto una qualche forma di riconoscimento da parte del giudice amministrativo che nella stragrande maggioranza dei casi ha riconosciuto, anche grazie all'apprezzato lavoro dell'Ufficio studi, la legittimità delle procedure e delle connesse riforme regolamentari.

Un'attenzione particolare è stata dedicata alla formazione dei magistrati e del personale tutto, con prestigiose iniziative convegnistiche e con il potenziamento prima, e la trasformazione poi, del Seminario di formazione permanente, che, nel 2020, ha portato ad una riforma fondamentale per lo sviluppo e la divulgazione della cultura della contabilità pubblica: l'istituzione della Scuola di alta formazione intitolata al compianto Presidente Francesco Staderini.

Nella stessa prospettiva, non si può non ricordare l'impegno profuso per rafforzare la Rivista della Corte dei conti, che è sempre di più un punto di riferimento per il settore della giustizia contabile e che ha ottenuto il prestigioso riconoscimento del massimo livello scientifico universitario, la c.d. classe A, da parte dell'Anvur.

Infine, il Consiglio di presidenza ha adottato, in questa consiliatura, alcune significative risoluzioni, quale contributo costruttivo al dibattito politico e parlamentare su proposte normative di interesse ed attualità.

Pur talvolta con la fisiologica pluralità di vedute e di approccio culturale che è emersa nelle discussioni interne al Consiglio, mi sento di poter testimoniare come tutti i componenti hanno sempre dimostrato la consapevolezza della delicatezza del momento storico e del fatto che la Corte dei conti si trovi, suo malgrado, di fronte a nuove e complesse sfide e abbia il dovere di dare voce alle istanze provenienti dalla collettività.

A tal proposito, la Corte dei conti, pur preservando la sua veste di giudice terzo e imparziale, deve impegnarsi a ridurre la "distanza" dalle amministrazioni e, in particolare, dalle autonomie locali, alle quali è doveroso rivolgere apprezzamento e incoraggiamento tutte le volte in cui le stesse agiscono realmente e fattivamente in favore della trasparenza, del contrasto alla corruzione e del buon funzionamento dei controlli interni.

Rispetto a congiunture che hanno avuto un impatto notevolissimo non solo sui nostri diritti di libertà e sulle nostre abitudini, ma anche sulla situazione economica generale, non si può non pretendere dalla magistratura contabile la capacità di unire la massima attenzione tecnica con doti di equilibrio.

Mai come in questo periodo è necessario che venga rafforzata la legittimazione istituzionale della Corte

dei conti, che deve essere, e deve anche essere avvertita, dalle amministrazioni e dai consociati come un decisivo fattore di stimolo e non di freno nell'esercizio tempestivo ed efficace delle funzioni pubbliche.

La stima che nutro nei confronti dei vertici della Corte, con i quali ho avuto l'onore di lavorare in Consiglio, mi confortano nell'auspicio che il nuovo Consiglio di Presidenza e l'Istituto, nelle sue diverse anime, sapranno realizzare questa complessa alchimia.

Del resto, anche a livello politico e parlamentare sembra ormai matura la consapevolezza che l'attuazione del Pnrr renda ormai improcrastinabile l'obiettivo di realizzare un sistema istituzionale nel quale l'amministrazione della Giustizia, il Governo, gli organi politici, l'amministrazione centrale e le autonomie territoriali, in un reciproco sostegno, producano innovazione gestionale, assicurino la legalità dell'azione amministrativa e favoriscano comportamenti virtuosi ed efficienti nella gestione finanziaria ed economica della cosa pubblica.

\* \* \*

## IL PRINCIPIO DI EQUILIBRIO E PAREGGIO DI BILANCIO NELLA COMPETENZA CONCORRENTE TRA STATO E REGIONI

di Renato Loiero (\*)

*Abstract:* Il saggio illustra brevemente alcune caratteristiche del rapporto tra pareggio di bilancio e competenza concorrente tra Stato e regioni nella giurisprudenza recente.

*The essay briefly illustrates some characteristics of the relationship between the principles of balanced budget and of concurrent competence between the State and the Regions in recent case law.*

Sommario: 1. *Premessa.* – 2. *Equilibrio di bilancio e competenza concorrente.* – 3. *Il recente caso sollevato dalle Sezioni riunite.* – 4. *Applicazione diretta del principio ex art. 81, c. 3, Cost.* – 5. *Equilibrio di bilancio, quantificazione e copertura degli oneri.* – 6. *L'applicazione del principio di equilibrio di bilancio alle finanze regionali.* – 7. *Ruolo di coordinamento dello Stato.*

### 1. *Premessa*

Come noto, da ormai oltre un decennio nella nostra Costituzione è stato inserito l'art. 81 nella sua nuova formulazione, la quale cristallizzava il principio di equilibrio e pareggio di bilancio, con l'endiadi secondo cui da un lato “*lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico*” (comma 1) e dall'altro “*ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte*” (comma 3).

Il dibattito su questi principi si è articolato lungamente sui limiti che da queste disposizioni derivano alla spesa programmata ed attuata a livello nazionale attraverso lo strumento del meccanismo di bilancio.

Tuttavia, nella genericità delle disposizioni, la Corte costituzionale ha sempre ricoperto un ruolo centrale nella definizione del loro contenuto, specie laddove venivano in essere nella duplice sede del giudizio di costituzionalità in via principale (soprattutto in tema di violazione della competenza concorrente tra Stato e regioni) e del rinvio conseguente a giudizi di responsabilità dinnanzi alla Corte dei conti.

E d'altronde non poteva che essere così, vista la preoccupazione che sin da subito si era destata per la garanzia dei diritti sociali, dato anche il carattere sistematico della Carta costituzionale, composta “*soprattutto da principi in collegamento tra loro*”. Nel bilanciamento tra interessi diversi, la Costituzione indica molti indirizzi di intervento, tutti importanti, chiamando poi il legislatore a stabilire le priorità nell'allocazione delle risorse e imponendogli di tutelare allo stesso tempo i diritti fondamentali della persona al lavoro, alla salute, all'istruzione, alla previdenza, all'ambiente.

Alla Corte, negli anni della crisi che hanno visto politiche di *austerità* con tagli alla sanità, alla scuola, alla previdenza, all'ambiente, ai beni culturali, si chiedeva di sottoporre le scelte del legislatore ad un controllo giurisdizionale “*agganciando la destinazione delle risorse disponibili al riferimento sicuro delle priorità costituzionali*”. Di fronte ai limiti imposti dal nuovo art. 81 e dal diritto dell'Unione europea, era quindi doveroso operare un bilanciamento tra principi concorrenti, “*sacrificando ciascuno di essi nella misura minore possibile*” e ricercando, da parte del legislatore e da parte della Corte costituzionale in sede di controllo, un punto di equilibrio tra risorse limitate e diritti, secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza.

### 2. *Equilibrio di bilancio e competenza concorrente*

Ha acuito il problema il fatto che questo esercizio di contemperamento in sede legislativa degli obiettivi di tutela dei diritti indicati dalla Costituzione non è più appannaggio esclusivo di un'unica autorità statale, ma anche di molte autorità legislative regionali, di cui peraltro un certo numero a statuto speciale, che concorrono, nell'ambito delle proprie competenze, al raggiungimento degli auspicati standard di tutela.

È noto, infatti, quanto questo pluralismo legislativo, pur garantendo una maggiore capacità dell'autorità pubblica di interpretare al livello più prossimo le esigenze dei cittadini, ha determinato anche un crescente contenzioso a causa della difficile interpretazione dei confini delle competenze cosiddette concorrenti ex art. 117 Cost., stanti anche le numerose peculiarità derivanti proprio dalla natura speciale di alcuni statuti regionali e provinciali.

In questo pluralismo si aggiunge il controllo della Corte dei conti, esercitato anche sui profili di costituzionalità delle leggi, essendo stata riconosciuta la legittimazione ad adire la Corte costituzionale dell'organo di giustizia contabile con le sentenze della Corte costituzionale n. 4/2020 e n. 34/2021, quando essa operi “*nell'esercizio della propria giurisdizione esclusiva in materia di contabilità pubblica [...] [e su] le impugnazioni conseguenti alle deliberazioni delle sezioni regionali di controllo*” (art. 11, c. 6, lett. e, codice di giustizia contabile, d.lgs. n. 174/2016) ovvero, nel giudizio

---

(\*) R. Loiero è consigliere parlamentare.

di parificazione, sia chiamata a verificare la conformità del rendiconto alle “leggi del bilancio” (art. 39 t.u. n. 1214/1934).

Si cercherà di seguito di portare alcuni esempi di come le questioni inerenti alla competenza concorrente si siano nel tempo intersecate con i problemi più strettamente di natura contabile. Si farà riferimento, in particolare, al fine di limitare l’ambito di ricerca, alle più recenti pronunce in materia della Corte costituzionale.

Un ambito nel quale spesso la competenza regionale e quella nazionale di sono scontrate, ad esempio, sul territorio retto dall’art. 81 Cost., è la disciplina dei rapporti di lavoro alle dipendenze degli stessi enti territoriali.

Gli statuti regionali conferiscono spesso una certa potestà alla regione in materia di regolazione del personale alle proprie dipendenze, fermo il rispetto delle prerogative statali, le quali tuttavia includono la disciplina del rapporto di pubblico impiego, nell’esercizio della sua competenza legislativa esclusiva in materia di ordinamento civile (art. 117, c. 2, lett. l., Cost.).

Ciò risulta tanto più vero in tema di regioni a statuto speciale e, ad esempio, lo statuto della Regione Siciliana, nell’attribuire alla regione competenza legislativa esclusiva su determinate materie, prevede, tra queste, una competenza sull’ordinamento degli uffici e degli enti regionali (art. 14, lett. p), ammettendo l’esercizio di tale competenza legislativa “*nei limiti delle leggi costituzionali dello Stato*” (Corte cost. 28 luglio 2022, n. 200; cfr. Corte cost. n. 235/2020).

Molti altri statuti hanno previsioni simili e ciò ha comportato più volte sovrapposizioni di competenza, che hanno inevitabilmente ricadute anche di bilancio.

Così, ad esempio, veniva ritenuto costituzionalmente illegittimo l’art. 29-*bis* della l. reg. Molise 8 aprile 1997, n. 7, che prevedeva, al comma 1, la istituzione di un’apposita area quadri del personale regionale e della relativa indennità corrisposta, che si collocava fuori dalle previsioni della contrattazione collettiva, che comprendeva i dipendenti di categoria D, cui erano assegnate specifiche e complesse attività di collaborazione con il personale dirigente, funzionali al raggiungimento degli obiettivi di risultato assegnati ed, in generale, all’efficacia dell’azione amministrativa nelle attività di organizzazione e gestione degli uffici regionali, nelle attività connesse alla gestione di procedimenti e procedure amministrative, nelle attività di studio, di ricerca e di elaborazione di atti complessi (Corte cost. 20 dicembre 2022, n. 253).

La base della pronuncia di incostituzionalità riposava proprio nella collisione della norma con l’art. 81 Cost., laddove la previsione di un simile livello di inquadramento “originale” determinava anche e innanzi tutto nuovi oneri a carico della finanza pubblica. Così la questione intersecava quella più strettamente contabile.

Per ragioni analoghe veniva dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 1, c. 10, della l. reg. Siciliana 20 luglio 2020, n. 16, che dettava norme per il funzionamento del Corpo forestale della Regione siciliana, e dell’art. 1, c. 1, e 2, c. 1, della l. reg. Siciliana 3 dicembre 2020, n. 29, contenente norme per il funzionamento del Corpo forestale della Regione siciliana (Corte cost. 2 dicembre 2021, n. 226).

La prima disposizione veniva ritenuta illegittima per violazione dell’art. 81, terzo comma, Cost., giacché la legge regionale impugnata, prevedendo che l’incremento dell’indennità mensile pensionabile fosse corrisposto in analogia agli altri corpi di polizia ad ordinamento civile e definito in sede di contrattazione collettiva, avrebbe già dovuto quantificare essa stessa l’onere annuale e quello a regime. La seconda norma per violazione dello stesso dettato costituzionale, in quanto la legge regionale non prevedeva alcuna nuova entrata né prevedeva alcuna riduzione di spesa permanente al fine di coprire gli oneri in questione.

Al medesimo scrutinio sopravvivevano, invece, i cc. 1, 2, 3 e 5, e 8 dell’art. 1 della l. reg. Toscana n. 69/2020, i quali prevedevano l’inquadramento del personale giornalista del ruolo unico regionale, in servizio a tempo indeterminato presso l’Agenzia di informazione degli organi di governo della regione e presso l’Ufficio stampa del consiglio regionale, nella categoria D del c.c.n.l. del comparto Funzioni locali e gli attribuivano un assegno *ad personam* riasorbibile per la remunerazione delle differenze retributive con il trattamento economico più favorevole attualmente in godimento (Corte cost. 11 novembre 2021, n. 212).

Le norme impugnate in questo ultimo caso si limitavano ad attuare le previsioni della contrattazione collettiva nell’ambito della competenza regionale in materia di organizzazione degli uffici, mentre l’attribuzione dell’assegno *ad personam* rappresentava, a parere della Corte, un diverso titolo di erogazione del trattamento già in godimento (riferito al contratto collettivo giornalistico), conformemente a quanto previsto dalla legge statale, senza alcun illegittimo aumento della spesa pubblica.

Restava tuttavia affermato anche in questa occasione il principio secondo cui la competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile sarebbe violata da parte di leggi regionali che disciplinino materie riservate alla contrattazione collettiva relativa all’impiego pubblico privatizzato e che alla p.a. non sono applicabili contratti collettivi non negoziati dall’Aran.

### 3. Il recente caso sollevato dalle Sezioni riunite

Un altro caso in cui il principio di pareggio di bilancio si interseca con la sovrapposizione tra competenza statale e competenza regionale è quello contemplato da un arresto delle Sezioni riunite della Corte dei conti, che nell’ordinanza di remissione alla Corte costituzionale 17 gennaio 2022, n. 10, si pronunciavano sul caso della Regione siciliana, la

quale avrebbe illegittimamente compreso nel perimetro delle spese sanitarie anche spese per prestazioni non sanitarie, relative all'ammortamento di un mutuo contratto con lo Stato. Tale operazione sarebbe stata compiuta mediante l'adozione di una norma regionale (l'art. 6 della l. reg. Siciliana n. 3/2016) che consentiva di coprire una spesa meramente finanziaria con risorse destinate al soddisfacimento di diritti costituzionalmente garantiti (art. 117, c. 2, lett. m, Cost.), così alterando l'equilibrio di bilancio con riferimento ad una gestione vincolata destinata a prestazioni costituzionalmente necessarie.

Tale giudizio veniva sollevato dalla Corte dei conti in un giudizio di "parificazione" o "parifica", nell'ambito del quale il giudice contabile è chiamato a verificare la conformità del rendiconto alle "leggi del bilancio" (art. 39 t.u. n. 1214/1934). Tale espressione si riferisce tanto alla legge di bilancio assestata (con il suo contenuto autorizzativo dei flussi finanziari) – composta dalla legge originaria, dal suo assetto e dal rendiconto dell'anno precedente (che ne costituisce il presupposto) – quanto alle "leggi sul bilancio". La legge di bilancio esprime le scelte di allocazione fondamentali (Corte cost. nn. 10 e 184/2016) in termini economici, finanziari e giuridici, individuando le ragioni di spesa e di entrata, nonché il titolo giuridico a mezzo del quale le istituzioni possono realizzare l'indirizzo politico. A loro volta, le "leggi sul bilancio" individuano i saldi e le regole della loro costruzione, attraverso cui le medesime autorità rispondono prima dinanzi alle assemblee rappresentative, poi dinanzi ai cittadini, realizzando la c.d. "contabilità di mandato" (art. 81, c. 6, Cost., e art. 10, par. 3, Tfrue, oltre che artt. 1, 5, 28 e 97 Cost.).

La giurisprudenza costituzionale nell'ambito della parificazione del bilancio dello Stato ha individuato l'oggetto del giudizio nella "verifica, a consuntivo, del rispetto degli accennati equilibri, in relazione, tra l'altro, ai vincoli posti dalla legge finanziaria (sentenza n. 244/1995)", la cui legittimità si misura attraverso le regole contabili poste da norme di legge, tra l'altro oggetto di una previsione di fonte rinforzata (art. 81, c. 6, Cost.). Nel sistema degli enti territoriali, l'oggetto principale del giudizio di parificazione è, pertanto, il saldo ed il prospetto del risultato di amministrazione (Corte cost. n. 189/2020 e n. 138/2019), regolato dal d.lgs. n. 118/2011, entrato in vigore prima della riforma costituzionale. Tale saldo deve essere idoneo ad esprimere gli equilibri economici e finanziari dell'ente (Corte cost. n. 49/2018) ed infatti è il punto terminale di un processo di rappresentazione, disciplinato dalla legge, che serve a descrivere lo stato degli equilibri dell'ente. Il giudizio non riguarda dunque l'atto dell'amministrazione (il d.d.l. di rendiconto), né l'attività degli organi legislativi (il procedimento di formazione delle leggi), bensì lo stato del ciclo di bilancio ad una certa data, espresso attraverso i saldi sintetici disciplinati dalla legge statale, ai sensi dell'art. 81, c. 6, e dell'art. 117, c. 2, lett. e), della Costituzione. Nel caso dell'ente territoriale, quindi, l'oggetto è il risultato di amministrazione e la sua "validazione" (Corte cost. n. 189/2020), su cui incide la corretta rappresentazione delle poste contabili, nell'ambito del rendiconto generale (art. 1, c. 5, d.l. n. 174/2012 e art. 63 d.lgs. n. 118/2011).

La giurisdizione del giudice del bilancio è dunque ancorata a parametri rigorosamente normativi ed ha struttura dicotomica e sillogistica (Corte cost. nn. 39 e 40/2014). La premessa minore di tale giudizio è l'accertamento del fatto, che avviene a mezzo del riscontro del processo logico-matematico che porta al "saldo" (parificazione), a cui segue la verifica della sua conformità alle prescrizioni di legge e costituzionali (verificazione) che costituisce, pertanto, l'oggetto del giudizio dinanzi al giudice contabile. Per tale ragione, l'effetto del giudizio è la formazione di un giudicato che riguarda solo il saldo ad una certa data (Corte cost. n. 244/2020) e rispetto al quale le vicende dei titoli giuridici sono questioni pregiudiziali che il giudice può ritrovarsi a dover valutare come questione pregiudiziale se ed in quanto esse siano essenziali per valutare l'impatto della posta sul saldo.

I principi contabili del d.lgs. n. 118/2011, sebbene emanati prima della l. cost. n. 1/2012, attuano i canoni costituzionali sugli equilibri di bilancio ex artt. 81 e 119 della Costituzione, per la verifica della costituzionalità dello schema di rendiconto, come chiarito dal Giudice delle leggi, secondo cui: "*Gli scostamenti dai principi del d.lgs. n. 118 del 2011 in tema di armonizzazione dei conti pubblici non costituiscono solamente un vizio formale dell'esposizione contabile, ma risultano strumentali ad una manovra elusiva della salvaguardia degli equilibri del bilancio regionale presidiata dall'art. 81 della Costituzione. La manovra elusiva consiste essenzialmente nel programmare una spesa superiore a quella consentita dalle risorse disponibili nell'esercizio finanziario di riferimento nel biennio successivo e nel lungo periodo di rientro dai disavanzi pregressi. Ciò comporta una lesione agli equilibri di bilancio ben più ampia di quella risultante dalla sommatoria delle singole illegittimità dedotte dal ricorrente in relazione ai principi contabili di cui al d.lgs. n. 118 del 2011*" (sent. n. 279/2016).

Sul punto, il compimento dell'operazione economico-finanziaria contemplata nel caso citato (la stipulazione di un mutuo con il Mef) sulla base delle prerogative di autonomia della regione, e la conseguente autorizzazione alla copertura a valere sul fondo sanitario ad opera dell'art. 6 della l. reg. n. 3/2016, costituiscono, a parere della Corte dei conti, contemporaneamente legge "di" bilancio (in quanto autorizza una spesa) e legge "sul" bilancio (in quanto stabilisce le modalità di contabilizzazione della spesa, includendola nel perimetro sanitario), il che fa certamente rientrare la questione nella competenza del giudice contabile e lo autorizza a giudicare la questione.

Inoltre, la medesima circostanza ha condotto le Sezioni riunite a giudicare "non manifestamente infondato" il dubbio di costituzionalità della disposizione rispetto al quadro nelle norme costituzionali implicate dalla disciplina dell'equilibrio di bilancio in materia sanitaria, con particolare riguardo agli artt. 81, cc. 2 e 6, 117, c. 2, lett. e) ed m), e 119 della Costituzione, come attuati dal d.lgs. n. 118/2011.

L'operazione citata, a parere della Corte, solleva infatti un duplice dubbio di incostituzionalità.

Sul primo versante, esso potrebbe essere ritenuto quale violazione delle competenze esclusive statali *ex art. 117, c. 2, lett. e)*, della Costituzione ed *ex art. 81, c. 6*, della Costituzione, in materia di saldi e di armonizzazione contabile. Come in parte già detto, la legge statale deve determinare la struttura dei saldi (art. 81, c. 6, Cost.) su cui si misura l'equilibrio del bilancio e la sostenibilità del debito, a cui si accompagna la più generale competenza legislativa esclusiva a presidio dell'armonizzazione dei conti pubblici (art. 117, c. 2, lett. e, Cost.). L'art. 6 della l. reg. n. 3/2016, in questo senso, altera la struttura delle spese che concorrono a determinare il saldo del perimetro sanitario, ossia uno degli equilibri di bilancio che devono essere rispettati a preventivo ed a consuntivo dai bilanci regionali, a garanzia dei diritti di cittadinanza (art. 117, c. 2, lett. m, Cost.).

Sotto altro profilo, esso configura una violazione del principio di equilibrio di bilancio generale, misurato dal risultato di amministrazione, poiché consente di scaricare il costo della rata del debito contratto con lo Stato su entrate che – in ragione della loro peculiare destinazione funzionale – sono accertate sulla base di una disciplina eccezionale. Inoltre, l'operazione sarebbe stata compiuta senza verificare l'effettività delle risorse complessive (Corte cost. n. 26/2013 e n. 197/2019), essendo copertura ed equilibrio *“due facce della stessa medaglia, intrinsecamente collegate da un nesso di causalità necessario”* (Corte cost. n. 192/2012, nonché n. 184/2016, n. 274/2017, n. 227/2019, n. 244/2020).

Inoltre, la disciplina regionale, alterando il saldo, non consentirebbe l'effettiva misurazione della capacità della regione di impiegare le risorse disponibili in modo conforme agli obiettivi costituzionali, minando la trasparenza e l'omogeneità dei saldi che la riserva di legge statale mira a garantire, nell'ottica della c.d. contabilità di mandato (Corte cost. n. 184/2016, n. 228/2017, n. 49/2018 e n. 80/2021).

A questo proposito, le Sezioni riunite hanno specificato come il combinato disposto dell'art. 119, c. 6, con l'art. 81, c. 2, della Costituzione renda l'indebitamento uno strumento di copertura eccezionale, attivabile alle condizioni previste dalla Costituzione; mentre la copertura delle spese deve essere assicurata da entrate proprie (ovvero con finanza derivata senza obbligo di restituzione), ossia senza ricorso al mercato o al debito con altre pubbliche amministrazioni (Corte cost. n. 181/2015) e, allo stesso tempo, implicino una norma sul sistema delle fonti, indicando il contenuto possibile delle leggi di bilancio statale e regionali (essendo l'indebitamento ed il suo saldo uno degli oggetti tipici della legislazione di bilancio).

In base a questa disciplina, la Costituzione avrebbe dunque previsto una precisa distribuzione di competenze normative: a) la legge statale potrebbe disporre ed autorizzare indebitamento, attribuendo agli apparati centrali la capacità giuridica di contrarre indebitamento per spesa corrente (purché con una procedura rinforzata ed in funzione anticicla, cfr. art. 81, c. 2, Cost.); b) la legge regionale potrebbe disporre indebitamento solo per spese di investimento (art. 119, c. 6, Cost.).

La Costituzione, in buona sostanza, contempera le esigenze dell'indebitamento per spesa sociale corrente (art. 81, c. 2) con quella di una razionalità del sistema della finanza pubblica, individuando nello Stato un centro di coordinamento della politica economica, a garanzia di una effettiva erogazione dei livelli essenziali dei diritti. Spetta quindi allo Stato il compito di vigilare e “custodire” l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento (Corte cost. n. 107/2016), anche sul terreno dell'uguaglianza e del responsabile esercizio dell'autonomia, conferendogli un ruolo di “garanzia” sull'intero sistema di erogazione dei livelli essenziali delle prestazioni (artt. 3 e 117, c. 2, lett. m, Cost.). Tale funzione di coordinamento implica il dovere di attivare i poteri sostitutivi previsti dalla legge (artt. 120 e 126 Cost.), in caso di fallimento dell'autonomia, senza invece autorizzare una sua compressione surrettizia in assenza di tale sostituzione.

Questo significa anche che non sono ammesse leggi che invece consentono di vincolare l'autonomia regionale a mezzo di indebitamento, al di fuori dei presupposti dell'art. 119, c. 6, della Costituzione. Conseguentemente, la legge regionale non può autorizzare la restituzione di somme per operazioni di finanziamento da parte dello Stato che riducono l'autonomia di bilancio dell'ente regione per tempi che superano la responsabilità di mandato delle amministrazioni che avevano la responsabilità di ripianare il disavanzo sanitario coperto con indebitamento.

Al di là delle implicazioni nel caso di specie, queste conclusioni rappresentano un altro spaccato della primazia dei poteri di coordinamento attribuiti allo Stato in questa materia e definiscono più chiaramente i contorni delle possibilità attribuite agli enti regionali.

Attenderemo il responso della Corte sul caso, che tuttavia non dovrebbe ragionevolmente discostarsi troppo dai principi così enunciati.

#### 4. Applicazione diretta del principio *ex art. 81, c. 3, Cost.*

La Corte costituzionale ha applicato direttamente anche in altri casi i principi enunciati dall'art. 81 Cost. ed ha affermato chiaramente che il canone costituzionale dell'art. 81, terzo comma, Cost. opera direttamente, a prescindere dall'esistenza di norme interposte, applicandosi immediatamente agli enti regionali, anche ad autonomia speciale (Corte cost. 28 luglio 2022, n. 200; cfr. Corte cost. n. 226/2021, n. 235/2020, n. 227/2019 e n. 190/2022). La garanzia costituzionale degli “equilibri economico-finanziari” opera anche nei confronti delle regioni (Corte cost. n. 39/2014) in quanto “clausola generale” in grado di colpire tutti gli effetti perturbanti la sana gestione finanziaria e contabile (Corte cost. n. 192/2012, n. 184/2016, n. 274/2017 e n. 106/2021).

In esecuzione di detto principio, la Corte dichiarava costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 81, terzo comma, Cost., anche l'art. 9, c. 1, lett. a), della l. reg. Siciliana n. 1/2022, che autorizzava “*una tantum*” la spesa di tre milioni di euro per l'espletamento di concorsi per l'assunzione del personale del Corpo forestale regionale (Cfr).

##### 5. *Equilibrio di bilancio, quantificazione e copertura degli oneri*

In un altro contesto, la Corte affermava anche che l'equilibrio tendenziale dei bilanci pubblici non si realizzerebbe soltanto attraverso il rispetto del meccanismo di autorizzazione della spesa, il quale viene salvaguardato dal limite dello stanziamento di bilancio, ma anche mediante la preventiva quantificazione e copertura degli oneri derivanti dalle nuove disposizioni (Corte cost. n. 17/2022; n. 26/2013; n. 115/2012; n. 70/2012).

In applicazione di detto principio, in parte sovrapponibile con i precedenti, ma che guarda al medesimo problema da una diversa angolazione, aveva ritenuto illegittime norme in materia di rafforzamento a livello regionale di un servizio di emergenza territoriale “118”, ritenendo che esso comportasse maggiori oneri a carico della finanza pubblica senza prevedere coperture adeguate.

Per le medesime ragioni, veniva ritenuto illegittimo anche l'art. 1 della l. reg. Calabria 7 luglio 2021, n. 17, che modificava il c. 2 dell'art. 3 della l. reg. Calabria 16 maggio 2013, n. 24, sostituendo nella predetta disposizione il termine “tabellare” con il termine “economico”, quale parametro di determinazione del compenso attribuibile al commissario straordinario esterno, da utilizzare con riferimento a quello del dirigente di settore della giunta regionale. La disposizione in tal modo novellata rendeva possibile il superamento dell'originario parametro costituito dal trattamento tabellare, così da determinare un incremento della relativa spesa posta a carico dell'ente, sorto in conseguenza ad un accorpamento (Corte cost. 19 maggio 2022, n. 124).

A parere della Corte, nemmeno la previsione, da parte di una legge regionale, della clausola di neutralità finanziaria esclude *ex se* la violazione del parametro costituzionale evocato. Il legislatore regionale, al pari di quello statale, è tenuto, infatti, ai sensi dell'art. 17 della l. n. 196/2009, a redigere, per ogni proposta di legge comportante implicazioni finanziarie, una relazione tecnica contenente gli elementi informativi richiesti dalla legge in ordine agli oneri recati da ciascuna disposizione e alle relative coperture, che costituiscono elementi essenziali della previsione di copertura in quanto consentono di valutare l'effettività e la congruità di quest'ultima (Corte cost. 19 maggio 2022, n. 124). L'equilibrio tendenziale dei bilanci pubblici, dunque, non si realizza soltanto attraverso il rispetto del meccanismo di autorizzazione della spesa, il quale viene salvaguardato dal limite dello stanziamento di bilancio, ma anche mediante la preventiva quantificazione e copertura degli oneri derivanti dalle nuove disposizioni (Corte cost. 24 gennaio 2022, n. 17).

##### 6. *L'applicazione del principio di equilibrio di bilancio alle finanze regionali*

L'applicazione diretta del principio di pareggio di bilancio alle vicende della contabilità regionale ha determinato in molte occasioni la stessa Corte dei conti ad applicare rigidamente le previsioni di legge in materia contabile anche con riferimento alle finanze regionali.

Ne costituisce un esempio anche il recente arresto delle Sezioni riunite 11 aprile 2022, n. 7, formulato nei confronti della Regione Lazio in materia di vincolo di spesa codificato dall'art. 33, c. 1, del d.l. n. 34/2019 e dal connesso decreto attuativo 3 settembre 2019.

Il disposto normativo citato nel sistema dei vincoli finanziari fissava un nuovo parametro-limite per la spesa per nuove assunzioni di personale a tempo indeterminato.

Tale criterio non era più basato sul “budget assunzionale”, codificato ai sensi dell'art. 3, cc. 5 ss., del d.l. n. 90/2014 (regola del *turn over*), ma sul principio di “sostenibilità finanziaria” del complessivo aggregato della spesa di personale a tempo indeterminato, mediante individuazione di un limite complessivo di spesa.

L'accesso al nuovo criterio di calcolo consentiva anche di derogare al vincolo di cui al c. 557-*quater* dell'art. 1 della l. n. 296/2006, con riferimento alle spese per nuove assunzioni di personale (art. 6 d.m. 3 settembre 2019).

La *ratio* della norma era quella di consentire maggiore flessibilità assunzionale, assicurando al contempo la “sostenibilità finanziaria dei connessi costi permanenti e strutturali rispetto agli equilibri di finanza pubblica” (relazione tecnica ed illustrativa al disegno di legge).

Il nuovo criterio di calcolo si poneva anche in attuazione del principio di coordinamento della finanza pubblica (art. 117, c. 3, Cost.) ed aveva lo scopo di salvaguardare l'equilibrio di bilancio “sostanziale” del singolo ente e del complessivo aggregato pubblico, anche nell'ottica del rispetto dei vincoli sovranazionali.

In quest'ottica, i vincoli alla spesa per il personale sono strategici ai fini del conseguimento del suddetto equilibrio “complessivo” e pertanto sono inderogabili, salvo i casi in cui sia lo stesso legislatore nazionale a rimodularne gli ambiti ovvero ad abrogarne l'efficacia.

Per l'effetto, l'ampliamento della capacità di spesa di personale dell'ente consentito dall'art. 33, c. 1, del d.l. n. 34/2019 e dal connesso decreto attuativo, è condizionato alla sussistenza di due presupposti indefettibili:

- Il primo, di natura statica, è dato dal rispetto di un valore “soglia” nel rapporto tra il complessivo aggregato della spesa di personale contabilizzato nell'ultimo rendiconto approvato e le entrate “libere” correnti degli ultimi tre rendiconti, al netto del Fcde valorizzato in sede di bilancio di previsione dell'esercizio di riferimento.



- Il secondo, di natura dinamica, è rappresentato dalla coerenza con la programmazione triennale dei fabbisogni e dalla sussistenza dell'equilibrio pluriennale di bilancio "asseverato dall'organo di revisione".

Solo nel caso in cui le suddette condizioni risultino verificate, l'ente potrà incrementare la propria spesa di personale, secondo il parametro di cui all'art. 33, c. 1, del d.l. n. 34/2019 e del connesso decreto attuativo.

In caso contrario, per il calcolo delle nuove assunzioni a tempo indeterminato, al fine di evitare "vuoti di vincolo", verranno in rilievo il (persistente) vincolo sul "budget assunzionale" di cui all'art. 3, cc. 5 ss., del d.l. n. 90/2014 ed il (persistente) limite sulla "spesa complessiva" di cui al c. 557-*quater* dell'art. 1 della l. n. 296/2006.

In questo contesto, l'equilibrio pluriennale rilevante ai fini dell'art. 33 del d.l. n. 34/2019 è funzionale ad attestare la sostenibilità "in concreto" dei maggiori oneri di personale – a struttura permanente ed obbligatoria – che l'ente intende innestare nel bilancio.

Diversamente da quanto ritenuto dalla Regione Lazio nel caso esaminato dalle Sezioni riunite, l'equilibrio prospettico richiesto dalla norma rappresenta quindi una fattispecie diversa ed ulteriore rispetto ai prospetti degli equilibri allegati al bilancio ai sensi del d.lgs. n. 118/2011.

In questa prospettiva, l'armonica simmetria – in chiave dinamica e sostanziale – delle risorse disponibili e delle spese necessarie a soddisfare i bisogni della collettività, non può prescindere dalla valorizzazione di tutti i fattori potenzialmente perturbanti, ivi incluso lo stato e l'andamento prospettico dell'indebitamento e delle eventuali passività applicate agli esercizi futuri (Corte cost. n. 274/2017). Inoltre, per specifica previsione della norma, tale condizione di equilibrio "sostanziale" deve essere oggetto di apposita "asseverazione" da parte dell'organo di revisione.

Infatti, ciò che viene in rilievo – come condizione di "sbarramento" – non è l'equilibrio sostanziale "in sé", ma la circostanza che la sua sussistenza sia stata oggetto di verifica ed "asseverazione" da parte dell'organo di revisione.

Si tratta di requisiti essenziali, che non ammettono equipollenti.

La verifica deve essere effettuata secondo il principio di prudenza, includendo, quindi, tutti i fattori perturbanti l'equilibrio del bilancio e, dunque, assume valore dirimente la verifica della sussistenza, sufficientemente sicura, non arbitraria ed irrazionale, di adeguate coperture economiche con riguardo alla complessiva mole di oneri incidenti sul bilancio anche negli esercizi a venire (Corte cost. n. 48/2019).

Nel caso all'esame delle Sezioni riunite mancava un atto asseverazione, avendo la Regione Lazio ritenuto soddisfatto il requisito richiesto dall'art. 33, c. 1, del d.l. n. 34/2019, sulla base del parere dell'organo di revisione sul progetto di legge regionale del bilancio di previsione finanziario della Regione Lazio 2020-2022 e 2021-2023, nel cui ambito aveva dichiarato che "il bilancio di previsione [...] soddisfa i parametri di equilibrio di bilancio, così come previsto dal d.lgs. n. 118 del 2011 e s.m.i.". Tuttavia, la Corte dei conti riteneva che la mancanza – nell'esercizio 2020 – del suddetto atto di asseverazione precludesse in sé il ricorso al parametro normativo di cui all'art. 33, c. 1, del d.l. n. 34/2019 e fosse assorbente rispetto a qualsiasi valutazione nel merito, circa la sussistenza o meno nel caso concreto di una situazione di equilibrio "sostanziale".

### *7. Ruolo di coordinamento dello Stato*

La conclusione è che la competenza dello Stato a fissare i principi fondamentali in materia di coordinamento della finanza pubblica, di cui all'art. 117, terzo comma, Cost., rappresenta uno strumento necessario per assicurare l'unità economica e finanziaria della Repubblica, nonché il rispetto degli impegni assunti anche a livello sovranazionale, a tutela della sostenibilità attuale e prospettica degli equilibri di bilancio. Infatti, nella prospettiva della finanza pubblica allargata la presenza di enti già impegnati nel settore dei servizi sociali e per di più soggetti ad un riordino che ne determina l'integrazione funzionale a livello infraregionale, comporta la necessità di un coordinamento complessivo onde evitare che il riordino possa diventare occasione per il superamento di quei limiti di spesa (Corte cost. 21 dicembre 2021, n. 247).

Si spiegano così le pronunce in materia di disavanzo tecnico (Corte cost. 7 dicembre 2021, n. 235), di copertura di spesa che deve necessariamente precedere l'apertura di una trattativa sindacale (Corte cost. 2 dicembre 2021, n. 226), di spese dei consigli regionali (Corte cost. 15 novembre 2021, n. 215), di attualizzazione degli importi (Corte cost. 20 luglio 2021, n. 156), tutte dirette a dare esecuzione a questo medesimo principio.

\* \* \*

## IL DIFFICILE CAMMINO DELLE AUTONOMIE TERRITORIALI NEL RIPARTO COMPETENZIALE DELL'ART. 117, SECONDO COMMA, LETT. E), E TERZO COMMA DELLA COSTITUZIONE

di Elena Tomassini (\*)

*Abstract:* L'art. 117 della Costituzione ha subito numerose modifiche a causa del necessario processo costituzionale delle autonomie territoriali, continuato per alcuni decenni tra spinte autonomistiche e centralistiche. La riforma del titolo V della Costituzione, tuttavia, all'inizio del millennio, non ha risolto le problematiche dovute, essenzialmente, all'assenza della mediazione politica e ad una legislazione statale di principio non perspicua. Ne è derivato un continuo ricorso alla Corte costituzionale per dirimere i molteplici aspetti di contrasto tra lo Stato e le regioni. Le materie trattate sono di particolare delicatezza, rivestendo aspetti centrali per una vera autonomia dei territori e per la tutela della loro diversità, pur nell'unità della Repubblica che è stata ribadita dai padri costituenti. Al contempo, è necessario preservare l'armonico procedere della legislazione tributaria e contabile statale e regionale per garantire il rispetto degli obblighi internazionali, tra cui acquistano particolare rilevanza quelli dell'Italia con l'Unione europea. Al fine di conciliare tali inderogabili esigenze, la Costituzione ha riservato non solo al legislatore statale il dovere di coordinamento della finanza pubblica, imponendogli un onere di vigilanza sul complesso delle disposizioni legislative, ma anche alla Corte dei conti, magistratura terza ed imparziale, il compito di garantire, attraverso il sindacato diffuso delle norme *extra vagantes*, la difesa di tale aspetto.

*The art. 117 of the Constitution has undergone numerous changes due to the need to initiate the constitutional provision of territorial autonomies, a process that continued for some decades. The reform of Title V of the Constitution, however, at the beginning of the millennium, did not resolve the problems, essentially due to the absence of political mediation and state legislation that was not clear-cut in principle. The result was an anomalous appeal to the Constitutional Court to settle the multiple aspects of conflict between the State and the Regions. The subjects dealt with are of particular delicacy, covering central aspects for a true autonomy of the territories and for the protection of their diversity, even in the unity of the Republic which was reaffirmed by the founding fathers. At the same time, it is necessary to preserve the harmonious proceeding of state and regional tax and accounting legislation to ensure compliance with international obligations, among which those of Italy with the European Union acquire particular importance. In order to reconcile these imperative needs, the Constitution has reserved not only the task of coordinating public finances to the state legislator, imposing on him a duty of supervision over the whole of the legislative provisions, but also to the Court of Auditors, a third and impartial judiciary, the task to guarantee, through the widespread review of the extra vagantes norms, the defense of this aspect.*

**Sommario:** 1. *La potestà legislativa statale e regionale dopo la riforma del titolo V della Costituzione, in generale.* – 2. *La legislazione esclusiva statale: caratteri e ragioni dell'attrazione delle materie del c. 2 dell'art. 117 della Costituzione. Le interferenze con altri articoli costituzionali.* – 3. *Il sistema tributario e contabile.* – 4. *L'armonizzazione contabile.* – 5. *La giurisprudenza costituzionale nella materia dell'armonizzazione contabile. Il ruolo delle norme interposte di cui al d.lgs. n. 118/2011 e s.m.i.* – 6. *Il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario. La competenza concorrente dello Stato e delle regioni e il ruolo delle norme di principio. La garanzia statale del coordinamento della finanza pubblica e i relativi oneri. Il ruolo della Corte dei conti.*

### 1. *La potestà legislativa statale e regionale dopo la riforma del titolo V della Costituzione, in generale* (1)

La riforma del titolo V della Costituzione, attuata com'è noto, tramite tre leggi costituzionali (22 novembre 1999, n. 1, 31 gennaio 2001, n. 2, e 18 ottobre 2001, n. 3), ha modificato il precedente assetto non rispettoso delle autonomie territoriali, con l'eccezione rilevante delle regioni a statuto speciale e delle province autonome, tra cui la Sicilia e la Valle d'Aosta, già istituite prima della Costituzione. Quest'ultima, pertanto, all'art. 5, accanto al fondamentale principio dell'unità della Repubblica, ha previsto il riconoscimento e la promozione delle autonomie e del decentramento dell'organizzazione statale e, prima ancora, della loro legislazione (2); il disegno costituzionale è stato però realizzato assai lentamente, sia con l'attuazione parziale ed incompleta delle regioni a statuto speciale, attraverso una legislazione delegata inidonea a dare avvio alla loro integrale applicazione, sia soprattutto per le regioni a statuto ordinario. Queste

(\*) E. Tomassini è vice procuratore generale della Corte dei conti.

(1) Sull'inquadramento generale degli enti territoriali nella Costituzione del 1948 e nelle modifiche successive, A. Vignudelli, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2010, 5<sup>a</sup> ed., 994 ss. Sul dibattito in Assemblea costituente sulla natura e sulle funzioni delle regioni e sul modello prescelto, cfr. F. Bassanini, F. Pinto, voce *Regione, Organizzazione e funzioni*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, che analizza la scelta tra il sistema "binario", poi adottato, e quello di autogoverno di origine anglosassone, proposto da Giannini e Olivetti.

(2) A. Vignudelli, *op. cit.*, 996, sottolinea che il verbo "riconosce" va inteso non nel senso di sottolineare la preesistenza degli enti territoriali, ma di "ammettere" la loro esistenza quali enti autonomi nell'ambito di uno Stato sovrano.

ultime, dopo una prima legge che subordinava l'autonomia legislativa regionale alle "leggi cornice" statali (3), hanno trovato attuazione effettiva soltanto con la l. 16 maggio 1970, n. 281, e con le leggi di emanazione degli statuti delle regioni ordinarie, nonché con la l. 22 luglio 1975, n. 281, che ha trasferito alcune le funzioni dallo Stato alle regioni; infine, soltanto con il d.lgs. 24 luglio 1977, n. 616, è stato disposto un ampliamento della potestà legislativa regionale ripartendo, inoltre, le funzioni degli enti territoriali minori, in attuazione dell'art. 118 della Costituzione. Il lungo cammino verso l'implementazione delle autonomie regionali ha trovato ulteriori e fondamentali pietre miliari nella l. n. 142 del 1990 e nelle leggi c.d. "Bassanini" 15 marzo 1997, n. 59, e 15 maggio 1997, n. 127, seguite dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, con cui sono state conferite effettive funzioni alle regioni, alle province e ai comuni. La dottrina (4) non ha mancato di sottolineare la forzatura della legislazione ordinaria, mancando un'organica modifica costituzionale che invece è intervenuta alcuni anni dopo, all'inizio del nuovo millennio (5).

Per quanto più interessa a livello della ripartizione delle competenze legislative statali e regionali, la legge costituzionale di maggior rilievo è la 18 ottobre 2001, n. 3, che, ribaltando la precedente formulazione, attribuisce formalmente alle regioni una potestà legislativa ben più ampia, e tendenzialmente – al di fuori delle materie di competenza esclusiva statale – pervasiva, come dimostra la competenza residuale di cui all'ultimo comma.

La riforma, tuttavia, avrebbe dovuto interessare immediatamente anche articoli contigui, e principalmente l'art. 119 Cost., in tema di autonomia finanziaria, attuata per tale aspetto soltanto con la legge di delega n. 42 del 2009, seguita dal d.lgs. n. 118 del 2011 e successive modifiche. Come osservato da attenta dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale (6), un'autonomia legislativa, anche ampia, non raggiunge gli obiettivi in assenza della necessaria autonomia finanziaria e di un'effettiva rappresentanza regionale in Parlamento, che presuppone la modifica del bicameralismo.

In tale contesto, di difficile interpretazione delle norme e di assenza di un quadro organico di riforma dei rapporti tra Stato e autonomie, la giurisprudenza costituzionale, come si vedrà più avanti, ha acquisito una funzione fondamentale.

Controverso e oggetto di una legislazione a tratti contraddittoria è, anche, il sistema di finanziamento delle regioni, in particolare di quelle a statuto ordinario, previsto quale precetto dall'art. 119 Cost., che è stato pure riformato, attesa la limitazione alla potestà tributaria propria delle regioni della l. 16 maggio 1970, n. 281. Tale limitazione ha riguardato non soltanto la determinazione delle quote dei tributi il cui gettito è attribuito alla regione, ma anche la fonte di tale limitazione, definita da legge statale. Sussiste un'indubbia interconnessione tra l'art. 119 della Costituzione e i campi del coordinamento della finanza pubblica, riservati alla potestà legislativa concorrente statale e regionale, del sistema tributario e contabile e dell'armonizzazione dei bilanci pubblici, attribuiti invece alla competenza esclusiva statale.

Trasversale è poi il nodo della perequazione tra territori e dei relativi fondi, oggetto di numerosi interventi della Consulta, a seguito di continue "incursioni" del legislatore statale in materia attraverso l'imposizione di vincoli di destinazione, in violazione del quinto comma dell'art. 119 Cost.

La dottrina non ha mancato di rilevare i problemi determinati dal nuovo riparto, derivante, soprattutto, dalla contiguità delle norme attribuite alla competenza statale e quelle riservate alla competenza regionale (7).

Per le regioni a statuto speciale, opera l'art. 10 della l. n. 3 del 2001, che dispone l'applicazione della disciplina più favorevole nel caso di discrasia tra disciplina costituzionale e statutaria (8).

Oltre al riparto delle competenze, la legislazione statale e regionale deve rispettare una serie di vincoli: quelli discendenti dalle norme costituzionali e quelli derivanti dall'adesione dell'Italia all'Unione europea e dall'ordinamento internazionale. Tali limiti sono stati introdotti, con particolare riguardo a quelli unionali e internazionali, dalla riforma

(3) L. 10 febbraio 1963, n. 62.

(4) A. Vignudelli, *op. cit.*, 999.

(5) Peralto, altra dottrina (R. Bifulco, A. Celotto (a cura di), *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001. Analisi sistematica della giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze tra Stato e regioni 2001-2014*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, XIII) evidenzia che la riforma è stata attuata senza una "reale strategia istituzionale" e che l'incompletezza della revisione costituzionale è dimostrata da un aumento esponenziale del contenzioso tra Stato e regioni sia in sede di conflitto di attribuzione, sia nell'ambito del ricorso diretto alla Corte costituzionale avverso leggi regionali e statali. La conseguenza è stata un crescente ruolo di supplenza istituzionale della Consulta, che ha assunto un ruolo centrale di "ago della bilancia" del riparto delle competenze. V. anche M. Scognamiglio, *Gli equilibri del bilancio statale e regionale, tra obiettivi eterodeterminati e coordinamento della finanza territoriale: una rilettura dei principi costituzionali per una ricostruzione della natura del giudizio di parificazione sul rendiconto regionale*, in questa *Rivista*, 2021, 4, 7, che ripercorre in chiave storico-ricostruttiva e tecnica i passaggi seguiti dalla legislazione e dalla giurisprudenza costituzionale.

(6) R. Bifulco, A. Celotto, *op. cit.*; Corte cost. n. 97/2013 e n. 241/2012, che riprende Corte cost. n. 138/1999.

(7) R. Bifulco, A. Celotto, *op. cit.*, XXII, che evidenziano materie collegate in entrambi gli elenchi, quale l'istruzione, la tutela dell'ambiente e dei beni culturali e la loro valorizzazione, la legislazione elettorale, la moneta e tutela del risparmio e le casse di risparmio e le aziende di credito, oltre a materie definite "anodine" quali i lavori pubblici, ascritti alla competenza statale o regionale a seconda dell'oggetto cui afferiscono.

(8) Sul punto, diffusamente, R. Bifulco, A. Celotto, *op. cit.*, che esaminano anche gli interventi della Corte costituzionale in materia; per P. Giangaspero, *La transitorietà infinita: l'applicazione della clausola di maggior favore a quasi vent'anni dalla sua entrata in vigore*, in *Regioni*, 2019, 869, tuttavia, tale adeguamento degli statuti delle regioni a statuto speciale non è avvenuto, trasformando la disciplina da transitoria a definitiva, anche per una certa ritrosia delle autonomie nei confronti della stessa clausola, che di rado è stata evocata a sostegno di ricorsi alla Corte costituzionale.

del titolo V della Costituzione tanto da fungere da ponte tra l'ordinamento interno e quello comunitario. Al riguardo, l'art. 1 della l. 5 giugno 2003, n. 131, "disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 131", ha appunto stabilito che i vincoli alla potestà legislativa statale e regionale sono quelli derivanti dalle "norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, di cui all'articolo 10 della Costituzione", da accordi di reciproca limitazione della sovranità, di cui all'art. 11 della Costituzione, dall'ordinamento comunitario e dai trattati internazionali.

La subordinazione della legislazione interna a quella unionale, il potere di disapplicazione e l'obbligo del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 T.fue riposano infatti sulla disciplina dell'art. 117 della Costituzione (oltre che sugli artt. 10 e 11) che, quindi, salvi i c.d. "controlimiti" azionati nell'interpretazione della legge qualora vengano lesi, dalle fonti comunitarie, i diritti fondamentali della Costituzione, costituisce il parametro di legittimità delle leggi interne davanti alla Consulta (9).

Sul riparto di competenze nelle materie in esame (armonizzazione contabile, coordinamento della finanza pubblica, sistema tributario e contabile) è intervenuta, poi, la l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, che ha introdotto il principio del pareggio di bilancio all'art. 81 Cost., modificando anche, tra gli altri, l'art. 117. In particolare, tale principio è definito come equilibrio delle entrate e delle spese; è altresì limitato il ricorso all'indebitamento soltanto all'ipotesi di fasi avverse del ciclo macroeconomico o a circostanze eccezionali, da approvarsi con maggioranza assoluta delle Camere. L'introduzione a livello costituzionale del principio generale del divieto dell'indebitamento ha comportato anche una maggiore sorveglianza e coordinamento statale sui bilanci degli enti territoriali e regionali; pertanto, l'articolo 3 ha modificato i commi 2 e 3 dell'articolo 117 della Costituzione, recanti il riparto delle competenze legislative tra lo Stato e le regioni, al fine di riservare la materia della "armonizzazione dei bilanci pubblici", in precedenza oggetto di legislazione concorrente, alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, alla quale, innovando rispetto alla legislazione vigente, viene riservata anche la materia della "stabilizzazione del ciclo economico". Non si tratta di una modifica formale, ma di una importante innovazione che avrà, negli anni successivi, evidenti riflessi nei rapporti tra Stato e regioni e anche nei giudizi di legittimità costituzionale della normativa regionale, sia a seguito di ricorso diretto alla Corte da parte della Presidenza del Consiglio dei ministri, sia da parte della Corte dei conti in sede di parifica del rendiconto delle regioni e delle province autonome in sede di sindacato diffuso. Infine, tale modifica ha attribuito allo Stato non soltanto specifici poteri in termini di coordinamento della finanza pubblica allargata, ma, secondo la dottrina e la giurisprudenza costituzionale, gli ha imposto anche la relativa vigilanza (10).

Sotto altro profilo, la riforma del titolo V e soprattutto la legge costituzionale del 2012 hanno posto in rilievo la sussistenza di vincoli esterni alle politiche finanziarie pubbliche dello Stato e degli enti territoriali, a seguito della cessione di sovranità effettuata con l'adesione all'Unione europea e con i trattati in materia. In particolare, l'equilibrio dei bilanci va rapportato non soltanto ai parametri interni ma inteso come obiettivo di medio termine, quale valore del saldo strutturale individuato sulla base dei criteri stabiliti dall'ordinamento dell'Unione europea (11). Per l'Italia l'obiettivo di medio termine, fissato dal Programma di stabilità e riportato nella raccomandazione del Consiglio del 10 luglio 2012 – adottata in esito all'esame del medesimo Programma e del Programma nazionale di riforma – è un bilancio in pareggio in termini strutturali, ossia corretto per tenere conto degli effetti del ciclo economico e al netto delle misure *una tantum*, entro il 2013.

Il "Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'unione economica e monetaria" (il c.d. *Fiscal Compact*) ha poi ristretto il suddetto valore minimo per i Paesi più indebitati allo 0,5% del Pil, prevedendo che la regola del pareggio o dell'avanzo del bilancio in esso contenuta si consideri rispettata se il disavanzo strutturale dello Stato è pari all'obiettivo a medio termine specifico per Paese come stabilito dal Patto di stabilità rivisto, con un deficit che non

(9) Alla supremazia delle fonti comunitarie rispetto a quelle interne e all'obbligo del giudice di disapplicare la legge nazionale nel caso di contrasto con i principi comunitari si riallaccia la problematica del giudicato amministrativo e contabile in contrasto con tali norme. Come è noto, la Corte Suprema di cassazione ha sollevato questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea proprio con riguardo ai limiti del giudizio di cassazione nei riguardi delle sentenze emesse dai giudici speciali, che, ai sensi dell'art. 111, u. comma, Cost., può riguardare i soli limiti della giurisdizione. Con le ord. 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660, e con le sent. a S.U. 20 dicembre 2008, n. 30254, e 6 febbraio 2015, n. 2242, e infine con la sentenza a S.U. 29 dicembre 2017, n. 31226, la Cassazione ha avviato un processo interpretativo c.d. "dinamico o evolutivo" del concetto di giurisdizione e, ammettendo il sindacato della Corte di cassazione anche per gli "errori in procedendo e in iudicando" relativi al contrasto di giudicato con pronunce di Corti sovranazionali, Con ord. 18 settembre 2020, n. 19598, le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno riproposto il concetto "dinamico" del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni dei giudici speciali, respinto dalla Corte costituzionale con la sent. n. 6/2016, facendo leva sul concetto di diniego di giustizia. La Corte di giustizia europea ha però disatteso la questione con la sent. Grande Sezione, 21 dicembre 2021, causa C-497/20, *Randstad Italia*, con la quale ha, in estrema sintesi, risposto ai quesiti del giudice italiano escludendo un contrasto con il diritto europeo del sistema interno relativo ai limiti dell'impugnabilità per cassazione delle decisioni dei giudici speciali.

(10) Un'analisi approfondita e innovativa delle connessioni tra equilibrio di bilancio, responsabilità politica, rappresentanza democratica e solidarietà intergenerazionale è compiuta da A. Carosi, *I diritti sociali e il pareggio di bilancio tra ordinamento multilivello e ordinamento nazionale*, Torino, Giappichelli, 2023, cap. 77. L'A. sottolinea che «il collegamento funzionale tra equità intergenerazionale e principio di responsabilità degli amministratori delle comunità locali viene altresì precisato con riguardo al "giusto" ed equilibrato consumo delle risorse, di ripartizione del debito e del rapporto tra carichi fiscali e benefici nella prospettiva della finanza pluriennale».

(11) Sui rapporti tra riforma del titolo V della Costituzione e, in particolare, dell'art. 117, G. Amoroso, *La doppia pregiudizialità – costituzionale ed europea – nel quadro della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2020, V, 270.

ecceda tuttavia lo 0,5% del Pil. Sicché, in materia di limiti alla legislazione statale e regionale ai sensi dell'art. 117 Cost., occorre tener presente anche quelli introdotti dall'adesione a tali fonti, che assurgono a norme di riferimento per stabilire la compatibilità delle leggi e degli atti aventi forza di legge con la Carta fondamentale (12).

Com'è noto, la recente pandemia ha spinto l'Unione alla sospensione di tali parametri, attesi gli effetti dirompenti da un lato sulle entrate degli Stati membri e dall'altro sulla spesa. In particolare, per l'Italia è stata registrata una riduzione del rientro dal deficit, con un passaggio repentino dall'avanzo al disavanzo primario, a seguito della contrazione delle entrate, principalmente tributarie, e dell'implementazione delle spese (13).

## 2. La legislazione esclusiva statale: caratteri e ragioni dell'attrazione delle materie del c. 2 dell'art. 117 della Costituzione. Le interferenze e le sovrapposizioni con altri articoli costituzionali

Alla luce delle riforme, è evidente che il disegno della l. cost. n. 3 del 2001 e delle altre leggi, sopra citate, nella medesima direzione, viene ridimensionato, quantomeno con riguardo alla finanza pubblica. La riforma, per questo precipuo aspetto, operata dalla l. cost. n. 1 del 2012 segue infatti la gravissima crisi economica che ha colpito l'Italia, e non solo, a seguito di quella globale del 2008 e che ha portato anche al cambiamento del Governo alla fine del 2011. A tale stregua, come è poi avvenuto per l'emergenza pandemica, è stata constatata una tendenza all'accentramento nei periodi di crisi, sia di carattere economico che sanitario, sia da attenta dottrina, sia dalla Corte costituzionale, che ha giustificato il “discostarsi dal modello consensualistico nella determinazione delle modalità del concorso delle autonomie speciali alle manovre di finanza pubblica” (14).

D'altra parte, conservare la competenza concorrente in materia di armonizzazione dei pubblici bilanci avrebbe perpetuato la “babele” di linguaggi e l'impossibilità di ricostruzione in chiave unitaria del panorama economico finanziario al fine della verifica interna ed europea del rispetto dei parametri in materia di rapporto tra deficit e prodotto interno lordo, o, almeno, una maggiore difficoltà ricostruttiva.

Come acuta dottrina sottolinea (15), la materia – *recte*, disciplina – dell'armonizzazione contabile ha assunto, sia nell'ottica del legislatore che nella giurisprudenza costituzionale, profili “spiccatamente trasversali, consentendo al legislatore statale di penetrare nei più disparati ambiti di astratta spettanza regionale”; come, pure, il coordinamento della finanza pubblica, non è suscettibile di identificazione ontologica in sé e per sé, ma assume consistenza a seguito degli atti di concreto esercizio del parametro competenzaale da parte del legislatore (16).

Ad ogni modo, è vero che la materia dell'armonizzazione contabile viene “promossa di grado”, assurgendo a competenza esclusiva statale, mentre in precedenza spettava alla legislazione concorrente, con il coordinamento della finanza pubblica (17), ma è anche vero che le regioni e gli altri enti territoriali sono tenuti al rispetto dei vincoli europei e a quelli interni di cui agli artt. 81 e 97 Cost., rivolti in generale alle pubbliche amministrazioni, alla cui appartenenza di tali enti non è lecito dubitare, ancorché l'art. 117 sia inserito in un diverso titolo della Costituzione. Come si vedrà *infra*, la Corte costituzionale ha sottolineato la connessione, definita ancillare, dell'armonizzazione dei bilanci degli

(12) Su cui, ampiamente, G. Rivosecchi, *Decisioni di bilancio e politiche pubbliche fra Unione europea, Stato e autonomie territoriali*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 385; M. Scognamiglio, *op. cit.*, 12. A. Carosi, *op. cit.*, sottolinea, peraltro, che “Il bilancio dell'Unione non riesce ancora ad assumere né la veste di un bilancio unico allargato a tutte le componenti dell'Unione stessa e neppure a disegnare con chiarezza e trasparenza le relazioni economico-finanziarie tra gli Stati membri in termini di reperimento e utilizzazione delle risorse gestite”, con conseguente inadeguatezza alla rappresentazione effettiva dell'osmosi tra gli Stati membri e mancanza di rappresentatività sotto il profilo del mandato parlamentare.

(13) Corte conti, Sez. riun. contr., Relazioni sul rendiconto generale dello Stato 2020 e 2021. A. Carosi, *op. cit.*, che rileva che i valori mercatori che hanno improntato la legislazione eurounitaria e interna hanno trovato una limitazione per effetto delle politiche di resilienza implementate nel periodo della pandemia da Covid; l'A. osserva, peraltro, che “la disciplina euro-unitaria sui vincoli di bilancio è soltanto sospesa di modo che tutti gli aiuti messi in campo per contrastare il Covid e sostenere la resilienza rientreranno – nel momento in cui verrà a cessare l'evento pandemico – nell'ottica mercatoria vigente in materia di credito e contenimento della spesa”.

(14) R. Bifulco, A. Celotto, *op. cit.*, XXXIV, che richiamano Corte cost. 13 febbraio 2014, n. 23; G. Rivosecchi, *Decisioni di bilancio*, cit., nota che l'Italia è stata colta impreparata dalla crisi economica del 2009 a seguito della crescita del debito pubblico con conseguenziale aumento del differenziale rispetto ai tassi di interesse tedeschi, rendendo così difficile, stante l'ancora insufficiente livello di integrazione, apprestare efficaci strumenti di “reazione” comuni volti a favorire il rilancio dell'economia. Tutto ciò, contrariamente alle precedenti crisi economiche, ha prodotto un notevole accentramento nelle decisioni finanziarie e fiscali, a detrimento delle autonomie territoriali.

(15) G. Rivosecchi, *Armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario*, in R. Bifulco, A. Celotto, *op. cit.*, 376.

(16) L.S. Rossi, *Regole dell'Unione europea ed eccezioni nazionali: la “questione identitaria”*, intervento alla giornata di studio “Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione Europea, Stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali”, Roma, 5 settembre 2022, in <[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)>, che analizza il rapporto tra Tfue e Costituzioni nazionali, diritti fondamentali e possibilità di deroghe *in melius*, prima e dopo il Trattato di Lisbona.

(17) In endiadi, secondo S. Bartole, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e regioni anche alla luce della legge costituzionale n. 1 del 2012*, in *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e delle regioni. La lezione dell'esperienza* (Atti del seminario, Roma, 15 maggio 2015), Milano, Giuffrè, 2016. L'A. richiama, in chiave critica, la sentenza Corte cost. n. 88/2014, sottolineando che il vincolo dell'equilibrio di bilancio introdotto dalla l. cost. n. 1/2012 anche nei confronti degli enti territoriali, se letto in coordinamento con il nuovo art. 119 Cost., dovrebbe condurre ad un'interpretazione meno restrittiva della riforma. A. Carosi, *op. cit.*, pone in rilievo il ruolo fondamentale della normativa di attuazione, in un quadro strutturale molto complesso, in cui gli elementi che lo compongono sono sinergici ma “non di rado dialettici”.

enti territoriali con i principi di coordinamento della finanza pubblica, anche a seguito della promulgazione, coeva, della legge rinforzata 24 dicembre 2012, n. 243, in attuazione del principio del pareggio di bilancio, ai sensi del nuovo sesto comma dell'art. 81 della Costituzione, introdotto dalla l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, che appunto rinviava a tale fonte normativa, approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con la legge costituzionale. In altre parole, secondo la citata dottrina (18), la diversificazione delle competenze tra le materie del coordinamento della finanza pubblica e l'armonizzazione contabile, dopo il passaggio di quest'ultima alla potestà legislativa esclusiva statale, impone la ricerca di una definizione separata delle due materie; anche se si può ritenere che la riforma dell'art. 81 Cost., e in particolare i nuovi commi secondo e quarto sul divieto di indebitamento e la sostenibilità del debito complessivo delle pubbliche amministrazioni, ha avuto un influsso assai pervasivo anche sull'interpretazione del concetto di armonizzazione contabile. È stato, quindi, evidenziato che, anche e soprattutto per l'interpretazione data alla latitudine delle rispettive competenze statali e regionali dalla Consulta, la prima ha assunto un ruolo di supremazia, anche per "l'inesorabilità" dell'applicazione del canone di sussidiarietà nel caso di inerzia regionale a favore dello Stato, sia per il rispetto del patto di stabilità interno che per quello dei parametri stabiliti dall'Unione europea (19).

Come già esposto, la riforma del titolo V della Costituzione ha attratto la "materia" o "disciplina" dell'armonizzazione dei bilanci pubblici nella competenza esclusiva statale. Il passaggio di competenze appariva necessario sia per la necessità di limitare la spesa degli enti territoriali, sia per il rispetto del patto di stabilità interno e dei vincoli internazionali in materia di indebitamento.

Nello stesso tempo, appariva consono allineare la competenza statale sull'armonizzazione dei bilanci a quella, già stabilita, sul sistema tributario e contabile. Non da ultimo, la materia della perequazione si imponeva come necessario contraltare alla spinta verso l'autonomia fiscale dei territori, per evidenti esigenze di coesione.

### 3. Il sistema tributario e contabile

Per quanto riguarda il primo aspetto, è chiaro che, come di recente sottolineato dalla dottrina (20), la finanza pubblica trae le sue risorse dal prelievo coattivo sulle ricchezze private; è dunque necessaria la tutela della sana gestione finanziaria delle entrate e delle spese per garantire l'utilizzo democratico delle risorse, la loro rappresentazione certa e veritiera e il loro fine ultimo, il benessere dei cittadini. In questo contesto, era necessario istituire un circuito legislativo tra la materia tributaria, quella contabile e l'attrazione alla competenza statale anche della disciplina dell'armonizzazione dei pubblici bilanci, al fine di una rappresentazione con parametri univoci da parte di tutti gli enti pubblici. A tale riguardo è altresì importante segnalare che altra materia riservata alla potestà legislativa statale è quella del "coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale" dalla l. n. 3 del 2001 (21). È, infatti, intuitivo che soltanto tale coordinamento tra le varie reti informative regionali e locali, pur legittime (22), fermo rimanendo l'obbligo delle regioni e delle autonomie territoriali della trasmissione di dati statistici, informativi, e risultanze di controlli interni di gestione, stabiliti con legge statale, ad organi dell'amministrazione centrale e alla Corte dei conti, può garantire la raccolta, l'analisi e il coordinamento dei dati, che costituiscono la base per qualsiasi controllo.

In ultima analisi, il sistema tributario e contabile, l'armonizzazione contabile, il coordinamento statistico e informatico dei dati delle pubbliche amministrazioni – da un lato – e il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario e contabile dall'altro, sia pure devoluti a potestà competenziali diverse, concorrono a costituire un quadro nel quale le autonomie devono risultare garantite, pur nell'unitarietà complessiva del disegno economico-finanziario che ne costituisce l'obbligatorio sfondo. Portata dirimente al fine di realizzare, sul piano apparentemente solo finanziario, ma in realtà di traduzione delle risorse nel benessere dei territori, è la perequazione territoriale prevista dai commi terzo e quinto dell'art. 119 Cost., che fa da contraltare alla spinta verso l'autosufficienza fiscale dei territori al fine di evitare differenze macroscopiche tra loro.

Peraltro, la contiguità delle materie e la circostanza che costituiscano aspetti trasversali tra di loro e rispetto ad altre (basti pensare alle problematiche sui disavanzi sanitari regionali e il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost.) ha fatto sì che il legislatore abbia sostanzialmente rimesso all'interpretazione costituzionale il riparto delle competenze, con

(18) S. Bartole, *op. cit.*, 7.

(19) Sulla giurisprudenza costituzionale fino al 2015, v. l'intervento di apertura del Presidente della Consulta di allora, A. Criscuolo, il quale evidenzia il ruolo di supremazia statale nell'interpretazione del Giudice delle leggi e l'elaborazione della distinzione, utile a distinguere il riparto, tra "norme di principio" e "norme di dettaglio", in *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e delle regioni*, cit. L'A., analizzando il disegno di legge costituzionale di modifica della riforma del titolo V, auspica un intervento di semplificazione del legislatore.

(20) G. Rivosecchi, *La Corte dei conti tra controllo sulla finanza pubblica e giurisdizione per responsabilità erariale, oggi*, in questa *Rivista*, 2023, 1, 1. Per un più generale panorama sul dovere tributario collegato alla solidarietà sociale, a condizione che si tratti di "equo prelievo fiscale" e contro le teorie neoliberalistiche, nonché sulle negative ricadute sul contribuente che paga dell'inefficienza del sistema fiscale, A. Carosi, *op. cit.*, 3.10.

(21) Su cui M. Giachetti Fantini, *Coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale*, in R. Bifulco, A. Celotto, *op. cit.*, 213.

(22) Corte cost. n. 17/2004.

una tendenza che, secondo parte della dottrina, si è sempre più sbilanciata a favore dello Stato e a detrimento della legislazione regionale, quantomeno per quelle a statuto ordinario (23).

Dopo il “passaggio di grado” dell’armonizzazione contabile alla competenza esclusiva statale ci si è anche interrogati con il rapporto di questa materia con il “coordinamento della finanza pubblica” e con le competenze esclusive statali.

Le problematiche appaiono ancora più stringenti in presenza di ulteriori profili di commistione, quali quelli della riserva di legge statale in materia di sistema tributario e contabile e della devoluzione alla legislazione concorrente del coordinamento finanziario e tributario.

Tali materie risultano parzialmente sovrapponibili a quelle dell’art. 119, c. 6, della Costituzione. In proposito, la Consulta ha più volte affermato che il divieto di indebitamento per spese correnti (la c.d. “regola aurea” o “*golden rule*” trova il suo baluardo non soltanto nell’art. 119, ma anche nell’art. 117, in materia di coordinamento della finanza pubblica, e 117, c. 2, lett. i), con riguardo all’ordinamento civile (24).

Pertanto, in presenza di difficoltà interpretative particolari e derivanti da una tecnica legislativa non perspicua, riflesso dell’accesso dibattito politico istituzionale sull’autonomia regionale, è il Giudice delle leggi a chiarire e a dipanare le perplessità al fine di dirimere le interferenze tra le materie; e ciò proprio a seguito dei numerosissimi giudizi di legittimità costituzionale di leggi statali e regionali, per violazione del riparto competenziale di cui all’art. 117 Cost. in materia di sistema tributario e di armonizzazione contabile.

In ordine sistema tributario, la riserva di legge di cui all’art. 23 Cost. non implica che le regioni non possano statuire in materia. Sul punto, la Corte costituzionale ha più volte sottolineato come non esorbiti dalla sua competenza la regione (a statuto ordinario o speciale) che stabilisca che esenzioni e riduzioni per la tassa sui rifiuti (Tari), ai sensi dell’art. 1, c. 660, della l. 27 dicembre 2013, n. 147, riduzioni della tassa per l’occupazione di spazi e aree pubbliche (Tosap) o del canone per l’occupazione di spazi e aree pubbliche (Cosap), possono essere adottate anche successivamente all’approvazione del bilancio di previsione (per l’esercizio 2020) (25). Trattasi di giurisprudenza consolidata, che ha però precisato che la riserva “è soddisfatta purché la legge stabilisca gli elementi fondamentali dell’imposizione, anche se demanda a fonti secondarie o al potere dell’amministrazione la specificazione e l’integrazione di tale disciplina”. In tale contesto, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima la disciplina regionale che demandava il *quantum* dei tributi a determinazioni successive della legge regionale.

La potestà legislativa statale in materia di sistema tributario, è stato osservato, riguarda, appunto, i tributi erariali, e non può estendersi a quelli derivati (26). Tuttavia, la difficoltà ermeneutica del riparto delle competenze discende dalla circostanza che non esiste una nozione “ontologica” di tributo statale, ma tale qualifica discende dalla fonte istitutiva. Quindi, sono tributi statali quelli istituiti con legge dello Stato. Il problema è sorto con riguardo ai tributi propri derivati, il cui gettito è, totalmente o parzialmente, devoluto agli enti territoriali (come le addizionali all’Irpef o all’Irap).

Ancora una volta, è stata la Corte costituzionale a farsi carico di stabilire i confini del riparto, con una giurisprudenza orientata a riconoscere la potestà esclusiva statale anche sui tributi derivati, mentre quella concorrente regionale è stata limitata alla possibilità di riconoscere esenzioni o agevolazioni (purché limitate al territorio regionale), alla manovra sulle aliquote (perimetrata, in alto e in basso, dalla legge statale), senza potersi estendere oltre (27).

L’analisi, dunque, del titolo competenziale in parola impone il collegamento con l’art. 119 della Costituzione, da un lato, nonché con la potestà legislativa concorrente regionale in materia di “coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario” dall’altro. Infatti, il citato art. 119, secondo comma, Cost., stabilisce la possibilità di una fiscalità autonoma per gli enti territoriali “in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario”. La delega costituzionale in materia del federalismo fiscale, com’è noto, è stato oggetto di attuazione con la l. 5 maggio 2009, n. 42, relativa alle regioni a statuto ordinario e, in particolari ambiti, alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e Bolzano. Tale legge ha stabilito in via esclusiva i principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, disciplinando l’istituzione e il funzionamento del Fondo perequativo per i territori con minore capacità fiscale per abitante nonché le risorse aggiuntive e l’effettuazione degli interventi speciali; in tal modo è stato perseguito lo sviluppo delle regioni meno avanzate del Paese per superare il divario economico e sociale sempre più evidente nonostante il tempo trascorso dall’unificazione italiana. La legge delega è stata successivamente modificata, in particolare per quanto concerne le regioni a statuto speciale e le

(23) G. Rivosecchi, *Armonizzazione dei bilanci pubblici*, cit., 379, e giurisprudenza costituzionale richiamata. Da ultimo, Corte cost. 20 aprile 2023, n. 76, in materia di “extra budget sanitario” e stabilizzazione del personale, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di una legge della Regione siciliana per violazione dei principi fondamentali in materia di coordinamento della finanza pubblica. La recentissima sentenza ha valorizzato la norma interposta, su cui si tornerà *infra*, di cui alla lett. b) del c. 268 dell’art. 1 della l. n. 234/2021, volta al contenimento della spesa pubblica per il personale dei ruoli sanitari e sociosanitari entro limiti ragionevoli, da ricondurre ai principi fondamentali della materia “coordinamento della finanza pubblica”, vincolanti anche per le autonomie speciali.

(24) Corte cost. n. 188/2014, punto 3 del Considerato in diritto.

(25) Corte cost. 23 luglio 2021, n. 167, punto 5.3.3 del Considerato in diritto; 28 dicembre 2001, n. 435, e giurisprudenza richiamata.

(26) S. Eusepi, *Sistema tributario e contabile dello Stato*, in R. Bifulco, A. Celotto, *op. cit.*, 69.

(27) S. Eusepi, *op. cit.*, 71, con copiosa giurisprudenza richiamata; G. Rivosecchi, *Commento all’art. 119 Cost.*, in <www.lamagistratura.it>, 11 febbraio 2022.

province autonome di Trento e Bolzano, con il d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, recante “disposizioni urgenti per la crescita, l’equità e il consolidamento dei conti pubblici”. Per le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano, il legislatore delegato deve rifarsi agli articoli 15, sui principi che informano l’istituzione delle città metropolitane; 22, sulla “perequazione infrastrutturale”; e 27, sul coordinamento della finanza delle regioni a statuto speciale e delle province autonome.

I principi e criteri direttivi per l’attuazione dell’autonomia finanziaria degli enti territoriali della legge di delega cercano di orientare la spesa verso l’efficienza e il collegamento con i fabbisogni della popolazione locale e, allo stesso tempo, prevedono autonome fonti di finanziamento regionali tramite la possibilità di istituzione di tributi propri da parte delle regioni e degli enti locali, nonché la possibilità di variare le aliquote e di stabilire esenzioni.

I principi e i criteri direttivi di cui all’art. 76 Cost. sono il coinvolgimento dei diversi livelli istituzionali nella attività di contrasto all’evasione ed elusione fiscale; la compatibilità con gli impegni finanziari assunti con il patto di stabilità e crescita europeo; l’individuazione dei principi fondamentali dell’armonizzazione dei bilanci pubblici; il rispetto del principio della capacità contributiva ai fini del concorso alle spese pubbliche, che comporta la non alterazione del criterio della progressività; l’esclusione di ogni doppia imposizione, fatte salve le addizionali previste dalla legge statale e regionale; la tendenziale correlazione tra il prelievo fiscale e il beneficio connesso alle funzioni esercitate sul territorio, volto a favorire la corrispondenza tra responsabilità finanziaria e responsabilità amministrativa e il coinvolgimento di tutti i livelli istituzionali nell’attività di lotta all’evasione e all’elusione fiscale; l’introduzione di premi ai comportamenti virtuosi ed efficienti – in termini di equilibrio di bilancio, qualità dei servizi, contenuto livello della pressione fiscale e incremento dell’occupazione – e sanzioni per gli enti che non rispettano gli obiettivi di finanza pubblica; la previsione di un’adeguata flessibilità fiscale; la riduzione dell’imposizione fiscale dello Stato in misura corrispondente alla più ampia autonomia di entrata di regioni ed enti locali, calcolata ad aliquota standard; la coerenza tra il riordino e la riallocazione delle funzioni e la dotazione delle risorse umane e finanziarie, con il vincolo che al trasferimento delle funzioni corrisponda un trasferimento del personale tale da evitare ogni duplicazione di funzione; la garanzia della determinazione periodica del limite massimo della pressione fiscale nonché del suo riparto tra i diversi livelli di governo; la garanzia di nessun aumento della pressione fiscale complessiva, anche nel corso della fase transitoria.

Tale fase, che sembrava assai promettente sul fronte di una reale autonomia fiscale regionale, in attuazione dell’art. 119 Cost., è stata però seguita da un periodo di interventi legislativi episodici e privi di una strategia complessiva, portando, come è stato definito dalla dottrina, al “sostanziale fallimento” del federalismo fiscale introdotto con la riforma costituzionale del 2001 (28).

In particolare, la crisi economica, cui si è cercato di porre rimedio con una serie di interventi legislativi di urgenza (primo fra tutti il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, e anche c.d. decreto “salva Italia” n. 201 del 6 dicembre 2011) ha condotto, invece, ad uno sviluppo in chiave “centripeta” delle entrate comunali e degli altri tributi territoriali; soprattutto sul fronte della tassazione immobiliare, è stata iniziata e proseguita una graduale erosione dell’autonomia comunale mediante la riserva di parte del gettito all’erario statale, rendendolo sempre più incerto e senza compensare la riduzione delle entrate, così determinata, mediante trasferimenti compensativi iniziando dall’imposta comunale più remunerativa, l’imposta municipale propria o Imu (29).

Il sistema tributario – come detto *retro* – costituisce il cardine delle entrate del bilancio statale e regionale, nonché degli enti locali.

Su quest’ultimo versante, è evidente che la compartecipazione al gettito statale e la possibilità di manovra sulle aliquote dei tributi statali costituiscono ampliamenti delle entrate. Così come eventuali esenzioni dalle imposte il cui gettito è riservato, totalmente o parzialmente, alle autonomie, riduce le entrate di queste, oltre ad altri effetti collaterali. Esempio è l’esenzione dall’Imu sulla prima casa adibita ad abitazione principale, come evidenziato dalla Corte costituzionale anche di recente; oltre a rappresentare un *vulnus* in termini di entrate nei bilanci degli enti locali, sgancia la rappresentanza politica di un territorio dalla tassazione dei soggetti residenti e votanti, con ciò violando il principio *no taxation without representation* (30).

(28) Su cui M. Bergo, *L’autonomia di entrata dei comuni e gli strumenti perequativi: un dramma in tre atti*, in questa *Rivista*, 2023, 1, 6. L’A. analizza in materia critica il versante delle entrate e, in particolare, il “nodo” dei fondi perequativi, destinati a compensare le diverse risorse territoriali in un’ottica di coesione; L. Antonini, *Un “requiem” per il federalismo fiscale*, in <www.federalismi.it>, 10 agosto 2016, per il quale la crisi economica è stata fronteggiata mediante tagli lineari a scapito degli enti territoriali e non su tutti gli enti pubblici facenti parte del bilancio consolidato delle pubbliche amministrazioni, con una “profonda e ingiustificata alterazione dei principi fondamentali che da sempre ed ovunque riguardano l’autonomia fiscale degli enti territoriali”, con ciò determinando “un quadro di finanza locale insostenibile, fonte di inaudite complicazioni e di gravissime alterazioni dei presupposti che permettono l’ordinato sviluppo del sistema fiscale e delle stesse autonomie locali”.

(29) Un’analisi approfondita sulle varie imposte è condotta da M. Bergo, *op. cit.*, che cita: l’Imu, con le relative esenzioni parziali o totali (tra cui i c.d. “beni-merce” di cui all’art. 2, cc. 1 e 2, lett. a, d.l. 31 agosto 2013, n. 102, convertito dalla l. 28 ottobre 2013, n. 124, a determinate condizioni) nonché l’attrazione al bilancio dello Stato di una quota del gettito dell’Imu per i fabbricati industriali e del 22,43% dell’Imu per alimentare il fondo di solidarietà comunale. Ne è conseguito un quadro ulteriormente sbilanciato, definito dall’A. “trasferimento negativo”.

(30) Corte cost. n. 209/2022, in questa *Rivista*, 2022, 5, 201, su cui sia consentito rinviare al commento di E. Tomassini, *La Corte costituzionale fa chiarezza sui presupposti di fruizione dell’Imu sull’abitazione principale per il nucleo familiare*.



Anche sul fronte dei fondi perequativi, di cui all'art. 119, terzo comma, Cost., la legislazione statale in materia ha spesso introdotto dei vincoli di destinazione per le regioni, in tal modo incorrendo nelle censure della Corte costituzionale, che più volte e anche assai di recente ha dichiarato l'incostituzionalità di tali previsioni (31).

Di carattere diverso dai fondi perequativi sono poi i provvedimenti assunti dallo Stato per fronteggiare la pandemia da Covid-19. Al riguardo con l'art. 106 del d.l. n. 34/2020 (c.d. rilancio) è stato stanziato, nello stato di previsione del Ministero dell'interno, il c.d. "fondone". Il fondo ha concorso ad assicurare la copertura delle possibili perdite di entrate locali dovute all'emergenza, con una dotazione iniziale in favore dei comuni di 3 miliardi, successivamente integrata di ulteriori 1,22 miliardi per l'anno 2020, e per l'anno 2021, incrementata di altri 1,35 miliardi (art. 1, c. 822, l. n. 178/2020) (32).

Un'analisi degli interventi legislativi statali in materia di perequazione mostra però numerosi effetti distorsivi, generati dal meccanismo di calcolo della capacità fiscale che, a sua volta, costituisce un criterio per il riparto perequativo delle risorse.

#### 4. L'armonizzazione contabile

Come si è accennato *retro*, l'armonizzazione contabile era un passaggio necessario per consentire la confrontabilità e l'omogeneità dei dati di tutte le pubbliche amministrazioni, cui indubbiamente appartengono le regioni. A seguito della menzionata delega di cui alla l. n. 42 del 2009, è stato emanato il d.lgs. n. 118 del 2011, con cui è stato, quindi, ridefinito l'ordinamento contabile degli enti territoriali e dei loro enti e organismi strumentali, al fine di realizzare una omogeneità effettiva dei bilanci e dei rendiconti ed estendere la contabilità patrimoniale a tutti gli enti, migliorando in tal modo la complessiva qualità dei conti pubblici e concorrendo positivamente al percorso di risanamento della finanza territoriale. Dopo una fase di sperimentazione, la nuova contabilità è stata applicata agli enti territoriali a decorrere dal 2015, venendo poi estesa a tutte le autonomie speciali nel corso del 2016. Il decreto delegato ha tenuto, inoltre, conto della direttiva 2011/85/UE dell'8 novembre 2011. La fonte sovranazionale ha specificamente fissato regole minime comuni per rendere i bilanci degli Stati membri più trasparenti, confrontabili e il più possibile completi e veritieri, nonché con un medesimo orizzonte temporale pluriennale – almeno triennale – di programmazione. In particolare, la direttiva ha conformato la legislazione nazionale sottolineando la necessità di adottare requisiti uniformi nella redazione dei quadri di bilancio degli Stati membri; l'obbligo di registrazione delle operazioni contabili; l'istituzione di un adeguato controllo interno; l'istituzione di un'adeguata informativa finanziaria e di *audit*; l'affidabilità dei dati e l'applicabilità delle regole a tutto il sottosectore delle amministrazioni pubbliche, al fine della disponibilità e comparabilità dei dati per il Sistema europeo dei conti (Sec). È stata anche ribadita la fondamentale importanza delle regole e specifiche sui quadri di bilancio nel contesto del quadro rafforzato dell'Unione per la sorveglianza dei bilanci. In ordine ai bilanci degli enti territoriali o sottosettori, il punto 24 della direttiva ha sottolineato il ruolo degli Stati membri che hanno adottato il decentramento in materia di bilancio, con la devoluzione dei relativi poteri ad "amministrazioni subnazionali", con conseguente obbligo di garantire il rispetto dei principi previsti, anche con adeguate conseguenze.

Il decreto legislativo n. 118, anche alla luce degli obblighi sovranazionali, ha dunque riformato in maniera organica la contabilità degli enti territoriali, diretta a garantire la qualità e l'efficacia del monitoraggio e del consolidamento dei conti pubblici e a superare la sostanziale incapacità dell'allora vigente sistema contabile di dare rappresentazione ai reali fatti economici. La riforma stabilisce, dunque, per regioni ed enti locali, l'adozione di regole contabili uniformi, di un comune piano dei conti integrato e di comuni schemi di bilancio, l'adozione di un bilancio consolidato con le aziende, società o altri organismi controllati, la definizione di un sistema di indicatori di risultato semplici, misurabili, nonché l'affiancamento, a fini conoscitivi, di un sistema di contabilità economico-patrimoniale al sistema di contabilità finanziaria.

La complessità, anche tecnica, dell'implementazione del nuovo sistema, ha reso opportuni alcuni interventi per accompagnare l'armonizzazione: a tal fine sono stati previsti nel d.lgs. n. 118/2011 in questione (allegati da 4/1 a 4/4) i "principi contabili applicati", veri e propri manuali operativi a disposizione degli enti, corredati da numerosi esempi pratici, riguardanti la programmazione, la contabilità finanziaria, la contabilità economico-patrimoniale e il bilancio consolidato (33).

(31) Da ultimo, Corte cost. 14 aprile 2023, n. 71, per la quale deve ritenersi che "nell'unico fondo perequativo relativo ai comuni e storicamente esistente ai sensi dell'art. 119, terzo comma, Cost., non possano innestarsi componenti perequative riconducibili al quinto comma della medesima disposizione, che devono, invece, trovare distinta, apposita e trasparente collocazione in altri fondi a ciò dedicati, con tutte le conseguenti implicazioni, anche in termini di rispetto, quando necessario, degli ambiti di competenza regionali" (punto 16 del Considerato in diritto).

(32) Corte conti, Sez. autonomie, n. 11/2022, Relazione sulla gestione finanziaria degli enti locali, comuni, province e città metropolitane, esercizi 2019-2021, 50; M. B ergo, *op. cit.*, 11.

(33) L'entrata in vigore della riforma è stata stabilita al 1° gennaio 2015, dopo una fase di sperimentazione biennale, per cui a partire da tale data, le amministrazioni pubbliche territoriali e i loro enti strumentali in contabilità finanziaria sono stati tenuti a conformare la propria gestione alle nuove regole e principi contabili. È poi seguito il d.lgs. n. 126/2014, che ha anche novellato, sul punto, il d.lgs. n. 267/2000 in materia di enti locali. Per gli enti del Ssn, invece, la relativa disciplina contabile armonizzata dettata dal titolo II ha trovato applicazione a decorrere dall'anno 2012. Tenuto conto della complessità del percorso di introduzione a regime del nuovo sistema contabile e dei relativi nuovi schemi di bilancio, la Corte dei conti, Sez. autonomie, con del. 17 febbraio 2015, n. 4, ha emanato le linee di indirizzo per la formazione dei bilanci da parte degli territoriali, in cui si analizzano i principali istituti introdotti dalla riforma contabile con riguardo

Il decreto delegato e i principi in esso declinati hanno assunto particolare rilevanza nella giurisprudenza costituzionale, in quanto hanno assunto la funzione di “norme interposte” ai fini del giudizio del rispetto dei parametri costituzionali di cui all’art. 117 Cost., su cui si tornerà *infra*.

5. *La giurisprudenza costituzionale nella materia dell’armonizzazione contabile. Il ruolo delle norme interposte di cui al d.lgs. n. 118/2011 e s.m.i.*

Dopo la riforma del titolo V della Costituzione e la diversa allocazione dell’armonizzazione contabile nel riparto delle competenze, la giurisprudenza costituzionale ha continuato ad interpretare la materia secondo un criterio teleologico. Ma, per valutare se una legge regionale abbia violato i limiti competenziali di cui all’art. 117, secondo comma, Cost., la Corte ha spesso utilizzato le norme di legge ordinaria e, in particolare, le disposizioni del d.lgs. n. 118 del 2011.

Quella delle norme “interposte” è una tecnica interpretativa che la dottrina costituzionalista conosce da tempo, soprattutto di fronte a quelle “materie” che tali non sono, configurandosi, piuttosto, come “funzioni” (34); per cui, in presenza di un perimetro sfuggente, la giurisprudenza costituzionale ha elaborato nuovi strumenti ermeneutici soprattutto di carattere teleologico, con la conseguenza di restringere l’ambito competenziale regionale.

In tale direzione operano le norme interposte, definite, secondo la dottrina e la giurisprudenza costituzionale, come di rango subordinato alla Costituzione, cui devono conformarsi, ma sovraordinato rispetto alle leggi ordinarie (35).

La Corte ha elaborato, così, il concetto di “punto di equilibrio” tra gli interessi statali e quelli regionali, a sfavore degli enti territoriali. Ne è conseguito, anche nella disciplina della potestà esclusiva statale, quello che è stato definito un “intarsio” di competenze (36), che ha finito peraltro di stemperare le differenze fra potestà legislativa statale e regionale. In particolare, nella gerarchia delle fonti, tali norme interposte hanno “rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria” (37).

Anche l’interpretazione della Consulta del titolo competenziale dell’armonizzazione contabile adotta, come accennato, un criterio teleologico. L’armonizzazione, quindi, è definita in virtù del fine di realizzare l’omogeneità dei sistemi contabili, per rendere i bilanci delle amministrazioni aggregabili e confrontabili, in modo da soddisfare le esigenze informative connesse a vari obiettivi, quali la programmazione economico-finanziaria.

La giurisprudenza costituzionale ha più volte ricordato che il principio di armonizzazione dei bilanci pubblici è senz’altro spettanza esclusiva della potestà legislativa statale, e che tale interpretazione (teleologica) discende dal complesso di norme che lo regolano e dall’intreccio con altre norme costituzionali: l’art. 5 sull’unità economica della Repubblica; il coordinamento della finanza pubblica; l’osservanza degli obblighi economici e finanziari derivanti dall’adesione ai Trattati europei. A tale riguardo la Corte ha più volte ricordato la l. n. 196 del 2009, che, all’art. 1, c. 2, stabilisce che le amministrazioni pubbliche “concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica definiti in ambito nazionale in coerenza con le procedure e i criteri stabiliti dall’Unione europea e ne condividono le conseguenti responsabilità”; con precisazione che il “concorso al perseguimento di tali obiettivi si realizza secondo i principi fondamentali dell’armonizzazione dei bilanci e del coordinamento della finanza pubblica” (38).

Dal complesso delle pronunce suddette emergono importanti principi atti a delimitare il perimetro dell’armonizzazione, con conseguente illegittimità delle leggi regionali che vengano a modificare i principi da essa stabiliti.

Al riguardo, oltre al decreto legislativo di attuazione dell’armonizzazione contabile, in molte decisioni sono i principi della legge rinforzata n. 243 del 2012 a rappresentare il parametro per valutare la violazione o meno del riparto competenziale regionale, ovvero di altri principi costituzionali (artt. 81 e 119) (39).

Tale impostazione è stata ribadita anche in tempi recentissimi. La Corte, infatti, ha posto in rilievo l’importanza dei principi declinati dal d.lgs. n. 118 del 2011, sottolineando il loro ruolo, che trascende l’aspetto esclusivamente tecnico: «L’armonizzazione dei bilanci pubblici è finalizzata a rendere i documenti contabili delle amministrazioni pubbliche omogenei e confrontabili, assumendo gradualmente una fisionomia più ampia e rigorosa, in particolare per quel che

---

all’attuazione degli stessi nei bilanci 2016-2018. Le nuove regole contabili si riflettono anche sulla legislazione di finanza pubblica, e vengono conseguentemente considerate nell’ambito dei chiarimenti e nelle indicazioni rilasciate dalla Ragioneria generale dello Stato sulle leggi di bilancio annuali.

(34) R. Bifulco, A. Celotto, *op. cit.*, XXIII.

(35) Corte cost. n. 348/2007, punto 4.5 del Considerato in diritto, per il quale la “La struttura della norma costituzionale [art. 117], [...] si presenta simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria”. Cfr. anche Corte cost. n. 101/1989, n. 85/1990, n. 4/2000, n. 533/2002, n. 108/2005, n. 12/2006, n. 269/2007.

(36) R. Bifulco, A. Celotto, *op. cit.*, XXV.

(37) Corte cost. n. 348/2007, cit.

(38) Corte cost. n. 80/2017, punto 3.4 del Considerato in diritto.

(39) Su cui S. Bartole, *op. cit.*, 5, con ampi richiami di giurisprudenza. Secondo l’A., alla legge regionale, così ragionando, non dovrebbero residuare ampi spazi di movimento, attesi i vincoli stabiliti dalla normativa interposta ai fini del giudizio sul riparto di cui all’art. 117 da un lato e i parametri di cui agli artt. 81 e 119 dall’altro.

riguarda gli enti territoriali, per mezzo dei principi contabili espressi dal d.lgs. n. 118 del 2011 [...] per un verso, solo il rispetto di un linguaggio contabile comune impedisce a un sistema ispirato al pluralismo istituzionale di degenerare in un'ingestibile moltitudine di monadi contabili; [...] per altro verso, l'uniformità delle regole, per quanto connotate da un alto livello di tecnicità, sia funzionale all'indispensabile finalità di garantire "l'omogeneità dei sistemi contabili per rendere i bilanci delle amministrazioni aggregabili e confrontabili, in modo da soddisfare le esigenze informative connesse a vari obiettivi quali la programmazione economico-finanziaria, il coordinamento della finanza pubblica, la gestione del federalismo fiscale, le verifiche del rispetto delle regole comunitarie, la prevenzione di gravi irregolarità idonee a pregiudicare gli equilibri dei bilanci» (40). Così, "le norme statali dettate in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici vincolano tutti gli enti territoriali poiché funzionali a preservare l'equilibrio economico-finanziario del complesso delle amministrazioni pubbliche e anche a garantire l'unità economica della Repubblica, come richiesto dai principi costituzionali e dai vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea".

Tra le numerose decisioni in materia, possono essere citate quelle sulla tempistica della redazione dei documenti contabili delle regioni e degli enti locali, perché «la scansione temporale degli adempimenti del ciclo di bilancio, dettati dalla normativa statale, è infatti funzionale a realizzare la unitaria rappresentazione dei dati della contabilità nazionale, imponendosi anche alle regioni a statuto speciale, in quanto parti della "finanza pubblica allargata"» (41). In proposito, la Corte osserva anche che il rendiconto rappresenta un momento essenziale del ciclo di bilancio. Da un lato, responsabilizza gli amministratori "per l'impiego di risorse finanziarie pubbliche nel rispetto dei canoni di legalità, efficienza, efficacia ed economicità della gestione amministrativa"; sotto altro aspetto, costituisce lo "strumento di verifica della regolarità dei conti e della correttezza delle spese effettuate dalle pubbliche amministrazioni, ai fini della chiusura del ciclo di bilancio attraverso il confronto con i dati previsionali". La Consulta richiama le pronunce della Corte dei conti in sede di parifica dei conti regionali, sull'importanza del rendiconto e del rispetto del termine per la presentazione dello stesso, rappresentando «"un momento essenziale del processo di pianificazione e di controllo sul quale si articola l'intera gestione dell'ente, in grado di contenere informazioni comparative e di misurare i valori della previsione definitiva confrontandoli con quelli risultanti dalla concreta realizzazione dei programmi e degli indirizzi politici, vale a dire dei risultati, valutandone gli eventuali spostamenti e analizzandone le ragioni" (Corte dei conti, sezione regionale di controllo per il Veneto, deliberazione 10 ottobre 2018, n. 367/2018/Prse; in termini adesivi, *ex plurimis*, Corte dei conti, sezione regionale di controllo per il Trentino-Alto Adige/Südtirol, deliberazione 4 dicembre 2019, n. 57/2019/Prse)» (42).

Per la Corte, "il rendiconto assume, nell'ambito dell'armonizzazione della finanza pubblica, rilievo analogo a quello del bilancio di previsione, operando sinergicamente con esso, nella comune funzione di complessiva legittimazione dell'operato dell'amministrazione nell'ambito del ciclo di bilancio, e nel costituire la base per la costruzione dei dati nazionali utili alla programmazione finanziaria dello Stato, alla verifica dell'osservanza degli impegni assunti a livello nazionale ed europeo, alla determinazione delle conseguenti manovre di bilancio. Basti, del resto, rilevare che l'art. 172 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) prevede l'allegazione del rendiconto al successivo bilancio di previsione, posto che la veridicità e attendibilità di quanto rappresentato in tale bilancio potrebbero essere negativamente incise dall'assenza ovvero dalla mancata approvazione del rendiconto. Da qui l'esigenza ineludibile, ai fini dell'attuazione del principio dettato dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., che sia lo Stato a determinare una data unica e comune anche per l'approvazione del rendiconto da parte delle amministrazioni pubbliche, e che solo lo Stato possa, quindi, disporre un differimento dei termini previsti in via ordinaria per l'approvazione dei documenti di bilancio, ivi compreso il rendiconto, a ragione di sopraggiunte rilevanti esigenze".

In altre occasioni, il principio del rispetto dei principi di armonizzazione contabile si pone come strumentale al rispetto del principio della copertura di bilancio di cui all'art. 81 Cost. (43). In queste decisioni la Corte affronta il complesso profilo dell'interpretazione del d.lgs. n. 118 del 2011, esso stesso individuato, da un lato, come norma "interposta" del giudizio di legittimità costituzionale di una legge regionale e, dall'altro, come legge sottoposta a scrutinio costituzionale con riguardo al parametro dell'art. 81, terzo comma, Cost. La Corte conclude nel senso che la disciplina

(40) Corte cost. 2 maggio 2023, n. 81, punto 3.1 del Considerato in diritto, e le richiamate decisioni n. 184/2016, n. 168/2022, n. 44/2021, n. 130/2020.

(41) Corte cost. n. 80/2017, n. 184/2016, n. 250/2020, punto 3.3.1 del Considerato in diritto, richiamate, da ultimo, da Corte cost. n. 167/2021, cit.

(42) V. nt. 41.

(43) Corte cost. n. 6/2017, punto 4.1 del Considerato in diritto: «La norma sul disavanzo tecnico deve essere pertanto interpretata in modo costituzionalmente orientato, dal momento che "per i principi contabili vale la regola dell'interpretazione conforme a Costituzione, secondo la quale, in presenza di ambiguità o anfibologie del relativo contenuto, occorre dar loro il significato compatibile con i parametri costituzionali" (sentenza n. 279 del 2016). Ove fosse possibile solo l'ipotesi ermeneutica estensiva della regola adottata dalla Regione autonoma Sardegna, ciò determinerebbe l'illegittimità costituzionale dello stesso principio contabile, dal momento che, così interpretato, esso diventerebbe un veicolo per un indebito allargamento – in contrasto con l'art. 81 Cost. – della spesa di enti già gravati dal ripiano pluriennale di disavanzi di amministrazione pregressi (in tal senso, sentenza n. 279 del 2016). In quanto eccezione al principio generale dell'equilibrio del bilancio, la disciplina del disavanzo tecnico è comunque di stretta interpretazione e deve essere circoscritta alla sola irripetibile ipotesi normativa del riaccertamento straordinario dei residui nell'ambito della prima applicazione del principio della competenza finanziaria potenziata, in ragione delle particolari contingenze che hanno caratterizzato la situazione di alcuni enti territoriali».

ordinaria dell'armonizzazione contabile è soggetta a interpretazione restrittiva ogniqualvolta una diversa ermeneutica ponga in pericolo i principi generali sull'equilibrio di bilancio regionale, rivelando manovre occulte per ampliare la spesa degli enti territoriali.

Dalle numerose decisioni costituzionali volte a dirimere la problematica del riparto di competenze statali e regionali si evince, dunque, che alcuni complessi normativi non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono (44), e pertanto possono essere ascritti, di volta in volta, a potestà legislative statali o regionali. A questa area dai confini di controversa identificazione è rimessa la valutazione della legge regionale impugnata che, in un ambito finanziario astrattamente riferibile a più interessi costituzionali protetti, trova la sua ragione nella disciplina di specifiche prerogative dell'ente territoriale e nella "omogeneizzazione" di dette prerogative attraverso modalità di "espressione contabile", le quali devono essere compatibili con le regole indefettibili poste a tutela della finanza pubblica, in attuazione di una pluralità di precetti costituzionali (45).

Tale interpretazione si applica in pieno alla "materia" dell'armonizzazione dei bilanci pubblici. A ben vedere non tanto la materia in sé dell'armonizzazione, ma la legislazione attuativa e segnatamente il d.lgs. n. 118 del 2011 ha comportato "un'espansione della stessa armonizzazione ad ambiti di regolazione che si pongono nell'alveo di altri titoli di competenza, nominati ed innominati. In sostanza, la stretta compenetrazione degli ambiti materiali ha reso inseparabili alcuni profili di regolazione". In tale direzione, "l'armonizzazione si colloca contemporaneamente in posizione autonoma e strumentale rispetto al coordinamento della finanza pubblica: infatti, la finanza pubblica non può essere coordinata se i bilanci delle amministrazioni non hanno la stessa struttura e se il percorso di programmazione e previsione non è temporalmente armonizzato con quello dello Stato (peraltro di mutevole configurazione a causa della cronologia degli adempimenti imposti in sede europea). Analogamente, per quel che riguarda la tutela degli equilibri finanziari, il divieto di utilizzare fondi vincolati prima del loro accertamento risponde alla finalità di evitare che ciò crei pregiudizio alla finanza pubblica individuale ed allargata" (46).

Dunque, alla luce della citata giurisprudenza costituzionale, acquistano rilievo, quali norme interposte, quelle di attuazione della disciplina dell'armonizzazione, più che la materia in sé, che, di volta in volta, qualora il parametro costituzionale invocato comprenda comunque l'art. 117, c. 2, lett. e), permette alle censure statali sull'esorbitanza regionale di superare, quantomeno, il vaglio di ammissibilità, atteso che "il nesso di interdipendenza che lega l'armonizzazione alle altre materie, e la conseguente profonda e reciproca compenetrazione, hanno comportato che proprio in sede di legislazione attuativa si sia verificata un'espansione della stessa armonizzazione ad ambiti di regolazione che si pongono nell'alveo di altri titoli di competenza, nominati ed innominati. In sostanza, la stretta compenetrazione degli ambiti materiali ha reso inseparabili alcuni profili di regolazione. Così, a titolo esemplificativo, si può affermare che l'armonizzazione si colloca contemporaneamente in posizione autonoma e strumentale rispetto al coordinamento della finanza pubblica: infatti, la finanza pubblica non può essere coordinata se i bilanci delle amministrazioni non hanno la stessa struttura e se il percorso di programmazione e previsione non è temporalmente armonizzato con quello dello Stato (peraltro di mutevole configurazione a causa della cronologia degli adempimenti imposti in sede europea). Analogamente, per quel che riguarda la tutela degli equilibri finanziari, il divieto di utilizzare fondi vincolati prima del loro accertamento risponde alla finalità di evitare che ciò crei pregiudizio alla finanza pubblica individuale ed allargata" (47).

Tuttavia, la Corte non manca di considerare che la rappresentazione del bilancio costituisce espressione tipica dell'autonomia regionale, in quanto espone ai cittadini il risultato dell'amministrazione finanziaria in termini di congruenza tra quanto programmato e quanto realizzato; in altre parole, l'applicazione delle regole contabili fa parte della libertà delle autonomie, e ciò è consentito purché tenga conto dei limiti esterni costituiti dal rispetto delle regole di cui al d.lgs. n. 118 del 2011. Il decreto delegato, dunque, costituisce il parametro interposto della compatibilità con la Costituzione delle disposizioni regionali di volta in volta impuginate, ma gli articoli di riferimento nella Carta fondamentale possono riguardare, come la Consulta più volte ha chiarito, non soltanto o non affatto la violazione del riparto delle competenze legislative ma anche altri parametri (artt. 81, 119, 117, e, sotto altri profili, artt. 5 e 32, per citare i più frequenti).

Il giudizio che la Consulta è chiamato a dare diventa particolarmente tecnico, dovendo applicare le norme di armonizzazione contabile testé citate e altresì gli allegati al d.lgs. n. 118 del 2011, che costituiscono la cartina di tornasole per evidenziare l'allargamento della competenza regionale oltre i suoi ambiti e, anche, le violazioni dell'art. 81 in tutte le sue accezioni e l'art. 119, principalmente il divieto di indebitamento per spese correnti e l'elusione dei principi generali sul disavanzo di amministrazione. In tale contesto, per la Corte, la violazione dei principi contabili applicati di cui al d.lgs. n. 118, come la tardiva approvazione del rendiconto e del disavanzo, con conseguente necessità di recupero

(44) Corte cost. n. 303/2003.

(45) Corte cost. n. 184/2016, cit.

(46) *Ivi*, punto 2.1 del Considerato in diritto.

(47) *Ivi*.

del disavanzo non ripianato, nonché dell'ulteriore disavanzo emerso per l'intero importo nell'esercizio in corso di gestione (48).

Attenta dottrina ha così osservato che «Il parametro dell'armonizzazione dei bilanci, per effetto delle strette interrelazioni tra i principi costituzionali, è servente al coordinamento della finanza pubblica, dal momento che la “sincronia” delle procedure di bilancio è collegata alla programmazione finanziaria statale e alla redazione della manovra di stabilità, operazioni che presuppongono da parte dello Stato la previa conoscenza di tutti i fattori che incidono sugli equilibri complessivi e sul rispetto dei vincoli nazionali ed europei. Il ciclo di bilancio ha assunto, quindi, un'importanza cruciale, tanto che la stessa Consulta è giunta ad affermare che esso assume rilievo come bene pubblico, ovvero come insieme di documenti capaci di informare con correttezza e trasparenza il cittadino sulle obbiettive possibilità di realizzazione dei programmi e sull'effettivo mantenimento degli impegni elettorali, onere inderogabile per chi è chiamato ad amministrare una determinata collettività» (49).

La giurisprudenza costituzionale svolge il giudizio sulla spettanza del titolo competenziale allo Stato o alle regioni utilizzando, dunque, il parametro di dette norme. In particolare, giudicando sulla legittimità costituzionale di alcune leggi regionali, ha statuito che l'art. 20 del decreto legislativo in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici “è specificamente funzionale, coerentemente con la rubrica della stessa (Trasparenza dei conti sanitari e finalizzazione delle risorse al finanziamento dei singoli servizi sanitari regionali), a evitare opacità contabili e indebite distrazioni dei fondi destinati alla garanzia dei Lea, ovvero proprio quei fenomeni che hanno concorso al determinarsi delle gravissime situazioni prima descritte” (50). Aderendo alla giurisprudenza costituzionale consolidata, le Sezioni riunite della Corte dei conti hanno sottolineato il carattere di “parametro interposto di costituzionalità” del citato art. 20, – con riferimento alla competenza statale esclusiva sull'armonizzazione dei bilanci pubblici – diretto a garantire sia la “trasparenza sulle quantità e modalità di impiego di risorse destinate ai Lea”, sia la loro erogazione nel tempo, “assicurando il necessario delicato bilanciamento tra tutela della salute (art. 32 Cost.) ed equilibrio finanziario (artt. 81 e 119 Cost.)”.

La Corte accoglie in pieno il ragionamento dei giudici contabili, sottolineando che «il citato art. 20 “stabilisce condizioni indefettibili nella individuazione e allocazione delle risorse inerenti ai livelli essenziali delle prestazioni” (51), con “l'impossibilità di destinare risorse correnti, specificamente allocate in bilancio per il finanziamento dei Lea, a spese, pur sempre di natura sanitaria, ma diverse da quelle quantificate per la copertura di questi ultimi» (52). Per concludere, dunque, che “la disposizione censurata correla quindi a una entrata certamente sanitaria (il Fondo sanitario) una spesa invece estranea a questo ambito, alterando così la struttura del perimetro sanitario prescritto dall'art. 20 del d.lgs. n. 118 del 2011, la cui finalità di armonizzazione contabile risulta chiaramente elusa. È pertanto violata la competenza legislativa esclusiva statale in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.” (53).

Più di recente, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione di legge regionale che individuava la copertura di un debito fuori bilancio nell'esercizio successivo rispetto a quello di competenza, in violazione del principio contabile di annualità del bilancio, espresso dall'art. 73, c. 3, del d.lgs. n. 118 del 2011, per il quale deve invece trovare copertura nel bilancio di previsione nel quale la spesa è introdotta (54).

#### 6. *Il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario. La competenza concorrente dello Stato e delle regioni e il ruolo delle norme di principio. La garanzia statale del coordinamento della finanza pubblica e i relativi oneri. Il ruolo della Corte dei conti*

Nonostante la riforma del titolo V della Costituzione e l'entrata in vigore della l. cost. n. 3 del 2001, lo Stato non ha proceduto ad una “riconsiderazione della propria legislazione di principio nelle materie di competenza concorrente” (55). Ne è conseguito un quadro nel quale la Corte costituzionale, ancora una volta, ha rappresentato l'ago della bilancia

(48) Corte cost. n. 268/2022, che evidenzia la violazione della legge regionale di approvazione del rendiconto con l'art. 117, c. 2, lett. e), in relazione ai parametri interposti di cui ai principi contabili applicati contenuti nei paragrafi 9.2.26 e 9.2.28 dell'Allegato 4/2 al d.lgs. n. 118/2011.

(49) P. Santoro, *Dall'ausiliarità all'autonomia del giudizio di parifica. Luci e ombre della sentenza costituzionale n. 184/2022 sul conflitto di attribuzione*, in questa *Rivista*, 2022, 4, 51.

(50) Corte cost. n. 233/2022, sull'art. 6 della l. reg. siciliana 17 marzo 2016, n. 3, sollevata dalle Sezioni riunite della Corte dei conti in sede giurisdizionale in speciale composizione, in sede di ricorso del rappresentante della Procura generale presso la Sezione di appello della regione siciliana della Corte dei conti, avverso la decisione di parifica del rendiconto regionale. Il giudice *a quo*, aderendo alla tesi della procura, ha sospettato di illegittimità costituzionale l'inserimento nel perimetro sanitario di una spesa ritenuta ad esso estranea, poiché relativa all'ammortamento di un mutuo contratto con lo Stato. Nei precedenti citati nella decisione, la natura di norme interposte al parametro costituzionale dell'art. 81, c. 3, Cost. in materia di copertura è stata riconosciuta nell'art. 53, cc. 1 e 2, del d.lgs. n. 118/2011, che prescrive, per la validità di una partita attiva di bilancio, la sussistenza di un titolo giuridico appropriato e di una stima credibile. Peraltro, la medesima decisione ha sottolineato la natura precettiva dell'art. 81 Cost., indipendentemente dall'interposizione di altre norme.

(51) Corte cost. n. 197/2019.

(52) Corte cost. n. 132/2021.

(53) *Ivi*, punto 9.4 del Considerato in diritto.

(54) Corte cost. n. 51/2023, punto 4 del Considerato in diritto.

(55) R. Bifulco, A. Celotto, *op. cit.*, XXV.

non soltanto nel riparto competenziale, ma anche nell'individuazione delle norme di principio atte a delimitare le materie della competenza concorrente. Le fonti di tali principi sono ormai da tempo da riconoscersi non soltanto nelle leggi, ma nella decretazione di urgenza e, anche, di carattere secondario come i regolamenti (56). Altre problematiche sono sorte sulla possibilità dello Stato di introdurre norme suppletive o di dettaglio in materie di legislazione concorrente, ma la Corte non ha rilevato una violazione delle competenze, alla luce della lettura coordinata dell'art. 117, terzo comma, e dell'art. 118, primo comma, Cost., in materia di sussidiarietà e di adeguatezza delle funzioni amministrative (57), posta la necessità di assicurare l'esercizio di tali funzioni. La competenza concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica deve poi tener conto della disciplina dell'art. 119, secondo comma, come riformato, il quale delinea due direttrici di manovra tributaria per le regioni: la possibilità di istituire tributi propri e quella di partecipare al gettito dei tributi nazionali, relativamente alla quota collegata al loro territorio.

La legge in materia di coordinamento della finanza pubblica è la già citata n. 42 del 2009, con cui lo Stato ha ribadito i principi della materia. Fino all'entrata in vigore della legge, la Corte costituzionale ha adottato una giurisprudenza oscillante, o salvando le norme statali già vigenti in materia di coordinamento della finanza pubblica e di potere impositivo, oppure, viceversa, riconoscendo la compatibilità con l'art. 117, c. 3, Cost. delle norme regionali istitutive di tributi propri giudicando non irragionevole la loro abolizione (58).

Per quanto riguarda, invece, le norme in materia di contenimento della spesa pubblica, la giurisprudenza è stata più lineare, stabilendo che la legislazione statale non può spingersi fino a dettare norme specifiche relative a singole voci di bilancio, a pena di ledere l'autonomia delle regioni e degli enti locali. Pertanto, la legislazione statale può stabilire obiettivi generali di contenimento complessivo della spesa corrente, lasciando però alle singole autonomie le modalità di conseguimento di tale obiettivo (59). La dottrina ha segnalato un graduale allontanamento della giurisprudenza costituzionale da tali principi, con l'affermazione della compatibilità del riparto di competenze di leggi assai puntuali in materia di spesa (soprattutto in materia di organizzazione di enti e organismi delle autonomie e di spesa per il personale). Tuttavia, in questa fase successiva al 2006, la Corte si è premurata di sottolineare la necessaria temporaneità delle misure restrittive.

In base a tale "statuto" dei requisiti delle norme statali di coordinamento della finanza pubblica (60), la Corte ha dunque delimitato il perimetro di attività della legislazione statale e la compatibilità delle numerose norme emanate nel tempo con l'autonomia delle regioni stabilita dalla Costituzione.

In una fase successiva, tuttavia, la ripartizione suddetta ha scontato la necessità di rispetto dei parametri di stabilità europei e quella, non meno importante, di fronteggiare la crisi economica globale verificatasi a partire dal 2008 e dalla quale, in realtà, il nostro Paese non si è mai realmente ripreso, scontando una bassa crescita economica. In tale contesto, la giurisprudenza costituzionale si è gradualmente allontanata dal precedente "statuto" riconoscendo, di volta in volta, la natura di principi di coordinamento della finanza pubblica a svariate leggi statali, soprattutto in materia di contenimento della spesa delle pubbliche amministrazioni. Le sentenze hanno sottolineato il dovere di rispetto di tali principi da parte delle regioni, sia a statuto ordinario che a statuto speciale, e hanno adottato un criterio ermeneutico secondo cui la legge statale deve indicare il "limite minimo e complessivo" di riduzione della spesa da parte delle regioni e degli altri organismi, ferma rimanendo la potestà delle autonomie di stabilire le riduzioni nel dettaglio. L'interprete, dunque, per stabilire la conformità all'art. 117, comma terzo, della Costituzione, delle norme impugnate, deve verificare caso per caso quanto spazio di manovra, nell'ambito dei citati principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica, rimanga all'autonomia regionale. La Corte esclude una definizione univoca della nozione di finanza pubblica, che "deve tener conto del contesto, del momento congiunturale in relazione ai quali l'accertamento va compiuto e della peculiarità della materia"; ne consegue che anche norme puntuali e di dettaglio possono esprimere i principi di coordinamento della finanza pubblica (61).

Tali approdi rendono, tuttavia, alquanto sfuggenti le coordinate applicate dal Giudice delle leggi, dovendosi, di volta in volta, stabilire se le fonti impugnate da un lato costituiscano principi di coordinamento della finanza pubblica e, dall'altro, se non si spingano a dettare disposizioni lesive dell'autonomia legislativa concorrente delle regioni.

L'unico punto sicuro è quello dell'insufficienza o, meglio, irrilevanza dell'"autoqualificazione" del legislatore statale delle norme da esso emanate come di principio.

(56) *Ivi*, XXVI.

(57) Corte cost. n. 303/2003, cit., punto 16 del Considerato in diritto.

(58) Per un'ampia ricognizione delle varie fasi della giurisprudenza costituzionale fino al 2014, v. G. Rivosecchi, *Armonizzazione dei bilanci pubblici*, cit., 380, con richiami. L'A. analizza il riparto della potestà tributaria, le sentenze concernenti la legislazione statale in materia di spesa degli enti autonomi e quelle che hanno affrontato le problematiche relative alle varie versioni del patto di stabilità interno. L'analisi puntuale di tutte le sentenze dal 2005 al 2015 si trova in Corte costituzionale, Servizio studi, *Il coordinamento della finanza pubblica nei giudizi in via principale*, a cura di I. Rivera, in <www.cortecostituzionale.it>, e in M. Pieroni, *La finanza pubblica nella giurisprudenza costituzionale* (aggiornamento), *ibidem*.

(59) G. Rivosecchi, *Armonizzazione dei bilanci pubblici*, cit., 82, e giurisprudenza richiamata.

(60) La definizione è di G. Rivosecchi, *Armonizzazione dei bilanci pubblici*, cit.

(61) Corte cost. n. 139/2012, punti 6 ss. del Considerato in diritto, e sentenze in essa richiamate, in particolare la n. 182/2011; n. 23/2014, e giurisprudenza richiamata (sent. n. 16/2010, n. 237/2009, n. 403/2007; n. 417/2005; n. 52/2020) esaminate da I. Rivera (a cura di), *op. cit.*

L'evoluzione giurisprudenziale ampliativa del concetto di norma di principio del coordinamento della finanza pubblica è andata di pari passo con le misure adottate a livello centrale per la riduzione della spesa e per il riallineamento dei conti pubblici, messi a dura prova per il mancato aumento del denominatore prodotto interno lordo, con conseguente necessità di ridurre, almeno, il numeratore deficit (62).

Fondamentali sono, per l'equilibrio dei conti pubblici, la spesa per il personale e il rispetto dei principi statali in materia di stabilizzazione. In questo senso consolidata è la giurisprudenza costituzionale che ha giudicato illegittime per la violazione, tra gli altri, del parametro del coordinamento della finanza pubblica, le leggi regionali che hanno derogato a tali principi. La spesa per il personale costituisce, nell'ambito dell'obiettivo dell'equilibrio del bilancio che tutte le pubbliche amministrazioni devono perseguire, una voce strategica della spesa corrente che non è espressione di dettaglio ma costituisce un aggregato fondamentale per il rispetto del patto di stabilità interno. La giurisprudenza è stata costante fino ai nostri giorni. Da ultimo, è stata ritenuta la violazione dei principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica da parte di una legge regionale che introduceva principi derogatori in materia di stabilizzazione del personale sanitario, ancor più favorevoli rispetto alle ampie misure derogatorie stabilite dalla legislazione post pandemia (art. 1, c. 268, lett. b, l. n. 234/2021, e successive modifiche introdotte dall'4, c. 9-*quinqüesdecies*, d.l. 29 dicembre 2022, n. 198 (Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi), convertito con modificazioni nella l. 24 febbraio 2023, n. 14), considerata norma interposta rispetto all'art. 117, c. 3, Cost. (63).

In questo contesto, a fronte di numerosi ricorsi in via principale avverso la disposizione della legge finanziaria per il 2007 (art. 1, c. 796, lett. b, l. 27 dicembre 2006, n. 296, in materia di accesso al fondo transitorio per il ripiano degli elevati disavanzi interessanti alcune regioni), è stato più volte affermato che la necessità di riduzione del disavanzo attraverso un apposito piano di rientro, nonché le misure correlate (innalzamento delle aliquote delle addizionali Irpef e Irap al massimo) non ledono l'autonomia regionale perché "espressione di un principio fondamentale diretto al contenimento della spesa pubblica sanitaria" (64).

In particolare, come è stato rilevato dalla dottrina (65), è stata la materia della legislazione sui piani di rientro dal deficit sanitario che ha scontato l'"allargamento" della giurisprudenza costituzionale sull'interpretazione delle norme quali principi di coordinamento della finanza pubblica. Inoltre, un principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica è stabilito dall'art. 2, cc. 80 e 95, della l. 23 dicembre 2009, n. 191, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2010)", secondo cui sono vincolanti, per le regioni che li abbiano sottoscritti, i piani di rientro e i programmi operativi che – ai sensi del citato art. 2, cc. 88 e 88-*bis* – ne costituiscono attuazione e aggiornamento (66).

In tale contesto, infatti, da un lato la Corte ha fatto leva sul carattere consensuale degli accordi sui piani di rientro e, dall'altro, sui diritti incompressibili collegati al funzionamento del sistema sanitario medesimo. Ne consegue che i principi di coordinamento investono aspetti di dettaglio, come, per esempio, l'uniformità dei ticket sanitari per prestazioni relative ai livelli essenziali di assistenza o Lea (67).

Parte della dottrina ha invece sottolineato il recupero delle autonomie regionali a partire dalla seconda fase dello scorso decennio, da parte della giurisprudenza costituzionale, che, chiamata a giudicare del rispetto del principio di coordinamento della finanza pubblica da parte delle leggi regionali di volta in volta impugnate, avrebbe richiesto un maggior rispetto dell'indipendenza regionale; il canone del coordinamento assumerebbe, quindi, carattere meramente sussidiario rispetto all'inerzia delle regioni nell'individuazione dei previsti tagli di spesa (68). In questo contesto, la riduzione della spesa non deve essere effettuata mediante "tagli lineari" ma in modo da preservare i diritti fondamentali della persona e i livelli essenziali delle prestazioni (69).

Tale interpretazione si è protratta fino ai nostri giorni, con la declaratoria di illegittimità costituzionale di disposizioni regionali non rispettose dei suddetti principi stabiliti con legge statale e recepiti dall'accordo Stato-regioni; da ultimo, è stato sottolineato che "la disciplina dei piani di rientro dai deficit di bilancio in materia sanitaria è riconducibile a un duplice ambito di potestà legislativa concorrente, ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost.: tutela della salute e coordinamento della finanza pubblica (*ex plurimis*, sentenza n. 278 del 2014). In particolare, costituisce un principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica quanto stabilito dall'art. 2, commi 80 e 95, della legge n. 191

(62) Corte cost. n. 69/2011. Ampia giurisprudenza successiva è citata da I. Rivera (a cura di), *op. cit.*

(63) Corte cost. n. 76/2023, cit., punto 7.3 del Considerato in diritto.

(64) Corte cost. n. 123/2001 e n. 187/2012.

(65) G. Rivosecchi, *Armonizzazione dei bilanci pubblici*, cit., 391.

(66) In particolare, Corte cost. n. 266/2016 e n. 278/2014.

(67) Corte cost. n. 187/2012; n. 163/2011; n. 85/2014.

(68) F. Gallo, *Il diritto del bilancio nel pensiero di Aldo Carosi*, in questa *Rivista*, 2022, 4, 3. L'A. sottolinea l'interpretazione finalistica, per obiettivi, del concetto di coordinamento della finanza pubblica, secondo la quale «gli artt. 117, terzo comma e 81, sesto comma, Cost., imporrebbero impongono allo Stato "l'onere di giustificare in modo convincente l'esercizio del potere di coordinamento in ragione del perseguimento di chiari obiettivi di politica della spesa", con un conseguente maggiore spazio per le autonomie territoriali».

(69) Corte cost. n. 65/2016, nella quale, peraltro, la Consulta ha respinto il ricorso regionale, perché la legge statale di coordinamento della finanza pubblica prescriveva non tagli lineari ma una riduzione di spesa complessiva, all'interno della quale le autonomie territoriali avrebbero potuto scegliere l'eliminazione o la riduzione di aspetti non produttivi. La decisione ha inoltre sottolineato che, in assenza di intesa con la regione, la legislazione statale può adottare "idonei criteri sostitutivi" (punto 5.1 del Considerato in diritto).

del 2009, per cui sono vincolanti, per la regione che li abbia sottoscritti, i piani di rientro e i programmi operativi che – ai sensi dei commi 88 e 88-*bis* del medesimo art. 2 – ne costituiscono attuazione e aggiornamento; la regione è quindi obbligata a rimuovere i provvedimenti, anche legislativi, e a non adottarne di nuovi che siano di ostacolo alla piena realizzazione dei piani di rientro (sentenze n. 14 del 2017, n. 266 del 2016 e n. 278 del 2014)” (70).

Ancora, è stata censurata, per violazione dei principi fondamentali in materia di coordinamento della finanza pubblica (tra cui rientra anche la vincolatività, per le regioni, dei piani di rientro dal deficit sanitario), la normativa regionale che stabiliva rimborsi ai pazienti che accedevano a cure fuori regione, non rientranti nei livelli essenziali di assistenza; la Corte ha specificato che tali costi non potevano essere fatti rientrare nei capitoli di spesa sanitaria, non inerendo ai Lea, in quanto, in una regione sottoposta a piano di rientro dal deficit, avrebbe potuto comprimere il diritto all’accesso delle prestazioni essenziali; viceversa, dalla motivazione si evince la possibilità di far rientrare tali spese nell’ambito dei servizi sociali (71). La vincolatività dei piani è da considerarsi espressione del principio fondamentale relativo al contenimento della spesa pubblica sanitaria, direttamente correlato al principio di coordinamento della finanza pubblica (72).

Le norme di legge ordinaria di volta in volta richiamate fungono da norme interposte rispetto al parametro costituzionale di cui all’art. 117, c. 3, Cost. in quanto, a loro volta, espressione dei principi costituzionali in esso declinati con la funzione, essenzialmente, di costituire norme di principio del coordinamento della finanza pubblica.

Attenta dottrina ha evidenziato che la materia competenziale del coordinamento della finanza pubblica (*recte*, i principi fondamentali declinati anche nella normativa ordinaria interposta), oltre a costituire un limite per la legislazione concorrente regionale, rappresenta una funzione di vigilanza da parte dello Stato che, se omessa, può comportare negative conseguenze sul rispetto degli equilibri di bilancio degli enti e di quello complessivo (73). A partire dal 2016, con la sentenza n. 107, la Corte costituzionale ha cominciato, dunque, a porre l’accento sul “rovescio della medaglia” connesso al coordinamento della finanza pubblica; la funzione impone allo Stato di vigilare con continuità ed imparzialità sulla legislazione regionale al fine di eliminare dall’ordinamento, tramite il ricorso diretto alla Consulta, le disposizioni normative idonee a porre in pericolo tale coordinamento e i principi fondamentali che esso esprime (74).

Come evidenziato dalla citata decisione, tale onere implica, dunque, che i ricorsi in via diretta debbano interessare tutte le disposizioni violative di tale principio, senza trascurarne alcuna. Sotto un secondo profilo, l’esercizio della potestà di coordinamento impone l’imparzialità nell’impugnazione di tutte le disposizioni regionali ritenute illegittime secondo un principio che a volte è stato trascurato, come spesso sottolineato dalle difese regionali (75).

Il riconoscimento di un onere di vigilanza dello Stato da parte del Giudice delle leggi potrebbe rafforzare la responsabilità per omissione anche al cospetto degli organi comunitari nel caso di mancato raggiungimento dei parametri europei di rispetto del deficit.

Inoltre, l’onere di vigilanza si esplica non soltanto con riferimento all’attualità e alla prospettiva a medio termine, ma deve rivolgersi anche al rispetto dell’equità intra e intergenerazionale, non limitandosi all’ammontare della spesa ma anche al suo rapporto con le risorse disponibili (76).

Tuttavia, il ricorso in via principale, attesa anche la ristretta tempistica cui è sottoposto, non rappresenta l’unico rimedio a disposizione dello Stato-ordinamento per reagire alla violazione dei principi costituzionali. Nel caso di mancata impugnazione della legge regionale sospettata di conflitto con il parametro di cui all’art. 117, c. 3, Cost., l’onere di vigilanza si sposta sulla Corte dei conti, in sede di sindacato diffuso delle leggi rilevanti ai fini dello scrutinio a cui è preposta (77).

(70) Corte cost. n. 20/2023.

(71) Corte cost. n. 36/2021, punto 5.3 del Considerato in diritto, e anche Corte cost. n. 130/2020, punto 3.3 del Considerato in diritto.

(72) Corte cost. n. 130/2020, cit.

(73) C. Buzzacchi, *Il “custode della finanza pubblica allargata” e gli oneri della potestà di coordinamento*, in <www.forumcostituzionale.it>, 12 ottobre 2016.

(74) Per un’analisi del rapporto tra il principio competenziale in parola e quello di copertura di cui all’art. 81 Cost., anche con riferimento al conto economico consolidato del Sec, nonché con l’art. 97, c. 1, Cost., M. Scognamiglio, *op. cit.*, 15.

(75) Sul punto, A. Carosi, *op. cit.*, con ampia rassegna di giurisprudenza: “Questo dovere di imparzialità è assolutamente indefettibile e finisce per prevalere *ratione materiae* anche su quel carattere di discrezionalità politica che la giurisprudenza e la dottrina avevano sempre sottolineato nei giudizi in via d’azione, istituti – questi ultimi – che hanno, negli ultimi anni, rappresentato il veicolo più affollato dell’accesso di questioni nel processo costituzionale”. Cfr. anche Corte cost. 12 maggio 2016, n. 107.

(76) A. Carosi, *op. cit.*, nel citare Corte cost. n. 115/2020, richiama quanto in essa statuito: “la responsabilità politica del mandato elettorale si esercita non solo attraverso il rendiconto di quanto realizzato, ma anche in relazione al consumo delle risorse impiegate”.

(77) Sulla giurisprudenza costituzionale sul ruolo della Corte dei conti e, in particolare, in sede di parifica del rendiconto dello Stato e regionale, si rinvia a M. Scognamiglio, *op. cit.*, 17, con analisi della fondamentale sentenza Corte cost. n. 39/2014; F.S. Marini, *La Corte dei conti nella recente giurisprudenza costituzionale*, in questa *Rivista*, 2021, 6, 18. Per A. Buscema, *Indipendenza dei giudici nazionali e in particolare del magistrato contabile*, intervento alla giornata di studio “Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell’Unione Europea, Stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali”, cit., il controllo di legittimità-regolarità sui bilanci degli enti locali “si colloca nell’ambito del coordinamento della finanza pubblica, in riferimento agli articoli 97, primo comma, 81, 117 e 119 della Costituzione, che la Corte dei conti contribuisce ad assicurare, quale organo terzo ed imparziale di garanzia dell’equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e della corretta gestione delle risorse collettive, in quanto al servizio dello Stato-ordinamento”.



La Corte dei conti, infatti, per vocazione costituzionale, è il giudice del bilancio pubblico e è chiamata alla verifica, proprio al fine del coordinamento della finanza pubblica, il rispetto degli equilibri di bilancio dei comuni, province, città metropolitane e regioni, nonché degli enti del Servizio sanitario nazionale, in relazione al patto di stabilità interno e ai vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea. In particolare, con riferimento alle regioni, l'art. 1, c. 5, del d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito dalla l. 7 dicembre 2012, n. 231, stabilisce che il giudizio di parifica regionale della Corte dei conti è finalizzato a “rafforzare il coordinamento della finanza pubblica, in particolare tra i livelli di governo statale e regionale, e di garantire il rispetto dei vincoli finanziari derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea”.

Nel delineato contesto va anche richiamato l'art. 17, c. 31, del d.l. 1 luglio 2009, n. 78, che ha previsto l'intervento della Sezione delle autonomie della Corte, tra le altre, nei casi riconosciuti dal Presidente della Corte dei conti di eccezionale rilevanza al fine del coordinamento della finanza pubblica, al fine di conformazione di tutte le sezioni regionali di controllo della Corte ai principi da esse affermati in quanto di particolare complessità e di rilevanza generale, per garantire coerenza alle funzioni che spettano alla Corte in materia di coordinamento della finanza pubblica e di sindacato, tra gli altri, sulla parifica del rendiconto regionale (78).

Più volte e anche di recente la Corte costituzionale si è soffermata su tali compiti, sottolineando il ruolo del giudizio di parificazione del rendiconto generale dello Stato, affidato alla Corte dei conti e disciplinato dagli artt. da 39 a 41 del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214 (Approvazione del testo unico delle leggi sulla Corte dei conti), nelle forme della giurisdizione contenziosa, quindi, in particolare, nella “previa trattazione in udienza pubblica, con la partecipazione del procuratore generale, in contraddittorio dei rappresentanti dell'amministrazione”, con la funzione “di controllo e garanzia della conformità alla legge di bilancio dei risultati di amministrazione (in termini di entrate e di spese), funzione che era già da intendersi preliminare, ma anche separata e distinta, rispetto all'approvazione con legge del rendiconto governativo, riservata al Parlamento, nell'esercizio del suo autonomo potere di controllo e indirizzo politico” (79).

\* \* \*

---

(78) Per una ricostruzione esaustiva, Corte conti, Sez. riun. contr., n. 5/2022.

(79) Corte cost. n. 184/2022, resa in sede di conflitto di attribuzione tra la Regione siciliana e la Corte dei conti e giurisprudenza in essa richiamata; n. 235/2021; n. 62/2020; n. 18/2019; n. 49/2018; n. 274/2017; nn. 275 e 184/2016; n. 181/2015; n. 70/2012; in chiave critica sulla sentenza n. 184/2022, P. Santoro, *op. cit.*, 47, per il quale “La vera anomalia innescata dalla pronuncia in commento, tuttavia, sta nel fatto che le due attività, di controllo in forma giurisdizionale e di approvazione legislativa del rendiconto, possano svolgersi su binari paralleli e in tempi diversificati e non armonizzati, che innescano inevitabili misure conformative”.

## L’AFFIDAMENTO DEGLI INCARICHI DI CONSULENZA E PATROCINIO LEGALE NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

di *Valentina Papa* (\*)

*Abstract:* Le esigenze di contenimento dei costi e l’obbligo cogente per le pubbliche amministrazioni di attendere principalmente e prioritariamente ai compiti istituzionali con la propria organizzazione e le proprie risorse interne non impedisce di acquisire professionalità all’esterno, purché il conferimento dei relativi incarichi avvenga nel rispetto dei requisiti sanciti dalla legge e previa la necessaria realizzazione di procedure comparative. La disciplina dedicata dal nuovo codice dei contratti pubblici alla materia di affidamento dei servizi legali ha determinato dubbi interpretativi tra gli operatori del settore e disomogeneità dei procedimenti amministrativi seguiti per il conferimento di tale peculiare tipologia di servizi. Il presente contributo si propone di analizzare il contesto normativo ed i più recenti orientamenti giurisprudenziali formati in materia, nella consapevolezza che la corretta individuazione della disciplina applicabile condiziona la configurabilità della responsabilità amministrativa in capo ai soggetti che abusivamente fanno ricorso all’affidamento di incarichi esterni, in ragione dell’inutile esborso di denaro e dello sviamento delle risorse pubbliche dalle finalità istituzionali che inevitabilmente ridondano in un pregiudizio risarcibile.

*It is well known how limiting public expenditures and carrying out institutional tasks represent two mandatory priorities for every public administration; nevertheless, besides internal resources (in so far as organizations allow them) it’s possible to acquire professional expertise in outsourcing, obeying all the requirements established by law and executing comparative procedures. The new code of public contracts has regulated the assignment of legal services, raising at the same time some interpretative doubts and causing a heterogeneous set of followed administrative procedures. This essay aims to analyze the legal framework and the most recent jurisprudential guidelines about this topic, enhancing the fact that a wrong implementation of the specific law generates the administrative liability on the part of civil servants. As a consequence, unnecessary outlays of public funds represent a damage to be refunded for the sake of restoring the misappropriation of civic resources.*

**Sommario:** 1. *La disciplina generale dell’affidamento di incarichi esterni: presupposti e limiti.* – 2. *La distinzione tra incarichi professionali, contratto di lavoro subordinato e appalti di servizi disciplinati dal d.lgs. n. 50/2016.* – 3. *Gli incarichi di consulenza legale e gli incarichi di patrocinio legale: profili generali.* – 4. *Segue: profili di danno erariale.*

### 1. *La disciplina generale dell’affidamento di incarichi esterni: presupposti e limiti*

Il tema dell’affidamento degli incarichi professionali a personalità esterne alla pubblica amministrazione è frequentemente oggetto di discussione in ambito giurisprudenziale oltreché di prassi (1).

Non a caso il problema dell’abuso di incarichi esterni e di consulenza da parte delle pubbliche amministrazioni resta costantemente tra i più osservati dalla magistratura contabile, sia nell’ambito delle pronunce giurisdizionali che in quelle di controllo (2).

In via generale, la regolamentazione degli incarichi esterni di collaborazione e consulenza, nel comparto pubblico, si presenta ancorata ai principi di buon andamento, imparzialità e efficienza, oltre che a stringenti vincoli di spesa, e trova, per le amministrazioni statali, un punto di sintesi nell’art. 7, c. 6, del d.lgs. n. 165/2001, come invero nei cc. 5-*bis*, 6-*bis*, 6-*ter* e 6-*quater*; tale norma, anche alla luce delle modificazioni apportate dalle successive leggi (3), costituisce l’asse fondamentale cui riferirsi per la verifica, da parte dell’ente pubblico che intende affidare incarichi esterni e consulenze, della sussistenza dei presupposti necessari.

---

(\*) V. Papa è magistrato della Corte dei conti.

(1) Per una completa rappresentazione sul tema generale delle incompatibilità ed incarichi esterni, V. Tenore, M. Rossi, M.A. Tilia, *Le incompatibilità per i pubblici dipendenti, le consulenze e gli incarichi dirigenziali esterni*, Milano, Giuffrè, 2014.

(2) La normativa vigente affida alla Corte dei conti un duplice controllo in tema di incarichi: un primo tipo di controllo concerne i regolamenti degli enti locali, per il conferimento di incarichi a soggetti estranei alla pubblica amministrazione, con l’invio del testo alla sezione regionale della Corte dei conti entro 30 giorni dall’adozione (art. 3, c. 57, della legge finanziaria per il 2008, ossia l. 24 dicembre 2007, n. 244, come sostituito dall’art. 46, c. 3, d.l. 25 giugno 2008, n. 112). Un secondo tipo di controllo concerne, invece, gli atti puntuali di spesa relativi a collaborazioni, consulenze, studi e ricerche, accomunandoli a quelli in materia di relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità e rappresentanza: prevedendo quindi, ai sensi dell’art. 1, c. 173, della l. 23 dicembre 2005, n. 266, che “*gli atti di spesa relativi ai commi 9, 10, 56 e 5714 di importo superiore a 5.000 euro devono essere trasmessi alla competente sezione della Corte dei conti per l’esercizio del controllo successivo sulla gestione*”.

(3) Art. 3, cc. 76 e 77, l. 24 dicembre 2007, n. 244; art. 46 l. 6 agosto 2008, n. 133, di conversione del d.l. 25 giugno 2008, n. 112.

Per gli enti locali, la normativa di riferimento è, invece, l'art. 110, c. 6, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, contenente il "*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*". Tale disposizione consente il ricorso alle collaborazioni esterne "*ad alto contenuto di professionalità*" e "*per obiettivi determinati e con convenzioni a termine*" che siano previste dal regolamento che, a sua volta, dovrà conformarsi ai principi fissati dall'art. 7, c. 6, del d.lgs. n. 165/2001, validi per tutte le amministrazioni pubbliche (4).

In passato, la scarna formulazione dell'art. 380 del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 32 non aveva impedito alle pubbliche amministrazioni, specialmente negli anni della Prima Repubblica, di acquisire professionalità all'esterno dell'ente anche quando tale scelta non era strettamente resa necessaria dall'obbiettivo di massimizzare l'efficienza dell'apparato amministrativo.

Al fine di arginare tale tendenza, ispirata spesso a logiche di tipo clientelare e che incideva non poco sulle finanze pubbliche, il legislatore ha tentato di porre rimedio introducendo, all'art. 7 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, una norma trasfusa, anni dopo, nell'attuale formulazione del c. 6 dell'art. 7 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165: la primigenia norma prevedeva che gli incarichi esterni potessero essere conferiti ad esperti di comprovata competenza solo ove non fossero disponibili figure professionali equivalenti all'interno dell'ente, previa determinazione di durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione.

Nell'ambito dell'architettura giuridica segnata dalla normativa vigente, la giurisprudenza contabile è giunta da tempo ad un approdo unitario circa la sussistenza dei presupposti per il legittimo conferimento di incarichi esterni; partendo da una robusta premessa, ancorata all'articolo 97 della Costituzione, in un'ottica di contenimento dei costi (testimoniati dalle stringenti previsioni contenute in leggi finanziarie) e di valorizzazione delle risorse interne alle amministrazioni pubbliche, è stato a più riprese affermato l'obbligo cogente per le pubbliche amministrazioni di attendere principalmente e prioritariamente ai compiti istituzionali con la propria organizzazione e le proprie risorse umane poiché tale regola colora di contenuto il principio di buon andamento dell'azione amministrativa, anche sotto il profilo dell'economicità nel raggiungimento degli obiettivi con i mezzi a disposizione, principio quest'ultimo enucleato nell'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241 (5).

Ad ulteriore conferma di quel carattere di straordinarietà che debbono avere le attività concernenti gli incarichi esterni, l'art. 46, c. 1, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008 – che ha modificato il c. 6 dell'art. 7 del d.lgs. n. 165/2001 – ha previsto espressamente che: "*il ricorso a contratti di cui al presente comma per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei soggetti incaricati ai sensi del medesimo comma come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti*". Trattasi, dunque, di un'espressa previsione sanzionatoria, che statuisce la responsabilità per danno erariale dei soggetti che abbiano conferito un incarico avente ad oggetto attività ordinarie, ovvero nel caso in cui i collaboratori esterni siano stati utilizzati alla stregua di lavoratori subordinati.

In tale ottica, il dato che si ricava è che il conferimento di incarichi di consulenza a soggetti esterni alla compagine amministrativa non è assolutamente bandito, ma rappresenta una opzione operativa percorribile a determinate condizioni, tassativamente indicate nella legge.

Più specificamente, l'amministrazione pubblica può procedere al conferimento dell'incarico solo quando si riscontrino i seguenti presupposti di legittimità:

- l'ente che procede al conferimento deve aver accertato previamente l'impossibilità di utilizzo delle strutture organizzative e delle risorse umane interne (6).

La verifica della indisponibilità delle risorse interne costituisce un *prius* logico necessario nel percorso discrezionale-valutativo, che si conclude con la decisione di conferire l'incarico (7).

Al riguardo, la giurisprudenza contabile si palesa particolarmente severa: "*la verifica della indisponibilità di risorse interne costituisce un antecedente logico necessario nel percorso valutativo che si conclude con la (motivata) decisione di affidare un incarico esterno. In altri termini, tale decisione suppone svolto compiutamente (e con sicuro e dimostrabile esito negativo) il previo accertamento che certi compiti o attività non possono essere utilmente svolti dalle strutture dell'ente. E detto accertamento è evidentemente cosa ben diversa da quella che, una volta che sia stato deciso di affidare un incarico (perché tra i dipendenti dell'ente non ve n'è alcuno che, in quanto dipendente, possieda una determinata professionalità), l'ente effettui per verificare se l'incarico possa essere conferito prima che a un esterno ad un dipendente ma al di fuori delle mansioni di servizio quali derivantigli dal profilo professionale di inquadramento*" (8).

(4) Per una approfondita disamina del tema: F. Caponi, G. Bertagna, *Gli incarichi esterni degli enti locali*, Torriana, Edk, 2010; R. Cavallo Perin, A. Romano (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, Cedam, 2006; R. Patumi, *L'attribuzione degli incarichi professionali esterni da parte degli enti locali*, in *Istituzioni del federalismo*, 2012, 4, 907.

(5) Cfr., *ex plurimis*, Corte conti, Sez. II centr. app., 9 febbraio 2017, n. 82, in questa *Rivista*, 2017, 1-2, 332; 30 dicembre 2016, n. 1459; 2 novembre 2018, n. 625; 19 settembre 2019, n. 327; Sez. I centr. app., 9 settembre 2019, n. 181; Sez. III centr. app., 23 febbraio 2017, n. 94.

(6) Cfr. D. Immordino, *Presupposti per l'affidamento di incarichi professionali esterni*, in <www.diritto.it>, 29 dicembre 2011.

(7) Cfr. Corte conti, Sez. app. reg. Siciliana, 12 febbraio 2021, n. 24.

(8) In questo senso è esemplificativo quanto espresso da Corte conti, Sez. contr. reg. Friuli-Venezia Giulia, 23 dicembre 2015, n. 180.

Ne deriva che in presenza di professionalità all'interno dell'amministrazione, al fine di procedere al conferimento di un incarico esterno, questa non potrà limitarsi a mere enunciazioni generali circa l'impossibilità di utilizzo delle risorse in servizio, ma è tenuta a dimostrare con una congrua ed esaustiva motivazione, anche con richiami di atti e determinazioni approvate dall'ente, l'effettiva impossibilità di utilizzo del personale dipendente (9).

Sul punto, anticipando il *focus* sul conferimento degli incarichi legali che sarà oggetto di approfondita trattazione più avanti, appare di particolare interesse una recente pronuncia della giurisprudenza contabile; nel caso di specie, il collegio – valorizzando il dato normativo che qualifica il segretario quale referente per la generica attività di assistenza giuridico-amministrativa dell'ente locale – ha giudicato illegittimi gli incarichi esterni di assistenza o “consulenza” generica in materia giuridica, proprio perché trattasi di funzioni ed attività istituzionalmente affidate al personale interno, nella specie al segretario (10).

- L'oggetto della prestazione deve essere determinato, dovendo corrispondere ad obiettivi o progetti specifici e determinati.

Sono, pertanto, da ritenersi illegittimi i c.d. incarichi di “consulenza globale”, il cui oggetto è generico e indeterminato; l'attività, inoltre, non potrà essere prevalentemente manuale o esecutiva (a titolo esemplificativo manutenzione del verde pubblico o conduzione di scuolabus), dovendo trattarsi di attività che richiedono una professionalità elevata di tipo intellettuale, altamente qualificata e specializzata, la quale non deve avere ad oggetto attività che rientrano nei compiti propri del personale con qualifica dirigenziale (11).

Quanto specificatamente all'elemento “compenso”, questo non può essere demandato ad un successivo provvedimento, posto che altrimenti ciò determinerebbe un'assoluta incertezza sulla spesa. È considerato illegittimo, infatti, un incarico in cui sia carente il dato circa il compenso con un rinvio in bianco ad un futuro atto di liquidazione (12).

- L'oggetto della prestazione deve rientrare tra le competenze istituzionali attribuite dalla legge all'ente.

- L'incarico deve essere conferito sulla base di procedure comparative.

La necessità di una previa selezione è stata recentemente ribadita in modo severo: «*qualunque incarico, a prescindere dal suo importo, può essere conferito solo dopo una procedura pubblica comparativa, caratterizzata da trasparenza e pubblicità e, dunque, instaurata a seguito di un'adeguata pubblicizzazione dell'avviso relativo. Per tali ragioni è da escludere che, con riferimento agli incarichi di importo più contenuto, il comune possa limitarsi, in assenza di alcun riferimento alla doverosa pubblicizzazione della selezione ed alla garanzia della parità di accesso degli interessati, a ricorrere ad “apposita selezione comparativa”*» (13).

Al riguardo è stato a più riprese rappresentato che: “*il comma 6-bis dell'art. 7 del d.lgs. n. 165/2001, prevedendo l'obbligo per le amministrazioni di disciplinare e rendere pubbliche le procedure comparative per il conferimento di incarichi di collaborazione, ha in concreto posto la necessità dell'espletamento della procedura concorsuale, nella considerazione che un simile modus operandi, implicando il rispetto di precisi adempimenti procedurali e moduli operativi, concorra a rendere l'operato dell'Amministrazione conforme ai parametri di efficienza, efficacia, economicità e trasparenza, costituzionalmente tutelati ex art. 97*” (14).

Anche la previsione di una selezione meramente “a inviti” confligge apertamente con il testo della norma primaria e non risulta conforme ai principi di trasparenza, massima partecipazione e concorrenza, dal momento che la

(9) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Veneto, 22 maggio 2019, n. 114, la quale ha ulteriormente precisato che le risorse umane interne “*non devono essere soggettivamente indisponibili, ma oggettivamente non rinvenibili all'interno dell'amministrazione. Non integra i presupposti dell'art. 7, comma 6, la circostanza che le risorse presenti siano già impegnate a tempo pieno, l'incarico deve rispondere ad esigenze di natura eccezionale e straordinaria, oggettivamente non sopperibili dalle professionalità interne, non già ad esigenze ordinarie e permanenti, seppur rese urgenti da mancata, errata o tardiva valutazione e/o programmazione dei fabbisogni di personale*”. Ed ancora, Corte conti, Sez. III. centr. app., 15 gennaio 2020, n. 8: “*La previa verifica della disponibilità interna di personale costituisce un caposaldo del corretto percorso logico giuridico dell'amministrazione in materia di conferimento di incarichi all'esterno, in quanto è a garanzia del contenimento della spesa ai soli casi in cui non sia possibile procedere con le risorse disponibili, e al contempo a garanzia dell'ottimale utilizzo del personale, il quale ha oltre che il dovere anche il diritto di espletare la propria prestazione lavorativa nella dinamica della valorizzazione delle risorse umane*”.

(10) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Trentino-Alto Adige, 18 marzo 2022, n. 28: «*Tali incarichi introdurrebbero un inammissibile sistema di generico “tutoraggio” che non è consentito nel vigente ordinamento, nel quale non solo le norme di contabilità ma anche le specifiche discipline di settore dell'agire amministrativo pongono vincoli e limiti alla spesa per le esternalizzazioni di attività*»; in senso conforme, Corte conti, Sez. giur. reg. Trentino-Alto Adige, 15 marzo 2021, n. 29; 27 aprile 2021, n. 69; 9 agosto 2021, n. 96; 22 ottobre 2021, n. 108.

(11) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Veneto, n. 114/2019, cit. In maniera più specifica, si può dire che le consulenze globali sono “*quelle che hanno a oggetto la generalità delle problematiche che possano interessare tutta l'attività istituzionale di un ente pubblico*” (Corte conti, Sez. giur. reg. Abruzzo, 26 aprile 2010, n. 260).

(12) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte, 23 marzo 2016, n. 26.

(13) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, 21 gennaio 2021, n. 3.

(14) Cfr. Corte conti, Sez. centr. contr. legittimità, 2 ottobre 2012, n. 21. È stato, inoltre, affermato che “*il ricorso a procedure concorsuali deve essere generalizzato e può prescindere solo in circostanze del tutto particolari, come per esempio procedura concorsuale andata deserta, unicità della prestazione sotto il profilo soggettivo, assoluta urgenza determinata dalla imprevedibile necessità della consulenza in relazione ad un termine prefissato o ad un evento eccezionale*”: Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte, 18 febbraio 2015, n. 22.

discrezionalità sul punto attribuita al soggetto selezionatore risulta troppo ampia e non ancorata a parametri oggettivi predeterminati (15).

In merito alla predeterminazione dei criteri oggettivi ai fini dell'avvio della procedura comparativa, la giurisprudenza contabile ha affermato che: *“risulta principio generale quello per cui in presenza di procedure selettive condotte dalla p.a., al fine preminente di evitare abusi o violazioni della par condicio e del principio di imparzialità, tutte le condizioni o criteri di scelta siano predeterminati dalla amministrazione ed in particolare siano resi noti i suddetti criteri al momento della pubblicazione degli avvisi, bandi o atti equipollenti costituenti lex specialis della procedura comparativa”* (16).

Si evidenzia che in base all'art. 7, c. 6, del d.lgs. n. 165/2001, gli incarichi sono di tipo “individuale”, escludendosi dall'ambito di applicazione, pertanto, gli incarichi a persone giuridiche, associazioni, comitati o fondazioni.

- La prestazione resa dall'incaricato deve essere *“altamente qualificata”*.

A tale scopo la norma prevede che il collaboratore destinatario dell'incarico sia un esperto di particolare e comprovata specializzazione *“anche”* universitaria; in merito a tale locuzione, la giurisprudenza ha precisato che la stessa *“deve essere interpretata nel senso di possesso di conoscenze specialistiche equiparabile a quello che si otterrebbe con un percorso formativo di tipo universitario basato, peraltro, su conoscenze specifiche inerenti al tipo di attività professionale oggetto dell'incarico”*. Inoltre, poiché la specializzazione richiesta deve essere *“comprovata”*, essa *“deve essere oggetto di accertamento in concreto condotto sull'esame di documentati curriculum. Il mero possesso formale di titoli non sempre è necessario o sufficiente a comprovare l'acquisizione delle richieste capacità professionali”* (17).

La congiunzione *“anche”*, prevista dalla norma come modificata dall'art. 46 del d.l. n. 112/2008, richiama, in via anticipata, i casi in cui può prescindersi dalla regola del possesso di un titolo universitario, elencati nell'ultima parte del comma (professionisti iscritti in ordini o albi o operatori nel campo dell'arte, dello spettacolo, artigiani o informatici, nonché personale che svolga mansioni di supporto dell'attività didattica e di ricerca, per i servizi di orientamento, compreso il collocamento, e di certificazione dei contratti di lavoro di cui al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276).

- Il ricorso a personale esterno incaricato, essendo *“eccezionale”*, comporta che i conferimenti disposti abbiano sempre il carattere della temporaneità.

La temporaneità dell'incarico – prevista espressamente per legge – consegue necessariamente all'esigenza di carattere straordinario. Ragionando al contrario, si giungerebbe ad acconsentire ad esigenze di carattere stabile, che dovrebbero essere oggetto di programmazione ordinaria e di relativa assunzione di personale (18).

Quanto agli istituti di proroga e rinnovo deve sottolinearsi che, fermo restando la natura temporanea dell'incarico e la necessità di programmazione delle attività dell'amministrazione con riferimento ad aspetti o fasi della stessa, l'incarico non potrà ritenersi prorogabile se non nei limiti del completamento di un'attività avviata, in quanto la sua durata è predeterminata in relazione allo specifico aspetto o fase dell'attività da eseguire (19). È, altresì, vietato il rinnovo, in quanto l'incarico dovrebbe fare riferimento ad un nuovo progetto ed essere conferito a seguito di apposita procedura comparativa (20).

- L'atto di conferimento dell'incarico (completo della indicazione dell'incaricato, della ragione dell'incarico, del compenso, del curriculum e dell'indicazione della durata dell'incarico stesso) deve essere pubblicato sul sito web dell'ente (art. 15, c. 4, d. lgs. n. 33/2013 (21): *“la pubblicazione deve avvenire entro tre mesi dal conferimento dell'incarico e per i tre anni successivi alla cessazione dello stesso”*, e art. 46 d.lgs. n. 33 cit.).

(15) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte, 30 gennaio 2020, n. 17.

(16) Cfr., tra le altre, Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte, n. 22/2015, cit.

(17) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, 4 aprile 2012, n. 123; 11 febbraio 2009, n. 37. Di recente, Corte conti, Sez. giur. reg. Molise, 25 novembre 2020, n. 42.

(18) Cfr. Corte conti, Sez. II centr. app., 9 settembre 2020, n. 207.

(19) Sul punto è stato affermato che: *“sta a significare che la proroga è ammessa in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ad invarianza dell'importo stabilito inizialmente. La norma introduce in modo chiaro e perspicuo le regole per la prosecuzione dei contratti, consentendo, in via eccezionale, il solo slittamento dei termini per il completamento di attività già avviate e non completate per cause non imputabili al soggetto incaricato, e prescrivendo l'invarianza della spesa”*: Corte conti, Sez. centr. contr. legittimità, 27 dicembre 2013, n. 24.

(20) In questo senso, v. Presidenza Consiglio dei ministri, Dipartimento funzione pubblica, circ. n. 2/2008; Corte conti, Sez. contr. reg. Veneto, n. 114/2019, cit.

(21) Il conferimento di incarichi di collaborazione autonoma individuale secondo le regole dettate dal citato art. 7, c. 6, comporta che i relativi obblighi pubblicitari dovranno essere assolti ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. n. 33/2013 e, pertanto, relativamente ai titolari di incarichi di collaborazione o consulenza dovranno essere pubblicati: *“a) gli estremi dell'atto di conferimento dell'incarico; b) il curriculum vitae; c) i dati relativi allo svolgimento di incarichi o la titolarità di cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione o lo svolgimento di attività professionali; d) i compensi, comunque denominati, relativi al rapporto di consulenza o di collaborazione, con specifica evidenza delle eventuali componenti variabili o legate alla valutazione del risultato”* (comma 1). Ulteriormente, il comma 2 della disposizione di cui si tratta afferma che *“la pubblicazione degli estremi degli atti di conferimento di incarichi di collaborazione o soggetti esterni a qualsiasi titolo per i quali è previsto un compenso, completi dei soggetti percettori, della ragione dell'incarico e dell'ammontare erogato, nonché la comunicazione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione*



Orbene, la pubblicazione dei dati, così come la comunicazione al Dipartimento della funzione pubblica dell’*“elenco dei collaboratori esterni e dei soggetti cui sono affidati incarichi di consulenza, con l’indicazione della ragione dell’incarico e dell’ammontare dei compensi corrisposti”* (22), lungi dal rappresentare solo rimedi utili a dare pubblicità all’incarico, vengono ad integrare specificamente condizioni per l’acquisizione dell’efficacia dell’atto e per giustificare la liquidazione dei relativi compensi: ne deriva che la violazione dell’onere di pubblicazione determina l’inefficacia dell’obbligazione di corrispondere il compenso al consulente.

Conseguentemente, il c. 3 dell’art. 15 del d.lgs. n. 33/2013 prevede che: *“In caso di omessa pubblicazione di quanto previsto al comma 2, il pagamento del corrispettivo determina la responsabilità del dirigente che l’ha disposto, accertata all’esito del procedimento disciplinare, e comporta il pagamento di una sanzione pari alla somma corrisposta, fatto salvo il risarcimento del danno del destinatario ove ricorrano le condizioni di cui all’art. 30 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”*.

È evidente la volontà del legislatore di rafforzare gli obblighi di trasparenza in modo persino più stringente di quanto fa per gli appalti pubblici: la finalità è quella di esaltare la pubblicità per ipotesi in cui è meno strettamente procedimentalizzata la modalità di scelta del contraente privato rispetto al settore degli appalti pubblici e, dunque, di limitare la possibilità di ricorso abusivo a tale istituto.

In merito alla pubblicizzazione dei bandi e degli avvisi pubblici, è necessario, infine, richiamare quanto previsto dall’art. 19 del d.lgs. n. 33/2013, secondo cui *“fermi restando gli altri obblighi di pubblicità legale, le pubbliche amministrazioni pubblicano i bandi di concorso per il reclutamento, a qualsiasi titolo, di personale presso l’amministrazione, nonché i criteri di valutazione della Commissione, le tracce delle prove e le graduatorie finali, aggiornate con l’eventuale scorrimento degli idonei non vincitori”* (23).

In sintesi, le predette condizioni, che per la giurisprudenza citata costituiscono altrettanti presupposti di legittimità, non solo devono coesistere, ma devono anche essere logicamente esplicitati nel provvedimento amministrativo di conferimento, in quanto indefettibilmente concorrenti a costituirne il supporto motivazionale.

In tal senso, il corredo motivazionale deve sussistere all’adozione dell’atto, senza possibilità di integrazioni postume o di motivazioni assunte *per relationem* (24).

Infatti, pur con l’ovvia considerazione che un profilo di illegittimità formale non possa di per sé costituire fonte di danno erariale, si deve osservare, soprattutto in una materia quale quella in esame in cui la condotta risulta delineata da ristretti ambiti normativi, che l’assenza di questo o quel presupposto di legittimità del provvedimento d’incarico appare chiaramente sintomatica di un comportamento contrario, o quantomeno non in linea, con il modello legale della corretta gestione amministrativa (25).

Benché utilizzati in casi eccezionali e nel rispetto dei requisiti sanciti dalla legge, gli incarichi esterni comportano un esborso di denaro pubblico.

La previsione di stringenti limiti e la necessaria realizzazione di procedure comparative rispondono, così, all’esigenza di consentire all’amministrazione, in deroga al principio dell’autosufficienza, di individuare il miglior collaboratore possibile, selezionato per le sue oggettive competenze, in garanzia del principio di buon andamento ed imparzialità.

Si tratta, in ogni caso, di una procedura eccezionale perché permette una collaborazione con la pubblica amministrazione senza il previo espletamento di un concorso pubblico, in deroga ai principi guida dell’amministrazione, sanciti dall’art. 97 della Costituzione.

Va, infine, segnalato che l’attuale quadro normativo parrebbe non porre alcuna preclusione al conferimento di incarichi a professionisti esterni da parte delle società a partecipazione pubblica (26).

Tuttavia, sebbene manchi la esplicita regolamentazione dei presupposti legittimanti detti incarichi e nell’ottica del contenimento dei costi di funzionamento delle società pubbliche e della contemporanea riduzione dei rischi di

---

*pubblica dei relativi dati ai sensi dell’articolo 53, comma 14, secondo periodo, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni, sono condizioni per l’acquisizione dell’efficacia dell’atto e per la liquidazione dei relativi compensi”*.

(22) Art. 53, c. 14, d.lgs. n. 165/2001. Nella parte che rileva ai fini della trattazione, l’art. 53, c. 14, del d.lgs. n. 165/2001 prevede che *“sono altresì tenute a comunicare semestralmente l’elenco dei collaboratori esterni e dei soggetti cui sono stati affidati incarichi di consulenza, con l’indicazione della ragione dell’incarico e dell’ammontare dei compensi corrisposti. Le amministrazioni rendono noti, mediante inserimento nelle proprie banche dati accessibili al pubblico per via telematica, gli elenchi dei propri consulenti indicando l’oggetto, la durata e il compenso dell’incarico nonché l’attestazione dell’avvenuta verifica dell’insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi”*.

(23) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, n. 3/2021, cit.

(24) Cfr. Corte conti, Sez. I centr. app., 2 dicembre 2020, n. 333.

(25) Cfr. Corte conti, Sez. III centr. app., 17 settembre 2018, n. 347.

(26) L’art. 18 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, distingueva, a fini disciplinatori, tra le società gerenti servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica e le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo. Il legislatore del t.u. in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175) ha abrogato i primi due commi del predetto art. 18 del d.l. n. 112/2008 e riproposto le disposizioni abrogate nel testo dell’art. 19, il quale, tuttavia, si differenzia dalla previgente disciplina in ragione dello specifico riferimento, quanto all’ambito soggettivo di applicazione, alle società a controllo pubblico.

corruzione insiti nei processi negoziali, può ragionevolmente ritenersi fattibile un intervento dell'ente locale socio in via rimediabile.

Intervento il cui fondamento normativo è rinvenibile nel quinto comma dell'art. 19 del Tusp, il quale impone alle pubbliche amministrazioni socie di fissare, “*con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale, delle società controllate*”, le quali, a loro volta, devono garantire “*il concreto perseguimento degli obiettivi di cui al comma 5 tramite propri provvedimenti*” (c. 6) (27).

## 2. La distinzione tra incarichi professionali, contratto di lavoro subordinato e appalti di servizi disciplinati dal d.lgs. n. 50/2016

Passando ad un piano più operativo, qualora una pubblica amministrazione necessiti di un approvvigionamento di risorse umane, può valersi alternativamente di tre possibili soluzioni a seconda della natura delle prestazioni richieste: può ricorrere all'assunzione di un lavoratore subordinato tramite un concorso pubblico; può affidare un incarico esterno tramite un contratto d'opera professionale, al sussistere delle condizioni innanzi delineate; può procedere all'aggiudicazione di un appalto di servizi tramite una procedura di gara e relativa scelta del contraente mediante le regole del codice dei contratti.

La scelta in concreto tra le varie opzioni non è sempre lasciata alla discrezionalità dell'ente, ma subisce, al contrario, non pochi condizionamenti ad opera dei numerosi vincoli di finanza pubblica (in materia di personale ed in materia contrattuale) posti, di volta in volta, dal legislatore.

La mancanza, a livello normativo, di una definizione univoca di queste categorie ha generato, nel tempo, un ampio dibattito in merito alla qualificazione giuridica da attribuire alle stesse.

La questione non ha una valenza meramente definitoria, ma rileva al fine dell'individuazione della disciplina di riferimento, specialmente con riguardo alla procedura di selezione e ai limiti di spesa.

La norma di cui all'art. 7, c. 6, del d.lgs. n. 165/2001 prevede che il contratto che segue alla determinazione dirigenziale di incarico abbia la forma di un contratto di lavoro autonomo (o di opera intellettuale).

Tale tipo contrattuale, disciplinato dall'art. 2222 c.c., definisce quella relazione che si instaura tra il committente e una persona che si obbliga, dietro corrispettivo, a compiere un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione: in tale modello contrattuale rientrano, in definitiva, tutte le prestazioni individuali o professionali che non vengono svolte tramite una struttura imprenditoriale (28).

Come evincibile dalla relativa definizione, nonché dalla collocazione sistematica della norma all'interno del titolo dedicato al lavoro autonomo, caratteristica essenziale del contratto *de quo* è l'autonomia: il prestatore d'opera si obbliga nei confronti del committente a prestare l'*opus perfectum*.

Altra caratteristica è l'*intuitu personae*, intendendosi tale la prevalenza del lavoro personale sull'organizzazione dei mezzi, cui consegue l'infungibilità della prestazione.

Così che una prima doverosa distinzione degli incarichi previsti dall'art. 7, c. 6, del d.lgs. n. 165/2001 deve essere operata con la fattispecie del contratto di lavoro subordinato; se è vero che, secondo la prevalente opinione tradizionale, ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro autonomo che subordinato (29), tale tendenziale omogeneità viene *in primis* smentita dalla disciplina codicistica.

L'art. 2094 definisce il prestatore di lavoro subordinato come chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore, mentre l'art. 2104 (Diligenza del prestatore di lavoro) stabilisce: “*Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale. Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende*”.

Per converso, le coordinate poste dall'art. 2222 c.c. in materia di prestazioni d'opera professionale consentono di individuare, anche alla luce dei numerosi arresti della giurisprudenza di legittimità soprattutto giuslavoristica (30), alcuni principi di fondo che differenziano il lavoro subordinato dal lavoro autonomo (31).

(27) In tal senso, R. Mininno, *Il conferimento di incarichi a professionisti esterni da parte delle società a partecipazione pubblica*, in *Comuni d'Italia*, 2021, 4, 71.

(28) Che il modello contrattuale utilizzabile per il conferimento di incarichi esterni fosse quello del contratto d'opera intellettuale è stato affermato già da Corte conti, Sez. riun. contr., 15 febbraio 2005, n. 6, inerente alle “Linee di indirizzo e criteri interpretativi sulle disposizioni della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (finanziaria 2005) in materia di affidamento d'incarichi di studio o di ricerca ovvero di consulenza (art. 1, commi 11 e 42)”.

(29) Cfr. Cass., Sez. lav., 11 febbraio 2004, n. 2622.

(30) Cfr. Cass., Sez. lav., 12 marzo 2021, n. 7068.

(31) Ad avviso di una puntuale dottrina (G. Cottino, *I cinquant'anni del codice civile: il libro del lavoro*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 5), l'inserimento di una particolare e specifica disciplina del lavoro autonomo nel corpus del codice civile si ricollega all'esigenza, avvertita dal legislatore, di differenziare e contrapporre al lavoro nell'impresa (sia organizzativo-gestionale dell'imprenditore, che esecutivo-attuativo dei collaboratori subordinati) una fattispecie diversa di attività, svolte da soggetti in posizione di estraneità e terzietà rispetto alla

Innanzitutto, si ritiene che il *nomen iuris* utilizzato dalle parti non abbia valore assorbente, dovendosi necessariamente tener conto del comportamento complessivo delle parti stesse, specialmente successivamente alla stipulazione del contratto.

In caso di contrasto tra *nomen iuris* ed effettiva modalità di svolgimento delle prestazioni, è necessario assegnare prevalenza alla seconda, in quanto la tutela relativa al lavoro subordinato non può essere elusa per mezzo di una qualificazione pattizia contrastante con i caratteri concreti del rapporto.

Il tratto essenziale del lavoro autonomo, idoneo a distinguerlo da quello subordinato, sia con riferimento alle intrinseche modalità di svolgimento che al risultato della prestazione lavorativa (32), viene pacificamente individuato nell'assenza del vincolo di soggezione personale del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro. Potere che si estrinseca nell'adozione di direttive e disposizioni tecnico-organizzative, preordinate ad ottimizzare la produttività dell'impresa, oltreché nell'esercizio di una assidua attività di vigilanza e controllo sull'esecuzione delle prestazioni.

Si tratta, in buona sostanza, del ben noto "*vincolo di subordinazione*", che rappresenta il punto di partenza ed insieme di arrivo di qualsivoglia operazione qualificatoria ed applicativa, nel senso che la mancanza dello stesso consente di individuare il lavoratore autonomo come colui che rende la prestazione secondo lo schema del contratto d'opera (33).

Inoltre, occorre tener conto che il vincolo di subordinazione implica anche due importanti corollari. In primo luogo, l'obbligo del prestatore di stare a disposizione del datore di lavoro durante un determinato arco temporale ed in un determinato luogo, indipendentemente dal fatto che durante tale arco temporale vi sia o non vi sia attività da svolgere. *In secundis*, lo stabile inserimento nell'organizzazione di impresa, criterio che consente, con notevole frequenza, di stabilire con sufficiente certezza se una determinata fattispecie sia riconducibile nell'ambito della categoria del lavoro subordinato o in quella di altra tipologia contrattuale non subordinata.

Tuttavia, in caso di incertezze interpretative connesse alle peculiarità di talune e talvolta numerose singole fattispecie, soccorrono alcuni criteri sussidiari che, nel pensiero della giurisprudenza, costituiscono dei meri indizi della presenza di subordinazione o non subordinazione, da valutarsi complessivamente e comparativamente al fine di contribuire ad orientare l'interprete, ancora incerto dopo l'analisi della fattispecie (34).

Se per la compiuta distinzione tra le figure contrattuali di lavoro autonomo e subordinato è sufficiente l'analisi della disciplina codicistica, per converso, la distinzione tra il contratto d'opera (*locatio operis*) e il contratto di appalto (35) (*sub specie* di appalto di servizi) richiede un approfondimento anche della disciplina di rango pubblicistico.

Sul versante civilistico, i due tipi contrattuali appaiono sufficientemente definiti: si caratterizzano per avere quale oggetto un'identica prestazione, essendo entrambi connotati dall'obbligo di compiere, a fronte di un corrispettivo, un'opera o un servizio, senza subordinazione nei confronti del committente e con gestione del proprio rischio da parte del soggetto (36).

Tuttavia, contratto d'opera e contratto di appalto si distinguono in base al profilo organizzativo.

normale struttura produttiva dell'impresa medesima. L'obiettivo di fondo del codice era, insomma, quello di pervenire ad una complessiva regolamentazione del lavoro in tutte le sue forme organizzative ed esecutive, intellettuali e manuali.

(32) Cfr. Cass., Sez. lav., 17 febbraio 1987, n. 1714.

(33) L. Montuschi, *Il contratto di lavoro tra pregiudizio ed orgoglio giuslavoristico*, in *Lavoro e dir.*, 1993, 44.

(34) Tali criteri possono così riassumersi e schematizzarsi: il lavoratore subordinato è tenuto all'osservanza di un orario di lavoro, mentre ciò non avviene in caso di lavoro autonomo; il lavoratore subordinato deve svolgere la sua prestazione nel luogo convenuto nel contratto o in quello legittimamente disposto dal datore di lavoro; il lavoratore subordinato, ricoprendo una posizione all'interno dell'organizzazione, svolge mansioni ripetitive ed identiche nell'ambito di una continuità di apporto, mentre il lavoratore autonomo, proprio perché tenuto ad un'obbligazione di risultato, svolge un'attività che non dovrebbe essere continuativa ed identica, in quanto strettamente correlata al tipo di incarico conferitogli ed al conseguimento del risultato; il lavoratore subordinato, normalmente, utilizza attrezzature e strumenti di lavoro che gli sono messi a disposizione da parte del datore di lavoro, mentre, di regola, il lavoratore autonomo, proprio perché autonomo, è dotato egli stesso di un minimo di autonomia organizzativa (potere di autoorganizzazione), accostabile a quella imprenditoriale; il lavoratore subordinato percepisce, in ogni periodo di paga, un compenso (che nel lavoro subordinato assume la denominazione tecnico-giuridica di *retribuzione*), che quantitativamente non varia (salvi gli automatismi retributivi), quale che sia la quantità e qualità del lavoro prestato in ogni periodo di lavoro. Viceversa, il lavoratore autonomo percepisce un *corrispettivo*, che, per sua natura, è suscettibile di variare continuamente da incarico ad incarico, essendo strettamente correlato alla quantità e qualità dell'attività necessaria per raggiungere il risultato, nonché al risultato stesso. Nel lavoro subordinato, il *rischio d'impresa* è interamente accollato al datore di lavoro, mentre, nel rapporto di lavoro autonomo, unico titolare del rischio d'impresa è il prestatore stesso. Nel contratto d'opera il prestatore si obbligerebbe a pervenire ad un risultato mentre nel lavoro subordinato, viene in risalto non un soggetto tenuto a realizzare un'opera o un servizio, a consegnare al suo datore un risultato finale (in quanto il risultato finale lo realizza il datore di lavoro soltanto se tutta l'organizzazione funziona secondo le regole stabilite dal datore stesso), bensì un soggetto chiamato a svolgere nel suo quotidiano un complesso di mansioni organizzate e dirette dal datore, che effettua un costante controllo sul "mentre" il prestatore lavora, per verificare se la prestazione viene resa in conformità ai canoni prescritti. Per una compiuta ricostruzione, cfr. M. Alesio, *Le prestazioni di lavoro autonomo e di natura intellettuale in favore delle PA: un tentativo di inquadramento e classificazione*, in *Comuni d'Italia*, 2021, 4, 33.

(35) Artt. 1655 ss. c.c.

(36) R. Rosapepe, *L'appalto*, in V. Buonocore et al., *Contratti d'impresa*, Milano, Giuffrè, 1993, 240.



Precisamente, con la stipula del contratto di appalto, l'opera o il servizio sono compiuti attraverso un'organizzazione di impresa: sarà dunque l'appaltatore a dover organizzare autonomamente i mezzi necessari per garantire il risultato promesso, assumendosi il rischio della relativa gestione.

Si parla, in tal caso, di *locatio operarum* (locazione di opere) in contrapposizione alla *locatio operis* (locazione di opera), che riguarda, invece, il contratto d'opera.

Come visto, tale forma contrattuale, disciplinata dall'art. 2222 c.c., obbliga ugualmente il debitore a compiere, verso un dato corrispettivo, un'opera o un servizio, ma con lavoro prevalentemente proprio e senza un vincolo di subordinazione nei confronti del creditore committente. Difetta, dunque, quel necessario elemento dell'organizzazione di impresa e di prevalenza del capitale sul lavoro proprio, che, invece, definisce il contratto di appalto.

La giurisprudenza (37) ha, da lungo tempo, confermato tale criterio discrezionale, codificando i reali elementi di differenziazione tra i due tipi contrattuali sotto un profilo soggettivo, afferente alla natura del soggetto (natura di media o grande impresa dell'assuntore dell'opera o servizio) ed oggettivo (realizzare l'opera od il servizio attraverso il dispiego di "una complessa organizzazione di fattori produttivi e, dunque, con totale o prevalente utilizzazione di manodopera dipendente" (38).

Scriminante, ai fini della corretta qualificazione, appare dunque il diverso profilo del modulo produttivo e l'intervento dell'attività lavorativa personale dell'esecutore dell'opera, espressamente contemplata nella locazione d'opera ed invece esclusa nel contratto d'appalto (39).

Se, dunque, sul versante civilistico, la specialità dei due istituti non crea particolari problemi all'interprete, viceversa – nell'ambito della contrattualistica pubblica – tale distinzione sfuma, alimentando un ampio dibattito, che presenta tutt'ora profili di stringente attualità.

E così una parte della giurisprudenza, formatasi sotto la vigenza del precedente codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006), sottolinea come "il prestatore di servizi non debba necessariamente, per dette fonti comunitarie, possedere un'organizzazione di impresa, requisito, invece, imprescindibile per il nostro codice civile (art. 1655 c.c.). Allo stesso modo, le forniture di prodotti si fanno rientrare nel contratto di appalto, cosa che nel nostro ordinamento, prima dell'impatto con il diritto comunitario, non sembrava certamente corretto, non fosse altro perché il codice disciplina il contratto di fornitura" (40).

Questa prospettazione ritiene, dunque, attratta nella nozione di appalto di servizi elaborata dal testo normativo anche negozi qualificabili come contratti d'opera o di opera intellettuale, in ragione della disciplina dettata dal codice dei contratti pubblici molto più ampia di quella del codice civile.

Altro indirizzo giurisprudenziale (41) valorizza, invece, la differenza ontologica fra i due istituti, con conseguenti ricadute in materia di soggezione alla disciplina prevista dal codice dei contratti pubblici.

Motivo per il quale, anche nell'ambito della contrattualistica pubblica, permangono le coordinate civilistiche di differenziazione fra contratto d'opera e contratto di appalto.

In tal senso, la Corte dei conti della Lombardia è stata ben ferma nell'evidenziare che il confine fra contratto d'opera intellettuale e contratto d'appalto è individuabile, sul piano civilistico ed anche pubblicistico, in base al carattere intellettuale delle prestazioni oggetto del primo e in base al carattere imprenditoriale del soggetto esecutore del secondo (42). L'appalto di servizi, pur presentando elementi di affinità con il contratto d'opera, rispetto al quale ha in comune almeno il requisito dell'autonomia rispetto al committente, si differenzia da quest'ultimo in ordine al profilo organizzatorio, atteso che l'appaltatore esegue la prestazione con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, rivestendo normalmente la qualità di imprenditore.

Pertanto, mentre il ricorso ad incarichi di collaborazione esterna, secondo la formula del contratto d'opera, necessiterà di una più stringente verifica dei parametri richiesti *ex lege*, declinata secondo il paradigma dell'efficacia, efficienza ed economicità nell'organizzazione del servizio, all'opposto, in caso di appalto di servizi, la necessità di garantire l'effettivo confronto concorrenziale per la scelta del partner economico più vantaggioso per la pubblica amministrazione imporrà di verificare, in maniera più permeante, le modalità di svolgimento del procedimento di gara.

(37) Cfr. Cass., Sez. I, 27 gennaio 1997, n. 819; Sez. II, 17 luglio 1999, n. 7606.

(38) Sul tema, v. M. Alesio, *op. cit.*

(39) Cfr. Cass., Sez. II, 4 giugno 1999, n. 5451; 29 maggio 2001, n. 7307; 16 novembre 2017, n. 27258. Cfr., ancora, Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, 20 maggio 2014, n. 178; Sez. autonomie, 14 marzo 2008, n. 6. Più di recente, è stato efficacemente osservato come "Il confine fra l'incarico di consulenza ivi previsto e la diversa ipotesi di affidamento è da rinvenirsi nel carattere intellettuale delle prestazioni oggetto del primo (in cui l'esperto viene chiamato a svolgere una prestazione frutto dell'elaborazione concettuale e professionale nello specifico settore di riferimento) ed il carattere imprenditoriale del soggetto esecutore del secondo, chiamato invece ad eseguire la prestazione con la propria organizzazione. In quest'ultimo caso, l'esecutore si obbliga nei confronti del committente al compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro, con organizzazione dei mezzi necessari (di tipo imprenditoriale) e con assunzione in proprio del rischio di esecuzione della prestazione": Corte conti, Sez. III centr. app., 18 marzo 2021, n. 114.

(40) Cfr. Tar Veneto, Sez. I, 26 giugno 2006, n. 1899.

(41) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2012, n. 2730, in *Urb. e appalti*, 2012, 1181, con nota di C. Mucio, *Legittimità dell'affidamento del patrocinio legale senza gara*.

(42) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, n. 178/2014, cit.

Non essendo questa la sede per approfondire i risvolti del dibattito accennato, si può brevemente concludere affermando che anche per l'attribuzione di contratti di prestazione d'opera a personale esterno, l'amministrazione non potrà prescindere da una preventiva selezione comparativa, che non sembra ad ogni modo sovrapponibile a quella prevista e disciplinata dal codice dei contratti pubblici (43).

Da ultimo, meritano un doveroso cenno le incertezze sia interpretative, sia applicative, evidenziate dalla pratica in ordine all'affidamento di incarichi esterni con la formula dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa (co.co.co.).

L'attuale quadro ordinamentale in materia ha definitivamente sancito il divieto per le amministrazioni pubbliche “di stipulare contratti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro” (art. 7, c. 5-bis, d.lgs. n. 165/2001, introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75) (44).

Con tale divieto, il legislatore ha inteso impedire, in modo radicale, la costituzione di reali rapporti di lavoro subordinato sotto le mentite spoglie di un contratto di collaborazione, il quale nominalmente dovrebbe rinviare alla nozione di lavoro autonomo (45); ne è riprova il severo apparato sanzionatorio posto a presidio dello stesso, che colpisce l'efficacia del contratto, decretandone la nullità, oltre alla espressa previsione della responsabilità erariale e dirigenziale (46).

### 3. Gli incarichi di consulenza legale e gli incarichi di patrocinio legale: profili generali

Data la possibilità per le pubbliche amministrazioni di ricorrere a professionisti esterni nei limiti innanzi indicati e considerato il differente regime cui è soggetto il conferimento dell'incarico di consulenza, assimilato al contratto d'opera professionale ex artt. 2222 ss. c.c., rispetto all'affidamento di un appalto di servizi, particolare rilievo ha assunto negli ultimi anni la tematica relativa all'affidamento all'esterno degli incarichi legali da parte degli enti pubblici, in ragione della disciplina agli stessi dedicata dal codice dei contratti pubblici.

Tale forma di conferimento vede da sempre contrapposte due anime: da una parte, la necessità di privilegiare il risparmio di spesa in osservanza dei principi costituzionali di buon andamento e trasparenza e dall'altra parte l'esigenza di instaurare con il professionista un rapporto fiduciario, tenendo conto della complessità della causa e della dovuta esperienza richiesta.

Il (previgente) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, aveva incluso i “servizi legali” in un elenco di servizi (47), la cui aggiudicazione era disciplinata soltanto da alcune disposizioni del medesimo decreto (48).

(43) Ne è riprova il c. 6-bis dell'art. 7 Tupi, che lascia all'autonomia delle singole amministrazioni la possibilità di disciplinare le modalità di individuazione dei destinatari dei contratti di collaborazione, che, se non rivestiranno carattere propriamente concorsuale, dovranno essere comunque idonee a consentire una effettiva selezione comparativa: ciò, in modo analogo a quanto già previsto dalla legislazione specifica degli enti locali, laddove, l'art. 110, c. 6, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, rinvia al regolamento interno dell'ente la definizione delle modalità per la stipulazione di collaborazioni esterne.

(44) L'entrata in vigore del suddetto divieto è stata peraltro ripetutamente posticipata, fino al 1° luglio 2019 (ad opera dell'art. 1, c. 1131, lett. f, l. 30 dicembre 2018, n. 145, che per ultima è intervenuta a modificare l'art. 22, c. 8, del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75). Pertanto, solo fino al 30 giugno 2019 le amministrazioni pubbliche hanno potuto ricorrere a tale tipologia contrattuale. Il d.lgs. n. 75/2017 ha espunto dall'art. 7, c. 6, del d.lgs. n. 165/2001 la possibilità di concludere contratti di natura occasionale i quali, tuttavia, sono stati reintrodotti dall'art. 54-bis del d.l. n. 50/2017, “Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo”, convertito con modificazioni dalla l. n. 96/2017. Malgrado ciò, dalla lettura della norma da ultimo citata, ed in particolare del suo comma 7, appare evidente che le ipotesi di utilizzabilità di tale forma contrattuale sono sensibilmente differenti rispetto a quelle già previste dal c. 6 dell'art. 7 Tupi, dato che “7. Le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono fare ricorso al contratto di prestazione occasionale, in deroga al comma 14, lettera a), del presente articolo, nel rispetto dei vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale e fermo restando il limite di durata di cui al comma 20 del presente articolo, esclusivamente per esigenze temporanee o eccezionali: a) nell'ambito di progetti speciali rivolti a specifiche categorie di soggetti in stato di povertà, di disabilità, di detenzione, di tossicodipendenza o che fruiscono di ammortizzatori sociali; b) per lo svolgimento di lavori di emergenza correlati a calamità o eventi naturali improvvisi; c) per attività di solidarietà, in collaborazione con altri enti pubblici o associazioni di volontariato; d) per l'organizzazione di manifestazioni sociali, sportive, culturali o caritative”.

(45) Dal punto di vista del modello contrattuale, invece, la co.co.co. si differenzia dal contratto di lavoro autonomo per il carattere parasubordinato della prestazione lavorativa che, da un lato, richiede una certa sfera di autonomia organizzativa nel soggetto che presta la sua opera e, dall'altro, impone, però, al medesimo di soggiacere se non altro alle direttive generali del committente.

(46) I contratti posti in essere in violazione del presente comma sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente comma sono, altresì, responsabili ai sensi dell'art. 21 e ad essi non può essere erogata la retribuzione di risultato. Resta fermo che la disposizione di cui all'art. 2, c. 1, del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, non si applica alle pubbliche amministrazioni.

(47) Allegato II B, recante “Elenco dei servizi di cui agli articoli 20 e 21”.

(48) L'art. 20 del d.lgs. n. 163/2006 stabiliva: “L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'art. 68 (specifiche tecniche), dall'art. 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'art. 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)” (comma 1). Il c. 10 dell'art. 3 del d.lgs. n. 163/2006 definiva gli “appalti pubblici di servizi” sia in negativo (“appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture”) che in positivo (“appalti pubblici [...] aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II”). Il richiamato allegato II era suddiviso, a sua volta, negli allegati II A e II B: l'aggiudicazione degli appalti per i servizi di cui all'allegato II A erano soggetti integralmente alle disposizioni del d.lgs. n. 163/2006 (cfr.

Nella vigenza dell'abrogato codice dei contratti pubblici la giurisprudenza – sia contabile che amministrativa – aveva operato, in sede qualificatoria, una preliminare distinzione tra l'attività di assistenza e consulenza giuridica e l'incarico di patrocinio legale conferito con riferimento a un determinato procedimento giudiziario.

In materia, la Sezione delle autonomie della Corte dei conti aveva ritenuto che il singolo incarico di patrocinio legale “*esorbita[sse] concettualmente dalla nozione di consulenza*” e fosse riconducibile «*nell'ambito dell'appalto di servizi, dovendosi fare in generale riferimento alla tipologia dei “servizi legali” di cui all'allegato 2B del d.lgs. n. 163/2006, che costituisce [...] uno dei contratti d'appalto di servizi cosiddetti “esclusi”*» (49): l'affidamento dell'incarico rientrava nell'ambito di applicazione del codice, seppur limitatamente al regime semplificato risultante dal combinato disposto degli articoli 20 e 27.

Veniva rimessa alla scelta discrezionale della pubblica amministrazione la decisione in merito alla necessità di soddisfare l'esigenza di un incarico professionale esterno mediante il ricorso a una singola professionalità o ad una organizzazione di impresa; solo in questo ultimo caso, si imponeva il ricorso ad appalto di servizi.

Ovviamente tale scelta non doveva essere elusiva degli intenti di riduzione di spesa perseguiti né della severa disciplina di cui all'art. 7, cc. 6 e 6-bis e, in particolare, dell'obbligo di svolgere una previa procedura comparativa.

Tuttavia, a livello regionale, si era affermato un diverso orientamento della magistratura contabile, che aveva individuato l'elemento dirimente nella natura ed oggetto della prestazione professionale.

E così, il singolo incarico di patrocinio, “*conferito a un legale nel momento stesso in cui sorge il bisogno di difesa giudiziale dell'ente: a) è riconducibile al contratto d'opera intellettuale; b) il suo inquadramento sistematico lo colloca nell'ambito delle prestazioni di lavoro autonomo; c) resta escluso dall'ambito delle collaborazioni autonome, pur essendo queste prestazioni d'opera intellettuale*” (50); nell'ipotesi in cui, invece, l'incarico non si fosse esaurito nel patrocinio legale, ma avesse avuto a oggetto un servizio più complesso e articolato, che poteva anche comprendere la difesa giudiziale, sarebbe stato configurabile un appalto di servizi (51).

La giurisprudenza amministrativa – previa distinzione, in sede qualificatoria, tra incarico professionale di consulenza, studio e ricerca legale (52) e incarico di patrocinio legale (53) – aveva escluso la necessità di ricorrere ad una specifica procedura di gara per il conferimento di un singolo incarico di patrocinio legale in relazione a uno specifico procedimento giudiziario valorizzando il dato letterale delle direttive comunitarie del 2004, che espressamente sottraevano dall'applicazione del codice i servizi di arbitrato e conciliazione.

Inoltre, l'aleatorietà dell'iter del giudizio, la non predeterminabilità degli aspetti temporali, economici e sostanziali della prestazione avrebbero impedito la determinazione delle basi oggettive sulla scorta delle quali fissare i criteri di valutazione necessari ai sensi del codice dei contratti pubblici (54).

In definitiva, “*le norme in tema di appalti di servizi vengono in rilievo quando il professionista sia chiamato a organizzare e strutturare una prestazione, altrimenti atteggiandosi a mera prestazione di lavoro autonomo in un*

art. 20, c. 2); l'aggiudicazione degli appalti per i servizi di cui all'allegato II B era disciplinata esclusivamente da alcune disposizioni ovvero gli artt. 65, 68 e 225, nonché dai principi generali dettati dall'art. 27 (cfr. art. 20, c. 1).

(49) Cfr. Corte conti, Sez. autonomie, n. 6/2008, cit.

(50) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Basilicata, 3 aprile 2009, n. 19. Anche l'Anac, con la det. n. 4 del 7 luglio 2011, recante “*Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'art. 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136*”, aveva ritenuto che il patrocinio legale, volto a soddisfare il circoscritto bisogno di difesa giudiziale, fosse inquadrabile nell'ambito della prestazione d'opera intellettuale.

(51) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Basilicata, n. 19/2009, cit., la quale ha aggiunto che “*il servizio legale per essere oggetto di appalto richiederebbe un quid pluris, per prestazione o per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale*” e ritenuto che “*l'appalto di servizi legali sia configurabile allorché l'oggetto del servizio non si esaurisca nel patrocinio legale a favore dell'ente, ma si configuri quale modalità organizzativa di un servizio, affidato a professionisti esterni, più complesso e articolato, che può anche comprendere la difesa giudiziale ma in essa non si esaurisce. Ciò comporta che, in quanto modalità organizzativa, essa sia strutturata e organizzata dal professionista, con mezzi propri, per far fronte alle utilità indicate dall'ente conferente in un determinato arco temporale e per un corrispettivo determinato. Così inteso, il servizio legale non può, evidentemente, essere affidato se non con le più specifiche modalità indicate dall'art. 20 del codice*”. Secondo i Giudici contabili, nella vigenza del precedente codice dei contratti pubblici ex d.lgs. n. 163/2006 “*la giurisprudenza di questa Corte si era progressivamente consolidata nel considerare il singolo incarico di patrocinio legale come non integrante un appalto di servizi, bensì un contratto d'opera intellettuale, regolato dall'art. 2230 del codice civile. In ogni caso, la magistratura contabile già riteneva che detta tipologia d'incarico, pur non riconducibile direttamente agli incarichi professionali esterni disciplinati dall'art. 7, comma 6 e seguenti del d.lgs. n. 165/2001, poiché conferito per adempimenti obbligatori per legge (mancando, pertanto, in tali ipotesi, qualsiasi facoltà discrezionale dell'amministrazione), non potesse comunque essere oggetto di affidamento diretto, dovendo essere attribuito a seguito di procedura comparativa, aperta a tutti i possibili interessati. Ciò, allo scopo di consentire il rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza*”.

(52) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 2730/2012, cit.

(53) Cfr. Tar Calabria, Sez. I, 13 gennaio 2016, n. 38.

(54) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 2730/2012, cit. Conforme, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 263, secondo cui il conferimento di un incarico professionale – indifferentemente – di consulenza, studio e ricerca “*non rientra né nell'ambito della disciplina degli appalti pubblici (trattandosi invero di un'attività professionale – qualificata locatio operis – riferibile ad una scelta eminentemente fiduciaria del professionista [...] né in quella degli appalti di servizi (non rinvenendosi i caratteri propri dell'appalto di servizio ex art. 1655 c.c. [...] giacché l'appalto si distingue dal contratto d'opera in quanto l'appaltatore deve essere una media o grande impresa, Cons. Stato, sez. IV, 28 agosto 2001, n. 4573)*”.

*servizio (nella fattispecie, legale), da adeguare alle utilità indicate dall'ente, per un determinato arco temporale e per un corrispettivo determinato" (55).*

Il carattere fiduciario del rapporto avvocato-assistito assurgeva a elemento dirimente per la qualificazione giuridica del conferimento del singolo incarico di patrocinio legale come contratto d'opera (*locatio operis*), suscettibile di affidamento diretto e soggetto unicamente all'applicazione dei “*principi generali dell'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione onde rendere possibile la decifrazione della congruità della scelta fiduciaria posta in atto rispetto al bisogno di difesa da appagare*” (56).

Al contrario, l'attività di assistenza e consulenza giuridica caratterizzata dalla sussistenza di una specifica organizzazione, dalla complessità dell'oggetto e dalla predeterminazione della durata ed inserita nel quadro di un'attività professionale organizzata sui bisogni dell'ente veniva definita come appalto di servizi legali, con la conseguente applicabilità delle modalità selettive previste dal codice.

Tale scenario giurisprudenziale ha subito un radicale mutamento con l'introduzione del nuovo codice dei contratti pubblici ex d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, come modificato e integrato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (c.d. decreto correttivo) (57).

A differenza del previgente quadro normativo, il nuovo codice dei contratti pubblici ha previsto per detti servizi regimi differenziati, assoggettando solo una parte di essi alla generale applicazione delle disposizioni codicistiche, benché in forma semplificata in relazione alle soglie e alla pubblicità delle procedure selettive.

In particolare, l'art. 17 (“*Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi*”), nell'unificare sotto la nozione di appalti gli affidamenti dei servizi legali, ha indicato come esclusi dall'ambito di applicazione oggettiva delle disposizioni codicistiche, i servizi legali concernenti la “*rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato*” (c. 1, lett. d), n. 1) in un procedimento giudiziario, nonché la “*consulenza legale fornita in preparazione*” del medesimo procedimento oppure in ragione dell'esistenza di “*un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento*” (c. 1, lett. d), n. 2).

Gli “altri servizi legali” riferibili alle prestazioni di un avvocato e non connessi al contenzioso sono, al contrario, inclusi nell'allegato IX (58), per il quale il nuovo codice prevede l'affidamento con l'applicazione integrale delle norme di cui al d.lgs. n. 50/2016, eccezion fatta per una semplificazione relativa alla fase di pubblicità preventiva.

La normativa recata dal nuovo codice dei contratti pubblici ha, tuttavia, originato dubbi interpretativi e conseguente disomogeneità nelle procedure di affidamento dei servizi legali seguite dagli enti locali.

Un primo tentativo chiarificatore è stato fornito dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, sollecitata in sede consultiva dall'Autorità nazionale anticorruzione, che ha reso, in data 9 aprile 2018, il parere n. 2017/2018, avente a oggetto “*linee guida per l'affidamento dei servizi legali*”.

Il Consiglio di Stato ha proceduto in *primis* all'individuazione, in chiave tipologica, dei contratti che possono essere stipulati dalla pubbliche amministrazioni con gli avvocati, riproponendo la distinzione – già operata a livello giurisprudenziale – tra “*due differenti tipologie di contratti a seconda delle esigenze da soddisfare e dunque della funzione svolta*”: il contratto d'opera intellettuale, il quale “*si caratterizza per il fatto che il professionista esegue la prestazione con lavoro prevalentemente proprio, non organizzato in forma imprenditoriale (artt. 2229 ss.)*”; il contratto di appalto di servizi, il quale “*presuppone che l'appaltatore, invece, esegua la prestazione servendosi dell'organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio (art. 1655 c.c.)*”.

Con specifico riferimento alla questione della normativa applicabile, il Consiglio di Stato ha osservato che le prestazioni di cui all'art. 17, c. 1, lett. d), rappresentano un “*sottoinsieme*” dell'insieme “*generale primario*” costituito dai contratti contemplati dall'allegato IX, individuando l'elemento “*differenziale tra i due insiemi*” nella tipologia del contratto.

La disciplina del codice “*è modulata diversamente a seconda della tipologia di contratti aventi ad oggetto servizi legali che vengono in rilievo e non alla natura e oggetto della prestazione professionale*”: l'allegato IX si riferisce a “*veri contratti di appalto di servizi*”, il cui contenuto consiste nella “*messa a disposizione di una organizzazione di natura imprenditoriale (fornita da un singolo professionista o in una qualsiasi delle forme associate previste dal nostro ordinamento) al fine di soddisfare in maniera indifferenziata i bisogni via via emersi circa una rappresentanza o consulenza giuridica o documentazione giuridica o certificazione non connessa a una questione o a un affare predeterminato, ma conseguente all'insorgere della necessità e quindi del bisogno nel corso del tempo*”; viceversa, le prestazioni ricomprese nell'ambito di applicazione dell'art. 17, c. 1, lett. d), si addicono alla fattispecie del contratto d'opera disciplinato dal codice civile, in quanto attinenti a prestazioni erogate “*con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo*”.

(55) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 2730/2012, cit.

(56) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 2730/2012, cit.

(57) La lett. ss) dell'art. 3 definisce gli “*appalti pubblici di servizi*” esclusivamente in negativo come “*i contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno più soggetti economici, aventi per oggetto la prestazione di servizi diversi da quelli di cui alla lett. ll)*”, ovvero la lettera recante la definizione di “*appalti pubblici di lavori*”.

(58) Come osservato dall'Anac, l'allegato IX «*individua l'ambito di applicazione non solo delle disposizioni di cui al richiamato art. 140, ma anche di quelle contenute negli artt. 142, 143 e 144 che, dettando un regime alleggerito, complessivamente integrano la Parte II, Titolo VI, Capo II del Codice dei contratti pubblici, rubricato “Appalti di servizi sociali e altri servizi nei settori ordinari”*».

*di subordinazione nei confronti del committente espletata secondo un incarico non continuativo o periodico ma puntuale ed episodico, destinato a soddisfare un singolo bisogno manifestatosi (la difesa e rappresentanza in una singola causa ad es.)”.*

Il Consiglio di Stato ha, quindi, inquadrato l'affidamento seriale nell'ambito applicativo dell'allegato IX e l'affidamento della singola prestazione professionale nell'ambito applicativo dell'art. 17.

Quanto alle modalità di affidamento del servizio, per gli incarichi rientranti nell'ambito applicativo dell'art. 17 è prevista l'adozione di procedure comparative ossequiose dei principi sanciti dall'art. 4 del medesimo codice, mentre per gli incarichi rientranti nell'ambito applicativo dell'allegato IX (ad es. consulenza legale non correlata ad una lite esistente o probabile), soggetti alla disciplina di cui agli artt. 140 ss. del d.lgs. n. 50/2016, è previsto l'esperimento di rituali procedure di gara a evidenza pubblica, seppur con le semplificazioni relative alle soglie e alla pubblicità.

Tale regime impone, dunque, alle stazioni appaltanti, la corretta individuazione del fabbisogno, anche allo scopo di evitare il frazionamento artificioso del servizio, vietato ai sensi dell'art. 51 del codice dei contratti.

Detta conclusione è confermata anche dai più recenti arresti della giurisprudenza amministrativa che, sul punto, ha confermato che *“mentre il singolo incarico di patrocinio legale è occasionato da puntuali esigenze di difesa dell'ente locale, invece l'attività di assistenza e consulenza giuridica è caratterizzata dalla sussistenza di una specifica organizzazione, dalla complessità dell'oggetto e dalla predeterminazione della durata. Tali elementi di differenziazione consentono di concludere che, diversamente dall'incarico di consulenza e di assistenza a contenuto complesso, inserito in un quadro articolato di attività professionali organizzate sulla base dei bisogni dell'ente, il conferimento del singolo incarico episodico, legato alla necessità contingente, non costituisce appalto di servizi legali ma integra un contratto d'opera intellettuale che esula dalla disciplina codicistica”* (59).

Al fine di fornire supporto agli operatori di settore segnatamente in relazione alle modalità di affidamento, l'Anac ha ritenuto necessario adottare, ai sensi dell'art. 213, c. 2, del codice dei contratti pubblici, delle linee guida (60) finalizzate ad illustrare *“le migliori pratiche e le possibili soluzioni percorribili per l'affidamento dei servizi legali, fornendo altresì suggerimenti su temi cruciali per la buona riuscita della procedura seguita”*.

La prima questione affrontata ha riguardato la verifica circa l'estraneità o meno dell'incarico di patrocinio legale dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici: sul punto, l'Autorità ha ritenuto non sostenibile *«l'argomentazione secondo la quale l'incarico di patrocinio costituisce un contratto “estraneo” all'intera disciplina governata dal Codice»*.

A supporto di tale tesi, l'Anac ha *in primis* ritenuto priva di decisività l'argomentazione facente leva sulla mancata distinzione, da parte del normatore eurounitario, tra contratto d'opera e contratto d'appalto, in quanto *“l'ordinamento comunitario si interessa, precipuamente, alla fase della selezione del contraente”*.

Ha, del pari, ritenuto priva di decisività l'altra argomentazione facente leva sul carattere fiduciario dell'incarico, fiduciarità che renderebbe impossibile l'applicazione in sede di affidamento dei criteri selettivi previsti dal codice dei contratti pubblici: come rilevato dall'Autorità, l'incarico di servizi legali, specie se connesso alla rappresentanza in giudizio, possiede una intrinseca specificità, tale da distinguerlo dai restanti servizi legali.

Non è dunque possibile affermare che esistono *“pacificamente”* servizi legali interamente disciplinati dal codice dei contratti pubblici (*id est*, quelli di cui all'allegato IX) e servizi legali *“di contenuto prestazionale sostanzialmente analogo”*, ma totalmente svincolati dal detto codice e da vincoli procedurali.

Infine, l'Autorità ha attribuito rilievo al fatto sostanziale della pubblicità delle risorse impiegate, pubblicità che impone la procedimentalizzazione anche dell'affidamento dei contratti esclusi.

Conclusivamente, secondo l'Anac, i contratti di affidamento dei servizi legali di cui all'art. 17 del codice dei contratti pubblici non sono estranei all'ambito oggettivo del codice, benché esclusi dall'applicazione oggettiva di esso.

Con specifico riferimento alle procedure di affidamento da seguire, fermo restando l'obbligo del rispetto dei principi di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016, l'Autorità ha ammesso che rientra tra le *best practices* per l'affidamento dei servizi legali di cui all'art. 17 del detto decreto, la costituzione di elenchi di professionisti, eventualmente suddivisi per settore di competenza, previamente istituiti dall'amministrazione a seguito di una procedura trasparente e aperta, pubblicati sul proprio sito istituzionale. Costituito l'elenco, la selezione dovrà avvenire mediante una procedura valutativa altrettanto trasparente.

Di converso, i servizi legali soggetti alla disciplina di cui al combinato disposto dell'allegato IX e degli artt. 140 ss. del codice dei contratti pubblici, essendo giuridicamente qualificabili come *“veri e propri appalti di servizi”*, saranno soggetti, per quanto attiene alla procedura da seguire al fine del relativo affidamento, alle disposizioni espressamente richiamate nell'allegato IX. Rientrano tra questi gli affidamenti per la gestione del contenzioso in modo continuativo, periodico o seriale, disposti in favore di un unico fornitore nell'arco temporale delimitato e coincidente, di regola, con il triennio.

Fermo restando l'assoluto divieto di favoritismi e comportamenti discriminatori, l'Autorità ha, altresì, individuato *“alcune ipotesi, meramente esemplificative, che potrebbero giustificare la scelta di un affidamento diretto”*:

(59) Cfr. Tar Campania 11 luglio 2019, n. 1271; in termini, Tar Puglia 11 dicembre 2017 n. 1289.

(60) Anac, linee guida n. 12, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delib. n. 907 del 24 ottobre 2018.

consequenzialità tra incarichi (a titolo esemplificativo, “*in occasione dei diversi gradi di giudizio*”); complementarità con altri incarichi “*attinenti alla medesima materia oggetto del servizio legale in affidamento, che siano stati positivamente conclusi*”; assoluta particolarità della controversia, “*fattispecie che può ragionevolmente verificarsi in caso di assoluta novità del thema decidendum o, comunque, della questione trattata*” (61).

Va poi evidenziato che l’esigenza di assicurare l’affidabilità del soggetto che contratta con la pubblica amministrazione rende inderogabile il possesso dei necessari requisiti di moralità da parte dei professionisti affidatari, anche se si tratta di contratti esclusi in tutto o in parte dall’applicazione del codice dei contratti pubblici (62).

Successivamente all’entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, si sono registrate numerose pronunce della magistratura contabile che si è espressa – sia in sede consultiva (63) che in sede giurisdizionale (64) – nel senso della irrilevanza del carattere fiduciario (65), qualificando l’attribuzione dell’incarico avente a oggetto un singolo patrocinio legale come appalto di servizi, con conseguente divieto di affidamento diretto e obbligatorietà della procedura competitiva.

Di recente, la Corte di giustizia dell’Unione europea ha avuto modo di confermare l’univoca interpretazione delle norme comunitarie in materia: con la sentenza del 6 giugno 2019 (66) il Giudice comunitario è intervenuto, a seguito di rinvio pregiudiziale, sulla questione della possibile violazione dei principi europolitani per la mancata inclusione di determinati servizi legali tra i servizi rilevanti per la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e, segnatamente, sulla validità dell’art. 10, lett. c) e lett. d), i), ii) e v).

I Giudici europei hanno chiarito che il richiamato art. 10 non esclude dall’ambito oggettivo di applicazione della direttiva 2014/24/UE tutti – indistintamente – i servizi che possono essere forniti da un avvocato a un’amministrazione aggiudicatrice, ma “*unicamente la rappresentanza legale del suo cliente nell’ambito di un procedimento dinanzi a un organo internazionale di arbitrato o di conciliazione, dinanzi ai giudici o alle autorità pubbliche di uno Stato membro o di un paese terzo, nonché dinanzi ai giudici o alle istituzioni internazionali, ma anche la consulenza legale fornita nell’ambito della preparazione o dell’eventualità di un siffatto procedimento*”.

La ratio di tale esclusione è stata ravvisata nel “*rappporto intuitu personae*” che intercorre tra l’avvocato e il suo cliente, nonché nel tratto della “*massima riservatezza*” che caratterizza detto rapporto: il primo elemento “*rende difficile la descrizione oggettiva della qualità che si attende dai servizi da prestare*”, descrizione imprescindibile in sede di avvio di una procedura competitiva; quanto al secondo elemento la riservatezza “*potrebbe essere minacciata dall’obbligo, incombente sull’amministrazione aggiudicatrice, di precisare le condizioni di attribuzione di un siffatto appalto nonché la pubblicità che deve essere data a tali condizioni*”.

(61) La stessa Anac, successivamente, nella delibera n. 303 del 1° aprile 2020 si è pronunciata di nuovo sulla questione innanzitutto richiamando il suo precedente per il rispetto dei requisiti di moralità: “*Il possesso di inderogabili requisiti di moralità da parte dei soggetti che a qualunque titolo concorrono all’esecuzione di appalti pubblici rappresenta un fondamentale principio di ordine pubblico, che trova applicazione anche negli affidamenti riguardanti contratti in tutto o in parte esclusi dall’applicazione del Codice dei contratti pubblici. Esso risponde, infatti, all’esigenza di assicurare l’affidabilità del soggetto che contratta con la pubblica amministrazione. Conseguentemente, per i servizi legali di cui al citato articolo 17, sebbene la stazione appaltante non possa esigere il medesimo rigore formale previsto dall’articolo 80 d.lgs. 50/2016, la stessa, ha, comunque, l’obbligo di verificare in concreto il possesso da parte dei concorrenti dei requisiti generali di cui al citato articolo 80. Nel caso in cui l’amministrazione abbia provveduto alla costituzione di un elenco di professionisti, da cui attingere per il conferimento del singolo incarico, tale verifica va effettuata in occasione delle specifiche procedure per cui i soggetti iscritti nell’elenco sono interpellati, ferma restando la facoltà della stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti generali di cui all’articolo 80, autocertificati dall’interessato nell’istanza ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre n.445, anche ai fini dell’iscrizione nell’elenco*”.

(62) Pertanto, per i servizi legali di cui all’art. 17 del d.lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante può non esigere il medesimo rigore formale di cui all’art. 80 del codice e gli stessi vincoli procedurali, ma ha comunque l’obbligo di verificare in concreto il possesso da parte dei concorrenti dei requisiti generali di cui al citato art. 80.

(63) Cfr., *ex multis*, Corte conti, Sez. contr. reg. Emilia-Romagna, 26 aprile 2017, n. 75, in questa Rivista, 2017, 1-2, 175; 24 ottobre 2017, n. 156, *ibidem*, 5-6, 134; 22 maggio 2018, n. 105.

(64) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 29 maggio 2017, n. 124, *ivi*, 2017, 3-4, 328.

(65) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Emilia-Romagna, n. 105/2018, cit.: «*La ricostruzione della disciplina applicabile agli incarichi aventi a oggetto un singolo patrocinio legale dev’essere, tuttavia, rivista, alla luce dell’entrata in vigore, il 19 aprile 2016, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. A decorrere da tale data anche il singolo incarico di patrocinio legale appare dover essere inquadrato come appalto di servizi; ciò, sulla base del disposto di cui all’art. 17 (recante “Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi”), che considera come contratto escluso la rappresentanza legale di un cliente, da parte di un avvocato, in un procedimento giudiziario dinanzi a organi giurisdizionali, nonché la consulenza legale fornita in preparazione di detto procedimento. Tale interpretazione pare preferibile anche tenuto conto di come l’art. 17 richiamato recepisca direttive dell’Unione europea che, com’è noto, accoglie una nozione di appalto più ampia di quella rinvenibile dal nostro codice civile. In ogni caso, nel rispetto di quanto previsto dall’art. 4 del citato decreto legislativo, l’affidamento dello stesso deve avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, trasparenza, imparzialità, parità di trattamento, proporzionalità e pubblicità. L’applicazione anche al singolo patrocinio della disciplina dei principi summenzionati, conferma l’orientamento consolidato di questa Corte in merito all’impossibilità di considerare la scelta dell’avvocato esterno all’ente come connotata da carattere fiduciario. Anche dopo l’emanazione del nuovo codice dei contratti pubblici, l’ente deve preliminarmente operare una ricognizione interna finalizzata ad accertare l’impossibilità, da parte del personale, a svolgere l’incarico (così, da ultima, questa Sezione con la citata deliberazione n. 66/2016)*».

(66) Corte giust., Sez. V, causa C-264/18, avente a oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta, ai sensi dell’art. 267 del Tfeue, dal Grondwettelijk Hof.

Ne consegue, secondo la Corte europea, che i servizi di cui al menzionato art. 10, lett. d), i) e ii), “*non sono comparabili agli altri servizi inclusi nell’ambito di applicazione della direttiva medesima*”: è stato proprio in ragione delle loro “*caratteristiche oggettive*” che il normatore eurounitario “*ha potuto, nell’ambito del suo potere discrezionale, escludere tali servizi dall’ambito di applicazione di detta direttiva*”.

In estrema sintesi, i Giudici europei hanno valorizzato la natura fiduciaria dell’incarico conferito all’avvocato e la riservatezza del rapporto che si instaura tra l’avvocato e il suo assistito in senso escludente rispetto alla necessità dell’adozione di procedure competitive.

La presa di posizione del giudice comunitario ha trovato una diretta esplicitazione in una pronuncia recente della magistratura contabile.

Con la sentenza n. 509/2021, la Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Lazio, chiamata a pronunciarsi sull’eventuale danno erariale circa l’affidamento, da parte di Consip, di incarichi di patrocinio legale a quattro legali esterni ex art. 7, c. 6, Tupi, ha fatto proprie le conclusioni cui era pervenuta la Corte di giustizia sulla natura e modalità di conferimento dei citati incarichi.

Nel caso di specie, le contestazioni mosse riguardavano la illegittimità dell’affidamento in ragione della mancata previa verifica circa la presenza di risorse idonee a svolgere le medesime attività e dell’assenza della necessaria procedura selettiva tale da garantire trasparenza, imparzialità e economicità della scelta.

In tale contesto, i magistrati contabili, valorizzando il prevalente elemento fiduciario di detti incarichi, hanno escluso la responsabilità amministrativa.

In particolare, la sezione ha rilevato che gli incarichi legali non sono equiparabili alle c.d. consulenze esterne, alle quali si applica il regime dell’art. 7, c. 6, del d.lgs n. 165/2001 ma “*in linea con la giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. V, n. 2730 del 2012; Comm. Speciale n. 2109 del 2017 e n. 22017 del 2018) e con gli indirizzi dell’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, sono stati inquadrati tra le prestazioni di lavoro autonomo professionale il cui affidamento, sia pur rispettoso dei principi generali in tema di trasparenza ed economicità, è caratterizzato da un preminente elemento fiduciario. La fattispecie negoziale dell’appalto di servizi potrebbe configurarsi solo ove la prestazione richiesta al professionista non si esaurisca, come nei casi in esame, nel solo patrocinio legale a favore dell’ente, configurandosi quale modalità organizzativa di un servizio più complesso e articolato (C. Conti sez. contro. Basilicata de.19/2009/par.; C. Conti sez. contr. Umbria del 137/2013/Par.)*”.

La Corte dei conti, a fondamento della decisione, ha quindi richiamato la giurisprudenza attestatasi dopo l’entrata in vigore del codice degli appalti, la quale “*ha confermato la distinzione tra contratti di opera intellettuale di cui all’art. 2229 ss. del cod. civ. (rientranti nell’ambito dei contratti esclusi di cui all’art. 17, comma 1 del d.lgs. 50 del 2016) – per i quali era stata ribadita l’importanza dell’elemento fiduciario nell’affidamento dell’incarico di patrocinio – e gli incarichi legali di consulenza ed assistenza a contenuto complesso inseriti in un quadro articolato di attività professionali organizzate, cui si applicano le norme del codice dei contratti sia pur semplificate. Con riguardo ai primi, se è vero che sia il Consiglio di Stato che l’Anac avevano osservato che il rispetto dei principi posti dall’art. 4 del codice dei contratti suggerisca la procedimentalizzazione nella scelta del professionista cui affidare l’incarico di patrocinio legale attraverso, preferibilmente, la costituzione di elenchi, ciò non esclude la possibilità di effettuare un affidamento diretto ad un professionista determinato, subordinato, secondo le Linee guida dell’Anac, alla presenza di specifiche ragioni espresse dalla stazione appaltante tra le quali si annoverano i casi di consequenzialità di incarichi o di complementarietà con altri incarichi attinenti alla medesima materia che siano stati positivamente conclusi nonché i casi di assoluta particolarità della controversia*”.

In definitiva, “*una lettura sistematica delle disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016 consente di rilevare come il legislatore della riforma, con il richiamo all’art. 4, più che delineare una vera e propria procedura comparativa, abbia inteso invocare il rispetto generale dei principi generali che regolano l’azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione, non escludendo la possibilità di un affidamento diretto e fiduciario dei servizi legali*”.

#### 4. Segue: profili di danno erariale

Al di là dell’aspetto più propriamente procedurale, le pronunce della magistratura contabile in tema di affidamenti di incarichi legali hanno involto più propriamente la questione della legittimità del conferimento sotto il profilo dell’assenza dei presupposti di legittimità di cui all’art. 7 del d.lgs. n. 165/2001, con conseguente affermazione di responsabilità erariale.

L’affidamento di incarichi esterni in contrasto con le disposizioni di legge e in violazione dei principi e dei limiti in queste prescritti determina, difatti, il configurarsi di una fattispecie di responsabilità per chi ha adottato i provvedimenti illegittimi (67).

(67) Valga, a tal proposito, il richiamo all’art. 28 Cost., ai sensi del quale “*i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici*”. In generale, sul tema della responsabilità dei pubblici dipendenti, v. V. Tenore, L. Palamara, B. Marzocchi Buratti, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Milano, Giuffrè, 2013.



Responsabilità non solo disciplinare (68), ma anche e soprattutto amministrativo-contabile per i danni cagionati all'amministrazione pubblica.

La violazione dei requisiti che facultano il ricorso ad incarichi esterni negli enti pubblici determina, difatti, l'insorgere di una responsabilità amministrativa tipizzata: l'art. 7, c. 6, del d.lgs. n. 165/2001 espressamente ricollega la responsabilità amministrativa all'affidamento di incarichi a terzi in assenza dei presupposti previsti dalla legge (69).

La responsabilità per danno erariale, rientrando nella giurisdizione della Corte dei conti (70), si spiega in forza dell'inutile esborso di danaro determinato dall'affidamento illegittimo.

Il collaboratore esterno dell'amministrazione, infatti, ha diritto a un compenso, che viene predeterminato al momento dell'affidamento dell'incarico ed è corrisposto con i soldi pubblici di cui l'amministrazione dispone per il perseguimento dei propri obiettivi. Qualora l'affidamento dovesse risultare illegittimo, l'amministrazione avrà corrisposto un compenso per una prestazione che avrebbe dovuto evitare, ricorrendo, senza oneri aggiuntivi, all'utilizzo dei propri dipendenti.

Punto nodale della disciplina della responsabilità è sicuramente l'individuazione della giurisdizione e dei poteri del giudice chiamato a verificare la legittimità dell'affidamento degli incarichi esterni, senza invadere la sfera della discrezionalità amministrativa e le valutazioni di merito svolte dagli enti pubblici.

A tale riguardo, si rammenta che, a decorrere dalla storica pronuncia della Cass., SS.UU., n. 14488/2003, è pacificamente ammessa in favore del giudice contabile la valutazione inerente l'adeguatezza o meno dei mezzi discrezionalmente scelti dagli amministratori di un ente rispetto al fine pubblico da perseguire, nonché la collegata verifica dei presupposti previsti dalla legge per il ricorso ad incarichi esterni (71); tale accertamento non viola i limiti esterni alla giurisdizione contabile né quelli relativi alla riserva di amministrazione nell'accertamento del danno erariale relativo all'affidamento di un incarico esterno di consulenza realizzato in difetto dei presupposti previsti dalla legge (72).

Come chiarito in una recente pronuncia, *“rientra nella giurisdizione della Corte dei Conti e non integra il divieto relativo al sindacato di merito delle scelte amministrative, l'accertamento della responsabilità amministrativa del dirigente di un Comune che abbia illegittimamente conferito un incarico a soggetto estraneo all'amministrazione comunale, al di fuori dei casi previsti dalla normativa vigente e non a causa di eventi straordinari ai quali non potesse farsi fronte con la struttura burocratica esistente, trattandosi di un controllo giurisdizionale fondato sui canoni di legalità, razionalità, efficienza ed efficacia che costituiscono il diretto corollario del principio di rango costituzionale del buon andamento della P.A., sancito dall' art. 97 Cost”* (73).

Sussumendo più nel dettaglio siffatti principi ermeneutici ai casi di conferimento di incarichi di patrocinio e consulenza legale, la giurisprudenza contabile ha ravvisato il configurarsi della responsabilità erariale in caso di:

(68) Presidenza Consiglio dei ministri, Dipartimento funzione pubblica, circ. n. 2/2008, cit.

(69) La norma in questione è stata introdotta nell'art. 6 citato dall'art. 1, c. 11, l. 30 dicembre 2004, n. 311. Deve specificarsi anche altre fonti normative hanno previsto una responsabilità amministrativa tipizzata per fattispecie analoghe. Infatti, il mancato rispetto dei limiti di spesa previsti dall'art. 1, c. 187, della l. 23 dicembre 2005, n. 266, per l'utilizzo di personale a tempo determinato o con convenzioni o con contratti di collaborazione coordinata e continuativa determina responsabilità erariale. La materia è stata nuovamente disciplinata dalla legge finanziaria 2008 (l. 24 dicembre 2007, n. 244): l'affidamento di incarichi e consulenze effettuato in violazione delle disposizioni regolamentari costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale (art. 1, c. 56). Infine, la materia è stata recentemente integrata dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, *“Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione”*, prevedendosi, in primo luogo, che la violazione delle disposizioni in tema di conferimento di consulenze nella pubblica amministrazione, con riguardo al ricorso a collaborazioni coordinate e continuative per lo svolgimento di attività ordinarie dell'ente, o all'utilizzo dei collaboratori come lavoratori subordinati, determina responsabilità del dirigente (art. 46, c. 1), nonché la responsabilità erariale nel caso di violazione della disciplina legislativa e regolamentare in tema di consulenze negli enti locali (art. 46, c. 3).

(70) Sul tema generale delle funzioni della Corte dei conti quale giudice della responsabilità, v. C. Chiarenza, P. Evangelista, *Il giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti*, in V. Tenore (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli: dottrina, giurisprudenza, normativa, formulario*, Giuffrè, 2022.

(71) Cfr. Cass., S.U., 7 settembre 2018, n. 21926; 28 giugno 2018, n. 17121, in questa *Rivista*, 2018, 3-4, 372; 13 febbraio 2012, n. 1979; 23 novembre 2012, n. 20728. Da ultimo, si segnala Cass., S.U., 30 giugno 2021, n. 18492, che ha dichiarato inammissibile il ricorso volto a denunciare l'eccesso di potere giurisdizionale, per invasione della sfera legislativa, della decisione del giudice contabile che abbia affermato la responsabilità erariale di consiglieri del Cnel per avere conferito incarichi a soggetti esterni in violazione dei presupposti di cui all'art. 7, cc. 6 ss., d.lgs. n. 165/2001; *«ciò in quanto, per un verso, la natura di organo di rilievo costituzionale del Cnel non preclude il controllo giurisdizionale di legittimità del giudice contabile su atti e provvedimenti che costituiscono espressione di attività amministrativa strumentale alimentata con risorse tratte dal bilancio statale o su atti gestionali finanziati nello stesso modo, mentre, per altro verso, la dedotta inesistenza di una norma che estenda al Cnel il divieto di conferire incarichi esterni ai sensi del d.lgs. n.165 del 2001, non configura un vizio di difetto assoluto di giurisdizione per invasione della sfera riservata al legislatore, che si integra solo qualora il giudice speciale abbia indebitamente esercitato un'attività di produzione normativa e non anche allorché l'operatività dei principi di cui al predetto decreto legislativo sia stata affermata nell'esercizio della doverosa operazione ermeneutica volta ad individuare la “voluntas legis” applicabile al caso concreto, la quale potrebbe, al più, dare luogo ad un eventuale “error in iudicando” ma non alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale»*.

(72) Cfr. Cass., S.U., 9 maggio 2011, n. 10069.

(73) Cfr. Cass., S.U., 6 marzo 2020, n. 6457.



- estrema genericità degli incarichi di consulenza legale affidati a soggetti esterni all'ente per mancata esplicitazione delle problematiche sottese all'attività stragiudiziale da porre in essere e funzionali a garantire la rappresentanza dell'ente in sede di eventuali e non meglio definiti procedimenti che lo vedessero parte in causa, palesandosi invece i conferimenti come mere convenzioni o contratti di collaborazione continuativa (74);

- incarichi di consulenza legale carenti dei requisiti della particolarità e specificità e della previa verifica dell'inesistenza di apposita professionalità all'interno dell'ente, talché gli stessi erano stati conferiti per attendere agli ordinari compiti di supporto giuridico dell'ente e, in quanto tali, espletabili dai dipendenti dell'ente senza necessità di alcuna "esternalizzazione" (75);

- conferimento d'incarico per servizi di consulenza legale che in realtà celavano una sorta di assistenza legale continuativa *omnibus*, come testimoniato dalle clausole di regolamentazione contrattuale del rapporto consulenziale (durata dell'attività di consulenza, determinazione del corrispettivo in giornate/uomo e possibilità per l'ente di chiedere al consulente pareri anche verbali) e dalla molteplicità dei quesiti rivolti al professionista concernenti questioni generali e non inerenti all'oggetto specifico della consulenza, a seconda delle estemporanee ed eterogenee necessità conoscitive dell'ufficio legale dell'ente (76);

- conferimento di incarichi legali ad un avvocato esterno per la redazione di un parere in merito al rimborso delle spese legali, dopo l'ottenimento di un parere negativo da parte dell'avvocatura interna (77);

- affidamento di incarichi esterni di patrocinio legale a difesa degli interessi dell'ente che disponga di una avvocatura interna, abilitata a svolgere le attività di difesa innanzi alle magistrature audite (78);

- conferimento di incarico legale a professionisti esterni in assenza di istruttoria e senza acquisizione del parere dell'avvocatura interna per verificare l'impossibilità di ricorrere a risorse interne (79);

- affidamento di incarico per una consulenza giuridico-amministrativa a soggetto esterno laddove tale funzione possa essere assolta adeguatamente dal segretario comunale (80);

- conferimento di una consulenza esterna ad avvocato dello Stato per la cura di un affare contenzioso giudiziale o stragiudiziale già affidato istituzionalmente all'avvocatura dello Stato;

- conferimento di incarico di difesa in giudizio a professionisti del libero foro "*in assenza di alcuna congrua, logica ed esaustiva motivazione circa la necessità dell'ente di ricorrere a costosi incarichi di difesa e non all'assistenza dei legali dell'Avvocatura dello Stato, chiamati a difendere l'ente gratuitamente*" (81).

Nella casistica innanzi sinteticamente rappresentata, la corresponsione della retribuzione ad un collaboratore esterno scelto al di fuori dei casi e dei modi consentiti dalla legge ha determinato il configurarsi di un danno per la pubblica amministrazione, chiamata a soddisfare, in aderenza al principio di autosufficienza, le proprie esigenze istituzionali con le risorse disponibili.

Il difetto di corrispondenza tra la spesa amministrata ed il fine istituzionale da conseguire realizza, difatti, uno sviamento delle risorse pubbliche dalle finalità predeterminate tale da determinare, secondo la concezione ontologica del danno, un pregiudizio risarcibile.

(74) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Puglia, 5 giugno 2019, n. 341, confermata da Sez. I centr. app. 29 settembre 2020, n. 252. Negli stessi termini, Corte conti, Sez. giur. reg. Puglia, 12 marzo 2019, n. 127, confermata da Sez. I centr. app. n. 333/2020, cit.

(75) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Puglia, 5 giugno 2019, n. 342, confermata da Sez. I centr. app. 29 settembre 2020, n. 251.

(76) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Trentino-Alto Adige, 19 novembre 2018, n. 41. Nel caso di specie, non sussisteva alcuna carenza di organico e il carico di lavoro assegnato al personale dell'Ufficio legale non presentava picchi di straordinarietà o particolare gravosità dei compiti affidati che potessero giustificare il ricorso ad ulteriore consulente esterno.

(77) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Siciliana, 9 ottobre 2020, n. 544, confermata da Sez. app. reg. Siciliana, 28 maggio 2021, n. 84.

(78) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 4 luglio 2017, n. 102.

(79) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, n. 124/2017, cit.

(80) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Siciliana, 25 gennaio 2017, n. 47.

(81) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Trentino-Alto Adige, 11 marzo 2022, n. 26. Nel caso di specie, trovava applicazione l'art. 41 del d.p.r. n. 49/1973, che prevede la facoltà per la regione, i comuni e le province del Trentino-Alto Adige di ricorrere al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato di Trento a decorrere dalla modifica operata dall'art. 1 del d.lgs. n.116/2004, il quale ha disposto puramente e semplicemente che "*I. La regione, le province, i comuni e gli altri enti locali possono avvalersi del patrocinio legale dell'Avvocatura dello Stato*". Si richiama, in particolare, il seguente passaggio: «*Non è infatti sulla violazione di un tale inesistente "obbligo", mai affermato dalla Procura attrice, che si basa la causa petendi, bensì sul rilievo che il Comune di Omissis abbia affidato gli incarichi onerosamente all'esterno in assenza di alcuna ragione: la Procura censura, dunque, che il mancato ricorso all'Avvocatura abbia costituito cattivo esercizio della discrezionalità concessa dalla norma, in quanto il comune ha scelto una difesa onerosa senza ponderare l'alternativa, offerta dalla norma, di una difesa altrettanto professionale ma gratuita. Ed in effetti, osserva il Collegio, rientra nel sindacato della Corte dei conti (Procuratore e Collegio, secondo le rispettive competenze) accertare il profilo di illegittimità della scelta di non ricorrere alla difesa dell'Avvocatura affidandola a professionista del libero foro perché, come ogni scelta discrezionale, anche quella di cui è causa deve corrispondere a criteri di ragionevolezza, solo alla luce dei quali il ricorso a prestazioni onerose in presenza di facoltà di ricorso ad analoghe prestazioni gratuite non comporta una violazione del principio di economicità dell'azione amministrativa – il quale, come è noto, un parametro inerente al vaglio di legittimità dell'azione amministrativa (sul punto sono numerose le decisioni di questa Sezione in tal senso, tutte confermate in appello: tra le altre, Sez. II App. n. 296/2015 e n. 150/2021)*».

## LIMITAZIONI NORMATIVE ALLA CRESCITA DEL DEBITO PUBBLICO: ESPERIENZE STORICHE ED EVIDENZE EMPIRICHE

di Nunzio Mario Tritto (\*)

*Abstract:* La fissazione di limitazioni normative alla crescita del debito pubblico costituisce una prassi presente in vari e assai differenti sistemi giuridico-economici; ad esempio, nel sistema costituzionale statunitense tale istituto si traduce in un limite numerico alla crescita del relativo debito pubblico mentre in altri ordinamenti, come ad esempio quello euro-unitario, la medesima funzione viene svolta dalla previsione di limiti massimi ai debiti pubblici degli Stati membri dell'Unione europea parametrati sui relativi prodotti interni lordi. La previsione di tali limitazioni, dunque, viene analizzata in questo contributo sia dal punto di vista storico che dal punto di vista dell'evidenza empirica, al fine di comprenderne l'utilità, anche in una prospettiva macroeconomica, nell'ottica di una migliore comprensione del funzionamento del sistema economico globalmente inteso.

*Fixing law limitations on the growth of public debt is a practice adopted in various and very different legal and economic systems; for example, in the United States constitutional system this practice provides a numerical limit to the growth of the national public debt while in other legal systems, such as the European Union one, the same function is carried out by the provision of maximum limits to the public debts of the EU's Member States parameterized on their GDPs (gross domestic products). The prediction of these limitations, therefore, is analyzed in this contribution both from the historical point of view and from the empirical evidence point of view, in order to clarify its usefulness, also in a macroeconomic perspective, for a better understanding of the functioning of the global economic system.*

**Sommario:** 1. *Considerazioni preliminari.* – 2. *L'esperienza statunitense.* – 3. *L'Unione europea ed il controllo del debito pubblico degli Stati membri.* – 4. *I limiti alla crescita del debito pubblico in altri ordinamenti.* – 5. *Conclusioni.*

### 1. Considerazioni preliminari

Il 19 gennaio 2023 potrebbe essere ricordato, al pari di altre date aventi un notevole rilievo nella storia economica mondiale (come ad esempio il 24 ottobre 1929, che simboleggia il crollo della borsa di Wall Street e l'inizio della Grande Depressione (1) o il 15 agosto 1971 con la fine della convertibilità del dollaro in oro ed il tramonto del cosiddetto sistema di Bretton Woods (2)), come il giorno dell'inizio del *default* degli Stati Uniti: infatti, proprio il 19 gennaio 2023 è stato ufficializzato il raggiungimento del cosiddetto “*debt ceiling*”, ossia del limite alla quantità totale di fondi che il Governo federale statunitense è autorizzato a prendere in prestito per il tramite della collocazione sul mercato di titoli del debito pubblico (3).

In effetti, a partire dal 19 gennaio 2023, il Dipartimento del tesoro americano sta utilizzando misure straordinarie per poter far fronte alle proprie obbligazioni finanziarie (stipendi, pensioni, spese militari, pagamento degli interessi sui titoli pubblici agli investitori, ecc.) e si stima che tali strumenti economici (e di conseguenza, la liquidità del Paese) si esauriranno entro giugno-luglio (4), con la conseguente necessità di dichiarare lo stato di insolvenza, qualora nel frattempo non sopravvenga un provvedimento legislativo che consenta al Governo di superare questa *impasse*. Non vi è chi non veda la gravità di una tale situazione, che andrebbe a colpire un'economia mondiale già fiaccata negli ultimi anni da altre gravissime crisi (si pensi, solo a voler ricordare gli avvenimenti più rilevanti, alla pandemia da Covid-19 (5) ed alla guerra russo-ucraina (6)).

---

(\*) N.M. Tritto è magistrato della Corte dei conti.

(1) Per una storia dell'avvenimento, nel contesto americano ed in quello internazionale, v., tra i tanti: J.K. Galbraith, *Il grande crollo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008.

(2) Le vicende che portarono agli accordi di Bretton Woods sono riassunte in: B. Steil, *La battaglia di Bretton Woods. John Maynard Keynes, Harry Dexter White e la nascita di un nuovo ordine mondiale*, Roma, Donzelli, 2019.

(3) T. Luhby, *US hits debt ceiling, prompting Treasury to take extraordinary measures*, in <<https://edition.cnn.com/2023/01/19/politics/debt-ceiling-deadline-treasury/index.html>>.

(4) W. Edelberg, L. Sheiner, *How worried should we be if the debt ceiling isn't lifted?*, in <[www.brookings.edu/2023/01/25/how-worried-should-we-be-if-the-debt-ceiling-isnt-lifted/](http://www.brookings.edu/2023/01/25/how-worried-should-we-be-if-the-debt-ceiling-isnt-lifted/)>.

(5) Sugli effetti economici della crisi pandemica: J.E. Stiglitz, *The Pandemic economic crisis, precautionary behavior, and mobility constraints. An application of the dynamic disequilibrium model with randomness*, in <[www.nber.org](http://www.nber.org)>, ottobre 2020.

(6) Sugli effetti economici della guerra russo-ucraina: J.-D. Guénette, P. Kenworthy, C. Wheeler, *Implications of the War in Ukraine for the global economy*, *World Bank Policy Note*, in <<https://thedocs.worldbank.org/en/doc/5d903e848db1d1b83e0ec8f744e55570-0350012021/related/Implications-of-the-War-in-Ukraine-for-the-Global-Economy.pdf>>, aprile 2022.

Appare dunque utile analizzare le motivazioni (anche storiche) che hanno spinto alcuni soggetti del diritto internazionale (Stati e altre organizzazioni sovranazionali) a dotarsi di (auto)limitazioni alla crescita del proprio debito (o di quello dei propri Stati membri), con particolare riferimento agli Stati Uniti, all'Unione europea e ad altri soggetti internazionali (sia Stati che organizzazioni internazionali). Ciò anche al fine di comprendere se tale tipo di politica economica abbia avuto effetti (positivi, negativi o neutri) a livello macroeconomico, con specifico riguardo alle conseguenze che tali discipline di contenimento del debito pubblico hanno realizzato nei vari sistemi giuridico-economici presi in considerazione.

## 2. L'esperienza statunitense

Sin dal momento della proclamazione della propria indipendenza dalla Gran Bretagna (7), gli Stati Uniti si dotarono di strumenti legislativi tendenti a limitare una crescita incontrollata del proprio debito pubblico: in seguito alla Guerra civile (8), tuttavia, nel 1868 si decise di procedere ad un "chiarimento" al riguardo a livello costituzionale, tant'è che venne approvato il XIV emendamento alla Costituzione (9), il quale espressamente stabilì che: "*The validity of the public debt of the United States, authorized by law, including debts incurred for payment of pensions and bounties for services in suppressing insurrection or rebellion, shall not be questioned. But neither the United States nor any state shall assume or pay any debt or obligation incurred in aid of insurrection or rebellion against the United States, or any claim for the loss or emancipation of any slave; but all such debts, obligations and claims shall be held illegal and void*". Per quanto qui interessa, la disposizione sembrò autorizzare *ex post* ("*The validity of the public debt of the United States [...] shall not be questioned*") le ingenti spese sostenute per finanziare la guerra contro gli Stati del Sud e da quel momento in poi l'autorizzazione a contrarre prestiti sui mercati (nazionali ed internazionali) venne concessa dal Congresso solo per finalità ben determinate e con la specifica indicazione del rendimento dei titoli, della relativa scadenza, ecc. (si pensi, ad esempio, alla costruzione del canale di Panama (10) o ai prestiti relativi a conflitti bellici svoltisi nell'Ottocento (11)).

Agli inizi del XX secolo, tuttavia, il Governo federale riuscì a svincolarsi dallo stretto controllo del Congresso, ottenendo maggiore discrezionalità in relazione, ad esempio, alla tipologia di titoli da emettere, alle relative scadenze e ad altri elementi (12), ma con la previsione di un tetto massimo all'indebitamento. Tale maggiore autonomia dell'esecutivo rispetto al Congresso non poteva che aumentare negli anni Trenta del Novecento, in conseguenza della necessità di fronteggiare la grave crisi economica che, sin dal 1929, aveva colpito l'economia statunitense (e quella mondiale) (13). Così, perse vigore la prassi in base alla quale i prestiti obbligazionari erano legati a specifici obiettivi; tuttavia, quale contropartita rispetto a questo evidente allentamento della disciplina di finanza pubblica, nel 1935 il Congresso americano stabilì delle (ben precise) soglie massime al valore delle obbligazioni in circolazione (pari a 20 miliardi di dollari per i titoli di breve periodo e 25 miliardi di dollari per i titoli aventi scadenza nel medio-lungo termine). Nel marzo del 1939, alla vigilia dell'intervento nel secondo conflitto mondiale, il presidente Franklin Delano Roosevelt propose di eliminare limiti separati al valore massimo delle obbligazioni americane in circolazione e così si giunse ad un limite aggregato complessivo del debito pubblico federale (pari a 45 miliardi di dollari, ottenuti dalla somma tra i 30 miliardi dei titoli a medio-lungo termine e i 15 miliardi dei titoli a breve termine). Nel 1940 venne poi introdotto un limite separato di 4 miliardi di dollari per alcuni titoli pubblici (relativi a progetti di difesa nazionale) e nel 1941 il limite aggregato venne portato a 65 miliardi di dollari: esso sarebbe cresciuto ininterrottamente per far fronte ai costi del secondo conflitto mondiale fino al 1945, quando fu fissato a 300 miliardi di dollari. Dopo la fine della seconda guerra mondiale, il limite fu ridotto a 275 miliardi di dollari, per poi subire ulteriori aumenti a partire dal 1958 e giungere infine all'esorbitante cifra di 31.400 miliardi di dollari nel dicembre del 2021 (periodo dell'ultimo aumento).

Com'è chiaro, quindi, il "*debt ceiling*" (ossia il tetto all'indebitamento) è uno strumento di sorveglianza parlamentare rispetto alla crescita incontrollata della spesa pubblica e di evidente responsabilità fiscale per il Governo, tuttavia esso si riduce, per alcuni, ad una mera "*devotion to the idea of thrift and to economical management of the fiscal affairs*

(7) Per una storia della nascita degli Stati Uniti: A. Testi, *La formazione degli Stati Uniti*, Bologna, il Mulino, 2013.

(8) Sugli effetti economici della Guerra civile americana: P.K. O'Brien, *Economic effects of the American Civil War*, New York, Humanities Press, 1988.

(9) R.E. Barnett, *The original meaning of the Fourteenth Amendment: Its letter and spirit*, Cambridge, Harvard University Press, 2021.

(10) *First Spooner Act*, anche detto *Panama Canal Act*, 32 Stat. 481 (1902).

(11) Ad esempio, il *War Revenue Act* del 1898 (30 Stat. 448-470) finanziò i costi della guerra ispano-americana concedendo al Dipartimento del tesoro l'autorità di emettere 100 milioni di dollari di certificati del debito pubblico americano con scadenze inferiori ad un anno, che furono venduti principalmente a grandi investitori, banche e ad altre istituzioni finanziarie private, anche straniere. Il *War Revenue Act* consentì altresì di emettere 400 milioni di dollari in titoli e obbligazioni a lungo termine (con un ottimo rendimento), collocati tra il pubblico, consentendo così anche ai piccoli investitori di partecipare alla conveniente operazione finanziaria.

(12) Ad esempio, il *Second Liberty Bond Act* del 1917, che contribuì a finanziare l'entrata degli Stati Uniti nella Prima Guerra Mondiale, eliminò alcuni limiti alla scadenza e al rimborso delle obbligazioni; il *Second Liberty Bond Act* consentì pure l'acquisto di debito pubblico degli Stati alleati (cioè facenti parte della Triplice Intesa). Nel 1920, poi, il Congresso autorizzò il Dipartimento del tesoro a sostituire il (più costoso) debito pubblico federale più risalente nel tempo con nuove emissioni di titoli caratterizzati da un rendimento più economico (e dunque meno gravoso per le casse dello stato). Il Congresso, poi, permise l'emissione di ulteriore carta moneta, uno strumento finanziario al quale si era fatto ampio ricorso durante la Guerra civile.

(13) E. Rauchway, *The Great Depression and the New Deal: A very short introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

of the government” (14). In effetti, anche a seguito delle riforme introdotte nel ciclo del bilancio statunitense sin dal 1974 (15), tale meccanismo ha perso parte della propria rilevanza, riducendosi ad un relitto del passato che tuttavia può provocare gravi criticità nel sistema contabile americano (si pensi, infatti, al pericolo di cosiddetto *shutdown* (16)).

### 3. L'Unione europea ed il controllo del debito pubblico degli Stati membri

Se dunque, come si è visto nel precedente paragrafo, la volontà di introdurre un limite alla crescita del debito pubblico ha trovato origine negli Stati Uniti sostanzialmente nella necessità di una (tendenzialmente) rigida disciplina fiscale, nel sistema europeo a tale scopo si è aggiunto pure quello relativo alla creazione di un'area valutaria ottimale.

In effetti, sin dagli inizi degli anni Settanta del Novecento, dapprima con il cosiddetto “serpente monetario” ed in seguito con il sistema monetario europeo (17), si introdusse un meccanismo che consentisse di ridurre la volatilità dei tassi di cambio, quale primo tassello dell'opera di costruzione di un'area economica e monetaria sovranazionale nel continente europeo. Tale progetto proseguì con la tappa fondamentale rappresentata dal Trattato di Maastricht (18), con il quale vennero per la prima volta stabiliti i cosiddetti criteri di convergenza degli Stati membri dell'allora Comunità europea verso l'ambizioso obiettivo dell'introduzione di una moneta unica paneuropea.

Infatti, si stabilì espressamente che il controllo dell'inflazione, la sostenibilità del debito pubblico e del disavanzo pubblico, la stabilità dei tassi di cambio e dei tassi di interesse interni rappresentassero elementi imprescindibili al fine di raggiungere l'unione monetaria; nello specifico, per quanto qui interessa, vennero ritenute incompatibili con il progetto euro-unitario posizioni di bilancio caratterizzate da disavanzi pubblici eccessivi, ossia pari ad un rapporto rispetto al prodotto interno lordo (Pil) superiore al 3% per i deficit annuali di bilancio e al 60% per il totale dello stock di debito pubblico lordo accumulato.

All'interno del Trattato di Maastricht, poi, venne prevista pure la creazione di un sistema europeo di banche centrali, costituito dalle banche centrali degli Stati membri e dalla (nuova) Banca centrale europea (Bce (19), effettivamente operativa dal 1998), al quale non è consentito estendere scoperti di conto o qualsiasi altro tipo di facilitazione creditizia a istituzioni o organi euro-unitari, amministrazioni statali, autorità regionali, locali o altre autorità pubbliche, ad altri organismi di diritto pubblico o imprese pubbliche degli Stati membri o l'acquisto di titoli di debito.

Come si vede, il progetto che poi ha dato vita all'euro si fonda su un rigido controllo della spesa pubblica, che è parso sicuramente più efficace rispetto al *debt ceiling* statunitense, anche se non sono mancate critiche alla politica economica dell'Unione europea negli ultimi anni, specie con riferimento alla cosiddetta crisi dei debiti sovrani del 2010 (20).

### 4. I limiti alla crescita del debito pubblico in altri ordinamenti

I meccanismi limitativi alla crescita del debito pubblico sono altresì presenti in vari Stati ed organizzazioni internazionali, che adesso saranno sinteticamente analizzati.

In primo luogo, va considerata la posizione della Germania: in effetti, a partire dal 2009 con modifiche alla legge fondamentale tedesca (in particolare, agli artt. 109, c. 3 (21), e 115, cc. 1-2 (22)) si è introdotto un limite (derogabile

(14) M.A. Robinson, *The national debt ceiling: An experiment in fiscal policy*, Washington, The Brookings Institution, 1959, 5.

(15) Con il Congresso che può sicuramente intervenire in fase precedente all'approvazione del bilancio, in modo più efficace rispetto al meccanismo del *debt ceiling*.

(16) Per una disamina dello stesso si rimanda a N.M. Tritto, *Brevi riflessioni sul sistema di contabilità pubblica statunitense, anche alla luce della recente crisi economica determinata dalla pandemia da Covid-19*, in questa Rivista, 2020, 1, 40.

(17) F. Giavazzi, S. Micossi, M. Miller (a cura di), *Il sistema monetario europeo*, Milano, Cariplo, 1992.

(18) Sugli aspetti legali del trattato di Maastricht, v. D. O'Keeffe, P.M. Twomey, *Legal issues of the Maastricht Treaty*, Hoboken, Wiley, 1994.

(19) C. Zilioli, M. Selmayr, *La Banca centrale europea*, Milano, Giuffrè, 2007.

(20) In effetti, l'acuta crisi finanziaria globale aveva causato, in numerosi Stati, specie europei, un aumento vertiginoso del debito pubblico, accumulatosi già a partire dai decenni precedenti e la preoccupazione crescente sul possibile *default* degli Stati coinvolti, unitamente a manovre speculative e al timore di problematiche legate alla (non) integrale allocazione sui mercati degli stock dei titoli del debito pubblico, innescò dapprima un profondo dibattito su tali criticità ed in seguito l'intervento delle istituzioni dell'Unione europea.

(21) “Die Haushalte von Bund und Ländern sind grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen. Bund und Länder können Regelungen zur im Auf- und Abchwung symmetrischen Berücksichtigung der Auswirkungen einer von der Normallage abweichenden konjunkturellen Entwicklung sowie eine Ausnahmeregelung für Naturkatastrophen oder außergewöhnliche Notsituationen, die sich der Kontrolle des Staates entziehen und die staatliche Finanzlage erheblich beeinträchtigen, vorsehen. Für die Ausnahmeregelung ist eine entsprechende Tilgungsregelung vorzusehen. Die nähere Ausgestaltung regelt für den Haushalt des Bundes Artikel 115 mit der Maßgabe, dass-Satz 1 entsprochen ist, wenn die Einnahmen aus Krediten 0,35 vom Hundert im Verhältnis zum nominalen Bruttoinlandsprodukt nicht überschreiten. Die nähere Ausgestaltung für die Haushalte der Länder regeln diese im Rahmen ihrer verfassungsrechtlichen Kompetenzen mit der Maßgabe, dass-Satz 1 nur dann entsprochen ist, wenn keine Einnahmen aus Krediten zugelassen werden”.

(22) “1. Die Aufnahme von Krediten sowie die Übernahme von Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen, die zu Ausgaben in künftigen Rechnungsjahren führen können, bedürfen einer der Höhe nach bestimmter oder bestimmbarer Ermächtigung durch Bundesgesetz.

2. Einnahmen und Ausgaben sind grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen. Diesem Grundsatz ist entsprochen, wenn die Einnahmen aus Krediten 0,35 vom Hundert im Verhältnis zum nominalen Bruttoinlandsprodukt nicht überschreiten. Zusätzlich sind

nei casi di emergenze nazionali o di recessione) ai disavanzi sia del governo centrale che dei *Länder*: tuttavia, a seguito della pandemia da Covid-19, il limite è stato sospeso (23) ed anche l'ingente piano di riarmo del Governo tedesco (24) (a seguito del conflitto russo-ucraino) approvato nel 2022 è stato escluso dalla limitazione costituzionale in oggetto, che pertanto è risultata sostanzialmente inattuata.

Altro Stato europeo dotato di un limite alla crescita del debito pubblico è la Danimarca, che – similmente agli Stati Uniti – dispone di un tetto al debito pubblico di tipo “numerico” (pari attualmente a 2.000 miliardi di corone danesi, ossia circa 268 miliardi di euro): esso venne introdotto nel 1993, a seguito del passaggio della responsabilità per la gestione del debito pubblico dal Governo alla Banca centrale danese (25), e finora non è stato mai superato.

Anche la Carta costituzionale polacca (26) (sin dal 1997) prevede un limite alla crescita del relativo debito pubblico: in effetti, l'art. 216, c. 5, della Costituzione della Polonia stabilisce che l'indebitamento pubblico annuale del Paese non può superare i tre quinti del corrispondente prodotto interno lordo (27); in caso di violazione, il Governo non può legittimamente approvare il relativo bilancio statale. Da più parti si chiede un superamento del meccanismo in esame (28), anche alla luce dell'adesione della Polonia all'Unione monetaria europea.

Passando agli Stati extra-europei, devono analizzarsi i casi dell'Australia, del Pakistan, della Malesia e di due nazioni africane (Kenya e Namibia).

Per quanto riguarda l'Australia, essa tra il 2007 ed il 2013 si era dotata di una limitazione alla crescita del proprio debito pubblico (contenuta nel *Commonwealth Inscribed Stock Act n. 1911*) (29) inizialmente pari a 75 miliardi di dollari australiani (e poi arrivato addirittura a 500 miliardi di dollari australiani, pari a 322 miliardi di euro) e poi abbandonata a seguito della sostanziale inutilità della medesima.

Limitazioni del debito pubblico parametrato al Pil sono presenti sia in Pakistan (in base al *Fiscal Responsibility and Debt Limitation Act* (30) del 2005 il debito pubblico pakistano non può eccedere il 60% del Pil) che in Malesia (31) (con un rapporto debito pubblico/Pil inizialmente (ossia nel 2003) non superiore al 40% ed attualmente pari al 55%), anche se in entrambi gli Stati asiatici tali previsioni sono rimaste sostanzialmente sulla carta e sono state più volte violate da vari governi, evidenziandone pertanto la scarsa efficacia reale.

Per quanto riguarda il Kenya, è previsto un ammontare massimo del ricorso ai mercati internazionali pari a 1.200 miliardi di scellini kenioti (circa 9 miliardi di euro), tuttavia la concessione di un prestito pari a 425 miliardi di scellini kenioti da parte della Cina nel 2013 ha determinato il sostanziale accantonamento del suddetto limite, evidentemente superato nei fatti (32).

---

*bei einer von der Normallage abweichenden konjunkturellen Entwicklung die Auswirkungen auf den Haushalt im Auf- und Abchwung symmetrisch zu berücksichtigen. Abweichungen der tatsächlichen Kreditaufnahme, von der nach den Sätzen 1 bis 3 zulässigen Kreditobergrenze werden auf einem Kontrollkonto erfasst; Belastungen, die den Schwellenwert von 1,5 vom Hundert im Verhältnis zum nominalen Bruttoinlandsprodukt überschreiten, sind konjunkturgerecht zurückzuführen. Näheres, insbesondere die Bereinigung der Einnahmen und Ausgaben um finanzielle Transaktionen und das Verfahren zur Berechnung der Obergrenze der jährlichen Nettokreditaufnahme unter Berücksichtigung der konjunkturellen Entwicklung auf der Grundlage eines Konjunkturbereinigungsverfahrens sowie die Kontrolle und den Ausgleich von Abweichungen der tatsächlichen Kreditaufnahme von der Regelgrenze, regelt ein Bundesgesetz. Im Falle von Naturkatastrophen oder außergewöhnlichen Notsituationen, die sich der Kontrolle des Staates entziehen und die staatliche Finanzlage erheblich beeinträchtigen, können diese Kreditobergrenzen auf Grund eines Beschlusses der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages überschritten werden. Der Beschluss ist mit einem Tilgungsplan zu verbinden. Die Rückführung der nach Satz 6 aufgenommenen Kredite hat binnen eines angemessenen Zeitraumes zu erfolgen”.*

(23) S. Vallée, J. Cohen-Setton, D. Buhl, *Germany's debt brake and Europe's fiscal stance after Covid-19*, in <<https://dgap.org/en/research/publications/germanys-debt-brake-and-europes-fiscal-stance-after-covid-19>>.

(24) T. Benner, *Germany must abandon its debt brake to make up for the lost Merkel years*, in <[www.newstatesman.com/world/europe/2022/08/germany-debt-brake-lost-merkel-years](http://www.newstatesman.com/world/europe/2022/08/germany-debt-brake-lost-merkel-years)>.

(25) Con una specifica legge di autorizzazione a contrarre prestiti statali: *Lov om bemyndigelse til optagelse af statslån*, LOV nr 1079 af 22/12/1993.

(26) Denominata *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*.

(27) “*Nie wolno zaciągać pożyczek lub udzielać gwarancji i poręczeń finansowych, w następstwie których państwowy dług publiczny przekroczy 3/5 wartości rocznego produktu krajowego brutto. Sposób obliczania wartości rocznego produktu krajowego brutto oraz państwowego długu publicznego określa ustawa*”, ossia: “*Non è consentito contrarre prestiti o concedere garanzie e fidejussioni per effetto della quale il debito pubblico dello Stato superi i 3/5 il valore del prodotto interno lordo annuo. Le modalità di calcolo del valore annuale del prodotto interno lordo e del debito pubblico dello Stato sono determinate dalla legge*”.

(28) M. Wilczek, *Government using “unprecedented mechanisms” to evade public debt limits, says Polish state auditor*, in <<https://notesfrompoland.com/2021/07/16/government-using-unprecedented-mechanisms-to-evade-public-debt-limits-says-polish-state-auditor/>>.

(29) In <[www.aph.gov.au/Parliamentary\\_Business/Bills\\_Legislation/Bills\\_Search\\_Results/Result?bId=s1122](http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bId=s1122)>.

(30) Il cui testo è reperibile in <[www.finance.gov.pk/frdla2005\\_amended\\_2016.pdf](http://www.finance.gov.pk/frdla2005_amended_2016.pdf)>.

(31) Per una descrizione generale della politica fiscale in Malesia: V. Vijayaledchumy, *Fiscal policy in Malaysia*, in <[www.bis.org/publ/bppdf/bispap20p.pdf](http://www.bis.org/publ/bppdf/bispap20p.pdf)>.

(32) L'ultimo rapporto del Parlamento del Kenya in relazione al debito pubblico nazionale può essere letto in <[www.parliament.go.ke/sites/default/files/2021-11/Report%20on%20Kenya%27s%20Stock%20Public%20Debt.pdf](http://www.parliament.go.ke/sites/default/files/2021-11/Report%20on%20Kenya%27s%20Stock%20Public%20Debt.pdf)>.

Anche la Namibia ha previsto una limitazione alla crescita del proprio debito pubblico, fissata nel 2012 al 35% del Pil e che rimane perlopiù una mera raccomandazione, più volte disattesa dagli esecutivi namibiani (33).

Va poi ricordato, dopo aver visto i casi di alcuni Stati sovrani, come pure l'Unione economica e monetaria dell'Africa occidentale (Uemoa) – un'unione doganale e monetaria tra otto Stati africani (Benin, Burkina Faso, Costa d'Avorio, Guinea-Bissau, Mali, Niger, Senegal e Togo) creata nel 1994 – preveda per i paesi membri un limite del 70% del rispettivo debito pubblico rispetto al Pil (34), cioè al fine di ottenere una convergenza a livello macroeconomico, al fine di rafforzare la propria valuta comune, ossia il franco Cfa (Comunità finanziaria africana), destinato ad essere sostituito dall'eco, la futura valuta della zona monetaria dell'Africa occidentale (35).

### 5. Conclusioni

Come si è visto, la presenza di limiti (numerici o in rapporto al Pil) alla crescita del debito pubblico (sia a livello statale che sovranazionale) costituisce una modalità di gestione (o meglio, di limitazione) della politica economica presente in numerosi ordinamenti.

Se l'origine dell'istituto si può rinvenire nella necessità di un controllo parlamentare sulla spesa e l'indebitamento da parte dei governi, a tale elemento si aggiunge altresì un aspetto correlato alla “uniformazione” delle regole di gestione della finanza nell'ambito di progetti sovranazionali (sia compiutamente realizzati, com'è il caso dell'euro, che *in fieri*, come nel caso della moneta unica dell'Africa occidentale).

Si può tuttavia rilevare come la previsione di “tetti” numerici all'indebitamento appaia poco efficace, anche per l'ovvia considerazione che un vincolo, per risultare adeguato ed utile, deve necessariamente essere flessibile; e tale obiettivo può raggiungersi con meccanismi che prevedano un aggancio del tetto alla crescita dell'indebitamento rispetto ad indicatori oggettivi della crescita di uno Stato (quali, *in primis*, il prodotto interno lordo).

Pertanto, se la disciplina fiscale e l'evidente sostrato democratico dell'istituto della limitazione normativa alla crescita del debito pubblico appaiono evidenti, appare altrettanto chiara la necessità di evitare di creare “camicie di forza” slegate dalla considerazione del ciclo economico dei singoli Stati e a livello internazionale, che porterebbero – come purtroppo si sta verificando negli Stati Uniti – a situazioni di crisi aventi gravi riflessi sull'economia mondiale. È quindi necessario un ripensamento dell'istituto, soprattutto nei casi nei quali esso si traduce in limitazioni *tout court*, avulse dalla considerazione della situazione economica di riferimento.

Del resto, l'evidenza empirica dimostra che un limite privo di una ben determinata (ed effettiva) sanzione viene facilmente aggirato (e quindi sostanzialmente non rispettato) mentre laddove vengano creati meccanismi di sorveglianza (e “punizione”) efficaci, gli effetti positivi della disciplina fiscale non tardano a manifestarsi: tuttavia, com'è evidente e come si è visto nei casi di cui si è detto, ciò può più facilmente verificarsi nell'ambito di strutture sovranazionali (36), dotate di autorità e sistemi in grado di consentire un'implementazione dei controlli relativi alla crescita dell'indebitamento rispetto ad ordinamenti caratterizzati da uno scarso (o addirittura inesistente) controllo a livello parlamentare dell'esecutivo (come, del resto e ancora una volta, gli esempi di cui si è detto hanno indubitabilmente dimostrato).

\* \* \*

(33) Cfr. *Namibia: Government Debt-to-GDP Ratio Rises Above Ceiling*, in <<https://allafrica.com/stories/202107070250.html>>.

(34) Fondo monetario internazionale, *Strengthening the regional fiscal framework in the Waem*, in <[www.elibrary.imf.org/view/journals/002/2021/050/article-A003-en.xml](http://www.elibrary.imf.org/view/journals/002/2021/050/article-A003-en.xml)>.

(35) E. Pinto Moreira, *From CFA to ECO: Opportunities and challenges of economic and monetary cooperation in West Africa*, in <[www.policycenter.ma/publications/cfa-eco-opportunities-and-challenges-economic-and-monetary-cooperation-west-africa](http://www.policycenter.ma/publications/cfa-eco-opportunities-and-challenges-economic-and-monetary-cooperation-west-africa)>.

(36) Per un esame aggiornato dell'impatto delle organizzazioni sovranazionali nell'ambito del sistema giuridico, economico e contabile globale, v. N.M. Tritto, *Contabilità pubblica, scienza delle finanze e diritto finanziario*, Roma, Edizioni Pro, 2023, 1 ss.

## PUBBLICO IMPIEGO E MANSIONI. SUL POSSIBILE RICONOSCIMENTO AL LAVORATORE DELLA PRESTAZIONE AGGIUNTIVA

di Myriam De Lucia (\*)

*Abstract:* Il contributo propone una riflessione, in tema di pubblico impiego, sulla possibilità di riconoscere al lavoratore, a seguito dell'espletamento di mansioni aggiuntive, trattamenti retributivi migliorativi *ad personam*. A tal proposito, si analizza una recente pronuncia della Corte di cassazione, nella quale, definito cosa si intende per prestazione aggiuntiva, si esclude, nel caso di specie, la configurazione di una richiesta da parte datoriale dell'espletamento della stessa, concludendo per il rigetto della domanda attorea nel merito. Si descrive poi la peculiarità della figura del datore di lavoro pubblico rispetto a quella del datore di lavoro privato, sottolineando i limiti imposti dalla legge al primo in riferimento alla determinazione del compenso dovuto e il possibile configurarsi di casi di responsabilità per danno erariale. Infine, si pone l'accento sull'applicabilità dell'istituto dell'indebito arricchimento al rapporto di pubblico impiego.

*The contribution proposes a consideration on the subject of public employment, on the possibility of granting to the worker pay benefits ad personam, following the performance of additional tasks. In this regard, an analysis is made of a recent decision of the Court of Cassation, in which, defined what is meant by additional benefit, the configuration of a request by the employer for the execution of the same is excluded and the action was rejected on its merits. Then is illustrated the peculiarity of the figure of the public employer compared to the private one, stressing the limits imposed by law on the former with regard to the determination of the compensation due and the possible occurrence of cases of liability for tax damages. Finally, emphasis is placed on the applicability of undue enrichment to the public employment relationship.*

**Sommario:** 1. *Considerazioni preliminari.* – 2. *L'iter logico argomentativo seguito dalla Cassazione.* – 3. *Retribuibilità del dipendente pubblico per mansioni che esulino da quelle del proprio profilo professionale e danno erariale.* – 4. *Il profilo dell'indebito arricchimento.*

### 1. Considerazioni preliminari

Il presente articolo si pone l'obiettivo di esaminare il tema del riconoscimento al lavoratore della prestazione aggiuntiva nell'ambito del pubblico impiego. L'occasione è offerta da una sentenza (1) di rilievo della Corte di cassazione del 2021, che offre risposta al quesito circa la possibilità di attribuire, in caso di svolgimento di mansioni diverse da quelle del profilo professionale del lavoratore, trattamenti retributivi migliorativi *ad personam* nell'ambito del pubblico impiego e sulla configurabilità in caso contrario di una fattispecie *ex art. 2041* (indebito arricchimento) imputabile in capo alla p.a.

Il caso sottoposto al vaglio della Corte di cassazione riguardava un lavoratore dipendente dell'amministrazione comunale in qualità di "operatore di servizi socio-educativi" e inquadrato nella cat. B (ex IV q.f.), posizione B3 del c.c.n.l. comparto Enti locali. Le attività corrispondenti alla qualifica di appartenenza erano previste dall'allegato A del c.c.n.l. 1998-2001, come meglio specificate nel mansionario di cui alla delibera comunale 3 ottobre 1985, e prevedevano "l'effettuazione di limitate attività di pulizia nelle aule e nei bagni, indispensabili per consentire che l'intero tempo scuola si svolga in buone condizioni di agio e di igiene per i bambini e per il personale". Ciò nonostante, il lavoratore lamentava che erano state pretese da lui radicali e ordinarie attività di pulizia da eseguire quotidianamente, e sulla base

---

(\*) M. De Lucia è dottoranda in Diritto delle persone, delle imprese e dei mercati presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università "Federico II" di Napoli.

(1) Cass. 4 novembre 2021, n. 31738, in cui si statuisce che, a differenza di ciò che accade nell'impiego privato, il datore di lavoro pubblico, quanto alla individuazione delle mansioni esigibili da parte del lavoratore, ha solo "la possibilità di adattare i profili professionali, indicati a titolo esemplificativo nel contratto collettivo, alle sue esigenze organizzative, senza modificare la posizione giuridica ed economica stabilita dalle norme pattizie, in quanto il rapporto è regolato esclusivamente dai contratti collettivi e dalle leggi sul rapporto privato". Conseguentemente, ai fini della possibile configurazione di una prestazione aggiuntiva che dà diritto al riconoscimento di una maggiorazione retributiva, bisogna fare riferimento al sistema di classificazione prefigurato dalla contrattazione collettiva. "È nullo pertanto l'atto in deroga, anche *in melius*, alle disposizioni del contratto collettivo, sia quale atto negoziale, per violazione di norma imperativa, sia quale atto amministrativo, perché viziato da difetto assoluto di attribuzione ai sensi dell'art. 21-septies della l. 7 agosto 1990, n. 241, dovendosi escludere che la p.a. possa intervenire con atti autoritativi nelle materie demandate alla contrattazione collettiva" (Cass., S.U., 14 ottobre 2009, n. 21744, in *Giust. civ.*, 2010, I). E tanto alla stregua del principio per cui l'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001 assegna rilievo solo al criterio dell'equivalenza formale in riferimento alla classificazione prevista in astratto dai contratti collettivi indipendentemente dalla professionalità in concreto acquisita, senza che possa aversi riguardo alla norma generale di cui all'art. 2103 c.c. e senza che il giudice possa sindacare in concreto la natura equivalente della mansione.

di tali premesse chiedeva la condanna dell'amministrazione comunale al pagamento della retribuzione per le mansioni aggiuntive svolte da liquidarsi in via equitativa.

L'amministrazione comunale denunciava nel ricorso per cassazione la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3, c. 2, del c.c.n.l. 1998-2001, dell'art. 56 del d.lgs. n. 29/1993, come modificato dal d.lgs. n. 80/1998 in relazione all'art. 360, c. 1, n. 3, c.p.c., deducendo che "tutte le mansioni ascrivibili a ciascuna categoria in quanto professionalmente equivalenti sono esigibili e che l'assegnazione di mansioni equivalenti costituisce atto di esercizio del potere determinativo dell'oggetto del contratto di lavoro", come peraltro previsto dal richiamo all'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001.

La Cassazione ha ritenuto fondato il ricorso proposto dal comune e lo ha accolto ritenendo che il lavoratore pubblico può legittimamente qualificare come aggiuntiva la sola prestazione che esuli del tutto dalla pluralità dei compiti inclusi nel suo inquadramento contrattuale, non potendo, al contrario, porre a fondamento della sua pretesa ad ottenere una maggiorazione stipendiale (*ex art. 36 Cost.*) il mansionario predisposto dal datore di lavoro pubblico nell'esercizio del proprio potere di determinazione in concreto dell'oggetto del contratto.

## 2. L'iter logico argomentativo seguito dalla Cassazione

Come noto, l'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001, nel testo vigente, prevede che il prestatore di lavoro deve essere adibito "alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi", oltre che il rinvio agli artt. 2 e 45 del suddetto decreto, i quali riservano alla stessa contrattazione collettiva la definizione del trattamento economico fondamentale e accessorio, escludendo che il datore di lavoro pubblico possa, nel contratto individuale, attribuire un trattamento di miglior favore, in quanto condizionato nell'organizzazione del lavoro da vincoli strutturali di conformazione al pubblico interesse e di compatibilità finanziaria delle risorse (2).

Alla luce di quanto sopra detto è stato dunque statuito che il datore di lavoro pubblico ha solo "la possibilità di adattare i profili professionali, indicati a titolo esemplificativo nel contratto collettivo, alle sue esigenze organizzative, senza modificare la posizione giuridica ed economica stabilita dalle norme pattizie, in quanto il rapporto è regolato esclusivamente dai contratti collettivi e dalle leggi sul rapporto privato" (3). Di conseguenza è stato ritenuto "nullo l'atto in deroga, anche in melius, alle disposizioni del contratto collettivo, sia quale atto negoziale, per violazione di norma imperativa, sia quale atto amministrativo, perché viziato da difetto assoluto di attribuzione ai sensi dell'art. 21-septies della legge 7 agosto 1990, n. 241, dovendosi escludere che la p.a. possa intervenire con atti autoritativi nelle materie demandate alla contrattazione collettiva" (4). Una posizione non inedita ma che, al contrario, trova conferma già nella precedente giurisprudenza (5).

Sulla base di tali premesse, la Corte, aderendo a tale orientamento consolidato, ritiene che, nel rispetto delle sopra indicate disposizioni legislative e degli orientamenti giurisprudenziali che governano la materia, non essendo oggetto di contestazione la riconducibilità del lavoratore all'inquadramento contrattuale collettivo, si debba escludere la configurabilità della richiesta da parte datoriale dell'espletamento di una prestazione aggiuntiva e dunque conclude per il rigetto della domanda attorea nel merito.

## 3. Retribuibilità del dipendente pubblico per mansioni che esulino da quelle del proprio profilo professionale e danno erariale

La questione portata all'attenzione della Corte non è certamente nuova, inserendosi una giurisprudenza consolidata che ha evidenziato la peculiarità della figura del datore di lavoro pubblico rispetto al datore privato anche in seguito alle riforme della c.d. privatizzazione (6). La disciplina del pubblico impiego è stato oggetto di riforme che ne hanno segnato il progressivo avvicinarsi alla disciplina di natura privatistica, ma conserva come pilastro fondante l'idea che il datore di lavoro pubblico nella organizzazione del lavoro deve necessariamente tener conto dei vincoli strutturali di conformazione al pubblico interesse e della compatibilità finanziaria delle risorse. Conseguenza di quanto appena detto per il datore di lavoro pubblico è che egli, a differenza di quanto accade nell'impiego privato, nell'esigere le mansioni da parte del lavoratore, ha solo «la possibilità di adattare i profili professionali, indicati a titolo esemplificativo nel contratto collettivo, alle sue esigenze organizzative, senza modificare la posizione giuridica ed economica stabilita dalle norme pattizie, in quanto il rapporto è regolato esclusivamente dai contratti collettivi e dalle leggi sul rapporto di lavoro privato. È conseguentemente nullo l'atto in deroga, anche "in melius", alle disposizioni del contratto collettivo, sia quale atto negoziale, per violazione di norma imperativa, sia quale atto amministrativo, perché viziato da

(2) Cass. 2 agosto 2016, n. 16094; 11 maggio 2010, n. 11405, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 149, con nota di A. Tampieri, *L'equivalenza delle mansioni nel lavoro pubblico*; 21 maggio 2009, n. 11835, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 232, con nota di E. Villa, *Il rapporto tra la nozione di equivalenza e quella di demansionamento nel lavoro pubblico privatizzato*. In dottrina, v. L. Ranieri, *Mansioni nel pubblico impiego: assegnazione, svolgimento di fatto di mansioni superiori e demansionamento*, in *Rass. avv. Stato*, 2014, 4, 211; G. Zampini, *L'equivalenza delle mansioni nel pubblico impiego prima e dopo la "Riforma Brunetta"* (nota a Cassazione, sez. lav., 26 gennaio 2017, n. 2011), in *Lav. pubbl. amm.*, 2017, 224.

(3) Così Cass. n. 31738/2021.

(4) *Ibidem*.

(5) Cass., S.U., n. 21744/2009, cit.

(6) Cass. 15 dicembre 2015, n. 25246.



*difetto assoluto di attribuzione ai sensi dell'art. 21-septies della legge 7 agosto 1990, n. 241, dovendosi escludere che la p.a. possa intervenire con atti autoritativi nelle materie demandate alla contrattazione collettiva» (7).*

A ciò deve aggiungersi l'ulteriore circostanza che la legge prevede limiti per il datore di lavoro pubblico anche nell'ambito della determinazione del compenso dovuto al personale, disponendo che esso, rappresentando una voce di spesa pubblica, deve avere i caratteri della evidenza, certezza e prevedibilità (art. 8 d.lgs. n. 165/2001). Ed è proprio per garantire il rispetto di tali indicazioni che lo stesso legislatore ha esplicitamente indicato come unica fonte del trattamento economico attribuibile al personale della pubblica amministrazione i contratti collettivi (art. 45, cc. 1 e 2, d.lgs. n. 165/2001), in ragione del fatto che nell'ambito del severo procedimento di stipula degli stessi vi è anche una fase riguardante la valutazione degli oneri finanziari derivanti dalla loro operatività (art. 47 d.lgs. n. 165/2001). Come noto, infatti, il contratto collettivo pubblico deve essere sottoposto, prima della sua entrata in vigore, ad una verifica da parte della Corte dei conti di attendibilità dei costi quantificati e della loro compatibilità con gli strumenti di programmazione e di bilancio (c.d. certificazione). Un eventuale esito negativo di tale controllo preventivo, seppur limitato alla sola compatibilità economico-finanziaria, costituisce impedimento per la sottoscrizione definitiva dell'ipotesi di accordo (8).

Ai contratti collettivi, inoltre, viene affidato dalla legge anche un altro compito, ossia quello di fungere da strumento di classificazione delle prestazioni esigibili in ogni inquadramento contrattuale da essi previsto, e ciò comporta, rispetto al profilo che è qui di interesse, che una mansione potrà essere considerata quale "prestazione aggiuntiva", e dunque ulteriore rispetto a quelle che il datore di lavoro può legittimamente esigere *ex art. 52 d.lgs. n. 165/2001*, solo a condizione che la stessa esuli dall'elenco di quelle comprese nel profilo professionale cui fa riferimento l'inquadramento delineato dalle parti collettive.

Non rientra dunque nel caso qui da ultimo descritto l'ipotesi in cui il datore di lavoro, nell'ambito del normale orario, eserciti il suo potere di determinare l'oggetto del contratto richiedendo l'adempimento di una prestazione piuttosto che di un'altra quando entrambe, seppur diverse, sono riconducibili alla qualifica contrattuale indicata al momento dell'assunzione (9).

Anche recentemente la Corte di cassazione ha condannato il datore di lavoro pubblico alla ripetizione delle somme in eccesso concesse al dipendente in violazione del trattamento retributivo indicato nel contratto collettivo di riferimento, riaffermando la nullità di qualsiasi deroga, anche se in senso più favorevole al lavoratore, al c.c.n.l. Secondo il ragionamento seguito dai giudici di legittimità, infatti, l'adozione da parte del datore di lavoro pubblico di un atto di gestione del rapporto di lavoro con il quale decida di riconoscere al lavoratore un determinato trattamento economico non è sufficiente, di per sé, a giustificare l'insorgere di una posizione giuridica soggettiva in capo al dipendente, potendo essere invece determinante per il configurarsi di una situazione di danno erariale.

Di una piena e certa legittimità, infatti, gode solo quella misura economica che trova la propria fonte nella contrattazione collettiva, espressione della volontà dei rappresentanti delle diverse parti sociali e la cui compatibilità economico-finanziaria è stata oggetto di certificazione da parte della Corte dei conti, ragioni queste per cui viene ammesso che sulla base della stessa possa nascere un diritto in tal senso in capo al dipendente pubblico. Su tali presupposti, la Suprema Corte rigetta il ricorso proposto dal lavoratore e conferma la condanna del medesimo alla ripetizione di quanto indebitamente percepito.

A non diverse conclusioni è peraltro pervenuta anche la giurisprudenza amministrativa, secondo la quale "*l'esercizio di mansioni superiori da parte del personale dipendente dalla pubblica amministrazione, ancorché con attribuzione per atto formale, non comporta alcun diritto, neppure per differenze retributive, salvo espressa previsione normativa dettata da norma speciale che consenta l'attribuzione delle mansioni superiori e la maggiorazione retributiva*" (10). Il presupposto di partenza, posto fondamento di questo ragionamento, è che nell'ambito del pubblico impiego è la qualifica e non le mansioni il parametro al quale la retribuzione è inderogabilmente riferita, così come lo stesso Consiglio di Stato aveva già stabilito in precedenti pronunce (11). Questo orientamento ha avuto la sua genesi in una decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del lontano 1999 (12), nella quale, per la prima volta, è stata spiegata chiaramente la ragione sottostante la scelta del legislatore di utilizzare nella pubblica amministrazione il sistema di parametrizzazione della retribuzione alla qualifica: il tutto è connesso all'art. 97 della Costituzione e all'assetto della pubblica amministrazione che da esso deriva, e che richiede l'operatività di sistemi di controllo e contenimento della spesa pubblica.

(7) Cass., S.U., n. 21744/2009, cit.

(8) G. D'Auria, *I "nuovi" controlli della Corte dei conti: dalla "legge Brunetta" al federalismo fiscale e oltre*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, 489, lì dove la Corte dei conti viene qualificata quale "parte negoziale occulta".

(9) Aran, *La giurisprudenza della Corte di cassazione e il rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti*, 2017. Cfr. Cass., Sez. lav., n. 2145/2017

(10) Cons. Stato, *Il dipendente che ha svolto mansioni superiori non può ottenere il corrispettivo agendo ex art. 2041 c.c. contro la p.a. per ingiustificato arricchimento*, in <www.gazzettaamministrativa.it>, 8 febbraio 2012.

(11) *Ibidem*. Cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2969; Sez. V, 8 maggio 2002, n. 2452.

(12) Cons. Stato 18 novembre 1999, n. 22.

#### 4. Il profilo dell'indebito arricchimento

La giurisprudenza amministrativa ha disconosciuto l'applicazione dell'istituto dell'indebito arricchimento, istituto di diritto privato, al rapporto di pubblico impiego, evidenziando la possibilità che una sua eventuale applicazione comporti l'elusione del principio suesposto della necessaria corrispondenza tra qualifica e retribuzione e delle norme poste a salvaguardia della stabilità programmata dei costi per i servizi amministrativi (13). Il diritto del dipendente al corrispettivo per l'espletamento di mansioni superiori non può fondarsi sull'ingiustificato arricchimento dell'amministrazione, atteso che l'esercizio di mansioni superiori alla qualifica rivestita svolto durante l'ordinaria prestazione lavorativa non reca alcuna diminuzione patrimoniale in danno del dipendente (il c.d. depauperamento, che dell'azione *ex art.* 2041 c.c. è requisito essenziale) (14).

Anche la dottrina (15) si è soffermata sulle mansioni esigibili dal pubblico dipendente in base al suo inquadramento contrattuale con la spettante connessa retribuzione e la possibilità del configurarsi o meno di una situazione di indebito arricchimento da parte della pubblica amministrazione a danno del dipendente pubblico.

Per quanto attiene al primo aspetto, si deve preliminarmente affrontare il tema della individuazione delle mansioni di assunzione del dipendente pubblico, poiché solo partendo da una obbligazione lavorativa ben determinata nel suo oggetto è possibile cogliere la "diversità" o meno delle mansioni che gli possano essere successivamente richieste. Infatti, non tutti i provvedimenti datoriali che richiedono l'adempimento di compiti diversi e/o ulteriori causano l'insorgere di una vicenda modificativa delle mansioni di assunzione, e ciò si spiega se si adotta la definizione di "mansione" quale unità elementare di un insieme più ampio di compiti che costituiscono ogni singola categoria contrattuale. Per individuare dunque tutte le mansioni esigibili in concreto dal singolo lavoratore occorre in primo luogo far riferimento alle indicazioni al proposito contenute nel contratto individuale di lavoro, nel quale, per espressa previsione di tutti i contratti collettivi, devono obbligatoriamente essere indicate la qualifica e le corrispondenti mansioni di assunzione. Ed è proprio con riferimento alle qualifiche o ai profili professionali previste dai suddetti contratti collettivi che si forma il consenso delle parti a livello individuale.

Per quanto concerne il caso dello svolgimento di mansioni non corrispondenti alla qualifica indicata nella lettera di assunzione, nel rapporto di lavoro privato vige il principio della effettività delle mansioni, e ciò comporta la prevalenza delle mansioni in concreto svolte sulla qualifica formalmente indicata al momento dell'assunzione. Trattasi, secondo la disciplina privatistica, di un accordo successivo e volontario tra le parti, avente a oggetto la modifica dell'originaria qualifica pattuita (16).

Quanto sopra detto non vale anche nel rapporto di pubblico impiego, la cui disciplina prevede che l'esercizio di fatto di mansioni diverse da quelle della qualifica di appartenenza è irrilevante, sia ai fini dell'inquadramento, come espressamente sancito dall'art. 52, c.1, ultimo periodo, sia ai fini dell'individuazione della prestazione dedotta in contratto. Lo stesso art. 52 nella sua formulazione letterale sgombra da ogni dubbio al riguardo, evocando il concetto di "dovere" di corrispondenza tra le mansioni concordate in sede di assunzione e quelle cui il prestatore di lavoro viene ad essere di fatto adibito, non essendovi neppure, al contrario di quanto è previsto nel testo dell'art. 2103 c.c., alcun riferimento alle mansioni effettivamente svolte. Alla luce di ciò, si può quindi concludere che nel lavoro pubblico vige un limite all'autonomia negoziale, che preclude la possibilità di accordi modificativi delle mansioni attraverso comportamenti concludenti, e che si impone anche in situazioni di prima adibizione (17). L'adibizione a mansioni differenti rispetto a quelle ricomprese nell'inquadramento contrattuale indicato all'atto di assunzione può inoltre causare l'insorgere di una forma di responsabilità dirigenziale (art. 21 d.lgs. n. 165/2001) connessa al configurarsi di un danno erariale.

Con riguardo al profilo dell'*indebito arricchimento*, occorre ricordare che ogni spostamento patrimoniale deve avere una propria giustificazione causale. Ciò sta ad indicare, in concreto, che il nostro ordinamento non ammette spostamenti patrimoniali privi di giusta causa, e questa affermazione di principio rappresenta la *ratio* sottesa all'azione di ingiustificato arricchimento disciplinata all'art. 2041 c.c.

Trattasi di una norma di chiusura che opera ogni qualvolta si verifica uno spostamento patrimoniale "ingiustificato", che non risulta essere vietato e/o sussumibile in altre fattispecie previste dall'ordinamento. Da un punto di vista processuale, ai fini della proponibilità dell'azione, i presupposti richiesti sono: a) l'arricchimento di un soggetto, da intendersi quale aumento del patrimonio o risparmio di spesa; b) il danno patrimoniale subito da un altro soggetto da cui discende l'impoverimento dello stesso; c) l'unicità causale tra arricchimento e danno; d) l'assenza di una giusta causa.

(13) Cons. Stato, Ad. plen., 23 febbraio 2000, n. 12.

(14) Cons. Stato, *Il dipendente che ha svolto mansioni superiori non può ottenere il corrispettivo agendo ex art. 2041 c.c. contro la p.a. per ingiustificato arricchimento*, cit.

(15) S. Liebman, *La disciplina delle mansioni nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 640; P. Alleva, *Lo ius variandi (art. 56)*, in F. Carinci, M. D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2000, 1527.

(16) C. Pisani, *La regola dell'equivalenza delle mansioni nel lavoro pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, 54.

(17) A. Garilli, *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2004, 101.

La dottrina in tema di azione di indebito arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione ha da sempre sottolineato innanzitutto il carattere controverso della questione. Accolta è senza dubbio l'ammissibilità dell'azione, ma oggetto di perplessità è il suo regime applicativo.

L'applicazione di questo istituto non pone particolari difficoltà nell'ipotesi in cui l'arricchito sia un soggetto privato ed il depauperato una p.a. Più complessa e problematica è invece la situazione inversa, ossia quella in cui l'arricchito sia una p.a. ed il depauperato un privato. In questa seconda circostanza, infatti, nell'avvalersi dell'azione di arricchimento si devono prendere in considerazione due esigenze contrapposte che vengono in rilievo: da un lato, quello di evitare l'assunzione di impegni di spesa da parte della p.a. che collidano con il rispetto delle norme di contabilità pubblica, tra le quali si segnalano i limiti imposti nella determinazione del trattamento economico spettante al personale (l'art. 8 del d.lgs. n. 165/2001 prevede che detta voce di spesa deve essere "evidente, certa e prevedibile nell'evoluzione") e la necessità di garantire una costante situazione di copertura finanziaria (art. 81, c. 4, Cost.); e dall'altro, quello di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 111 Cost. e art. 6 Cedu) delle pretese creditorie (18).

Per avvalersi dunque dell'azione di indebito arricchimento contro la p.a. non è considerata sufficiente la mera sussistenza del fatto materiale dell'arricchimento, ma si ritiene necessaria la coesistenza di un *quid pluris*, quale è il riconoscimento dell'utilità dell'opera o della prestazione da parte della stessa amministrazione pubblica, ossia un vantaggio patrimoniale che, al di là della sua oggettiva consistenza, ottenga un riconoscimento pubblico circa la propria utilità con riguardo alle esigenze o finalità istituzionali (19).

Diversamente sono state ritenute ammissibili azioni *ex art. 2126 c.c.* in ipotesi di rapporti di pubblico impiego non correttamente instaurati. L'art. 2126 c.c. disciplina l'azione di nullità o annullamento del contratto di lavoro nell'ipotesi dell'esecuzione di prestazioni di fatto in violazione di legge, precisando gli effetti che ad essa conseguono, ossia da essa non deriva alcun effetto con riguardo al periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità della causa o dell'oggetto, e, se il lavoro è stato prestato in violazione di norme poste a tutela del lavoratore, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione. La norma, dunque, trova la sua finalità nella tutela del lavoratore, salvo il caso in cui la causa del contratto sia illecita, in quanto consistente nella intenzione comune delle parti di costituire un rapporto previdenziale vietato dalle norme imperative.

Alla luce di quanto fin qui esposto, la sentenza della Corte appare condivisibile, ponendosi nel solco tracciato dalla prevalente dottrina e giurisprudenza di legittimità, trattandosi evidentemente di mansioni assolutamente riconducibili a quelle proprie della qualifica rivestita dal pubblico dipendente.

\* \* \*

---

(18) M. Sciascia, *L'azione di arricchimento senza causa nei confronti della p.a., dal riconoscimento dell'utiliter coeptum all'imputabilità dell'arricchimento, tra esigenze di controllo della spesa della finanza pubblica ed effettività della tutela giurisdizionale: le sezioni unite oggettivizzano il rimedio*, in <amministrativamente.com>, dicembre 2016.

(19) *Ibidem*.

## I CONTRATTI DERIVATI DEGLI ENTI LOCALI TRA NEOFORMALISMO NEGOZIALE E RIGORE FORMALE DI MATRICE GIUSCONTABILE

di Rossana Mininno (\*)

*Abstract:* Il progressivo accentuarsi del ricorso, da parte degli enti territoriali, agli strumenti di finanza derivata, utilizzati sia nella fase di gestione del debito che in quella di ristrutturazione dell'indebitamento esistente, è stato agevolato da un iniziale regime normativo di sostanziale deregulation, avendo il legislatore promosso l'utilizzo dei derivati da parte delle pubbliche amministrazioni, in quanto ritenuti utile strumento da impiegare per la ristrutturazione del debito e la copertura dei rischi finanziari. L'attuale regime normativo, invece, è contraddistinto – al fine di preservare la salubrità finanziaria dei bilanci pubblici – dal divieto assoluto di stipulazione, anche in sede di rinegoziazione, di contratti relativi a strumenti finanziari derivati. L'articolo, dopo un *excursus* storico-giuridico, approfondisce il tema della validità dei contratti derivati stipulati dagli enti locali alla luce della giurisprudenza di legittimità.

*In Italy formerly local public entities have been authorized – and almost invited – to enter into financial derivatives and they have been deployed both as instruments of risk management and as a tool for refinancing long-term indebtedness. But now public entities are not allowed to stipulate any derivatives at all. The aim of the stricter rules imposed by the law in force is to ensure public financial strength. This article examines the evolution of the Italian legislation and the jurisprudence of the Court of Cassation regarding the validity of financial derivatives contracts.*

**Sommario:** 1. *L'autonomia negoziale di diritto privato della pubblica amministrazione.* – 2. *Gli strumenti di finanza derivata.* – 2.1. *Il Testo unico della finanza.* – 2.2. *L'evoluzione della disciplina di settore del comparto delle autonomie territoriali.* – 2.2.1. *Il regime permissivo.* – 2.2.2. *Il regime vincolistico.* – 3. *La regolamentazione dei contratti derivati degli enti locali tra il neoformalismo della legislazione di settore e il rigore formale di matrice giuscontabile.* – 3.1. *Il neoformalismo negoziale di stampo civilistico.* – 3.1.1. *La libertà delle forme.* – 3.1.2. *L'asimmetria negoziale come fonte di debolezza contrattuale e la finalità rimediabile del neoformalismo.* – 3.1.3. *Il regime formale nel settore dell'intermediazione finanziaria.* – 3.2. *Il regime formale tipico della contrattualistica pubblica e le relative implicazioni giuscontabili.* – 3.2.1. *La forma scritta ad substantiam e l'unicità documentale.* – 3.2.2. *La (non) riconoscibilità del debito fuori bilancio nell'ipotesi di assenza di contratto scritto.* – 3.2.3. *Il regime formale valevole per i contratti derivati stipulati dagli enti locali.* – 4. *Considerazioni conclusive.*

### 1. *L'autonomia negoziale di diritto privato della pubblica amministrazione*

L'articolo 1 (1) della legge 7 agosto 1990, n. 241 (2) stabilisce che la pubblica amministrazione, “*nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*” (3).

La disposizione *de qua* è stata inserita dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 (4), mediante la quale il legislatore ha inteso riformare la disciplina del procedimento amministrativo al fine di adeguarla alle innovazioni intervenute nel sistema costituzionale e normativo, nonché all'elaborazione giurisprudenziale.

Le modifiche, apportate direttamente all'impianto originario della legge n. 241 del 1990, hanno riguardato il regime dell'efficacia e dell'invalidità del provvedimento, la disciplina della conferenza di servizi, le modalità di accesso ai documenti amministrativi e l'utilizzo, da parte della pubblica amministrazione, degli strumenti di natura privatistica.

Per quanto attiene, in particolare, a quest'ultimo profilo, l'inserimento, nell'articolato della legge generale sul procedimento amministrativo, della surriprodotta disposizione ha sancito *de facto* il superamento del dogma che storicamente attribuiva alla pubblica amministrazione il dovere di agire mediante poteri di imperio e atti unilaterali.

Sulla base della primigenia concezione dell'*agere* amministrativo il modulo autoritativo-procedimentale costituiva lo strumento esclusivo per la realizzazione dell'interesse pubblico, mentre gli strumenti negoziali privatistici erano ritenuti ontologicamente inadeguati al conseguimento di finalità pubblicistiche.

---

(\*) R. Mininno è avvocato del Foro di Milano.

(1) Rubricato “*Principi generali dell'attività amministrativa*”.

(2) Recante “*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*”.

(3) Art. 1, c. 1-bis, l. n. 241/1990.

(4) Recante “*Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*”.

L'evoluzione – a livello dottrinale (5) e giurisprudenziale (6) – ha, tuttavia, progressivamente condotto al superamento dell'impostazione tradizionale e al riconoscimento della perseguibilità dell'interesse pubblico da parte della pubblica amministrazione anche mediante il ricorso allo strumento negoziale privatistico.

Il processo di evoluzione è culminato con la positivizzazione, ad opera della citata legge n. 15 del 2005, della capacità di diritto privato della pubblica amministrazione, intesa come espressione dell'acquisita consapevolezza circa l'idoneità dello strumento negoziale privatistico all'attuazione dei fondamentali principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa (7).

La pubblica amministrazione, pertanto, gode di una generale capacità di diritto privato (8), il cui riconoscimento, tuttavia, non implica che la stessa sia esente *in toto* da qualsivoglia limitazione, *in primis* quella di natura funzionale, non essendo consentita la conclusione di negozi incompatibili con le finalità istituzionali perseguite dall'amministrazione stipulante, limitazione – questa – declinata in termini di vincolo di scopo (9).

Costituisce, invero, principio immanente nell'ordinamento quello secondo il quale l'attività della pubblica amministrazione deve essere indirizzata e conformata al perseguimento dell'interesse pubblico alla medesima intestato.

L'ente pubblico che addivenga alla stipulazione di un contratto in regime di diritto privato non gode di una posizione privilegiata, occupando una posizione negoziale di sostanziale parità con il contraente privato (10), cui consegue l'assoggettamento del medesimo ente alla comune disciplina civilistica: benché il negozio stipulato da una pubblica amministrazione sia preceduto, accompagnato e seguito da una serie di provvedimenti amministrativi che incidono, in vario modo, sul negozio stesso, il regolamento scaturente dal contratto non subisce l'influenza di eventuali provvedimenti di revoca adottati per ragioni di interesse pubblico o di annullamento per vizi di legittimità del provvedimento cui risulta collegato il contratto; quanto alla fase della relativa esecuzione, al soggetto pubblico non sono riconosciuti specifici poteri di intervento unilaterale riconducibili alla capacità speciale di autotutela, l'esercizio dei quali possa incidere, anche con effetto risolutivo, sul rapporto obbligatorio costituito con il contratto.

La posizione di sostanziale parità giuridica che accomuna la pubblica amministrazione e il contraente privato (*more privatorum utitur*), anche in termini di pari soggezione al regime di diritto privato, comporta, inoltre, la non vincolatività degli schemi contrattuali tipici, potendo il soggetto pubblico non soltanto avvalersi delle figure negoziali tipiche disciplinate dal codice civile, ma anche, in virtù della generale autonomia contrattuale sancita dall'art. 1322 c.c., concludere contratti atipici, innominati o misti, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela non confliggenti con le finalità istituzionali proprie del soggetto pubblico (11).

(5) A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, 15<sup>a</sup> ed.: “Alla realizzazione di tutti i suoi compiti l'amministrazione provvede [...] avvalendosi, di volta in volta, dei propri poteri di diritto pubblico, ovvero della propria autonomia di diritto comune: dei primi, allorché i compiti da realizzare assumono la veste di pubblica funzione; dei secondi allorché si concretano semplicemente in servizi pubblici” (p. 942).

(6) *Ex multis*, Cass., S.U., 5 luglio 1994, n. 6331; Cons. Stato, Sez. IV, 4 novembre 1994, n. 1257; Sez. V, 7 settembre 2001, n. 4680; Sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6073.

(7) G. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Neldiritto, 2009, 2<sup>a</sup> ed.: “l'intento sotteso alla riforma era quello di generalizzare il ricorso agli strumenti privatisti da parte della p.a.” (p. 435). P. Santoro, *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, 6<sup>a</sup> ed.: con riferimento alla legittimazione negoziale della pubblica amministrazione l'A. osserva che “il principio di legalità, dal punto di vista della legittimazione, assume pertanto rilievo solo in negativo, nel senso che l'amministrazione non può fare solo quello che sia espressamente previsto (nec ultra vires) ma tutto quello che non sia vietato” (p. 394).

(8) Altro indizio normativo è rinvenibile nell'art. 21-*sexies* della l. n. 241/1990, il quale conferma, con precipuo riferimento alla materia del recesso dai contratti, la soggezione della pubblica amministrazione alle norme di diritto privato. Ipotesi distinte dal recesso dai contratti sono costituite dalla revoca del provvedimento (cfr. art. 21-*quinquies*), la quale interviene sull'atto amministrativo e non sul negozio e dal recesso dagli accordi previsti dall'art. 11 della l. n. 241/1990: mentre lo scioglimento unilaterale dal contratto è limitato a ipotesi tassative, dovendo trovare nella legge o nel contratto una clausola che ne legittimi il successivo esercizio, il recesso dagli accordi di cui al menzionato art. 11 non è subordinato a una previsione normativa, potendo la pubblica amministrazione esercitarlo ogniqualvolta ravvisi “*sopravvenuti motivi di pubblico interesse*”. La facoltà di recesso è espressione di un potere autoritativo della pubblica amministrazione, che incide unilateralmente su un atto parimenti esercizio di un potere autoritativo, per quanto esplicitato in forma consensuale.

(9) G. Garofoli, G. Ferrari, *op. cit.*: “Gli atti di diritto privato dell'amministrazione sono peraltro pur sempre posti in essere nell'esercizio di un'attività volta al perseguimento di un interesse pubblico, partecipando così di una doppia natura, non solo privata ma anche funzionalmente pubblicistica: si tratta pur sempre, quindi, di attività amministrativa in senso lato” (p. 431). P. Santoro, *op. cit.*: “il vincolo di scopo preclude l'utilizzo di strumenti contrattuali che non siano confacenti alle finalità istituzionali” (p. 395).

(10) G. Garofoli, G. Ferrari, *op. cit.*: “È proprio la rimarcata attitudine del provvedimento a modificare unilateralmente, in ragione del suo carattere autoritativo, la sfera giuridica dei terzi, in deroga al principio di intangibilità dell'altrui sfera patrimoniale, ad essere indicato quale parametro distintivo rispetto al negozio, che invece presuppone una posizione di sostanziale parità tra le parti” (p. 431). Gli A. evidenziano l'esistenza di «*numerosi “elementi di esorbitanza” che connotano il regime dei rapporti contrattuali della p.a. rispetto al modello comune di diritto privato*», elementi che attestano la “*non equiparabilità dell'attività di diritto privato della p.a. all'azione giuridica dei soggetti privati*” (pp. 434-435).

(11) G. Garofoli, G. Ferrari, *op. cit.*: la capacità di diritto privato della pubblica amministrazione è “*una capacità di ampia portata, comprensiva anche della possibilità di concludere contratti atipici, innominati o misti*” (p. 433). Il Consiglio di Stato ha chiarito che “*il principio di tipicità dei contratti non va confuso con il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi. Se, infatti, in forza del principio di legalità vigente nel nostro ordinamento, all'amministrazione è consentita l'adozione dei soli provvedimenti che costituiscono espressione di una specifica attribuzione di potere, al soggetto pubblico non è negata la generale libertà di contrattare ai sensi dell'art. 1322 c.c., sicché esso potrà avvalersi delle figure negoziali tipiche disciplinate dal codice civile, ma potrà anche concludere contratti*

## 2. Gli strumenti di finanza derivata

### 2.1. Il Testo unico della finanza

Gli strumenti finanziari derivati sono individuati dall'articolo 1 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (12) (c.d. Tuf) e dalle disposizioni ivi richiamate (13).

Si tratta di prodotti il cui valore dipende, *rectius* deriva, dall'andamento di un'attività sottostante (*underlying asset*), che può avere natura, indifferentemente, finanziaria (titoli azionari, tassi di interesse, tassi di cambio, ecc.) o reale (caffè, cacao, petrolio, ecc.) (14).

Alla categoria degli strumenti finanziari derivati sono riconducibili variegata tipologie, accomunate da tre “*elementi unificanti*”: il primo (e principale) elemento è costituito dalla differenzialità derivativa, da intendersi come “*l'intento di trarre vantaggio dalla differenza di due valori variabili: ad essa le parti mirano; su essa fanno leva per il perseguimento dei rispettivi interessi; è essa che costituisce il cuore dell'operazione economica*”; il secondo elemento è costituito dal capitale nozionale, da intendersi come “*la somma di denaro astrattamente assunta quale base di calcolo dei reciproci flussi finanziari tra le parti*”; il terzo elemento è costituito dalla «*possibilità – tipica dei derivati – di sciogliersi [...] avvalendosi dell'opzione “mark to market”*» (15).

---

*atipici, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela non confliggenti con le finalità istituzionali. Ne consegue che la determinazione di un ente pubblico di concludere un contratto atipico non può essere censurata per il solo fatto che il negozio non corrisponde alla figura tipica disciplinata dal codice civile con un determinato nomen iuris, oppure perché è stato utilizzato quel nomen [...] per indicare un negozio parzialmente non corrispondente al tipo (Cons. St., Sez. IV, 4 novembre 1994 n. 1257)” (Sez. V n. 4680/2001, cit.). Il Consiglio di Stato ha ritenuto insussistente un obbligo per le pubbliche amministrazioni di ricorrere solo a strumenti negoziali nominati e tipici, in quanto, “*pur dovendo le p.a. operare nei limiti consentiti dalla legge, alcuna disposizione vieta alle stesse di operare anche con contratti atipici ed anzi il sempre maggiore utilizzo di strumenti privatistici al fine della realizzazione di bisogni generali di rilievo pubblicistico costituisce una conferma dell'assenza, in astratto, di una limitazione di carattere generale all'autonomia contrattuale dell'amministrazione, anche con riferimento ai contratti atipici*” (Sez. VI n. 6073/2001, cit.).*

(12) Recante “*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52*”.

(13) G.F. Campobasso, *Contratti. Titoli di credito. Procedure concorsuali*, in Id., *Diritto commerciale*, vol. III, Torino, Utet, 2014, 5<sup>a</sup> ed.: gli strumenti finanziari derivati “*sono denominati anche prodotti derivati perché il loro valore deriva dall'andamento delle quotazioni delle attività finanziarie che sono assunte come parametro di riferimento (c.d. sottostante)*” (p. 212). G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, Utet, 2006, 12<sup>a</sup> ed.: il Tuf ha relegato “*la figura del valore mobiliare ad un ruolo sistematicamente del tutto marginale*”, imperniando la disciplina su una nozione di strumento finanziario alla quale “*per certi profili ed a specifici fini aggiunge quella più ampia di prodotto finanziario*”; gli strumenti finanziari costituiscono una “*una categoria chiusa [...] Il carattere chiuso della categoria degli strumenti finanziari si comprende invece alla luce della circostanza che tale categoria risulta essenzialmente diretta ad individuare in quali ipotesi l'esercizio di determinate attività risulta riservato ai soggetti indicati dalla legge: ciò che accade appunto qualora esse abbiano ad oggetto strumenti finanziari. Logico allora che le ipotesi in cui diviene operativa siffatta riserva, che rappresenta in fondo un limite alla iniziativa economica privata che la Costituzione qualifica in via di principio come libera (art. 41, 1° comma), siano rigidamente predeterminate per legge: e che dunque predeterminati per legge risultino non solo gli strumenti finanziari, ma anche le attività che li abbiano ad oggetto, i c.c.dd. servizi di investimento, e che sono appunto riservate a determinati soggetti*” (pp. 717-719). Per l'elencazione degli strumenti derivati il c. 2-ter dell'art. 1 del Tuf rinvia al c. 1-bis, lett. c), nonché all'all. I, sez. C, punti da 4 a 10.

(14) G.F. Campobasso, *op. cit.*: gli strumenti finanziari possono essere collegati a valori mobiliari o valute (in tal caso “*presentano analogie con i contratti di borsa a termine, dato che, al pari di questi, vengono di regola eseguiti alla scadenza in via differenziale, senza dar luogo alla consegna dei titoli o delle valute assunti come termine di riferimento*”) oppure a indici di borsa o finanziari (in tal caso si tratta di “*veri e propri contratti differenziali in quanto la prestazione convenuta consiste puramente e semplicemente nel pagamento di una somma di denaro pari alla variazione dell'indice di riferimento fra il giorno di conclusione del contratto e quello di scadenza*”) (pp. 212-213). P. Santoro, *op. cit.*: gli strumenti finanziari derivati comprendono «*una molteplicità di contratti il cui valore “deriva” da quello dei sottostanti elementi finanziari ed il cui schema negoziale prevede l'acquisto o la vendita della grandezza finanziaria sottostante ad una data futura e ad un prezzo prefissato, ovvero il regolamento del differenziale fra il tasso di interesse, di cambio o di un altro indicatore determinato nel contratto e il medesimo ad una data prestabilita*» (p. 503); il fenomeno del ricorso agli strumenti finanziari derivati “*s'inquadra nell'elaborazione di strategie finanziarie volte a permettere ai soggetti operanti sul mercato di garantirsi da rischi finanziari connessi alla loro attività o di realizzare una gestione attiva dell'indebitamento, adeguandolo all'evoluzione delle condizioni di mercato per fruire delle opportunità derivanti dalle oscillazioni dei tassi d'interesse*” (p. 506).

(15) Cass., S.U., 23 febbraio 2023, n. 5657. Per quanto attiene alla rilevanza del *mark to market*, i Giudici di legittimità hanno sottolineato “*il ruolo che nell'ambito del profilo causale di tali contratti svolge l'elemento del rischio, la cui essenzialità, posta anche in relazione con la natura professionale dei soggetti coinvolti, ha indotto [...] ad affermare che, ai fini della valutazione in ordine alla meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti dalle parti, e quindi alla liceità del contratto, occorre verificare se si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi*” (Cass., Sez. I, 7 novembre 2022, n. 32705); hanno, altresì, affermato la necessità dell'indicazione degli elementi e criteri per determinare il *mark to market*, ovvero la necessità che “*gli elementi ed i criteri utilizzati per la determinazione del mark to market siano resi preventivamente conoscibili da parte dell'investitore, ai fini della formazione dell'accordo in ordine alla misura dell'alea, in assenza del quale la causa del contratto resta sostanzialmente indeterminabile*” (Cass. n. 32705/2022 cit.); hanno, conclusivamente, enunciato il seguente principio di diritto: «*In tema di “interest rate swap”, la meritevolezza di tutela del contratto va apprezzata “ex ante”, non già “ex post”, non potendosi far dipendere la liceità del contratto dal risultato economico concretamente conseguito dall'investitore, né utilizzare il giudizio di meritevolezza a fini di un riequilibrio equitativo; ne consegue che, ai fini della validità del contratto ed indipendentemente dalla sua finalità di copertura (“hedging”) o speculativa, devono essere preventivamente conoscibili, ai fini della formazione dell'accordo in ordine*

Per quanto attiene, invece, agli elementi di differenziazione la prima distinzione, all'interno della categoria, è quella tra derivati simmetrici e derivati asimmetrici: con la sottoscrizione dei primi entrambi i contraenti (*id est*, venditore e acquirente) si impegnano a effettuare, alla data di scadenza prestabilita, una determinata prestazione; con la sottoscrizione dei secondi, invece, soltanto il venditore si impegna a effettuare una determinata prestazione a favore del compratore, a carico del quale è previsto il pagamento di un prezzo (c.d. premio), in virtù del quale acquisisce il diritto di decidere, in relazione a una data futura, se procedere o meno all'acquisto del bene sottostante. La seconda distinzione concerne la tipologia del mercato di riferimento ed è tracciabile tra derivati negoziati sui mercati regolamentati e derivati *over-the-counter* (c.d. Otc): i primi sono rappresentati da contratti aventi caratteristiche standardizzate e predefinite dall'autorità del mercato di riferimento, riguardanti, essenzialmente, l'attività sottostante, la durata, il taglio minimo di negoziazione e le modalità di liquidazione (16); i derivati Otc sono, invece, negoziati direttamente tra le due parti fuori dai mercati regolamentati e di essi i contraenti possono stabilire in assoluta libertà le relative caratteristiche (17).

Nella prima categoria rientrano strumenti quali *futures* (18), *options* (19), *warrants* e *covered warrants*, mentre nella seconda categoria rientrano *swap* (20) e *forward*.

Le principali finalità associate alla negoziazione di strumenti finanziari derivati sono: *i*) la copertura (*hedging*), ovvero la protezione del valore di una posizione da variazioni indesiderate nei prezzi di mercato; *ii*) la speculazione (*trading*), ovvero la realizzazione di un profitto basato sull'evoluzione attesa del prezzo dell'attività sottostante (21); *iii*) l'arbitraggio, ovvero lo sfruttamento del momentaneo disallineamento tra l'andamento del prezzo del derivato e quello del sottostante, andamenti destinati a coincidere alla scadenza del contratto.

La finalità di copertura ricorre, in particolare, nelle ipotesi in cui un soggetto, avendo in precedenza contratto un debito a tasso variabile, intenda proteggere la propria posizione contro il rischio di aumento del tasso di interesse sul mercato.

Con la comunicazione n. DI/99013791 del 26 febbraio 1999 la Commissione nazionale per le società e la borsa (*id est*, Consob) ha precisato i “*criteri di qualificazione*” in base ai quali classificare le operazioni in strumenti finanziari derivati, nonché indicato le caratteristiche che un'operazione deve possedere per essere considerata “di copertura”: *in primis* deve essere stata “*esplicitamente posta in essere per ridurre la rischiosità*” connessa ad altre posizioni detenute dal medesimo investitore; *in secundis* deve sussistere un'accentuata “*correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza, tasso d'interesse, tipologia etc.) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine*”; le precedenti caratteristiche devono essere assicurate e “*documentate da evidenze interne degli intermediari*” (22).

---

*alla misura dell'alea, gli elementi ed i criteri utilizzati per la determinazione del “mark to market”, in assenza del quale la causa del negozio resta sostanzialmente indeterminabile»* (Cass. n. 32705/2022 cit., massima rv. 666129-01).

(16) V. reg. (Ue) n. 600/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 sui mercati degli strumenti finanziari e che modifica il reg. (Ue) n. 648/2012 (c.d. regolamento Mifir). Mifir è l'acronimo di *Markets in Financial Instruments Regulation*.

(17) Con il reg. (Ue) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012 sugli strumenti derivati Otc, le controparti centrali e i repertori di dati sulle negoziazioni (c.d. regolamento Emir) il legislatore eurounitario ha imposto a tutti gli operatori del settore nuovi e stringenti obblighi allo scopo di ridurre i rischi sistemici connessi al mercato dei derivati negoziati fuori dai mercati regolamentati. Emir è l'acronimo di *European Market Infrastructure Regulation*.

(18) G.F. Campobasso, *op. cit.*: il *future* è “*un contratto uniforme a termine su strumenti finanziari con il quale le parti si obbligano a scambiarsi alla scadenza un certo quantitativo di determinate attività finanziarie ad un prezzo prestabilito; ovvero, nel caso di future su indici, a liquidarsi una somma di danaro pari alla differenza fra il valore dell'indice di riferimento alla stipula del contratto ed il valore dello stesso indice nel giorno di scadenza*” (p. 213).

(19) G.F. Campobasso, *op. cit.*: il contratto di opzione si differenzia dal *future* “*essenzialmente perché una delle parti, verso pagamento di un corrispettivo, si riserva la facoltà di scegliere se realizzare o meno lo scambio*” (p. 213).

(20) P. Santoro, *op. cit.*: lo *swap* è “*un contratto derivato simmetrico con il quale due soggetti si impegnano a scambiare periodicamente delle somme di danaro calcolate applicando al medesimo capitale (detto nozionale) due diversi parametri riferiti a due diverse variabili di mercato. Il capitale nozionale, invece, è oggetto di scambio tra le parti soltanto in alcune tipologie di swap. [...] Gli swap vengono utilizzati con diverse finalità: per trasformare la natura di un'attività o di una passività (ad esempio, una posizione da tasso fisso a tasso variabile o viceversa), per motivi di copertura oppure con finalità speculative*” (pp. 505-506).

(21) P. Santoro, *op. cit.*: la funzione speculativa incide sulla struttura causale del contratto con conseguenti “*rischi di insolvenza legati a diversi fattori, connessi soprattutto all'andamento complessivo del mercato, con l'aggravamento che l'inadempimento di uno o più operatori può incidere sull'inadempimento degli altri*” (pp. 503-504).

(22) Il Tuf demanda al Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la Banca d'Italia e la Consob, l'individuazione – mediante apposito regolamento – dei “*clienti professionali pubblici*”, nonché dei “*criteri di identificazione dei soggetti pubblici che su richiesta possono essere trattati come clienti professionali e la relativa procedura di richiesta*” (art. 6, c. 2-sexies, Tuf). La mancata qualifica come cliente professionale pubblico comporta l'equiparazione del medesimo al cliente al dettaglio, con conseguente applicazione delle maggiori tutele informative e comportamentali apprestate dall'ordinamento in favore dei soggetti non professionali, proprio al fine di riequilibrare, mediante una tutela giuridica rafforzata, il difetto di conoscenze e di abilità che pone il cliente al dettaglio in una condizione di debolezza nei confronti degli operatori professionali. Con il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze n. 236 del 11 novembre 2011 sono stati individuati quali “*clienti professionali pubblici*” il Governo della Repubblica e la Banca d'Italia (cfr. art. 2). Ai sensi dell'art. 1, c. 1, lett. b), per “*cliente professionale*” si intende “*il cliente che possiede l'esperienza, le conoscenze e la competenza necessarie per prendere consapevolmente le proprie decisioni in materia di operazioni e di investimenti finanziari e per valutare correttamente i rischi che assume*”.

## 2.2. L'evoluzione della disciplina di settore del comparto delle autonomie territoriali

### 2.2.1. Il regime permissivo

Il progressivo accentuarsi del ricorso, da parte degli enti territoriali, agli strumenti di finanza derivata, utilizzati sia nella fase di gestione del debito che in quella di ristrutturazione dell'indebitamento esistente, è stato agevolato da un iniziale regime – normativo e regolamentare – di sostanziale *deregulation*, avendo il legislatore promosso l'utilizzo dei derivati da parte delle pubbliche amministrazioni, in quanto ritenuti utile strumento da impiegare per la ristrutturazione del debito e la copertura dei rischi finanziari.

Nel contempo, il ricorso agli strumenti di finanza derivata è divenuto per gli enti territoriali una sorta di “prassi”, consolidatasi in ragione della ridotta liquidità a loro disposizione a seguito della diminuzione dei trasferimenti erariali, avvenuta in un contesto correlato alla loro maggiore autonomia finanziaria di entrata e di spesa.

Con l'articolo 35 (23) della legge 23 dicembre 1994, n. 724 (24) il legislatore ha stabilito che gli enti territoriali “*possono deliberare l'emissione di prestiti obbligazionari destinati esclusivamente al finanziamento degli investimenti*” con espresso “*divieto di emettere prestiti obbligazionari per finanziare spese di parte corrente*” (25).

In attuazione di tale norma il Ministro del tesoro ha adottato – mediante il decreto n. 420 del 5 luglio 1996 – il “*Regolamento recante norme per l'emissione di titoli obbligazionari da parte degli enti locali*”, costituente la prima disposizione intervenuta a disciplinare l'utilizzo e la sottoscrizione, da parte degli enti locali, degli strumenti finanziari derivati: il decreto *de quo* ha introdotto la facoltà, *rectius* l'obbligo, insorgente in caso di previa effettuazione di un'operazione di prestito in valuta estera, di utilizzare gli strumenti finanziari derivati per la trasformazione della sottostante operazione “*in un'obbligazione in lire*”, circoscrivendo, tuttavia, detta facoltà, dal punto di vista tipologico, allo strumento denominato *currency swap* (ovvero *swap* (26) su valuta) e, dal punto di vista finalistico, allo scopo di “*copertura del rischio*” con espressa esclusione dell'introduzione di ulteriori elementi di rischio.

Successivamente, il legislatore statale è intervenuto con l'articolo 41 (27) della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (28), mediante il quale – al precipuo fine di “*contenere il costo dell'indebitamento e di monitorare gli andamenti di finanza pubblica*” (29) – ha demandato al Ministero dell'economia e delle finanze di coordinare “*l'accesso al mercato dei capitali*” da parte degli enti territoriali (30), abilitati all'emissione di titoli obbligazionari con rimborso del capitale in un'unica soluzione alla scadenza (*bullet*), previa adozione delle modalità di ammortamento imposte *ex lege* al fine di precostituire i mezzi finanziari necessari per l'estinzione, alla relativa scadenza, del prestito obbligazionario (*bullet* ammortizzato) (31).

Con il decreto n. 389 del 1° dicembre 2003 (32) il Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dell'interno, ha imposto l'obbligo di «*prevedere la copertura del rischio di cambio mediante “swap di tasso di cambio”*», intendendosi tale “*un contratto tra due soggetti che assumono l'impegno di scambiarsi regolarmente flussi di interessi e capitale espressi in due diverse valute, secondo modalità, tempi e condizioni contrattualmente stabiliti*” (33).

(23) Rubricato “*Emissione di titoli obbligazionari da parte di enti territoriali*”.

(24) Recante “*Misure di razionalizzazione della finanza pubblica*”.

(25) Art. 35, c. 1, l. n. 724/1994. Il c. 10 dell'art. 35 della l. n. 724/1994 demandava al Ministro del tesoro di determinare, mediante apposito regolamento, “*le caratteristiche dei titoli obbligazionari nonché i criteri e le procedure che gli enti emittenti sono tenuti ad osservare per la raccolta del risparmio*”. La disposizione era stata resa oggetto di interpretazione autentica da parte dell'art. 5 (“*Emissione di prestiti obbligazionari*”) del d.l. 25 maggio 1996, n. 287 (“*Disposizioni urgenti in materia di finanza locale per l'anno 1996*”), decaduto per mancata conversione, il quale – testualmente – recitava: “*L'articolo 35 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che agli enti locali ivi previsti è consentito emettere prestiti obbligazionari anche in valuta e sui mercati esteri; a tal fine la delibera di approvazione del prestito deve prevedere l'obbligo della copertura del rischio di cambio ed attestare che il costo effettivo sopportato dall'ente non è superiore al rendimento lordo dei corrispondenti titoli di Stato emessi sul mercato interno, aumentato di un punto, secondo quanto stabilito dal comma 6 del citato articolo 35*”.

(26) Gli *swap* sono contratti a termine che prevedono lo scambio, a scadenze prestabilite, di flussi finanziari, calcolati con modalità fissate alla stipulazione del contratto.

(27) Rubricato “*Finanza degli enti territoriali*”.

(28) Recante “*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)*”.

(29) Art. 41, c. 1, l. n. 448/2001.

(30) Cfr. art. 41, c. 1, l. n. 448/2001.

(31) L'art. 41, c. 2, l. n. 448/2001 impone *ex lege* la struttura di ammortamento: “*costituzione, al momento dell'emissione, di un fondo di ammortamento del debito*” (*sinking fund*) ovvero “*conclusione di swap per l'ammortamento del debito*” (*amortising swap*). P. Santoro, *op. cit.*: con riferimento al fenomeno del ricorso agli strumenti finanziari derivati da parte degli enti territoriali l'A. osserva che è “*assai recente, poiché in precedenza l'indebitamento di essi consisteva in mutui contratti con la Cassa depositi e prestiti (a tasso fisso) o con istituti bancari a tassi stabiliti entro i limiti massimi fissati dall'autorità di Governo. L'art. 41 della legge finanziaria 28 dicembre 2001 n. 448 ha legittimato le regioni e gli enti locali a procedere alla conversione dei mutui in corso in presenza di condizioni di rifinanziamento che consentano una riduzione del valore finanziario delle passività*” (p. 507).

(32) Recante il “*Regolamento concernente l'accesso al mercato dei capitali da parte delle province, dei comuni, delle città metropolitane, delle comunità montane e delle comunità isolate, nonché dei consorzi tra enti territoriali e delle regioni, ai sensi dell'articolo 41, comma 1, della legge 28 dicembre 2001, n. 448*”.

(33) Art. 3, c. 1, d.m. economia e finanze n. 389/2003.



In una logica di raggiunta autonomia finanziaria il decreto ministeriale *de quo* ha, altresì, riconosciuto agli enti territoriali la possibilità di effettuare operazioni in strumenti derivati (quali, a titolo esemplificativo, *swap* di tasso di interesse (34) e *forward rate agreement* (35)), circoscrivendo, nel contempo, detta possibilità “*esclusivamente in corrispondenza di passività effettivamente dovute*” (36).

La conclusione di contratti è, tuttavia, stata improntata a criteri di affidabilità, essendo stato all’ente territoriale consentito di trattare “*soltanto con intermediari contraddistinti da adeguato merito di credito, così come certificato da agenzie di rating riconosciute a livello internazionale*” (37).

Con la successiva circolare esplicativa del 27 maggio 2004 (38) il Ministero dell’economia e delle finanze ha chiarito che le tipologie di operazioni derivate ammesse sono da intendersi nella forma detta *plain vanilla*, cioè secondo la struttura più elementare, con esclusione di qualsiasi forma di opzionalità, al fine precipuo di garantire “*il contenimento dell’esposizione dell’ente ai rischi finanziari conseguenti al rialzo dei tassi di interesse [...] con l’obiettivo del contenimento del costo dell’indebitamento*”.

La circolare ha, invece, espressamente escluso l’ammissibilità di “*operazioni derivate riferite ad altre operazioni derivate preesistenti, in base alla considerazione che nessun derivato è configurabile come una passività*”, precisando, in aggiunta, che nell’ipotesi in cui si sia verificata una variazione della passività sottostante a un derivato “*la posizione nello strumento derivato può essere riadattata sulla base di condizioni che non determinino una perdita per l’ente*” e che “*solo nel caso in cui l’ente ritenga di dover chiudere la posizione nello strumento derivato è ammissibile la conclusione di un derivato uguale e di segno contrario con un’altra controparte*”.

---

(34) L’*interest rate swap* (Irs) è il contratto mediante il quale due parti si accordano per scambiarsi reciprocamente, a scadenze prestabilite e per un periodo di tempo predefinito al momento della stipula, pagamenti calcolati sulla base di tassi di interesse differenti (generalmente, uno fisso e uno variabile), applicati a un capitale nozionale. Il contratto non prevede scambio di capitali, ma solo di flussi finanziari corrispondenti al differenziale tra gli interessi calcolati sul capitale nozionale al tasso prestabilito. Generalmente l’acquirente dell’Irs è il soggetto che, avendo già contratto un debito a tasso variabile, si impegna a pagamenti a tasso fisso, ricevendo, in cambio, pagamenti a tasso variabile, mentre il venditore dell’Irs è il soggetto che si impegna, in cambio del tasso fisso, a corrispondere interessi a tasso variabile. Con precipuo riferimento all’autorizzazione alla stipulazione di *interest rate swap* e alla (correlata) questione del riparto competenziale tra organi istituzionali dell’ente locale al fine dell’autorizzazione alla stipulazione di *interest rate swap*, le Sezioni unite civili della Corte di cassazione (cfr. sent. 12 maggio 2020, n. 8770, in questa *Rivista*, 2020, 4, 300, con nota di A. Mazzieri, *I requisiti di validità dei contratti Irs stipulati dagli enti locali*) hanno affermato la competenza dell’organo consiliare in ragione non solo delle “*condizioni sostanziali di tali forme di finanziamento*”, ma anche della “*necessità di assicurare il coinvolgimento degli schieramenti assembleari di minoranza, i quali sono chiamati ad esercitare un controllo sull’operazione finanziaria*”, trattandosi di operazioni che incidono “*sull’entità globale dell’indebitamento dell’ente [...] tenendo presente che la ristrutturazione del debito va accertata considerando l’operazione nel suo complesso*”. Hanno, quindi, enunciato il seguente principio di diritto: “*L’autorizzazione alla conclusione di un contratto di swap da parte dei comuni italiani, in particolare se del tipo con finanziamento upfront, ma anche in tutti quei casi nei quali la negoziazione si traduce comunque nell’estinzione dei precedenti rapporti di mutuo sottostanti ovvero nel loro mantenimento in vita, ma con rilevanti modificazioni, deve essere data, a pena di nullità, dal consiglio comunale, ai sensi dell’art. 42, comma 2, lett. i), Tuel di cui al d.lgs. n. 267 del 2000, non potendosi assimilare ad un semplice atto di gestione dell’indebitamento dell’ente locale con finalità di riduzione degli oneri finanziari ad esso inerenti, di competenza della giunta comunale in virtù della sua residuale competenza gestoria ex art. 48, comma 2, dello stesso testo unico; in particolare, tale autorizzazione compete al consiglio comunale ove l’IRS negoziato dal comune incida sull’entità globale dell’indebitamento dell’ente, tenendo presente che la ristrutturazione del debito va accertata considerando l’operazione nel suo complesso, con la ricompressione dei costi occulti che gravano sul rapporto*”. Il Consiglio di Stato si è espresso in senso diametralmente opposto (cfr. sent. 30 giugno 2017, n. 3174): la Sezione V, chiamata a pronunciarsi in ordine alla legittimità della delibera adottata dalla giunta di un’amministrazione comunale di annullamento in autotutela delle precedenti delibere con cui la medesima amministrazione aveva autorizzato la stipulazione, nonché la successiva rimodulazione di alcuni contratti di *swap* per la ristrutturazione del debito esistente nei confronti della Cassa depositi e prestiti e riveniente da mutui pluriennali, ha ritenuto l’art. 203 del Tuel non pertinente alla risoluzione della fattispecie concreta in quanto riferibile unicamente all’ipotesi di “*assunzione di nuovi debiti a carico del bilancio dell’ente locale, con conseguente variazione in corso di esercizio del limite complessivo dell’indebitamento già previsto nell’atto fondamentale di programmazione economico-finanziaria dell’ente e degli impegni a carico degli stanziamenti del bilancio medesimo*” e, nel contempo, ha escluso la rilevanza applicativa dell’art. 42, c. 2, Tuel, in quanto con tale norma il legislatore «*ha inteso riservare al consiglio comunale, organo a legittimazione democratica diretta dell’ente locale, la competenza su “atti fondamentali” di quest’ultimo*» e, in particolare, “*su quegli atti comportanti oneri certi a carico del bilancio pluriennale, fonte attuale sul piano contabile di impegni di spesa per esercizi futuri*”; secondo i Giudici amministrativi, gli *swap* “*si collocano al di fuori di questo schema*”, non essendo “*riconducibili alla fattispecie delle spese pluriennali prevista dalla lettera i)*”; pertanto, “*la conclusione di swap non può essere considerato un atto di assunzione di una spesa pluriennale, ma deve essere qualificato come atto di gestione dell’indebitamento dell’ente locale con finalità di riduzione degli oneri finanziari ad esso inerenti, legittimamente adottabile dalla giunta comunale in virtù della sua residuale competenza gestoria ex art. 48, comma 2, del testo unico di cui al d.lgs. n. 267 del 2000*”.

(35) G. Chinè, M. Fratini, A. Zoppini, *Manuale di diritto civile*, Roma, Neldiritto, 2015, 6ª ed.: il *forward rate agreement* “*ha la funzione di stabilire in anticipo il tasso di un deposito a termine, con finalità, tanto di copertura dal rischio di volatilità dei tassi di deposito, quanto di mera speculazione*” (p. 1882).

(36) Art. 3, c. 3, d.m. n. 389/2003.

(37) Art. 3, c. 4, d.m. n. 389/2003.

(38) Intitolata: “*Decreto 1° dicembre 2003, n. 389 recante Regolamento concernente l’accesso al mercato dei capitali da parte delle province, dei comuni, delle città metropolitane, delle comunità montane e delle comunità isolate, nonché dei consorzi tra enti territoriali e delle regioni, ai sensi dell’art. 41, comma 1, della legge 28 dicembre 2001, n. 448. Circolare esplicativa*”.

### 2.2.2. Il regime vincolistico

A partire dall'anno 2006, a causa dell'intensificarsi del ricorso, da parte degli enti territoriali, agli strumenti finanziari derivati e dell'emergere di situazioni potenzialmente rischiose per gli equilibri finanziari degli enti interessati, si sono registrati i primi interventi di stampo marcatamente regolatorio dell'autonomia negoziale: il legislatore ha dettato una disciplina progressivamente più restrittiva, culminata nell'attuale regime normativo, il quale è contraddistinto dal divieto assoluto di stipulazione, anche in sede di rinegoziazione, di contratti relativi a strumenti finanziari derivati ovvero di contratti di finanziamento con componenti derivate (39).

Il primo intervento di questa "nuova" tendenza normativa si è avuto con la legge 27 dicembre 2006, n. 296 (40), mediante la quale il legislatore ha elevato al rango di principi fondamentali per il coordinamento della finanza pubblica alcuni dei criteri che erano stati previsti in sede regolamentare e amministrativa dai precedenti decreti e circolari ministeriali.

Il normatore ha *in primis* ribadito il condizionamento della facoltà di concludere operazioni in strumenti derivati al perseguimento di finalità di mera copertura: le operazioni di gestione del debito tramite utilizzo di strumenti finanziari derivati "devono essere improntate alla riduzione del costo finale del debito e alla riduzione dell'esposizione ai rischi di mercato" e possono essere concluse "solo in corrispondenza di passività effettivamente dovute, avendo riguardo al contenimento dei rischi di credito assunti" (41).

In altri termini, il ricorso agli strumenti di finanza c.d. innovativa è consentito esclusivamente per finalità conservative, essendo da escludere *a priori* la perseguibilità di un intento speculativo. Ciò in virtù della dirimente considerazione che i mezzi finanziari a disposizione dell'ente territoriale, acquisiti sotto forma di tributi, trasferimenti e prestiti da altri settori istituzionali dell'economia, sono ontologicamente destinati al soddisfacimento di obiettivi di interesse generale o, comunque, di rilevanza economica e sociale, da attuare mediante l'erogazione di servizi collettivi.

Con la circolare esplicativa 22 giugno 2007, n. 63013 (42), il Ministero dell'economia e delle finanze, dopo aver richiamato le "innovazioni legislative introdotte in materia", ha affermato che «la definizione degli swap come soli strumenti di "gestione" del debito è riconfermata dal fatto che in nessuna delle norme richiamate si fa menzione degli strumenti derivati; pertanto, alla luce di quanto sopra, gli strumenti derivati non sono configurabili come operazioni di indebitamento» (43).

Con la successiva legge 24 dicembre 2007, n. 244 (44), il legislatore, a seguito dell'aumentata consapevolezza circa i potenziali rischi che le operazioni di finanza c.d. innovativa possono comportare, è intervenuto mediante l'imposizione di ulteriori prescrizioni: i contratti aventi come oggetto strumenti finanziari derivati devono essere "informati alla massima trasparenza" (45), nonché rispettare determinati requisiti contenutistici, per la cui concreta individuazione la legge ha rinviato a un decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, da emanare sentite la Consob e la Banca d'Italia (46); per ogni contratto in derivati l'ente sottoscrittore "deve attestare di aver preso piena conoscenza dei rischi e delle

(39) Per un approfondimento, v. R. Mininno, *Indebitamento degli enti locali e strumenti di finanza derivata*, in *Finanza e tributi locali*, 2021, I, 27.

(40) Recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)".

(41) Art. 1, c. 736, l. n. 296/2006. Il c. 736 dell'art. 1 della l. n. 296 del 2006 qualifica le norme in esso contenute come "principi fondamentali per il coordinamento della finanza pubblica di cui agli articoli 117, terzo comma, e 119, secondo comma, della Costituzione". Con il successivo c. 737 il legislatore ha inserito due commi nel testo dell'art. 41 della l. n. 448/2001: il c. 2-bis, mediante il quale è stato introdotto l'obbligo di trasmissione documentale al Ministero dell'economia e delle finanze, Dipartimento del tesoro (adempimento agiuntivo rispetto agli obblighi di comunicazione periodica dei dati relativi alla situazione finanziaria previsti dalla l. n. 448/2001) dei contratti relativi a operazioni di ammortamento del debito con rimborso unico a scadenza e operazioni in strumenti derivati "prima della sottoscrizione dei contratti medesimi", trasmissione costituente, per espressa previsione normativa, "elemento costitutivo dell'efficacia degli stessi"; il c. 2-ter, mediante il quale è stato introdotto, con riferimento alle operazioni che "risultino in violazione alla vigente normativa", l'obbligo di "comunicazione alla Corte dei conti per l'adozione dei provvedimenti di sua competenza". Il riferimento alla "competenza" della Corte dei conti, stante la sua genericità, è tale da ricomprendere tutte le funzioni alla medesima riconosciute a tutela della finanza pubblica riferita all'intera comunità amministrata (*id est*, funzioni giurisdizionali in tema di responsabilità amministrativa, competenze di controllo sulla gestione finanziaria, competenze ausiliarie e referenti nei confronti del Parlamento). All'atto della trasmissione il contratto deve essere corredato dell'ulteriore documentazione in esso eventualmente richiamata (a titolo esemplificativo, la *confirmation* ovvero altro contratto con il quale si definiscono le condizioni economiche e gli elementi identificativi dell'operazione, la *schedule* o altro documento equivalente, ecc.).

(42) Intitolata: "Non applicabilità delle delegazioni di pagamento alle operazioni in derivati concluse da enti territoriali. Circolare esplicativa". Il ministero ha adottato la circolare in quanto ha ritenuto opportuno "chiarire alcuni aspetti interpretativi inerenti l'utilizzo delle delegazioni di pagamento disciplinate dall'articolo 206 del Testo unico degli enti locali (Tuel) - decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267".

(43) Il ministero ha ricordato che "già nella circolare esplicativa del decreto del Mef 389/2003 si richiamava una considerazione di carattere generale tale per cui nessun derivato è configurabile come una passività".

(44) Recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)".

(45) Art. 1, c. 381, l. n. 244/2007.

(46) Art. 1, c. 382, l. n. 244/2007.

*caratteristiche dei medesimi, evidenziando in apposita nota allegata al bilancio gli oneri e gli impegni finanziari derivanti da tali attività”* (47).

Il rispetto delle prescrizioni imposte è stato reso “*elemento costitutivo dell’efficacia dei contratti*” (48).

Nell’anno 2008 è stata introdotta, mediante decretazione d’urgenza, una disciplina particolarmente stringente, recata dall’articolo 62 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (49), convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 (50).

In particolare, la legge di conversione n. 133 del 2008 è intervenuta sul testo dell’articolo 3 (51) della legge 24 dicembre 2003, n. 350 (52), introducendo nel comma 17, in aggiunta alle operazioni di indebitamento già tipizzate (*id est*, l’assunzione di mutui, l’emissione di prestiti obbligazionari e le cartolarizzazioni di flussi futuri di entrata), la previsione relativa al “*premio incassato al momento del perfezionamento delle operazioni derivate*” (53).

Nella primigenia versione, l’articolo 62, dopo *l’incipit*, costituito da una clausola di mera qualificazione (54) e come tale priva di reale forza precettiva, ha approntato una disciplina di duplice natura: l’una transitoria, consistente nel divieto espresso, seppur temporaneo, per gli enti territoriali di stipulare contratti relativi agli strumenti finanziari derivati; l’altra a regime, consistente in una normativa regolamentare attuativa, demandata al Ministro dell’economia e delle finanze, il quale avrebbe dovuto adottare, dopo aver sentito la Banca d’Italia e la Consob, un regolamento mediante il quale individuare la tipologia di strumenti finanziari derivati sottoscrivibili da parte degli enti territoriali, nonché fissare i criteri e le condizioni per la conclusione delle relative operazioni.

Il detto divieto è stato temporalmente circoscritto fino alla data di entrata in vigore di tale regolamento ministeriale.

La disposizione in esame è stata oggetto di svariati interventi legislativi di modifica.

In particolare, l’articolo 3 della legge 22 dicembre 2008, n. 203 (55) ha completamente riscritto l’articolo 62, introducendo un regime disciplinatorio caratterizzato, in senso innovativo, dalla previsione della sanzione della nullità – di natura relativa (potendo essere fatta valere “*solo dall’ente*”) – per i contratti aventi come oggetto strumenti finanziari derivati e per i contratti di finanziamento aventi una componente derivata stipulati in violazione delle (emanande) norme regolamentari (ovvero privi dell’attestazione scritta, da parte del soggetto competente alla sottoscrizione del contratto per l’ente pubblico, “*di avere preso conoscenza dei rischi e delle caratteristiche*” del contratto medesimo) (56), nonché dall’introduzione dell’obbligo di allegazione al bilancio di previsione e al bilancio consuntivo di una “*nota*

(47) Art. 1, c. 383, l. n. 244/2007.

(48) Art. 1, c. 384, l. n. 244/2007.

(49) Recante “*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*”.

(50) La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sui ricorsi proposti in via di impugnazione principale da alcune regioni e vertenti sulla legittimità costituzionale dell’art. 62 del d.l. n. 112/2008 per questioni attinenti al riparto tra Stato e regioni delle rispettive competenze legislative di cui all’art. 117 Cost., ha *in primis* ritenuto giustificato il (censurato) ricorso alla decretazione d’urgenza per la disciplina della materia. Ha sottolineato come la *ratio* dell’intervento normativo, precipuamente volto a regolamentare l’accesso degli enti territoriali alle contrattazioni sul mercato dei valori mobiliari (contrattazioni idonee, per loro natura, ad alterare i complessivi equilibri finanziari del mercato di riferimento) mediante la previa individuazione della tipologia di contratti che detti enti possono stipulare e delle componenti derivate che possono prevedere nei relativi contratti di finanziamento, sia duplice, mirando su un piano generale alla tutela, in prospettiva macroeconomica e per fini di uniformità sull’intero territorio nazionale, della stabilità del mercato mobiliare e del risparmio e su un piano particolare alla tutela del complesso delle risorse finanziarie pubbliche (ontologicamente destinate al raggiungimento di finalità di carattere pubblico, dunque, di generale interesse per la collettività) e degli equilibri economici a livello di finanza regionale e locale. Secondo il Giudice delle leggi è “*imegabibile, infatti, che i derivati finanziari scontentino un evidente rischio di mercato, non preventivamente calcolabile, ed esponano gli enti pubblici ad accollarsi oneri impropri e non prevedibili all’atto della stipulazione del contratto, utilizzando per l’operazione di investimento un contratto con caratteristiche fortemente aleatorie per le finanze dell’ente. Si tratta, pertanto, di una disciplina che, tutelando il mercato e il risparmio, assicura anche la tutela del patrimonio dei soggetti pubblici*” (Corte cost. 18 febbraio 2010, n. 52).

(51) Rubricato “*Disposizioni in materia di oneri sociali e di personale e per il funzionamento di amministrazioni ed enti pubblici*”.

(52) Recante “*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004)*”.

(53) La l. n. 133/2008 ha disposto l’inserimento nel testo dell’art. 62 del d.l. n. 112/2008 del c. 3-bis, ai sensi del quale «*All’articolo 3, comma 17, secondo periodo, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, e successive modificazioni, dopo le parole: “cessioni di crediti vantati verso altre amministrazioni pubbliche” sono aggiunte le seguenti: “nonché, sulla base dei criteri definiti in sede europea dall’Ufficio statistico delle Comunità europee (Eurostat), l’eventuale premio incassato al momento del perfezionamento delle operazioni derivate”*». Detta previsione è stata oggetto di ulteriore precisazione in occasione della sostituzione del richiamato c. 17 ad opera del d.lgs. 10 agosto 2014, n. 126 (“*Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, recante disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 5 maggio 2009, n. 42*”): nel testo attualmente in vigore la dicitura è “*l’eventuale somma incassata al momento del perfezionamento delle operazioni derivate di swap (cosiddetto upfront)*”.

(54) “*Ai fini della tutela dell’unità economica della Repubblica e nel rispetto dei principi di coordinamento della finanza pubblica previsti dagli articoli 119 e 120 della Costituzione [...]*”.

(55) Recante “*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2009)*”.

(56) Art. 62, c. 5, come novellato, d.l. n. 112/2008.

*informativa che evidenzi gli oneri e gli impegni finanziari, rispettivamente stimati e sostenuti, derivanti da contratti relativi a strumenti finanziari derivati o da contratto di finanziamento che includono una componente derivata”* (57).

Quanto alla delimitazione temporale del divieto, è stato stabilito che sarebbe perdurato fino alla data di entrata in vigore del regolamento e “*comunque per il periodo minimo di un anno decorrente dalla data di entrata in vigore*” del decreto medesimo, mentre con riferimento all’ambito oggettivo di applicazione è stata fatta espressamente salva “*la possibilità di ristrutturare il contratto derivato a seguito di modifica della passività alla quale il medesimo contratto derivato è riferito, con la finalità di mantenere la corrispondenza tra la passività rinegoziata e la collegata operazione di copertura*”.

L’articolo 62 del decreto-legge n. 112 del 2008 è stato oggetto, in seguito, di una parziale riformulazione da parte della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (58), la quale ha *in primis* eliminato il rinvio al regolamento del Ministro dell’economia e delle finanze per l’individuazione della tipologia di strumenti finanziari derivati sottoscrivibili da parte degli enti territoriali: l’eliminazione *de qua* ha *de facto* attribuito natura permanente al divieto di “*stipulare contratti relativi agli strumenti finanziari derivati previsti dall’articolo 1, comma 3, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58*”, di “*procedere alla rinegoiazione dei contratti derivati già in essere alla data di entrata in vigore*” della disposizione medesima e di “*stipulare contratti di finanziamento che includono componenti derivate*” (59).

Sul testo dell’articolo 62 del decreto-legge n. 112 del 2008 è, altresì, intervenuta la legge 23 dicembre 2014, n. 190 (60), la quale ha previsto, in relazione a quanto disposto dal secondo periodo del comma 2 del menzionato articolo 62 e limitatamente agli enti locali di cui all’articolo 2 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (61), che “*la durata delle operazioni di rinegoiazione, relative a passività esistenti già oggetto di rinegoiazione, non può essere superiore a trenta anni dalla data del loro perfezionamento*” (62).

(57) Art. 62, c. 8, come novellato, d.l. n. 112/2008.

(58) Recante “*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2014)*”.

(59) Art. 62, c. 3, come novellato, d.l. n. 112/2008. La norma ha, altresì, espressamente previsto alcune eccezioni al divieto, consentendo le operazioni volte, a titolo esemplificativo, all’estinzione anticipata e totale del contratto relativo agli strumenti finanziari derivati ovvero alla ristrutturazione del contratto a seguito della modifica della passività di riferimento. Quanto al regime disciplinatorio, ferma restando la sanzione della nullità, l’obbligo gravante sul soggetto competente alla sottoscrizione del contratto per conto dell’ente pubblico di attestazione di aver preso conoscenza dei rischi e delle caratteristiche del sottoscrivendo contratto è stato ampliato, dal punto di vista contenutistico, fino a ricomprendere anche le “*variazioni intervenute nella copertura del sottostante indebitamento*” (c. 4, come novellato).

(60) Recante “*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)*”.

(61) Recante il “*Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali*”.

(62) Art. 1, c. 537, l. n. 190/2014. Per quanto attiene al trattamento contabile dei contratti derivati degli enti territoriali, specifiche prescrizioni sono poste dal principio contabile applicato della contabilità finanziaria di cui all’allegato n. 4/2 al d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118 (“*Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 5 maggio 2009, n. 24*”). I Giudici contabili, dopo aver ricordato che “*il principio della prudenza, il quale deve trovare applicazione in tutto il sistema di bilancio, esige che nel documento di previsione debbano essere iscritte solo le entrate che si prevede siano accertabili nel periodo amministrativo considerato con una predisposizione del bilancio di previsione estremamente accorta*”, hanno definito “*anomala*” la “*applicazione dei flussi positivi dei derivati alla copertura di spesa corrente ripetitiva*”, trattandosi di entrata avente “*natura di plusvalenza [...] con necessaria appostazione al titolo IV (e non al titolo I o al titolo III) e destinazione a spese di investimento (e non correnti, neppure se non ripetitive), ovvero alla compensazione con i futuri flussi negativi, vincolandola a tale finalità nell’avanzo di amministrazione*” (Corte conti, Sez. contr. reg. Liguria, 30 dicembre 2011, n. 128). Per un approfondimento, v. R. Mininno, *Il trattamento contabile delle operazioni in derivati dell’ente locale*, in *Finanza e tributi locali*, 2022, 5-6, 5. Con riferimento alla sottoscrizione da parte di un’amministrazione comunale di un contratto derivato *interest rate swap* del tipo *plain vanilla* i Giudici contabili hanno ritenuto che “[l]a sottoscrizione di un contratto derivato, facendo insorgere contemporaneamente obbligazioni a carico e a favore dell’ente, è destinato a produrre degli effetti patrimoniali che debbono essere congruamente valutati sotto il profilo dell’utilità e della remunerazione, analogamente a quanto dovrebbe avvenire per ogni atto di disposizione delle risorse dell’ente”, mentre con precipuo riferimento agli obblighi di contabilità ricadenti sull’ente locale hanno osservato che “*la necessità di avere completa cognizione di tutti gli elementi informativi incidenti sulla determinazione dei flussi scambiati viene in rilievo sotto un duplice profilo: infatti, da un lato, in applicazione dei principi di veridicità, integrità ed attendibilità del bilancio dovrebbero essere contabilizzati appositi stanziamenti in uscita da imputare al titolo I, spese correnti, per i differenziali negativi ed al titolo III in entrata per i differenziali positivi senza operare alcuna compensazione tra le obbligazioni e, dall’altro lato, in applicazione anche dei principi di una sana e prudente gestione finanziaria, dovrebbe essere costituito un apposito fondo di accantonamento destinato ad assorbire gli eventuali rischi futuri connessi alle operazioni di finanza derivata (che, quindi, presuppone sia la conoscenza del market che la possibilità di compiere una valutazione del rischio – “value to risk”); conseguentemente, secondo i Giudici contabili, non costituisce una condotta rispondente ai canoni di sana e prudente gestione finanziaria “porre in essere operazioni finanziarie, comprese quelle derivate, in assenza di una compiuta conoscenza del valore delle operazioni medesime e delle reali condizioni economiche alle quali l’operazione era posta in essere”*: il mancato svolgimento, in sede di decisione circa la stipulazione del contratto derivato, di una “*adeguata istruttoria relativamente [...] alla ingegneria finanziario dello strumento [...] al suo valore di mercato, all’esistenza di costi impliciti, agli scenari probabilistici futuri [...] al suo impatto sui futuri equilibri di bilancio*” costituisce un contegno fonte di responsabilità per danno erariale (Corte conti, Sez. giur. reg. Veneto, 12 aprile 2023, n. 24).

### 3. La regolamentazione dei contratti derivati degli enti locali tra il neoformalismo della legislazione di settore e il rigore formale di matrice giuscontabile

#### 3.1. Il neoformalismo negoziale di stampo civilistico

##### 3.1.1. La libertà delle forme

Nell'impianto codicistico vige il principio generale della libertà delle forme di manifestazione della volontà negoziale, costituendo la forma uno specifico requisito di validità del contratto esclusivamente "quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità" (63).

Ove prescritto, il requisito formale "trova fondamento [...] nell'esigenza di responsabilizzazione del consenso e di certezza dell'atto, in funzione della sicurezza della circolazione dei diritti" (64).

##### 3.1.2. L'asimmetria negoziale come fonte di debolezza contrattuale e la finalità rimediale del neoformalismo

Per "contratto asimmetrico" si intende un modello contrattuale nell'ambito del quale le posizioni delle parti contraenti sono caratterizzate da una significativa asimmetria in termini di forza negoziale, declinabile, a seconda dei casi, come asimmetria informativa, economica o relazionale.

Il diverso, *rectius* asimmetrico, potere negoziale può dipendere da fattori come le qualità personali di uno dei contraenti oppure le obiettive condizioni di mercato (65).

L'asimmetria assume specifica rilevanza nel momento genetico del rapporto, in quanto idonea a incidere – alterandolo – sull'equilibrio sinallagmatico.

Il legislatore è intervenuto in un'ottica di bilanciamento delle posizioni contrattuali (66), introducendo un insieme di regole divergenti dalla disciplina generale del contratto di matrice codicistica, per definizione simmetrico (67).

Con l'espressione "neoformalismo" si intende la nuova tendenza del legislatore, manifestatasi con riferimento a determinati e specifici settori, a proteggere il processo di formazione della volontà negoziale attraverso una tutela di tipo formale, funzionale a rendere il contraente in posizione di debolezza contrattuale pienamente consapevole della propria scelta, consapevole della sua per il cui raggiungimento si pone come imprescindibile la completa conoscenza del contenuto del negozio.

Il settore "elettivo" di questa nuova "tendenza" è stato quello dei contratti rispetto ai quali la debolezza contrattuale di una delle parti contraenti discende da una situazione di asimmetria informativa: il requisito formale è, infatti, prescritto a garanzia del contraente c.d. debole, onde assicurargli la più ampia cognizione del documento negoziale predisposto dalla controparte.

Il mancato rispetto del requisito formale è sanzionato con una nuova tipologia di nullità ovvero la nullità c.d. di protezione (68), istituto introdotto con finalità rimediale-sanzionatoria e costituente una *species* della nullità negoziale, la cui genesi è rinvenibile nella normativa comunitaria sugli scambi, precipuamente volta alla tutela delle situazioni seriali di debolezza contrattuale che si risolvono in rapporti contrattuali sbilanciati.

La nullità di protezione costituisce lo strumento giuridico apprestato dall'ordinamento per riequilibrare i rapporti tra i contraenti (69) e – a differenza dalle ipotesi di nullità codificate dal legislatore nel 1942, la cui *ratio* risiede nella

(63) Art. 1325, n. 4, c.c.

(64) Cass., Sez. III, 2 settembre 2013, n. 20051.

(65) R. Galli, *Appunti di diritto civile*, Padova, Cedam, 2008, 398: l'A. osserva che la legislazione "mostra come la debolezza contrattuale poggi su due aspetti di fondo: l'asimmetria informativa e la posizione di subaltermità nei rapporti tra imprese".

(66) R. Galli, *op. cit.*: "il legislatore, nel delimitare l'ambito di operatività delle discipline protezionistiche, si [è] affidato in primo luogo a requisiti soggettivi, quali quelli di consumatore e professionista debole" (p. 399); in altri termini, il legislatore "individua lo status soggettivo del consumatore come potenzialmente esposto al rischio di abusi da parte di soggetti che, in quanto professionisti del settore economico di riferimento, possono comportarsi come contraenti smalzati" (p. 399).

(67) R. Galli, *op. cit.*: secondo l'A., il quale individua nell'impianto codicistico un'unica ipotesi di tutela del contraente debole, "la disciplina delle condizioni generali di contratto (art. 1341 c.c.) e del contratto concluso mediante moduli e formulari (art. 1342 c.c.) rappresenta una pionieristica forma di tutela del contraente debole limitata alle contrattazioni di massa. Ciò vuol dire che nell'impianto codicistico originario non vengono prese adeguatamente in considerazione le diverse capacità e competenze nella gestione degli affari, in quanto l'autonomia contrattuale sarebbe, in tale prospettiva, di per sé strumento di tutela, giacché il contraente, se reso pienamente consapevole del contratto, è in grado di decidere se aderire o meno al contratto. Come si vede, in tale impostazione, la nozione di contraente debole, seppure in nuce, è estremamente ristretta" (pp. 397-398).

(68) Nell'impianto codicistico vige la dicotomia nullità (assoluta)-annullabilità (relativa). Come osservato in dottrina, le ipotesi di nullità previste dal codice civile "trovavano la loro giustificazione nella necessità di fornire adeguata protezione agli interessi generali coinvolti nella vicenda contrattuale che potessero considerarsi sovraordinati rispetto a quelli particolari dei contraenti, i quali, invece, trovavano adeguata tutela nella disciplina della annullabilità del contratto. La diversa natura degli interessi protetti dalle due tipologie di sanzioni (nullità ed annullabilità) ne spiega il differente regime" (R. Galli, *op. cit.*, 397).

(69) Quanto alla legislazione nazionale la "primigenia" forma di nullità c.d. di protezione risale alla l. 6 febbraio 1996, n. 52 ("Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - legge comunitaria 1994"), mediante la quale era stato introdotto nel codice civile l'art. 1469-*quinquies*, che sanciva l'inefficacia delle clausole vessatorie inserite nei contratti conclusi con i consumatori. La disposizione è stata abrogata a seguito dell'adozione del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 ("Codice del

“necessità di fornire adeguata protezione agli interessi generali coinvolti nella vicenda contrattuale” (70) – “è posta a presidio, non più di interessi generali, ma di interessi settoriali e di categorie di soggetti economicamente deboli” (71).

La divergenza disciplinatoria che connota la nullità di protezione, riveniente dalla specificità del rapporto, ontologicamente caratterizzato da un’asimmetria negoziale, è declinabile in termini di differenziazione della legittimazione al relativo rilievo in sede giudiziale (72).

L’ordinamento, nel momento in cui appresta il rimedio sanzionatorio della nullità a tutela dell’interesse del contraente debole, demanda al medesimo, nella sua qualità di (unico) titolare dell’interesse protetto, la scelta se attivare o meno il rimedio (73).

In altri termini, la conservazione del contratto è condizionata esclusivamente alla volontà del contraente debole, al quale è rimessa, in ultima analisi, la valutazione di stretta convenienza circa la natura degli effetti (positivi o meno) rivenienti dalla scelta – discrezionale – ed esercitare il rimedio sanzionatorio; diversamente operando, risulterebbe vanificato lo scopo ontologicamente protettivo della tutela apprestata.

Ciò comporta che la relatività non è più appannaggio esclusivo dell’annullabilità e, conseguentemente, essendo connotata da una divergenza disciplinatoria, mette “in discussione la tradizionale dicotomia nullità assoluta/annullabilità relativa” (74).

Con riferimento alla nullità di protezione la legittimazione ad agire è differenziata, ponendosi in contrapposizione alla legittimazione generalizzata tipica del regime della nullità di stampo codicistico: la sterilizzazione degli effetti squilibranti discendenti dall’asimmetria informativa è demandata in via esclusiva al contraente debole, *rectius* protetto.

### 3.1.3. Il regime formale nel settore dell’intermediazione finanziaria

La tendenza del legislatore al neoformalismo negoziale ha trovato una specifica manifestazione nel settore dell’intermediazione finanziaria.

Per la redazione dei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento l’articolo 23 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (75) (c.d. Tuf) ha prescritto la forma scritta e comminato, per il caso di inosservanza di detto requisito, la nullità, declinabile in termini di nullità speciale c.d. di protezione (76).

Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, nel settore *de quo* il requisito della forma scritta *ad substantiam* deve essere inteso in senso (non strutturale, ma) funzionale, attesa la “chiara finalità della previsione della nullità, volta ad assicurare la piena indicazione al cliente degli specifici servizi forniti, della durata e delle modalità di rinnovo del contratto e di modifica dello stesso, delle modalità proprie con cui si svolgeranno le singole operazioni, della periodicità, contenuti e documentazione da fornire in sede di rendicontazione” (77): il requisito formale “deve ritenersi rispettato ove il contratto sia redatto per iscritto e ne sia consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente che vi sia la sottoscrizione di quest’ultimo, e non anche quella dell’intermediario, il cui consenso ben può desumersi alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti” (78).

---

consumo, a norma dell’articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229”), nel testo del quale compare, per la prima volta, la dizione “nullità di protezione”: l’art. 36 modifica in nullità la sanzione contro le clausole vessatorie quale rimedio posto a presidio del contenuto minimo e inderogabile del contratto del consumatore (“Le clausole considerate vessatorie [...] sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto”).

(70) R. Galli, *op. cit.*, 397.

(71) R. Galli, *op. cit.*, 398. L’A. aggiunge che “[s]i supera, in questo modo, l’idea per la quale il soggetto è comunque in grado di realizzare i propri interessi negoziali, e si arriva ad affidare all’ordinamento compiti protezionistici nell’ambito di quei settori caratterizzati da condizioni di squilibrio economico, cognitivo ed informativo. Se questa è la ratio, è evidente come il regime della nullità assoluta difficilmente avrebbe dato soddisfacente risposta alle suesposte esigenze. Ciò giustifica – ed è questo il dato più significativo che rompe col passato – la legittimazione relativa che connota la nullità di protezione”.

(72) R. Galli, *op. cit.*: “mentre dall’art. 1421 c.c. si desumeva un rapporto di regola ed eccezione tra i casi di legittimazione generale e quelli in cui la nullità poteva essere fatta valere solo da determinati soggetti, la previsione di sempre più numerose ipotesi di nullità relative di protezione, ha significativamente alterato tale equilibrio” (p. 398).

(73) R. Galli, *op. cit.*: nel caso di nullità di protezione “la legittimazione spetterà al solo soggetto titolare dell’interesse protetto e al giudice previa valutazione degli effetti positivi sul primo. Nel caso di nullità assoluta, invece, la legittimazione spetta a chiunque vi abbia interesse ed è rilevabile d’ufficio dal giudice incondizionatamente” (p. 398).

(74) R. Galli, *op. cit.*, 398.

(75) Recante il “Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52”.

(76) Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. I, 27 aprile 2016, n. 8395. La nullità del contratto, sancita a “tutela dell’investitore a fronte di un’operazione in derivati connotata da costi occulti [...] non è quella, virtuale (art. 1418, comma 1, c.c.), di cui si sono occupate due ben note pronunce delle Sezioni Unite (Cass. Sez. U. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725) per escludere che essa abbia a prospettarsi in caso di inosservanza degli obblighi informativi da parte dell’intermediario, ma una nullità strutturale (art. 1418, comma 1, c.c.), inerente ad elementi essenziali del contratto” (Cass., Sez. I, 10 agosto 2022, n. 24654).

(77) Cass., S.U., 16 gennaio 2018, n. 898.

(78) Cass., S.U., n. 898/2018, cit., la quale – con specifico riguardo alla questione della necessità o meno, al fine del rispetto del requisito della forma scritta, della sottoscrizione di entrambe le parti (ovvero sia dell’intermediario che dell’investitore) – ha enunciato il

### 3.2. Il regime formale tipico della contrattualistica pubblica e le relative implicazioni giuscontabili

#### 3.2.1. La forma scritta ad substantiam e l'unicità documentale

Nella contrattualistica pubblica il referente normativo in materia di regime formale è costituito dal combinato disposto degli articoli 16 e 17 del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440 (79), i quali sanciscono un generale obbligo di adozione della forma scritta.

L'imposizione *ex lege* del requisito della forma scritta *ad substantiam* comporta che l'intervenuta stipulazione, da parte della pubblica amministrazione, del contratto non può discendere “*da una manifestazione di volontà implicita o da comportamenti meramente attuativi*” (80).

La volontà di obbligarsi “*non può desumersi per implicito da fatti o atti, dovendo essere manifestata nelle forme richieste dalla legge*” (81), con conseguente irrilevanza, in termini di produzione di effetti negoziali, del “*mero comportamento concludente, anche se protrattosi per anni*” (82).

L'imposizione della forma scritta *ad substantiam* costituisce precipua “*espressione dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione e garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa, sul presupposto che solo tale forma consente di identificare con precisione l'obbligazione assunta e l'effettivo contenuto negoziale dell'atto, rendendolo agevolmente controllabile anche in punto di necessaria copertura finanziaria*” (83).

Nell'ambito della contrattualistica pubblica il requisito formale rappresenta uno “*strumento di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa, sia nell'interesse del cittadino, costituendo remora ad arbitri, sia nell'interesse della stessa p.a., agevolando detta forma l'espletamento della funzione di controllo*” (84).

---

seguinte principio di diritto: “*In tema d'intermediazione finanziaria, il requisito della forma scritta del contratto-quadro, posto a pena di nullità (azionabile dal solo cliente) dall'art. 23 del d.lgs. n. 58 del 1998, va inteso non in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità di protezione dell'investitore assunta dalla norma, sicché tale requisito deve ritenersi rispettato ove il contratto sia redatto per iscritto e ne sia consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente che vi sia la sottoscrizione di quest'ultimo, e non anche quella dell'intermediario, il cui consenso ben può desumersi alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti*” (massima rv. 646965-01).

(79) Recante “*Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*”. Le eccezioni al regime formale sono possibili soltanto nei casi previsti dalla legge, quale, a titolo esemplificativo, quello degli acquisiti mediante i fondi economici (per un approfondimento, v. Corte conti, Sez. contr. reg. Calabria, 15 febbraio 2021, n. 66). “*In ragione della natura imprenditoriale dell'attività svolta e della sua autonomia organizzativa e gestionale rispetto allo stato e agli enti locali da cui è partecipata, l'azienda speciale di ente pubblico territoriale, pur appartenendo al sistema con il quale la p.a. gestisce i servizi pubblici che abbiano per oggetto produzioni di beni e attività rivolte a soddisfare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, non può qualificarsi, ai fini della normativa sulla forma dei contratti di cui agli articoli 16 e 17 del r.d. n. 2440 del 1923 pubblica amministrazione in senso stretto. Ne consegue che per i suoi contratti non è imposta la forma scritta ad substantiam, né sono vietate la stipula per facta concludentia o mediante esecuzione della prestazione ex art. 1327 c.c., ma vige, al contrario, il principio generale della libertà della forma di manifestazione della volontà negoziale*” (Cass., S.U., 9 agosto 2018, n. 20684, massima rv. 650274-01).

(80) Cons. Stato, Sez. III, 12 settembre 2019, n. 6151. “*Il contratto mancante della forma scritta non è suscettibile di sanatoria poiché gli atti negoziali della p.a. constano di manifestazioni formali di volontà, non surrogabili con comportamenti concludenti, né, a tal fine, è sufficiente che il professionista accetti, espressamente o tacitamente, la delibera a contrarre, atteso che questa, benché sottoscritta dall'organo rappresentativo medesimo, resta un atto interno che l'ente può revocare ad nutum*” (Cass., Sez. VI-2, 14 gennaio 2021, n. 510).

(81) Cass., Sez. III, 11 novembre 2015, n. 22994. Per quanto attiene alla questione della (eventuale) rilevanza delle delibere interne in sede di accertamento della volontà negoziale dell'ente pubblico i Giudici di legittimità hanno enunciato il seguente principio di diritto: “*In tema di contratti degli enti pubblici, stante il requisito della forma scritta imposto a pena di nullità per la stipulazione di tali contratti, la volontà degli enti predetti dev'essere desunta esclusivamente dal contenuto dell'atto, interpretato secondo i canoni ermeneutici di cui agli artt. 1362 ss. c.c., non potendosi fare ricorso alle deliberazioni degli organi competenti, le quali, essendo atti estranei al documento contrattuale, assumono rilievo ai soli fini del procedimento di formazione della volontà, attenendo alla fase preparatoria del negozio e risultando pertanto prive di valore interpretativo o ricognitivo delle clausole negoziali, a meno che non siano espressamente richiamate dalle parti; né può aversi riguardo, per la determinazione della comune intenzione delle parti ex art. 1362, comma 2, c.c., alle deliberazioni adottate da uno degli enti successivamente alla conclusione del contratto ed attinenti alla fase esecutiva del rapporto, in quanto aventi carattere unilaterale*” (Cass., Sez. I, 9 maggio 2018, n. 11190, massima rv. 649029-01). Nella fattispecie scrutinata, riguardante una convenzione tra comune, provincia e società privata per un appalto di servizi, con anticipazione del corrispettivo a carico della provincia e diritto al recupero nei confronti del comune, la Suprema Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto legittimi i pagamenti in acconto effettuati dalla provincia sulla base di una propria delibera, successiva alla stipulazione della convenzione, ritenuta integrativa del contenuto di questa, la quale, invece, non prevedeva il frazionamento del pagamento in acconti per stati di avanzamento).

(82) Cass. n. 22994/2015, cit. “*In tema di attività di diritto civile della p.a., nel cui ambito vige il principio della forma scritta dell'atto a pena di nullità, l'invio della disdetta nel termine previsto negozialmente impedisce che possa ritenersi prorogato per fatti concludenti il contratto scritto, nel quale pure sia pattuita la rinnovazione tacita, atteso che, una volta verificatisi gli effetti della disdetta, le parti possono porli nel nulla solo con un ulteriore atto avente natura contrattuale che, nel caso della p.a., la cui inerzia è insuscettibile d'integrare una condotta produttiva di effetti negoziali, deve rivestire forma scritta ed essere adottato dall'organo legittimato a rappresentare l'ente ed a concludere, in suo nome e per suo conto, i contratti*” (Cass., Sez. III, 9 maggio 2017, n. 11231, massima rv. 644193-01).

(83) Cons. Stato, Sez. V, 29 maggio 2019, n. 3575.

(84) Cass., Sez. I, 27 luglio 2004, n. 14099.

Per quanto attiene, specificamente, alla questione interpretativa circa la necessità o meno – con riferimento ai contratti conclusi con la modalità della trattativa privata (85) – dell'unicità documentale e della contestualità spazio-temporale delle sottoscrizioni esistono due diverse posizioni giurisprudenziali.

L'orientamento più rigoroso richiede, facendo leva sul dato testuale desumibile dall'articolo 16 del regio decreto n. 2440 del 1923, la consacrazione in un unico documento: “*i contratti stipulati con la pubblica amministrazione devono essere redatti, a pena di nullità, in forma scritta con la sottoscrizione di un unico documento, rappresentando essa strumento indefettibile di garanzia del regolare svolgimento dell'attività negoziale della p.a., nell'interesse sia del cittadino sia della stessa amministrazione*” (86).

Quanto alla questione del rinnovo tacito l'imposizione della forma scritta *ad substantiam* “*determina non solo l'esclusione della possibilità di desumere l'intervenuta stipulazione del contratto da una manifestazione di volontà implicita o da comportamenti meramente attuativi, ma anche la necessità che, salvo diversa previsione di legge, l'intera vicenda negoziale sia consacrata in un unico documento, contenente tutte le clausole destinate a disciplinare il rapporto. Ciò vale anche per il rinnovo dei contratti, che, dunque, non può avvenire tacitamente*” (87).

Ne consegue, secondo l'orientamento *de quo*, l'inidoneità – al fine del perfezionamento del contratto – del mero «*scambio di proposta ed accettazione tra assenti (salva l'ipotesi eccezionale prevista “ex lege” di contratti conclusi con ditte commerciali)*» (88), essendo, comunque, imprescindibile, per ritenere sussistente una valida manifestazione della volontà negoziale, la sottoscrizione di un unico documento, “*sebbene non contemporanea, ma avvenuta in tempi e luoghi diversi*” (89).

L'unica eccezione alla (ritenuta) necessità dell'unicità documentale è individuata con riferimento ai contratti con le imprese commerciali *ex* articolo 17 del regio decreto n. 2440 del 1923, i quali «*possono essere conclusi attraverso atti non contestuali, a mezzo di corrispondenza “secondo l'uso del commercio”, non essendo comunque sufficiente che da atti scritti risultino comportamenti attuativi di un accordo solo verbale*» (90).

L'orientamento giurisprudenziale meno formalistico, invece, reputa non necessaria la redazione del contratto su un unico documento sottoscritto da entrambi i contraenti, potendo il requisito della forma scritta *ad substantiam* essere soddisfatto anche mediante lo scambio di (distinte) missive recanti la proposta e l'accettazione, entrambe sottoscritte e tra loro collegate (91).

### 3.2.2. La (non) riconoscibilità del debito fuori bilancio nell'ipotesi di assenza di contratto scritto

Il mancato rispetto degli obblighi di forma prescritti per la redazione dei contratti della pubblica amministrazione ha, nell'ipotesi in cui si tratti di un contratto passivo, specifiche implicazioni sul piano giuscontabile: si pone, al

(85) Cfr. art. 17 r.d. n. 2440/1923, mentre il precedente art. 16 prevede la forma pubblica amministrativa.

(86) Cass., Sez. I, 15 giugno 2015, n. 12316. Conformi, *ex multis*, Cass., Sez. I, 12 luglio 2001, n. 9428; n. 14099/2004, cit. “*I contratti conclusi dalla p.a. richiedono la forma scritta ad substantiam e devono essere consacrati in un unico documento, ciò che esclude il loro perfezionamento attraverso lo scambio di proposta ed accettazione tra assenti (salva l'ipotesi eccezionale prevista ex lege di contratti conclusi con ditte commerciali), mentre tale requisito di forma deve ritenersi soddisfatto nel caso di cd. elaborazione comune del testo contrattuale, e cioè mediante la sottoscrizione – sebbene non contemporanea, ma avvenuta in tempi e luoghi diversi – di un unico documento contrattuale il cui contenuto (nella specie, relativo ad un rapporto di locazione) sia stato concordato dalle parti*” (Cass., Sez. III, 17 giugno 2016, n. 12540, massima rv. 640379-01). “*I contratti conclusi dalla p.a. richiedono, al fine di soddisfare il requisito della forma scritta ad substantiam, la contestualità delle manifestazioni di volontà delle parti, salva l'ipotesi eccezionale prevista dall'art. 17 del r.d. n. 2440 del 1923 per i contratti stipulati con ditte commerciali. La proposta e l'accettazione possono, comunque, essere contenute in documenti distinti, purché siano poi consacrate in un unico testo*” (Cass., Sez. III, 20 marzo 2020, n. 7478, massima rv. 657426-01. Nella fattispecie scrutinata la Suprema Corte ha cassato con rinvio la decisione di appello che aveva ritenuto sufficiente, ai fini del perfezionamento del contratto, l'accettazione successiva e separata, per corrispondenza, da parte di una università, della precedente proposta di convenzione formulata da un'associazione culturale).

(87) Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, 23 luglio 2018, n. 1795.

(88) Cass. n. 12540/2016, cit.

(89) *Ibidem*.

(90) Cass., Sez. I, 17 marzo 2015, n. 5263. Nella fattispecie scrutinata la Suprema Corte ha ritenuto che le fatture prodotte in giudizio dalla p.a. convenuta non potessero rappresentare la forma scritta dell'accordo e non fossero suscettibili di rappresentare un comportamento processuale implicitamente ammissivo del diritto sorto dall'atto negoziale non esibito.

(91) “*Il requisito della forma scritta, richiesta ad substantiam per la stipulazione dei contratti della p.a., nei contratti conclusi con la modalità della trattativa privata, non richiede necessariamente la redazione dell'atto su di un unico documento sottoscritto da entrambe le parti, ma può essere soddisfatto anche mediante lo scambio delle missive recanti, rispettivamente, la proposta e l'accettazione, entrambe sottoscritte ed inscindibilmente collegate, in modo da evidenziare inequivocabilmente la formazione dell'accordo, perché questa modalità di stipulazione del contratto, generalmente ammessa dall'ordinamento, non è esclusa per tali contratti dalla formula di cui all'art. 17, r.d. n. 2440 del 1923*” (Cass., Sez. I, 27 ottobre 2017, n. 25631, massima rv. 647056-02). “*I contratti stipulati dalla p.a. a trattativa privata ai sensi dell'art. 17 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, pur richiedendo in ogni caso la forma scritta ad substantiam, possono anche non risultare da un unico documento, ove siano stipulati secondo l'uso del commercio e riguardino ditte commerciali. Peraltro, occorre in ogni caso che il perfezionamento del contratto risulti dallo scambio di proposta e accettazione, non potendo ritenersi sufficiente che la forma scritta investa la sola dichiarazione negoziale della amministrazione, né che la conclusione del contratto avvenga per facta concludentia, con l'inizio dell'esecuzione della prestazione da parte del privato attraverso l'invio della merce e delle fatture, secondo il modello dell'accettazione tacita previsto dall'art. 1327 cod. civ.*” (Cass. n. 12316/2015 cit., massima rv. 635756-01).



ricorrere dell'evenienza *de qua*, un problema di mancata programmazione della spesa, soprattutto alla luce del principio della (necessaria) copertura finanziaria (92).

Con precipuo riferimento agli enti locali il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, recante il “*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*” (c.d. Tuel) regola la procedura giuscontabile di gestione della spesa pubblica in maniera analitica e puntuale (93), in virtù della dirimente constatazione che “*l'azione della pubblica amministrazione non è nella disponibilità del singolo ente, ma è funzionale a garantire alla collettività di riferimento che detta azione si svolga nel rispetto del principio di legalità*” (94).

Nonostante ciò, a livello di prassi operativa si sono registrate deviazioni del procedimento di spesa dai principi normativi e dalle ordinarie procedure che lo presidono, deviazioni comportanti *de facto* passività non precedute dalla preventiva adozione del relativo impegno di spesa: si tratta del fenomeno dei c.d. debiti fuori bilancio, ovvero obbligazioni pecuniarie perfezionate dal punto di vista giuridico, ma non da quello giuscontabile (95), in quanto insorte in assenza di un previo specifico impegno contabile di spesa, nonché in violazione dell'ordinario iter di formazione della volontà dell'ente locale.

Per quanto attiene al piano prettamente definitorio, il Ministero dell'interno ha definito il debito fuori bilancio come – testualmente – la “*obbligazione verso terzi per il pagamento di una determinata somma di denaro che grava sull'ente, non essendo imputabile, ai fini della responsabilità, a comportamenti attivi od omissivi di amministratori e funzionari, e che non può essere regolarizzata nell'esercizio in cui l'obbligazione stessa nasce, in quanto assunta in violazione delle norme giuscontabili che regolano i procedimenti di spesa degli enti locali*” (96).

Nel contempo, il detto ministero ha individuato i requisiti – di carattere generale – che l'obbligazione pecuniaria deve possedere per essere riconosciuta come “debito fuori bilancio”: i) certezza, “*cioè che esista effettivamente una obbligazione a dare, non presunta ma inevitabile per l'ente*”; ii) liquidità, “*nel senso che sia individuato il soggetto creditore, il debito sia definito nel suo ammontare, l'importo sia determinato o determinabile mediante una semplice operazione di calcolo aritmetico*”; iii) esigibilità, “*cioè che il pagamento non sia dilazionato da termine o subordinato a condizione*”.

Secondo la Magistratura contabile, il debito fuori bilancio, il quale “*sorge per il fatto che lo stesso si è perfezionato giuridicamente, ma non contabilmente*” (97), può essere definito come quel “*debito costituito da obbligazioni pecuniarie, relative al conseguimento di un fine pubblico, valide giuridicamente ma non perfezionate contabilmente [...] e che, pertanto, rappresenta, sostanzialmente, una obbligazione dell'ente locale, valida sul piano giuridico, ma assunta in violazione del procedimento giuscontabile di spesa normativamente previsto*” (98).

In estrema sintesi, il debito fuori bilancio rappresenta un'obbligazione pecuniaria perfezionata a livello di ordinamento civilistico, insorta, però, in assenza di un previo specifico impegno contabile di spesa, nonché in violazione dell'ordinario iter di formazione della volontà dell'ente locale.

(92) Il Giudice delle leggi ha chiarito che «*il canone costituzionale dell'art. 81, terzo comma, Cost. “opera direttamente, a prescindere dall'esistenza di norme interposte” (ex plurimis, sentenza n. 26 del 2013)*» e affermato che “*costituisce principio generale che tutte le risorse stanziare in bilancio siano già interamente impegnate e dirette a sovvenire a spese già ivi previste (ex multis, sentenze n. 171 del 2021 e n. 209 del 2017)*” (Corte cost. 2 dicembre 2021, n. 226).

(93) Le fasi previste dal Tuel sono quattro: l'impegno (cfr. art. 183 Tuel), la liquidazione (cfr. art. 184 Tuel), l'ordinazione (cfr. art. 185 Tuel) e il pagamento (cfr. art. 185 Tuel). Come chiarito dal principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria di cui all'allegato n. 4/2 al d.lgs. n. 118 del 2011, gli elementi costitutivi dell'impegno di spesa, avente il proprio presupposto in un'obbligazione giuridicamente perfezionata assunta dall'ente, sono la ragione del debito, la somma da pagare, il soggetto creditore, la scadenza dell'obbligazione e la specificazione del vincolo costituito sullo stanziamento di bilancio. L'impegno di spesa si perfeziona mediante l'adozione dell'atto gestionale, il quale – previa verifica della ricorrenza dei suddetti elementi costitutivi e della sussistenza della necessaria copertura finanziaria – dà atto degli effetti di spesa in relazione a ciascun esercizio finanziario contemplato dal bilancio di previsione. L'assunzione dell'impegno di spesa, inteso “*quale accantonamento e destinazione di una somma per la realizzazione di una determinata iniziativa onerosa*”, costituisce “*un atto non meramente formale [...] bensì necessario a garantire la copertura finanziaria della spesa*” (Corte conti, Sez. II centr. app., 2 marzo 2018, n. 125) e risponde a criteri giuscontabilistici di carattere generale, “*volti ad assicurare la corretta gestione delle risorse pubbliche*” (*ibidem*) e a consentire agli amministratori di “*conoscere con esattezza, di volta in volta, l'entità delle risorse a disposizione*” (Corte conti, Sez. contr. reg. Liguria, 12 dicembre 2016, n. 99).

(94) Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, 22 novembre 2017, n. 326.

(95) La locuzione “fuori bilancio” è “*da intendere riferita ad una fattispecie non considerata negli indirizzi programmatici e nelle autorizzazioni di bilancio approvate dal consiglio, sia a livello annuale, sia pluriennale, perfezionate dalla giunta con la definizione ed approvazione del Piano esecutivo di gestione*” (cfr. principio contabile n. 2 per gli enti locali sulla “*Gestione nel sistema del bilancio*” approvato in data 18 novembre 2008 dall'Osservatorio per la finanza e la contabilità degli enti locali istituito presso il Ministero dell'interno).

(96) Ministero interno, circ. n. 21 del 20 settembre 1993.

(97) Corte conti, Sez. contr. reg. Trentino-Alto Adige, 25 luglio 2018, n. 35.

(98) Corte conti, Sez. contr. reg. Veneto, 1 settembre 2017, n. 461. Il debito fuori bilancio “*rappresenta un'obbligazione verso terzi per il pagamento di una somma di denaro, assunta in violazione delle norme giuscontabili che regolano il procedimento finanziario di assunzione degli impegni di spesa da parte degli enti locali*” (Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, 18 marzo 2020, n. 34).

Il legislatore è intervenuto, in via rimediabile, approntando un'apposita disciplina volta a procedimentalizzare la riconduzione del debito fuori bilancio *“all'interno della sfera patrimoniale dell'ente, ricongiungendo debito e volontà amministrativa sul piano dell'adempimento”* (99).

Dal punto di vista giuscontabile il perfezionamento dell'obbligazione presuppone il riconoscimento, da parte dell'ente debitore, della sua legittimità, riconoscimento da formalizzare seguendo la procedura appositamente prevista dall'articolo 194 (100) del Tuel, norma avente *“carattere eccezionale”*, la quale, come chiarito dai Giudici contabili, non legittima l'ente locale a effettuare spese in difformità dai procedimenti disciplinati dalla legge, ma è volta, *“nei casi previsti e tipizzati dalla norma de qua, [a] ricondurre particolari tipologie di spesa nel complessivo sistema di bilancio”* (101), in tal modo sanando sia il presupposto giuridico (*id est*, obbligazione assunta in conformità alla norma) che quello contabile (*id est*, imputazione della spesa occorrente in capo all'ente che ha provveduto al relativo riconoscimento) (102).

Il riconoscimento della legittimità del debito fuori bilancio rientra nella competenza deliberativa del consiglio comunale, *“organo di indirizzo e di controllo politico-amministrativo”* (103) dell'ente locale, cui è demandato, in generale, il governo dell'attività di gestione finanziaria e, in particolare, il vaglio della legittimità del titolo del debito *«in termini di “pertinenza”, cioè inerenza alle competenze di legge attribuite all'ente, e di “continenza”, vale a dire, di esercizio delle stesse in modo conforme all'ordinamento»*, nonché il reperimento dei mezzi finanziari di copertura della spesa (104).

La valutazione con esito positivo della riconoscibilità del debito fuori bilancio comporta l'adozione di un'apposita delibera (105), mediante la quale, in ossequio al principio della (necessaria) copertura finanziaria, è *“ripristinata la fisiologia della fase della spesa”* (106) e sono indicate le risorse – da individuare, a loro volta, tra le fonti di finanziamento consentite dall'ordinamento giuscontabile – utilizzabili per la copertura finanziaria della spesa riveniente dall'assunzione del nuovo impegno contabile (107).

(99) Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, 22 luglio 2013, n. 339. Nell'ordinamento contabile degli enti locali la primigenia menzione dei debiti fuori bilancio risale all'art. 1-bis del d.l. 1 luglio 1986, n. 318 (*“Provvedimenti urgenti per la finanza locale”*), convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 1986, n. 488, intervento normativo *“animato”* dal precipuo intento di consentire a comuni e province di sanare i debiti fuori bilancio, rendendoli *in primis* visibili agli effetti dei risultati della gestione e *in secundis* oggetto di appositi provvedimenti finalizzati al riequilibrio della gestione nell'ottica del rispetto del pareggio finanziario.

(100) Con precipuo riferimento all'art. 194 Tuel, l'Osservatorio per la finanza e la contabilità degli enti locali, istituito presso il Ministero dell'interno, ha osservato che detta norma ha *“carattere eccezionale”*, essendo *“finalizzata a ricondurre nei casi previsti e tipici, particolari tipologie di spesa nel sistema di bilancio”* e che, in virtù del particolare carattere posseduto, *“non consente di effettuare spese in difformità dai procedimenti disciplinati dalla legge”*. L'Osservatorio ha, altresì, testualmente definito *“tassativa”* l'elencazione, contenuta nell'art. 194 del Tuel, dei casi in cui è consentito all'ente locale il riconoscimento – postumo – della legittimità di debiti non previsti in sede di programmazione annuale e di bilancio.

(101) Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, n. 326/2017, cit.

(102) *«La legge regionale di riconoscimento di un debito fuori bilancio deve, ai sensi del comma 3 dell'art. 73 del d.lgs. n. 118 del 2011, contestualmente individuare nel bilancio “le disponibilità finanziarie sufficienti per effettuare le spese conseguenti” a tale riconoscimento. Le risorse occorrenti, quindi, non possono che essere rinvenute nel bilancio di previsione che gestisce l'esercizio in cui la spesa è introdotta. Del resto, l'individuazione della copertura deve essere contestuale alla previsione dell'onere, oltretutto congrua e attendibile (sentenze n. 226, n. 156 e n. 106 del 2021 e n. 197 del 2019), per cui la legge regionale di riconoscimento di un debito fuori bilancio deve apprestare la relativa copertura facendo riferimento alle risorse finanziarie in quel momento effettivamente disponibili»* (Corte cost. 28 marzo 2023, n. 51). Il principio dell'annualità del bilancio sancito al punto 1 dell'Allegato 1 (*“Principi generali o postulati”*) al d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118 (*“Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 5 maggio 2009, n. 42”*), nonché con il principio applicato 9.1 dell'Allegato 4/2 (*“Principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria”*) al d.lgs. n. 118/2011 *“rappresentano [...] norme interposte rispetto all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.”* (Corte cost. 2 maggio 2023, n. 81).

(103) Art. 42, c. 1, Tuel.

(104) Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, n. 339/2013, cit.

(105) Pur avendo la giurisprudenza di legittimità riconosciuto l'applicabilità della disciplina dettata dall'art. 1988 c.c. anche agli atti della pubblica amministrazione (*ex multis*, Cass., Sez. III, 29 maggio 2003, n. 8643), al quesito se la delibera consiliare postuma di riconoscimento della legittimità del debito fuori bilancio possa valere come ricognizione di debito i giudici della Suprema Corte di cassazione hanno risposto negativamente, in virtù della dirimente constatazione che la delibera consiliare è *“un mero atto interno, avente come destinatario il diverso organo dell'ente legittimato a esprimerne la volontà all'esterno e carattere meramente autorizzatorio ma non è idonea a far sorgere un valido rapporto contrattuale”* (Cass., Sez. II, 13 maggio 2022, n. 15303): *“La delibera comunale con la quale, in sede di riconoscimento di debito fuori bilancio, il Comune destina una somma al pagamento del corrispettivo dell'opera eseguita, in assenza di un valido contratto a monte fonte di obbligazione, non può configurarsi come ricognizione postuma di debito, non innovando, pertanto, il detto riconoscimento la disciplina che regola la conclusione di contratti da parte della p.a., né introducendo una sanatoria per i contratti eventualmente nulli o comunque invalidi, come quelli conclusi senza la forma scritta richiesta ad substantiam”* (*ibidem*).

(106) Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, n. 34/2020, cit.

(107) Cfr. art. 193, c. 3, e art. 194, cc. 2 e 3, Tuel. I Giudici contabili hanno chiarito come *“in una corretta gestione finanziaria l'emersione di un debito non previsto nel bilancio di previsione debba 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, e il reperimento delle necessarie coperture secondo quanto previsto dall'art. 193, comma 3, e 194, commi 2 e 3”* (Corte conti, Sez. autonomie, 23 ottobre 2018, n. 21, in questa Rivista, 2018, 5-6, 42, con nota di A.M. Quaglini).

Per quanto attiene al trattamento giuscontabile da riservare al debito riveniente da un contratto (passivo) affetto da nullità, in quanto non stipulato in forma scritta, i Giudici contabili, dopo aver precisato che l'assenza della forma scritta “*determina la deficienza strutturale dell'atto, ossia la mancanza e l'impossibilità originaria di un elemento costitutivo*” (108) e sottolineato l'inidoneità del contratto privo della forma scritta “*a produrre gli effetti suoi propri nei confronti dell'amministrazione pubblica*” (109), hanno affermato che «*il difetto di forma scritta nei contratti con il comune determina la mancata costituzione dell'obbligazione contrattuale nei confronti dell'amministrazione con la conseguenza che non vi può essere “debito” fuori bilancio da riconoscere*» (110).

Invero, al fine della sua applicabilità l'articolo 194 del Tuel “*presuppone l'esistenza di un'obbligazione giuridicamente perfezionata nei confronti dell'ente locale*” (111): «*proprio perché il contratto che difetta di forma scritta ad substantiam [...] non costituisce un'obbligazione giuridicamente perfezionata, “non risulta applicabile l'art. 194 Tuel che rappresenta una disciplina eccezionale, relativa ad ipotesi tassative e di tendenziale stretta interpretazione” (ex multis Sez. contr. Lombardia, parere n. 65 del 22 febbraio 2013)*» (112).

Ne consegue l'imputabilità del rapporto obbligatorio (non all'ente locale, ma) direttamente all'amministratore, funzionario o dipendente intervenuto nella contrattazione.

### 3.2.3. Il regime formale valevole per i contratti derivati stipulati dagli enti locali

Nell'ipotesi in cui l'investitore in strumenti finanziari derivati sia un ente locale concorrono rimedi diversamente modulati dall'ordinamento per il caso di inosservanza del requisito formale.

La giurisprudenza di legittimità – intervenuta sulla questione della conciliabilità, nell'ambito della contrattualistica pubblica, della nullità speciale di protezione prevista dall'articolo 23 del Tuf con la regola generale della forma scritta *ad substantiam* valida per i contratti stipulati dai soggetti pubblici – ha riconosciuto la “*prevalenza del regime della forma scritta ad substantiam che è propria dei contratti della pubblica amministrazione*” (113): nell'ipotesi in cui l'ente locale sia parte di un contratto stipulato con un intermediario finanziario e assoggettato al requisito formale prescritto dal Tuf non trova applicazione l'articolo 23 del decreto legislativo n. 58 del 1998 (114).

Conclusionone – questa – alla quale la giurisprudenza di legittimità è pervenuta valorizzando la *ratio* sottesa al rigore formale imposto nella contrattualistica pubblica: la forma scritta “*non è volta a tutelare gli interessi sia pure pubblici ma settoriali (cioè inerenti all'ambito delle attribuzioni) di un determinato ente pubblico, quanto gli interessi generali della collettività che soverchiano quelli dell'ente pubblico che è parte in causa, quale strumento di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa e di tutela delle risorse pubbliche, in attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento della p.a., a norma dell'art. 97 Cost.*” (115).

Nella concorrenza del regime disciplinatorio di cui all'articolo 23 del decreto legislativo n. 58 del 1998 con quello di cui all'articolo 17 del regio decreto n. 2440 del 1923 “*deve assicurarsi prevalenza alla disciplina dettata da quest'ultima norma, con la conseguenza che la nullità è rilevabile d'ufficio ed è insuscettibile di qualsiasi forma di sanatoria*” (116).

## 4. Considerazioni conclusive

Il settore dell'intermediazione finanziaria è annoverabile tra quelli nell'ambito dei quali ha trovato espressa manifestazione la tendenza del legislatore nazionale al neoformalismo negoziale, quale esplicazione, a livello normativo, dell'intento di proteggere il processo di formazione della volontà negoziale attraverso una tutela di tipo formale, funzionale a condurre il contraente in posizione di debolezza contrattuale alla piena consapevolezza della scelta operata con la stipulazione del contratto.

Al detto fine il decreto legislativo n. 58 del 1998 ha imposto, in sede di stipulazione dei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, il requisito della forma scritta *ad substantiam*, la cui inosservanza è sanzionata con la nullità c.d. di protezione: la specialità di quest'ultima risiede nella regola della legittimazione ad agire differenziata, essendo il contraente debole, *rectius* protetto, l'unica parte contrattuale legittimata al relativo rilievo in via giudiziale.

Nell'ipotesi di contratti derivati stipulati dagli enti locali la concorrenza tra il requisito formale prescritto dal Tuf e il rigore formale tipico della contrattualistica pubblica è stata risolta, dalla giurisprudenza di legittimità, con il riconoscimento della prevalenza della disciplina recata dal regio decreto n. 2440 del 1923. Ciò in ragione dell'esigenza – sottesa all'imposizione della forma scritta *ad substantiam* – consistente nella tutela degli interessi generali della collettività, i quali soverchiano quelli – seppure pubblici, ma, comunque, settoriali – dell'ente locale che è parte del contratto,

(108) Corte conti, Sez. contr. reg. Trentino-Alto Adige, n. 35/2018, cit.

(109) *Ibidem*.

(110) *Ibidem*.

(111) *Ibidem*.

(112) *Ibidem*.

(113) Cass. n. 25631/2017, cit.

(114) Cfr. Cass. n. 25631/2017, cit.

(115) Cass. n. 25631/2017, cit.

(116) *Ibidem*.

essendo lo scritto inteso quale strumento di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa e di tutela delle risorse pubbliche, in attuazione del canone costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione.

\* \* \*

## IL RUOLO PREMINENTE DELLE SCRITTURE CONTABILI NELL'ESPLETAMENTO DEL DIRITTO DI CONTROLLO DEI SOCI A TUTELA DEGLI INTERESSI PUBBLICI E PRIVATI

di Francesco Cossu (\*)

*Abstract:* Il lavoro esamina la disciplina dell'istituto del controllo individuale del socio sull'amministrazione della società a responsabilità limitata, anche a partecipazione pubblica, evidenziandone oltre il contenuto sostanziale, anche le relative modalità di attuazione e le eventuali divergenze di carattere interpretativo, in merito al perimetro entro cui circoscrivere gli spazi di autonomia concessi ai soci in conformità ai principi stabiliti anche dalla disciplina sugli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili così come introdotto dal codice della crisi e dell'insolvenza.

*This work discusses the regulations concerning shareholders' individual control over the management of limited-liability companies, including publicly owned ones. Not only are the main principles outlined, but their implementation methods and interpretative discrepancies are also taken into account, with regard to the autonomy of shareholders pursuant to the organizational, administrative and accounting principles established in the Italian Crisis and Insolvency Code.*

*Sommario:* 1. *Introduzione.* – 2. *Oggetto e finalità del diritto di controllo da parte del socio.* – 3. *La consultazione delle scritture contabili quale efficace strumento di controllo del socio.* – 4. *Il tema della “tutela” delle informazioni aziendali nell'espletamento dell'attività di controllo del socio.* – 5. *Applicazione del diritto di controllo nelle società a partecipazione pubblica.* – 6. *L'estensione del diritto di controllo del socio ai nuovi assetti organizzativi, amministrativi e contabili.*

### 1. Introduzione

L'art. 2476, secondo comma, c.c. prevede la possibilità, attribuita a ciascun socio che non partecipa all'amministrazione sociale, di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari della società e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali e i documenti relativi all'amministrazione (1).

I “soci che non partecipano all'amministrazione”, espressione già utilizzata dall'art. 2261 c.c., devono essere inquadrati in quei soci che, anche formalmente, sono estranei alla gestione e in quelli che, nonostante siano stati investiti del relativo potere, non abbiano partecipato al singolo affare (2).

La *ratio* del legislatore nell'attribuzione ai soci di diritti in tema di controlli si ravvisa nella rilevanza centrale del socio all'interno della nuova società a responsabilità limitata, così come disciplinato nella sostanza dall'art. 2261 nell'ambito delle società di persone, avvalorando una caratterizzazione maggiormente personalistica delle norme disciplinanti la s.r.l., non più formate sulla struttura delle s.p.a. (3).

Il problema è inquadrare la natura della norma: se cioè debba essere considerata imperativa in quanto non fa espressamente salva una diversa disposizione statutaria, oppure se debba essere considerata di natura dispositiva, in quanto non preclude espressamente la possibilità di una diversa disposizione statutaria (4).

(\*) F. Cossu è docente a contratto di Diritto commerciale presso l'Università telematica Pegaso.

(1) G. Marasà, *La s.r.l. come società di capitali e i suoi caratteri distintivi dalla s.p.a.*, in *Studium iuris*, 2005, 301; G.B. Portale, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corriere giur.*, 2003, 146; G. Zonarone, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 80; M. Stella Richter jr, *Disposizioni generali. Conferimenti. Quote*, in N. Abriani et al., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2005, 274; C. Angelici, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2003, 15; P. Spada, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla “nuova” società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 490; G.M. Buta, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, in P. Abbadessa, G.B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, Utet, 2007, 587: «Tale disposizione costituisce un significativo elemento di quell'insieme di regole volte ad accentuare la componente “personalistica” della nuova s.r.l. La consapevolezza del diverso peso assunto dai soci all'interno dell'impresa, non solo meno numerosi e dispersi degli azionisti, ma altresì più interessati alle vicende sociali, giustifica in effetti soluzioni differenti rispetto alle s.p.a. anche sul piano dell'informazione».

(2) In questi termini C. Montagnani, *Il controllo del socio sulla gestione nella società a responsabilità limitata*, in N. Abriani, J.M. Embid Irujo (a cura di), *La società a responsabilità limitata in Italia e in Spagna. Due ordinamenti a confronto*, Milano, Giuffrè, 2008, 493.

(3) A. Angelillis, G. Sandrelli, *Sub art. 2476*, in M.A. Bianchi (a cura di), *Società a responsabilità limitata*, Milano, Giuffrè, 2008, 691, i quali sostengono che i soci rivestono una figura determinante nel funzionamento del governo societario, dovuta non solo all'esercizio del controllo sui soggetti titolari della funzione amministrativa, ma anche a una maggiore autonomia statutaria che lascia libera la determinazione del grado di coinvolgimento dei soci nella funzione gestoria.

(4) In questi termini R. Guidotti, *Sulla derogabilità della norma relativa ai diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 423, il quale sostiene che: «La norma non contiene nessuna espressione che faccia pensare all'inderogabilità come esempio accade nell'ultimo comma dell'art. 2320 c.c. dove il legislatore prevede che i soci accomandanti hanno “in ogni caso” diritto di avere

L'attribuzione ai soci di diritti di ispezione e di informazione ha quale fine principale quello di consentire agli stessi di esercitare un controllo sull'amministrazione e a permettere loro l'esercizio di un consapevole diritto di voto, trattandosi di un diritto che i soci esercitano in quanto portatori di un interesse proprio e non nella qualità di organi sociali.

Inoltre, il secondo comma dell'art. 2476 si colloca all'interno di una norma ben più ampia che disciplina la responsabilità degli amministratori, collocata letteralmente tra i presupposti della responsabilità degli amministratori e l'esercizio da parte del singolo socio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori stessi (5).

I diritti in esame sono qualificabili come strumento di autotutela individuale, poiché attribuiti a ciascun socio indipendentemente dalla quota di partecipazione al capitale.

La centralità della figura del socio appare evidente se si considera proprio il tema della sua tutela, tema a lungo trascurato, ma che oggi assume un ruolo centrale, dal momento in cui ai soci di s.r.l. sono attribuiti sostanzialmente gli stessi diritti di informazione e di controllo che spettano, da sempre, a quelli di società personali; diritti che, per via statutaria, potrebbero essere ulteriormente ampliati, al punto che non è del tutto fuorviante la qualificazione della s.r.l. come "società in nome collettivo a responsabilità limitata" (6).

L'attività di ispezione e controllo esercitata dai soci non amministratori non coincide con l'attività di ispezione e controllo posta in essere dall'organo di controllo all'uopo istituito. Quella dei soci è una semplice facoltà attribuita dal legislatore, in via esclusiva, a coloro che non esercitano uffici amministrativi, a differenza dell'organo di controllo, che è obbligato, una volta nominato, a svolgere le verifiche e le ispezioni ed a rilevarne le criticità (7). La *ratio* risiede nella tutela degli interessi in gioco: nel caso del controllo posto in essere del socio, l'interesse da tutelare è quello diretto e personale del socio che esercita il proprio diritto offerto dalla legge; nel caso dell'organo di controllo, invece, gli interessi da tutelare sono quelli più ampi dei terzi e del mercato, della società e anche dei soci, che ripongono in tale organo quella fiducia così come garantita dall'art. 2477 (8).

Il controllo sulla gestione vuole garantire la trasparenza e la corretta e regolare circolazione delle informazioni, principi fondamentali per chiunque si trovi a interagire con la società, e in particolare gli investitori (9).

Il socio è interessato ad ottenere informazioni e a consultare i documenti relativi all'amministratore per avere maggiore consapevolezza delle proprie prerogative affinché possa tutelare al meglio il proprio investimento e, più in generale, il valore economico della propria partecipazione. L'art. 2476, c. 2, c.c., attribuisce al socio diritti evidentemente funzionali al perseguimento del proprio interesse individuale (10).

## 2. Oggetto e finalità del diritto di controllo da parte del socio

Il diritto d'informazione e di consultazione dei soci integra il controllo esercitato dall'assemblea sull'operato degli amministratori. Se il controllo assembleare esercita di fatto una tutela riguardo la volontà della maggioranza (che ha peraltro eletto i responsabili della gestione), il controllo individuale contempera tale posizione, consentendo anche a chi non ha avuto la possibilità di far pesare la propria partecipazione nella nomina degli amministratori di far sentire ora la propria voce.

Gli amministratori, per evitare di subire un'azione di responsabilità, dovrebbero essere spinti a comportarsi nel miglior modo possibile, e in ogni caso senza creare un danno anche potenziale al socio, titolare di un potere di verifica e controllo.

Anche per questo motivo, la previsione di un diritto di controllo nella s.r.l. non dipende dalla presenza o meno di un organo di controllo, come invece previsto nel previgente art. 2489 c.c. (modificato nel quadro della riforma del

---

comunicazione annuale del bilancio e del conto dei profitti e delle perdite e di controllarne l'esattezza, consultando i libri e gli altri documenti della società». V. anche G. Zanarone, *op. cit.*, 100.

(5) A. Angelillis, G. Sandrelli, *op. cit.*, 693, i quali sostengono che tale collocazione è interpretabile nella funzionalità dei controlli dei soci all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità esperibile da ciascun socio, il quale, solo a seguito di una approfondita attività di informazione sull'andamento della gestione e sulle operazioni compiute dagli amministratori, è in grado di valutare consapevolmente l'opportunità di esercitare una azione di responsabilità nei confronti degli amministratori.

(6) P. Montalenti, *La riforma del diritto societario: appunti*, in *Società*, 2002, 1450; Id., *La riforma delle società di capitali: prospettive e problemi*, *ivi*, 2003, 341; F. Mainetti, *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, *ibidem*, 936; O. Cagnasso, *Ambiti e limiti dell'autonomia concessa ai soci della «nuova» società a responsabilità limitata*, *ibidem*, 368.

(7) A. Angelillis, G. Sandrelli, *op. cit.*, 695.

(8) G.M. Buta, *op. cit.*, 590; E. Fregonara, *I nuovi poteri di controllo del socio di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 791; R. Guidotti, *I diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, Milano, Giuffrè, 2007, 592; A. Angelillis, G. Sandrelli, *op. cit.*, 696.

(9) Note, *Disclosure of future-oriented information under the securities laws*, in *Yale Law Journal*, 1978, 2, 338. La *soft information* contrasta con la *hard information*, la quale è la tipica informazione storica o altra informazione fattuale che è obiettivamente verificabile; A. Sanguinetti, P. Costanzo, *Il governo delle società in Italia e in Europa*, Milano, Egea, 2003, 4; P. Montalenti, *Corporate governance: raccomandazioni Consob e prospettive di riforma*, in *Riv. soc.*, 1997, 71; G. Presti, *Le raccomandazioni Consob nella cornice della corporate governance*, *ibidem*, 739; M. Rescigno, *La Consob e la corporate governance: prime riflessioni sulla comunicazione della Consob 20 febbraio 1997 in materia di controlli societari*, *ibidem*, 758; D. Scarpa, *Processi decisionali, controllo e tutela dei soci nella s.r.l.*, Padova, Cedam, 2011, 120: "La trasparenza è valore preminente della *corporate governance*: a tale scopo le società devono avere strutture in grado di tutelare la circolazione delle informazioni e garantire inoltre che il dato normativo si arricchisca di sistemi caratterizzati dalla previsione di flussi informativi endosocietari (tra organo di gestione e organo di controllo) obbligatori e proceduralizzati".

(10) M. Perrino, *Il controllo individuale del socio di società di capitali: fra funzione e diritto*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 639.

2003), secondo cui tale diritto veniva riconosciuto nelle sole società prive di collegio sindacale (11). Tale estensione del diritto individuale di controllo anche alle s.r.l. dotate di organo di controllo trova conferma non solo nella lettera del codice, che cancella la precedente, ma ancor di più nel riconoscimento delle diverse finalità delle due forme di controllo (12).

I poteri di controllo dei soci non amministratori attribuiti dalla riforma sono maggiori rispetto alla disciplina precedente: oltre che con riferimento all'oggetto, l'estensione si riferisce, senza dubbio, anche alle modalità. Tali poteri si articolano nel diritto all'informazione, cioè in quel diritto di richiedere agli amministratori notizie in merito allo svolgimento degli affari sociali (13).

Risulta essere anche più estesa la portata del diritto di informazione e di quello di consultazione. In particolare, il primo può esplicitarsi, secondo quanto stabilisce la formulazione della norma, nel richiedere "notizie sullo svolgimento degli affari sociali" (in luogo della precedente "notizia dello svolgimento degli affari sociali"), e consente al socio di avere "concrete informazioni sul contenuto e l'andamento degli stessi" (14).

Salvando, comunque, la possibilità per l'autonomia statutaria di determinare specifiche procedure ai fini della richiesta di informazione, sembra che la norma nulla dica in merito a un limite di carattere temporale, giungendo così alla conclusione che le richieste di informazioni potranno avvenire in ogni momento e senza particolari formalità (15).

L'elemento che ha, invece, subito maggiori modifiche concerne il potere ispettivo, che attualmente può riguardare tutti i libri sociali, compresi le scritture e i libri contabili. Tale estensione del potere emerge chiaramente dalla lettera della norma, che non si limita più a indicare i libri sociali, ma fa anche un espresso riferimento ai documenti della società (16).

Si è visto che il secondo comma dell'art. 2476 c.c. prevede per i soci che non partecipano all'amministrazione il diritto di "avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri contabili ed i documenti relativi all'amministrazione" (17). La norma quindi esercita una divisione di quanto indicato dal legislatore definito semplicemente come "controllo" dei soci: da un lato vi è il diritto di "informazione" in senso stretto, mediante la richiesta di notizie sullo svolgimento degli affari, dall'altro vi è il diritto di "consultazione", attraverso l'esame diretto della documentazione sociale (18).

(11) Così anche M. Menicucci, *Il "contenuto" del controllo del socio nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 161.

(12) L. De Angelis, *Amministrazione e controllo nella società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 485.

(13) Esso può avere a oggetto non più solo i libri sociali obbligatori (libro soci, verbale assemblee, verbali consiglio, comitato esecutivo e collegio sindacale), ma anche ogni documento relativo all'amministrazione, ivi inclusi quelli contabili. Cfr. per tutti: G.F. Campobasso, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, Utet, 2004, 204; F. Parrella, *Sub art. 2476*, in M. Sandulli, V. Santoro (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, Giappichelli, 2003, 125; C. Mannoni, *I controlli*, in F. Farina et al. (a cura di), *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, Milano, Giuffrè, 2004, 280. *Contra*, G. Olivieri, G. Presti, F. Vella (a cura di), *Il diritto delle società*, Bologna, il Mulino, 2004, 287, secondo cui "come per il passato, non si estende comunque alla consultazione di libri e scritture contabili"; F. Torrioni, *Note in tema di poteri di controllo del socio nelle s.r.l.*, in *Riv. not.*, 2009, 676, il quale sostiene che «Da questo punto di vista sembra che l'ambito oggettivo del diritto d'informazione non sia mutato rispetto al passato; del resto, la stessa formulazione lessicale della norma appare sostanzialmente immutata rispetto al dettato del "vecchio" art. 2489 c.c.».

(14) C. Ibba, *In tema di autonomia statutaria e norme inderogabili*, in G. Cian (a cura di), *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario* (Atti del convegno, Padova, 5-7 giugno 2003), Padova, Cedam, 2004, 147; N. Abriani, *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 158; G.M. Buta, *op. cit.*, 603; V. Sanna, *L'ambito di applicazione dei diritti di controllo spettanti ai "soci che non partecipano all'amministrazione" nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 156.

(15) D.U. Santosuosso, *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.Lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, Giuffrè, 2003, 220; A. Angelillis, G. Sandrelli, *op. cit.*, 703: "La norma, inoltre, non pone limiti temporali all'esercizio di tale potere e tanto meno prescrive particolari formalità; pertanto il singolo socio ha il diritto di chiedere agli amministratori sia notizie sull'andamento generale della gestione, sia dettagliate informazioni relative ad operazioni già concluse o in procinto di essere attuate".

(16) In tal senso la dottrina maggioritaria per tutti: N. Abriani, *La società a responsabilità limitata. Decisioni dei soci. Amministrazioni e controlli*, in N. Abriani et al., *Diritto delle società. Manuale breve*, cit., 320; G.M. Buta, *op. cit.*, 605; A. Angelillis, G. Sandrelli, *op. cit.*, 705. *Contra*, G. Olivieri, G. Presti, F. Vella (a cura di), *op. cit.*, 287. In giurisprudenza: Trib. Biella 18 maggio 2005, in *Società*, 2006, 51, con nota di F. Funari, *Diritto di controllo dei soci non amministratori nella s.r.l. ed ammissibilità della tutela cautelare*; Trib. Chieti 31 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2006, 1652; Trib. Ivrea 4 luglio 2005, in *Società*, 2005, 1542.

(17) In merito alla locuzione "svolgimento degli affari sociali", è stato osservato che ai soci che non partecipano all'amministrazione è attribuito un più penetrante diritto di richiedere agli amministratori informazioni relative al contenuto e all'andamento degli affari sociali, come parrebbe desumibile dal riferimento normativo alla "notizia", non "dello svolgimento", bensì "sullo svolgimento degli affari sociali": formulazione, quest'ultima, che avvicina ulteriormente la norma alla corrispondente disposizione dettata per il collegio sindacale (art. 2403-bis, c. 2); N. Abriani, *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nella società a responsabilità limitata*, cit., 160.

(18) V. Sangiovanni, *Il diritto del socio di s.r.l. di estrarre copia dei documenti relativi all'amministrazione*, in *Giur. merito*, 2008, 2279; G.M. Buta, *op. cit.*, 602.

L'oggetto del diritto d'informazione del socio è, almeno in linea teorica, senza alcun limite. Il socio potrebbe, così, rivolgersi agli amministratori e chiedere di essere informato su una non meglio specificata "situazione della società" (19).

In tutta la materia del diritto di controllo dei soci è importante l'osservanza del principio dettato dall'art. 1375 c.c., di buona fede, in base al quale "il contratto deve essere eseguito secondo buona fede" e, nonostante vi sia una esigenza di una certa specificazione della domanda d'informazioni, la richiesta dei soci agli amministratori non deve – in generale – essere accompagnata da una motivazione (20).

I soci possono chiedere informazioni su contratti e operazioni. Secondo parte della dottrina, però, è necessario rilevare che, in presenza di documenti scritti quali contratti, è più probabile una richiesta di "consultazione" del testo scritto piuttosto che di mera "informazione" sul contenuto degli stessi (21).

Quanto al carattere, analitico o sintetico, dell'informazione, con riferimento all'analogia formulazione del vecchio art. 2489 c.c. si è in prevalenza affermato che il socio possa richiedere e ottenere notizie dettagliate sulle singole operazioni sociali, non soltanto su quelle già compiute, ma anche su quelle in corso di svolgimento o di prossima attuazione (22).

In questa prospettiva, comunque, può affermarsi che tale diritto, quanto al suo oggetto, riguarda non solo i libri sociali obbligatori, ma anche tutti "i documenti relativi all'amministrazione" (23). Tale nozione comprende evidentemente sia i documenti di natura contabile-amministrativa sia contratti e accordi, anche di natura riservata, corrispondenza, atti giudiziari e amministrativi che riguardano la società, verbali di accertamento, di contestazione, di comminazione di sanzioni, memorie e pareri di professionisti, documentazione relativa a procedimenti contenziosi di cui la società è parte (24).

(19) V. Sangiovanni, *Il diritto del socio di s.r.l. di estrarre copia dei documenti relativi all'amministrazione*, cit., 2279: "A una richiesta del genere dovrebbe tuttavia essere legittimo rispondere in modo altrettanto generico. È difatti ragionevole ritenere che viga un principio di sostanziale corrispondenza fra genericità del dato richiesto e genericità dell'informazione fornita".

(20) A. Angelillis, G. Sandrelli, *op. cit.*, 700; V. Sangiovanni, *Il diritto del socio di s.r.l. di estrarre copia dei documenti relativi all'amministrazione*, cit., 2279: "Il principio di buona fede è, nella materia qui in esame, di rilevanza centrale. Gli esatti limiti dei diritti d'informazione e di consultazione dei soci, e dei correlati obblighi degli amministratori, dipendono anche – e non poco – dall'osservanza di tale regola generale".

(21) V. Sangiovanni, *Il diritto del socio di s.r.l. di estrarre copia dei documenti relativi all'amministrazione*, cit., 2280: "I rapporti di credito in corso con le banche rappresentano un'altra materia importante relativamente alla quale il socio può voler essere informato. Un'ulteriore ampia categoria d'informazioni concerne la situazione economico-finanziaria della società. Il socio è titolare pro quota di una parte del patrimonio sociale. È comprensibile, dunque, che egli voglia avere notizie in merito all'andamento della società, anche al fine di determinare il valore della partecipazione che detiene". N. Abriani, *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nella società a responsabilità limitata*, cit., 158; G.M. Buta, *op. cit.*, 603; V. Sanna, *op. cit.*, 156, per quanto concerne, invece, «il riferimento non più solo ai libri sociali, ma anche ai "documenti relativi all'amministrazione", viene esteso il diritto di consultazione anche alle scritture contabili, nonché ad eventuali contratti, evidenze dei rapporti bancari, ecc., ossia ad ogni documento attinente la gestione della società».

(22) G. Santoni, *Le decisioni dei soci nella società a responsabilità limitata*, in *Dir. e giur.*, 2003, 229; G.M. Buta, *op. cit.*, 604.

(23) V. Sangiovanni, *Il diritto del socio di s.r.l. di estrarre copia dei documenti relativi all'amministrazione*, cit., 2282: "Fra il diritto di informazione e quello di consultazione non sussiste un rapporto gerarchico. Si potrebbe difatti essere portati a pensare che il primo sia preliminare al secondo. Il socio dapprima chiede agli amministratori certe informazioni; se queste non bastano oppure non lo convincono, chiede di consultare la documentazione esistente presso la società. In realtà il quotista può in linea di principio esercitare, a sua scelta, il diritto d'informazione oppure quello di consultazione. Informazione e consultazione sono due facce della stessa medaglia, due espressioni dello stesso potere di controllo. Generalmente il socio è dunque libero di effettuare il tipo di richiesta che più gli aggrada. Il quotista cerca d'identificare i dati che gli servono e, a seconda delle circostanze del caso concreto, chiede informazioni agli amministratori oppure chiede la consultazione di certi documenti oppure chiede entrambe le cose. [...] Entro certi limiti si dovrebbe riconoscere alla società la possibilità di soddisfare la richiesta del socio anche in un modo diverso da come è stato domandato dal quotista. Non può difatti essere il socio come tale (profilo soggettivo) a determinare del tutto discrezionalmente le modalità di soddisfazione del suo bisogno informativo, ma sono le caratteristiche dei dati di cui ha necessità (profilo oggettivo) a determinare se è meglio procedere alla dazione di informazioni o alla concessione di una consultazione. Teoricamente può dunque capitare che il socio desideri ottenere un'informazione e gli amministratori lo invitino, invece, a consultare certa documentazione. Viceversa, può capitare, e tenderà a capitare nella prassi più frequentemente, che il quotista chieda di consultare e i gestori rispondano fornendo solo delle informazioni. Purché il bisogno informativo venga ragionevolmente soddisfatto, le modalità di esecuzione della richiesta scelte dagli amministratori non possono essere oggetto di contestazione. Sia ben chiaro: nessuno può sottrarre ai soci il diritto di essere informati. Se le informazioni fornite dagli amministratori sono insufficienti, il quotista può pretendere ulteriori informazioni e consultazioni e, in caso di ulteriore rifiuto, agire in giudizio. Tuttavia, non può essere dimenticato che il socio è assoggettato al dovere di eseguire il contratto secondo buona fede. Non è dunque irragionevole ritenere che egli debba accettare modalità di esecuzione diverse da quelle richieste, purché il suo bisogno informativo sia comunque – nella sostanza – soddisfatto. La scelta di una diversa prassi esecutiva accettata dal socio, quando l'esecuzione della pretesa nelle forme volute dal quotista sarebbe eccessivamente gravosa per la società".

(24) I libri sociali della s.r.l. sono indicati nell'art. 2478, c. 1, c.c.: 1) il libro dei soci; 2) il libro delle decisioni dei soci; 3) il libro delle decisioni degli amministratori; 4) il libro delle decisioni del collegio sindacale o del revisore. Considerato tuttavia che il libro delle decisioni del collegio sindacale o del revisore è tenuto dai sindaci o dal revisore (art. 2478, c. 2), la relativa istanza del socio dovrà essere indirizzata a tali soggetti e non agli amministratori (salvo ritenere che la richiesta debba essere rivolta ai gestori, i quali – a loro volta – contatteranno i sindaci o il revisore). V. Sangiovanni, *Il diritto del socio di s.r.l. di estrarre copia dei documenti relativi all'amministrazione*, cit., 2281: «Dall'ampiezza della formulazione normativa si argomenta, quindi, nel senso di ritenere fondata "la pretesa dei soci di esaminare tanto i documenti sulla base dei quali vengono assunte le scelte gestionali (ivi inclusi contratti e accordi, corrispondenza, atti giudiziari e



Semplici informazioni possono non soddisfare il bisogno informativo del socio; il legislatore, quindi, oltre al diritto di ottenere dati e notizie, concede anche il diritto di “consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all’amministrazione” (25).

Più problematica è la questione, già sorta per le società personali con riferimento all’art. 2261 c.c. (26), se il potere di controllo possa essere esercitato anche sullo stato dei beni aziendali, con conseguente legittimazione dei soci a compiere atti di ispezione nei locali ove si svolge l’attività d’impresa (27).

amministrativi che riguardino la società, memorie e pareri di professionisti), quanto i libri e le scritture contabili, nonché i registri tenuti ai fini dell’iva o in osservanza di altre disposizioni di legge (ad es. registro infortuni o della produzione di energia elettrica), le fatture, gli eventuali stati di avanzamento dei lavori, gli estratti conto e le evidenze dei rapporti bancari”, per estendersi anche alle “operazioni in corso e di prossima attuazione; e che l’unico limite che potrebbe addursi alla richiesta di informazione del socio è quello ordinario della buona fede nell’esecuzione del rapporto, che potrebbe in casi estremi legittimare un rifiuto di ottemperare a richieste che manifestino un carattere ingiustificatamente ripetitivo, vessatorio, dimostrando un intento palesemente ostruzionistico o emulativo”, con l’esclusione, però, della opponibilità di limiti relativi al “segreto o alla riservatezza aziendale”»; N. Abriani, *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nella società a responsabilità limitata*, cit., 159; L. De Angelis, *op. cit.*, 485; O. Cagnasso, *Sub art. 2476*, in G. Cottino *et al.* (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, Zanichelli, 2004, 1884; M. Perrino, *Il controllo individuale del socio di società di capitali*, cit.; M. Malavasi, *Il diritto di controllo del socio di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2005, 762; F. Mainetti, *op. cit.*; F. Pasquariello, *Sub art. 2476*, in A. Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, Cedam, 2005, 1975. *Contra*, G. Olivieri, G. Presti, F. Vella (a cura di), *op. cit.*, 287, secondo cui la nuova formulazione della norma “va intesa nel senso che il socio, oltre ai libri sociali, può esaminare la documentazione sulla base della quale vengono assunte le scelte gestionali ma, come per il passato, non si estende, comunque, alla consultazione di libri e scritture contabili”. Ma osserva G. Racugno, *L’amministrazione della s.r.l. e il controllo legale dei conti*, in *Società*, 2004, 16, che se si accogliesse quest’ultima interpretazione, “la riforma, che ha abolito il diritto della minoranza alla revisione annuale, penalizzerebbe, in contrasto con le finalità della legge delega, irrimediabilmente i soci”; d’altronde, osserva S. Fortunato, *I controlli nella riforma delle società*, *ivi*, 2003, 303 – con riferimento alla ricompressione dei libri contabili nei documenti relativi all’amministrazione – che «non avrebbe alcun senso estendere la consultazione alle “pezze giustificative” degli atti gestori ed escluderla per le registrazioni contabili che da queste conseguono»; G.M. Buta, *op. cit.*, 605; V. Sangiovanni, *Il diritto del socio di s.r.l. di estrarre copia dei documenti relativi all’amministrazione*, cit., 2282, il quale sostiene: «In linea di principio il socio può chiedere di consultare senza indicare con precisione la documentazione di cui vuole prendere conoscenza. Bisogna considerare che, talvolta, è il quotista stesso a non sapere con esattezza se esiste un certo documento (e, a maggior ragione, quale sia il suo contenuto). Per questo motivo la domanda potrebbe anche avere un oggetto piuttosto generico (del tipo: istanza di prendere visione di tutti i contratti di cui la società è parte). A dire il vero, una richiesta eccessivamente vaga di consultare la documentazione potrebbe essere, almeno in un primo momento, rigettata. Non è irragionevole affermare che il principio di buona fede nell’esecuzione del contratto (di società) possa talvolta comportare che si debba trovare un compromesso fra le esigenze del socio e quelle della società. Si pensi al desiderio del quotista di una s.r.l. di grandi dimensioni di consultare tutti i contratti posti in essere dalla società. A una richiesta del genere deve, in linea di principio, essere dato seguito. Se, tuttavia, i contratti sono molto numerosi e renderli disponibili al socio risulta particolarmente laborioso e costoso, una soluzione soddisfacente per entrambe le parti potrebbe essere quella di consentire la visione di tutti e soli i testi relativi a contratti con valore superiore a una certa soglia oppure quelli da una certa data in poi. [...] Pare esserci una nozione di “ispezione” distinta da quella di “consultazione”. Ispezione significa, essenzialmente, esame dei luoghi. Per l’esercizio del diritto d’ispezione è necessario recarsi nei luoghi in cui la società svolge la sua attività. Per attività si intende qui quella “imprenditoriale” (per esempio “industriale”), non l’attività “societaria” in sé. Si pensi alla visita d’impianti, al controllo di macchinari, magazzini e prodotti, a incontri con i dipendenti. Questa attività ispettiva, salvo diversa previsione statutaria, è preclusa al socio di s.r.l. Tuttavia, si deve fare una precisazione. È vero che il socio di s.r.l. non ha diritto d’ispezione, ma egli ha diritto di consultazione, per l’esercizio del quale può essere necessario l’accesso alla sede della società. Sotto questo profilo si deve ritenere che la nozione di diritto di consultazione comprenda quantomeno il diritto di accesso alla sede della società, luogo dove si presume siano conservati “i libri sociali ed i documenti relativi all’amministrazione” (art. 2476, comma 2)»; L. Lambertini, *La società a responsabilità limitata. Organizzazione, governo e finanziamento*, Padova, Cedam, 2005, 119; G. Racugno, *op. cit.*, 16; N. Abriani, *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nella società a responsabilità limitata*, cit., 158; F. Mainetti, *op. cit.*, 938; M. Arato, *Il controllo individuale dei soci e il controllo legale dei conti nella s.r.l.*, in *Società*, 2004, 1194; L. De Angelis, *op. cit.*, 485; S. Fortunato, *I controlli nella riforma delle società*, cit., 305; M. Malavasi, *op. cit.*, 762; in giurisprudenza, Trib. Chieti 31 maggio 2005, cit., che però esclude che il diritto di consultazione dei soci comprenda anche la facoltà di estrarre copia dei documenti visionati. Non è mancato chi ha affermato che la nuova formulazione vada interpretata nel senso che il socio “oltre ai libri sociali, può esaminare la documentazione sulla base della quale vengono assunte le scelte gestionali, ma, come per il passato, non si estende, comunque, alla consultazione di libri e scritture contabili”: v. G. Olivieri, G. Presti, F. Vella (a cura di), *op. cit.*, 287; M.G. Paolucci, *La tutela del socio nella società a responsabilità limitata*, Milano, Giuffrè, 2010, 13: «A questa conclusione si perviene, tra l’altro, sol che si consideri l’ampio dibattito sul punto sorto nel vigore del vecchio art. 2489 c.c., dibattito che il legislatore della riforma non può non aver preso in considerazione, quando ha deciso di stabilire espressamente che il diritto di controllo dei soci debba estendersi ai “documenti relativi all’amministrazione”, con la conseguenza che oggi si impone una maggior aderenza dell’interprete alla lettera della norma stessa». In giurisprudenza, Trib. Biella 18 maggio 2005, cit.; Trib. Ivrea 4 luglio 2005, cit. Diversamente, invece, Trib. Parma 25 ottobre 2004, in *Società*, 2005, 758, con nota di M. Malavasi, *Il diritto di controllo del socio di società a responsabilità limitata*, cit.; Trib. Milano 30 novembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, 1246; Trib. Chieti 25 agosto 2005.

(25) In dottrina si tende a escludere che il diritto di consultazione comprenda il diritto d’ispezione. V. N. Abriani, *Sub art. 2476*, in P. Benazzo, S. Patriarca (diretto da), *Codice commentato delle s.r.l.*, Torino, Utet, 2006, 364; V. Sangiovanni, *Il diritto del socio di s.r.l. di estrarre copia dei documenti relativi all’amministrazione*, cit., 2280: «Il diritto di ispezione costituisce un diritto a sé stante che trova espresso riconoscimento nel nostro ordinamento in altri contesti. Ad esempio, l’art. 2403-bis, comma 1, nel disciplinare i poteri del collegio sindacale nelle s.p.a., prevede che “i sindaci possono in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo”. Qui il testo della legge distingue chiaramente fra controllo e ispezione. Se la nozione di controllo comprende (solo) informazione e consultazione, ecco allora che l’ispezione è qualcosa di diverso e aggiuntivo».

(26) In tema di società personali danno risposta positiva al problema, O. Cagnasso, *La società semplice*, Torino, Utet, 1998, 184; G. Ferri, *Le società*, Torino, Utet, 1985, 242.

(27) Negli stessi termini R. Guidotti, *I diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, cit., 148; M.G. Paolucci, *op. cit.*, 14.

In mancanza di una espressa presa di posizione dello statuto, l'accesso ai locali dell'impresa con finalità di indagine dovrebbe essere escluso, poiché la norma è evidentemente chiara nel circoscrivere il diritto di consultazione ai libri sociali e ai documenti relativi all'amministrazione (28).

Il socio può procedere a una consultazione di documentazione se gli amministratori gli consentono l'accesso agli spazi in cui il materiale si trova. Normalmente si tratta della sede della società (29).

Il tema del controllo dei soci sull'amministrazione pone due distinti ordini di problemi: da un lato, si tratta di stabilire ambito e limiti dell'accesso alle notizie e ai documenti della società; dall'altro, occorre esaminare la natura di tali diritti e gli strumenti giuridici diretti alla loro tutela (30).

La previsione normativa, si è visto, non prevede distinzioni tra documentazione amministrativo-contabile e documentazione più prettamente commerciale, per la quale l'esigenza di controllo può rilevarsi anche maggiore, coinvolgendo, oltre all'interesse individuale all'informazione sugli affari sociali, anche il controllo di regolarità e correttezza dell'amministrazione (31).

In assenza di un'espressa previsione legislativa, è dubbio se il socio possa estrarre copia dei documenti della società, ovviamente a spese dello stesso socio (32). Si deve ritenere che il socio possa visionare i libri sociali e la documentazione, ma non possa asportare gli originali (33). I libri sociali e i documenti relativi all'amministrazione servono per la gestione della società, e la loro asportazione, anche per un periodo limitato di tempo, potrebbe indurre problemi all'operatività, fino a determinare l'insorgenza di danni.

Il bisogno informativo del socio, del resto, può essere adeguatamente soddisfatto se gli vengono fornite copie della documentazione di cui faccia richiesta (34). Il diritto di ottenere almeno le copie dei documenti richiesti si giustifica

(28) M.G. Paolucci, *op. cit.*, 14.

(29) V. Sangiovanni, *Il diritto del socio di s.r.l. di estrarre copia dei documenti relativi all'amministrazione*, cit., 2285: "Gli amministratori sono tenuti a mettere il socio nelle condizioni di soddisfare il suo legittimo bisogno informativo. Ciò può significare, ad esempio, mettere a disposizione degli spazi appositi in cui il quotista può esaminare, con la dovuta calma, la documentazione oppure effettuare una preventiva selezione del materiale da sottoporre all'attenzione del socio. Se la richiesta del quotista non configura un abuso, può essere dovere degli amministratori mettere a disposizione del personale qualificato che lo aiuti nella ricerca d'informazione".

(30) C. Di Bitonto, *In tema di modalità di esercizio del diritto di controllo individuale del socio di s.r.l. ex art. 2476 c.c.*, in *Società*, 2009, 206, in cui sulla regolamentazione del controllo dei soci sostiene che «si ammettono [...] clausole statutarie che amplino il diritto di controllo individuale o ne disciplinino più concretamente le modalità di esercizio. Si pensi, ad es., alle clausole: (i) che indichino in via esplicita le formalità attraverso le quali i soci devono richiedere l'accesso ai libri sociali e agli altri documenti relativi all'amministrazione; (ii) che stabiliscano l'obbligo in capo ai soci "controllori" di sottoscrivere una lettera di riservatezza al momento dell'esercizio del diritto di controllo individuale, eventualmente rafforzate dalla qualificazione in termini di giusta causa di esclusione del socio dell'eventuale loro violazione ai sensi dell'art. 2473 bis c.c.»; G.M. Buta, *op. cit.*, 602.

(31) F. Parrella, *op. cit.*, 124; D. Corapi, *Il controllo interno delle s.r.l.*, in *Società*, 2003, 1572; N. Abriani, *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nella società a responsabilità limitata*, cit., 160; M.G. Paolucci, *op. cit.*, 13.

(32) A. Angelillis, G. Sandrelli, *op. cit.*, 708: "Dal punto di vista astratto sembra possibile rinvenire argomenti sia in favore della soluzione positiva sia in favore di quella negativa. Da un lato, è evidente che il diritto di ispezione senza il diritto di ottenere copia dei documenti risulterebbe in gran parte menomato. E difatti, secondo l'opinione comune, la facoltà di ottenere copia dei libri sociali rappresenta lo strumento pratico di attuazione del diritto di ispezione e quindi deve avere la stessa ampiezza. D'altro lato, si deve dare atto dell'esistenza di un legittimo interesse della società alla riservatezza dei documenti".

(33) App. Milano 13 febbraio 2008, in *Società*, 2009, 206, con nota di C. Di Bitonto, *In tema di modalità di esercizio*, cit., limita alla sola consultazione e non anche alle copie a carico della società poiché «l'art. 2476 richiamato contempla il diritto di informativa e di consultazione e quindi il diritto di accesso alla documentazione contabile da parte del socio per esercitare un consapevole e puntuale controllo: nella fattispecie però, come si evince testualmente, il socio pretendeva un "quid pluris" rispetto alla consultazione, legislativamente contemplata, poiché accollava alla società l'onere di ricerca e analisi dei documenti da fotocopiare e da spedirgli. Che tale incombenza sia di pertinenza della società e possa imperativamente pretendersi invero non si intende da quale principio sia supportato considerato ove tutti i soci tal comportamento legittimamente reclamassero, l'attività sociale ne avrebbe oltremodo aggravata di dispendio di risorse ed attardata». Sull'ottenimento delle copie delle carte sociali, D.U. Santosuosso, *op. cit.*, 320; E. Fregonara, *op. cit.*, 793. In giurisprudenza, Trib. Biella 18 maggio 2005, cit.; Trib. Ivrea 2 luglio 2005, in *Società*, 2005, 1542, con nota di R. Ambrosini, *Diritto di controllo del socio di s.r.l. alla luce della riforma societaria e tutela innominata*; contrariamente, Trib. Parma 25 ottobre 2004, cit.

(34) V. Sangiovanni, *Il diritto del socio di s.r.l. di estrarre copia dei documenti relativi all'amministrazione*, cit., 2285; A. Angelillis, G. Sandrelli, *op. cit.*, 710: "Nel cercare di trovare un contemperamento agli interessi in gioco, si deve rilevare che il diritto alla riservatezza dei documenti sociali non sembra ricoprire la veste di interesse tutelato in modo assoluto dall'ordinamento societario in quanto è espressamente previsto che il socio possa farsi assistere da professionisti di fiducia, quindi da soggetti esterni alla compagine sociale. Certamente si può ribattere che in molti casi tali professionisti saranno tenuti al segreto professionale in forza di norme deontologiche e, quindi, la riservatezza rimane tutelata. [...] Tuttavia, la possibilità per il socio di farsi assistere da un professionista di fiducia non sembra essere un presidio a tutela della riservatezza della società quanto piuttosto uno strumento in mano al socio per consentirgli un controllo più efficace e penetrante, per cui si può affermare che, tra i due interessi contrapposti, il diritto di controllo del socio sia quello maggiormente tutelato dal legislatore".

(35) dal momento che, diversamente, la norma sarebbe “sostanzialmente svuotata di contenuto”, e, comunque, ne sarebbe depressa la funzione, soprattutto nei casi in cui il materiale esaminato è di notevole entità (36).

L’attribuzione ai soci della facoltà di delegare a professionisti di fiducia l’esercizio del diritto di consultazione diverrebbe sterile nell’ipotesi in cui questi ultimi non potessero corredare di un supporto cartaceo le loro conclusioni, dal momento che soltanto estraendo copia della documentazione visionata possono esibirla al cliente, al fine di una valutazione congiunta e ponderata sulle eventuali azioni da intraprendere (37).

In maniera diversa, invece, si sono pronunciati (38) i primi interventi giurisprudenziali che hanno fornito soluzioni contrastanti (39).

Gli argomenti addotti dalla giurisprudenza si rifanno alla considerazione che in un contesto nel quale vi sia una sorta di vantaggio a favore del socio che effettua il controllo, rispetto alle esigenze di riservatezza della società, deve essere garantita una interpretazione letterale della norma affinché siano riequilibrati le diverse posizioni in essere, cosicché il diritto di consultazione prevederebbe la visione e l’esame dei documenti, ma non comporterebbe anche il diritto a estrarre copia (40).

La dottrina che avalla tale interpretazione giurisprudenziale aggiunge, quale argomento di conferma della tesi, quello relativo al fatto che nella norma riformata è prevista espressamente la possibilità che i soci consultino i libri sociali e i documenti relativi all’amministrazione anche tramite professionisti di loro fiducia. Tale previsione toglierebbe qualsiasi giustificazione alla richiesta di ottenere copie. In conclusione, il socio non avrebbe motivo di estrarre copia dei documenti dal momento in cui gli è permesso di farli consultare da professionisti dalle qualificazioni più

(35) Neppure l’art. 2489 c.c., abrogato, prevedeva nulla al riguardo, ma la dottrina e la giurisprudenza erano comunque concordi nel riconoscere al socio il diritto di ottenere a proprie spese, estratti dei libri sociali, mentre in genere veniva negata la possibilità di ottenere la fotocopia integrale dei libri sociali, v. F. Martinelli, *La società a responsabilità limitata*, Milano, Pirola, 2002, 165; G.C.M. Rivolta, *La società a responsabilità limitata*, Milano, Giuffrè, 1982, 340; G. Laurini, *La società a responsabilità limitata*, Milano, Giuffrè, 2000, 174. In giurisprudenza, v. Pret. Roma 15 gennaio 1988, in *Riv. dir. comm.*, 1988, II, 207, che ha precisato che “al socio (di società di capitali o cooperativa) non spetta il diritto di ottenere copia integrale del libro soci, poiché la legge prevede unicamente il più limitato diritto di ottenere estratti dello stesso”; App. Milano 3 ottobre 1986, in *Società*, 1987, 423, che ha negato il diritto del socio ad ottenere la fotocopia dei libri sociali. Per la s.p.a., l’art. 2422 c.c., sostanzialmente immutato dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, attribuiva espressamente al socio il diritto di ottenere, a proprie spese, estratti dei libri sociali consultabili. Esclude il diritto di estrarre copia R. Guidotti, *I diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, cit., 145.

(36) M.G. Paolucci, *op. cit.*, 14; M. Malavasi, *op. cit.*, 764.

(37) R. Ambrosini, *op. cit.*; V. Sangiovanni, *Il diritto di controllo del socio di s.r.l. a confronto con la disciplina tedesca*, ivi, 2007, 1551. In senso diametralmente opposto R. Guidotti, *I diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, cit., 148, in quale ritiene che proprio la possibilità per il socio di avvalersi di professionisti di fiducia faccia venir meno ogni giustificazione alla ragione fisiologica della necessità di ottenere copie, ovvero, quella di permettere l’esame non soltanto al socio, ma anche agli esperti ai quali il socio vuol far esaminare i documenti i documenti sociali. L’A. aggiunge che questa soluzione sarebbe coerente con il fatto che il legislatore non ha voluto indicare espressamente le categorie di professionisti delle quali il socio può avvalersi; il diritto di estrarre copia non avrebbe ragion d’essere dal momento che il socio ha facoltà di far consultare la documentazione sociale da professionisti dalle più diverse qualificazioni e, dunque, da soggetti particolarmente competenti sulla gestione della società nei suoi vari aspetti; M.G. Paolucci, *op. cit.*, 15: “Sotto il profilo sistematico, poi, si deve tener presente che i poteri istruttori di cui all’art. 2476, comma 2, c.c., sono intimamente collegati a quelli di natura sanzionatoria, consistenti nella promozione dell’azione di responsabilità e nella richiesta di revoca degli amministratori, ed è evidente che il socio che intenda avvalersi di tali poteri necessita di un *corpus* documentale che comprovi le sue deduzioni”.

(38) La dottrina, con riferimento al contenuto del diritto di controllo spettante ai soci non amministratori di società personali, ha precisato che tale diritto comprende quello di “prendere appunti, fotocopiare, registrare, nonché microfilmare tutto ciò che ritengono utile per i loro fini informativi”, v. M. Ghidini, *Società personali*, Padova, Cedam, 1972, 450; C. Montagnani, *Diritti di informazione, controllo individuale e controllo giudiziario nelle società prive di collegio sindacale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 293.

(39) Riconoscono al socio il diritto di estrarre copia dei libri e dei documenti consultabili Trib. Biella 18 maggio 2005, cit.; Trib. Ivrea 2 luglio 2005, cit.; Trib. Bologna 6 dicembre 2006, in *Giur. comm.*, 2008, II, 213; Trib. Pavia 29 giugno 2007, in *Società*, 2009, 503; Trib. Pavia 1 agosto 2007, *ibidem*, 504; *contra*, Trib. Milano 30 novembre 2004, cit.; Trib. Chieti 31 maggio 2005, cit.; Trib. Taranto 13 luglio 2007, in *Giur. it.*, 2008, 122; Trib. Parma 25 ottobre 2004, cit., la cui motivazione va comunque condivisa nella parte in cui nega ai soci la possibilità di ottenere la consegna degli originali dei libri e dei documenti visionati.

(40) Così Trib. Milano 30 novembre 2004, cit.; Trib. Parma 25 ottobre 2004, cit.; in senso contrario, v. invece Trib. Ivrea 2 luglio 2005, cit. (la sentenza, tra l’altro, afferma anche – come Trib. Bologna 6 dicembre 2006, cit. – che i diritti in esame non incontrano altro limite che quello della buona fede); N. Abriani, *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nella società a responsabilità limitata*, cit., 160; F. Mainetti, *op. cit.*, 936; D.U. Santosuosso, *op. cit.*, 220; V. Salafia, *Sub art. 2476*, in G. Bonfante *et al.* (a cura di), *Il codice commentato delle nuove società*, Milano, Ipsoa, 2004, 1965; M. Perrino, *Il controllo individuale del socio di società di capitali*, cit., 662. Trib. Biella 18 maggio 2005, cit., riconosce invece solamente il diritto di “effettuare estratti a proprie spese”. A favore del diritto di estrarre copie v., in epoca precedente alla riforma, anche le decisioni richiamate dal provvedimento in esame, e cioè Trib. Milano 30 marzo 1993, in *Giur. comm.*, 1993, II, 743 con nota di E. Rimini, *Il diritto di ottenere estratti del libro soci e il possesso della qualità di socio: un caso particolare*; la sentenza che si annota richiama altra decisione (relativa però ad una s.p.a.) e cioè Trib. Milano 28 giugno 2001, in *Giur. it.*, 2001, 2323, con nota di richiami di R. Weigmann; annotata da G. Ragusa Maggiore, *Il rappresentante comune degli azionisti e l’impugnazione delle deliberazioni assembleari annullate e rinnovate cumulativamente*, in *Dir. fallim.*, 2002, II, 151. Propendono per l’esclusione del diritto delle copie anche Trib. Parma 25 ottobre 2004, cit.; conf., Trib. Milano 30 novembre 2004, cit.; Trib. Chieti 31 maggio 2005, cit.; *contra*, Trib. Nocera Inferiore 13 ottobre 2005, in *Giur. comm.*, 2007, II, 159; Trib. Biella 18 maggio 2005, cit.; Trib. Ivrea 2 luglio 2005, cit.; Trib. Catania 8 marzo 2006, inedita, ha nominato un notaio presso il cui studio ha ordinato alla società di depositare la documentazione sociale, concedendo alla socia non amministratrice ricorrente facoltà di consultare tale documentazione entro quindici giorni, termine allo spirare del quale il notaio avrebbe restituito alla società la documentazione stessa.

diverse, con la sola eccezione relativa alla possibilità per i soci di ottenere “estratti a proprie spese” del libro dei soci e il libro delle adunanze e delle deliberazioni delle assemblee (41).

Sono da accogliere, invece, quelle pronunce (42) che ammettono il diritto del socio di estrarre copia dei documenti visionati. La società, quindi, deve conoscere quale è la documentazione riprodotta e, pertanto, un elenco dei documenti di cui il socio intende fare copia dovrà essere consegnata all’organo amministrativo della società (43).

Non prevedere detta possibilità costringerebbe, infatti, ad ammettere che nella nuova s.r.l. i diritti di controllo sarebbero in qualche modo più limitati di quanto accadeva in passato per il medesimo tipo sociale e di quanto ancor oggi è possibile per il socio di società azionaria: il che non appare sistematicamente corretto (44).

Ancora, a favore del riconoscimento del diritto all’estrazione delle copie della documentazione consultata, propendono coloro che considerano l’art. 2476 c.c. una disposizione che non farebbe più riferimento – come invece avveniva prima della riforma con il terzo comma dell’art. 2490 (45) – a tale possibilità (46) e che considerano il medesimo articolo quanto mai prossimo all’art. 2261 (47).

Ulteriore limite potrebbe essere rappresentato dal c.d. segreto sociale, quale “complesso di notizie, circa eventi e situazioni attinenti alla società, che, se rivelate, lederebbero un interesse, attuale e giuridicamente protetto, della stessa” (48), ma non sembra legittimamente opponibile al socio che intenda esercitare il controllo (49).

(41) R. Guidotti, *I diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, cit., 136; Id., *Ancora sui limiti all’esercizio dei diritti di controllo nella s.r.l. e sul (preteso) diritto di ottenere copia dei documenti consultabili*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 227: «La soluzione prospettata appare anche sistematicamente corretta se si considera l’ampiezza dei diritti di controllo del socio ed i rischi connessi al fatto che questi vengano esercitati in maniera patologica; non permettere la possibilità di estrarre copie dei documenti riduce infatti in radice la possibilità che il loro contenuto venga divulgato o utilizzato in modo improprio; sotto questo profilo è solo curioso ricordare che l’art. 541 del codice delle obbligazioni svizzero dopo aver previsto che il “socio escluso dall’amministrazione ha diritto di informarsi personalmente dell’andamento degli affari sociali, di ispezionare i libri commerciali e le carte della società” prevede solo il diritto del socio di estrarre “per proprio uso un prospetto sullo stato del patrimonio sociale”».

(42) Trib. Bologna 6 dicembre 2006, cit.

(43) M.G. Paolucci, *op. cit.*, 16: “Nulla questio, invece, sul fatto che, allorché si ammetta il diritto di estrarre copia, questo deve avvenire a spese del socio richiedente, il quale potrà, eventualmente, rivalersi dei costi sostenuti, soltanto in caso di accoglimento dell’azione sociale di responsabilità proposta, mentre non avrà nulla da pretendere, qualora all’esercizio del controllo non segua nessuna azione, ovvero l’azione venga rigettata dal Tribunale, o sia oggetto di rinuncia o transazione da parte della società”; G.M. Buta, *op. cit.*, 606: “L’esame dei documenti – a differenza della richiesta delle notizie – può anche essere globale: per questo di regola l’esercizio di tale diritto per la società può risultare più oneroso, dato che esige la messa a disposizione della documentazione, rendendo più difficile il dosaggio delle informazioni”.

(44) Altro problema è quello di stabilire se il diritto di controllo di cui si discute si estenda dai documenti alle “cose”: se quindi i soci non amministratori abbiano anche un diritto di ispezione relativo ai beni aziendali (cfr. O. Cagnasso, *La società semplice*, cit., 184; nega la possibilità di “accesso indiscriminato ai locali della società” Trib. Milano 30 novembre 2004, cit.). Nel nostro ordinamento non v’è alcuna disposizione sul punto a differenza di quanto accade, ad esempio, nella legislazione commerciale portoghese, dove si prevede espressamente che, alle medesime condizioni fissate per il diritto di informazione e di consultazione, il socio possa ispezionare i beni sociali (art. 214, c. 5). Analogamente a quanto è già stato affermato con riferimento alla società semplice “O. Cagnasso, *La società semplice*, cit., 184), e in assenza di diversa disposizione legislativa, è da ritenere che la soluzione debba essere negativa in considerazione del dato testuale della norma che non prevede detto diritto; e tanto a differenza di quanto accade nella società in accomandita semplice dove, com’è noto, si dispone che il socio accomandante, se l’atto costitutivo lo consente, possa “compiere atti di ispezione e di sorveglianza” (art. 2320, c. 2). Ovviamente anche nella società a responsabilità limitata l’atto costitutivo potrà ampliare i diritti previsti dalla legge prevedendo la possibilità di esercizio di attività analoga a quella consentita per l’accomandita semplice ovvero potrà introdurre la possibilità per i soci di procedere ad ulteriori controlli ed ispezioni sui beni disciplinandone di volta in volta il contenuto (M. Ricci, *I controlli individuali del socio non amministratore di società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 135); R. Guidotti, *Ancora sui limiti all’esercizio dei diritti di controllo nella s.r.l. e sul (preteso) diritto di ottenere copia dei documenti consultabili*, cit., 228.

(45) V. Sangiovanni, *Il diritto del socio di s.r.l. di estrarre copia dei documenti relativi all’amministrazione*, cit., 2286: “A dire il vero non è stata riprodotta nel nuovo testo della legge la disposizione del previgente art. 2490, comma 3, che attribuiva il diritto di ottenere estratti a spese del socio richiedente del libro dei soci e del libro delle adunanze e delle deliberazioni dell’assemblea. Tuttavia, pur in assenza di una norma espressa, si deve ritenere che – quantomeno di regola – il socio abbia un tale diritto”.

(46) Trib. Nocera Inferiore 13 ottobre 2005, cit.

(47) N. Abriani, *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nella società a responsabilità limitata*, cit.; M.G. Paolucci, *op. cit.*, 12: “Emerge *ictu oculi* che la norma riprende sostanzialmente il contenuto dell’art. 2261 c.c. in tema di società di persone, circostanza che consente di accogliere alcune delle conclusioni già riassunte, con riguardo a quest’ultima disposizione, per precisare la portata del diritto di informazione e di consultazione, nonché l’ambito dei soggetti legittimati al suo esercizio, senza, però, cadere nell’errore di considerare la s.r.l. alla stregua delle società di persone, e, pertanto, cogliendone anche le differenze e le peculiarità”. Ritengono che il “diritto di consultare i documenti relativi all’amministrazione”, di cui all’art. 2261 c.c., comprenda anche il diritto di consultare i libri e le scritture contabili: V. Buonocore, *Società in nome collettivo*, Milano, Giuffrè, 1995, 201; O. Cagnasso, *La società semplice*, cit., 182.

(48) R. Costi, *Note sul diritto di informazione e di ispezione del socio*, in *Riv. soc.*, 1963, 83.

(49) E. Ricciardiello, *L’inerenza del diritto del socio non amministratore di s.r.l. al potere gestorio*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 237: «Quanto al primo aspetto sembrerebbe del tutto ininfluenza per i terzi sapere che la società z ha come clienti o fornitori determinati soggetti, mentre per il soggetto appartenente alla compagine sociale potrebbe rilevare sotto il profilo dell’interesse ad esercitare attività concorrente in proprio o per interposta persona. Da questo esempio è possibile comprendere che, come correttamente rilevato [N. Abriani, *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nella società a responsabilità limitata*, cit., 155], non sussiste un interesse apprezzabile a denegare ai soci non amministratori l’accesso, nella accezione più ampia, alle informazioni segrete della società, gravando semmai proprio sui soci il dovere di non divulgazione o utilizzo illegittimo di dette informazioni. Il problema è strettamente correlato a quello dell’interesse

Parte della dottrina attribuisce al diritto di informazione e consultazione una tutela di natura cautelare, in particolare una tutela cautelare atipica di cui all'art. 700 c.p.c. (50), laddove sia presente un pregiudizio imminente e irreparabile (51).

Non vi è dubbio, e in questo la dottrina è pressoché unanime, che tali diritti debbano essere esercitati personalmente (52).

### 3. La consultazione delle scritture contabili quale efficace strumento di controllo del socio

Il diritto di controllo copre diverse finalità: sebbene sia essenzialmente orientato all'esercizio dell'azione di responsabilità, infatti, tale strumento consente al socio un consapevole esercizio del voto in assemblea e, inoltre, di avvalersi del diritto di opzione o del diritto di recesso (53). Per tutte queste finalità è possibile ritenere che tale diritto sussista in capo al socio anche indipendentemente dal diritto di voto (54).

L'art. 2476 c.c. si riferisce al "controllo" dei soci, nella duplice forma della "informazione" (diritto "di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali") e della "consultazione" (diritto "di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali e i documenti relativi all'amministrazione").

Informazione e consultazione sono le peculiari modalità di esercizio del controllo da parte dei soci. Il controllo, a sua volta, è finalizzato a garantire la buona gestione della società da parte degli amministratori, che è chiaramente favorita dalla possibilità per i detentori delle partecipazioni di esercitare il diritto di controllo riguardo l'operato dei gestori (55).

---

sociale e va valutato in relazione al tipo di società in cui viene esercitato. Sotto tale profilo ad alcuni sembra che la differenza tipologica tra società a responsabilità limitata e società per azioni giochi un ruolo decisivo. Nella prima, non sussiste un interesse sociale scindibile da quello dei singoli soci nell'attività gestoria con la conseguenza che non si pongono rispetto alla società situazioni di pericolo derivanti dalla divulgazione di dati "sensibili" a favore dei soci. Un esempio concreto potrebbe derivare dall'esercizio di attività concorrente da parte di un socio per conto proprio o di terzi. La rivelazione di un fatto sensibile quale per esempio il nominativo di clienti o fornitori della società potrebbe avere aspetti di maggior lesività a seconda che la divulgazione avvenga all'esterno o tra i soci.

(50) Nel vigore del c.c. del 1942, propendevano per l'applicabilità alla fattispecie della tutela cautelare atipica: Pret. Aversa 19 dicembre 1988, in *Società*, 1989, 499; Pret. Verona 8 ottobre 1992, in *Foro it.*, 1993, I, 2379; Trib. Roma 22 aprile 1988, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Provvedimenti d'urgenza*, n. 169; Pret. Venezia 27 febbraio 1990, in *Foro it.*, 1990, I, 3272; Trib. Trento 10 maggio 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 472; Trib. Messina 5 aprile 2003, in *Vita not.*, 2003, 955. Nel vigore della normativa attuale, v. R. Ambrosini, *op. cit.*, 1544; S. Ambrosini, *Sub art. 2476*, in G. Niccolini, A. Stagno d'Alcontres (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, Jovene, 2004, 1059; M. Malvasi, *op. cit.*, 764. In giurisprudenza, Trib. Biella 18 maggio 2005, cit.; Trib. Bari 10 maggio 2004, in *Giur. it.*, 2005, 308; Trib. Taranto 13 luglio 2007, cit.; Trib. Pavia 29 giugno 2007, cit.; 1 agosto 2007, cit.; Trib. Parma 25 ottobre 2004, cit., che ritiene il ricorso astrattamente ammissibile, anche se poi lo rigetta per motivi di merito.

(51) G. Positano, *Limiti legali e statuari al diritto del socio nella società a responsabilità limitata*, in *Dir. fallim.*, 2014, II, 79: «Deve, infatti, escludersi l'idea secondo cui la richiesta di esibizione dei documenti mediante una misura cautelare tipica (il sequestro probatorio ex art. 670 cod. proc. civ.) precluda al socio la possibilità di ricorrere al rimedio dell'art. 700 cod. proc. civ., per via del noto principio della residualità che informa la tutela cautelare atipica. Infatti, mentre il sequestro probatorio può essere richiesto soltanto "quando una certa documentazione è richiesta al fine di conseguire i mezzi di prova necessari per esperire una ben individuata iniziativa giudiziale, come ad esempio, l'azione di responsabilità contro gli amministratori", la richiesta cautelare ex art. 700 cod. proc. civ. non è strumentalmente legata ad una specifica azione da intraprendere, ma è volta solo ad acquisire le informazioni necessarie per valutare l'attività sociale, a prescindere da ulteriori iniziative giudiziali che il socio ritenesse di voler assumere in merito».

(52) F. Messineo, *Controllo del socio sull'amministrazione di società di persone e rappresentanza*, in *Id.*, *Studi di diritto delle società*, Milano, Giuffrè, 1949, 7; G. Ferri, *op. cit.*, 181, il quale nega la possibilità di incaricare un tecnico della revisione della contabilità o farsi assistere nella consultazione dei documenti inerenti all'amministrazione; R. Bolaffi, *La società semplice*, Milano, Giuffrè, 1975, 362; M. Ghidini, *op. cit.*, 450; M. Foschini, *Il diritto dell'azionista all'informazione*, Milano, Giuffrè, 1959, 33. *Contra*, R. Costi, *op. cit.*, 79, che cita il pensiero dubitativo di A. Graziani, *Diritto delle società*, Napoli, Morano, 1963, 89, secondo cui, in mancanza di una norma espressa, è difficile dedurre un limite così grave che può portare ad un'effettiva privazione, in determinati casi, del diritto di controllo; G. Landolfi, *Il diritto di informazione del socio nella s.r.l.*, Torino, Giappichelli, 2011, 45: "Con riferimento al suo contenuto ed in assenza di ulteriori specificazioni da parte del legislatore, si è pensato ad un conglomerato del diritto di informazione nell'unico concetto, rilevato che, se, nella generalità dei casi, il diritto di informazione è strumentale all'esercizio del diritto di controllo, alcune volte il diritto di informazione si potrebbe esaurire senza ricorrere al controllo. Mentre è agevolmente condivisa la *ratio iuris* del riconoscimento di tale prerogativa soltanto in capo ai soci non amministratori, maggiormente eterogenee sono le opinioni formatesi in dottrina circa la reale estensione del diritto in esame".

(53) V. Sangiovanni, *Il diritto di controllo del socio di s.r.l. a confronto con la disciplina tedesca*, cit., 1544; R. Guidotti, *I diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, cit., 189.

(54) M.G. Paolucci, *op. cit.*, 24.

(55) D. Scarpa, *op. cit.*, 115: "I diritti di informazione e di consultazione rappresentano uno strumento di controllo in senso lato dei soci sull'operato degli amministratori. Atteso che i soci sono titolari del potere di controllo astrattamente idoneo di per sé a influenzare l'operato dei gestori, questi ultimi, come derivazione naturale, tendono ad agire correttamente, per evitare di subire le conseguenze di un'azione di responsabilità: l'inosservanza dei doveri imposti dalla legge e dall'atto costitutivo, fondamento della responsabilità degli amministratori ai sensi dell'art. 2476, comma 1, c.c., tenderà a diminuire giacché i gestori sono assoggettati a un potenziale controllo continuo da parte di coloro che hanno investito in società. Il diritto di controllo viene tipicamente esercitato dai soci di minoranza nei confronti della società, la quale opera attraverso i suoi amministratori, che sono invece espressione della maggioranza. Il dato della norma prevede che i diritti d'informazione e di consultazione competono ai soli quotisti che non sono contemporaneamente amministratori: i dati e le notizie ottenuti dai soci possono condurre i quotisti a far valere la responsabilità dei gestori. La legge stabilisce che l'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa da ciascun socio. Il singolo quotista chiede le informazioni e, se ritiene che ne sussistano i

Da questo punto di vista si motiva la collocazione della normativa in tema di controllo (56) accanto alle regole sulla responsabilità degli amministratori (57).

Il richiamo a soci che non partecipano all'amministrazione pone alcuni problemi di interpretazione: infatti l'art. 2261 c.c. attribuisce i diritti di controllo soltanto a quei soci che non ricoprono alcuna carica amministrativa nella società; per cui si potrebbe dedurre, per analogia, che, anche nel caso delle società a responsabilità limitata, tali diritti non vadano estesi a quei soci investiti del potere di gestione o che abbiano partecipato di fatto all'amministrazione della società (58). Occorre però leggere la normativa in relazione a quanto previsto, in tema di s.r.l., dall'art. 2468, c. 3, c.c. (per cui l'atto costitutivo può prevedere "l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti relativi all'amministrazione"), dallo stesso art. 2476, c. 7, c.c. (59) (che prevede la responsabilità solidale con gli altri amministratori "dei soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi"), nonché dall'art. 2479, c. 1, c.c. (secondo cui gli amministratori possono sottoporre determinati argomenti all'approvazione dei soci). Dalla combinata lettura di tali articoli è agevole desumere la *ratio* del legislatore, orientato verso una "impronta personalistica della s.r.l.", in quanto tali regole sono destinate a soggetti che svolgono nella società un ruolo primario (60).

Altro dubbio riguarda la possibilità di un socio di avvalersi dei diritti di controllo previsti dall'art. 2476, c. 2, quando, pur estraneo a una data operazione gestoria, rivesta la qualifica formale di amministratore (61): ci si interroga, pertanto,

---

presupposti, esercita l'azione di responsabilità. Volendo specificare quanto appena affermato in termini generali, potremmo definire la prescrizione in esame di tipo repressivo, vale a dire ritenere la relazione esistente fra il diritto di controllo dei soci e l'accertamento della responsabilità degli amministratori come tesa unicamente a voler scoraggiare qualsiasi comportamento scorretto degli amministratori; pur tuttavia, la funzione di raccogliere i dati e le notizie da parte dei soci di una società a responsabilità limitata costituisce la base dell'esplicazione di ben altri e fondamentali principi societari. Si rifletta sul principale diritto di un soggetto che decide di aggregarsi ad una compagine societaria, vale a dire poter, attraverso l'espressione del voto, partecipare alla formazione della volontà sociale, quale sintesi della ponderazione di istanze dei singoli soci: ebbene, le informazioni raccolte dai soci sono finalizzate all'esercizio del diritto di voto".

(56) Sulla natura del diritto di controllo, se esso sia un diritto soggettivo ovvero potestativo, v. M.G. Paolucci, *op. cit.*, 16: "Occorre chiedersi se il diritto di controllo del socio è un vero e proprio diritto soggettivo, e, in caso di risposta affermativa, quali sono i rimedi attivabili nell'ipotesi di rifiuto da parte degli amministratori, di fornire notizie sullo svolgimento degli affari sociali, o di omessa esibizione dei libri e dei documenti relativi all'amministrazione. Quanto al primo interrogativo, accanto all'opinione, che sembra preferibile, di chi ritiene che i diritti di controllo siano veri e propri diritti soggettivi del socio, cui corrisponde un dovere di comportamento della società tramite un suo organo, non sono mancate voci, soprattutto in giurisprudenza, che si esprimono in termini di diritto potestativo. Altre volte, ci si è espressi in termini di potere, locuzione che, però, il più delle volte, viene usata quale sinonimo di diritto. Parte della dottrina, poi, pur condividendo di essere in presenza di un diritto soggettivo, ritiene che debba essere meglio inquadrato nella categoria dei diritti soggettivi collettivi. Come giustamente osservato, si deve radicalmente escludere che i diritti di controllo del socio possano essere qualificati in termini di diritto potestativo, ovvero di potere, o, ancora di diritto soggettivo collettivo. Si è in presenza di un diritto potestativo tutte le volte in cui l'interesse del soggetto agente è tutelato mediante il riconoscimento di poteri diretti a creare, modificare, o estinguere una situazione (alla quale pure altri soggetti possono essere interessati), con una manifestazione unilaterale di volontà. Essi non attribuiscono al titolare un'immediata signoria sulla cosa, né una posizione di pretesa rispetto a singoli obbligati: la realizzazione dell'interesse tutelato si attua indipendentemente dal comportamento di colui che deve subirne gli effetti che si trova in una situazione di soggezione. Esempi classici di diritti potestativi sono: il diritto di esercitare una prelazione, di accettare un'eredità, di dare una disdetta, di revocare un mandato. Diversamente, il diritto soggettivo, tradizionalmente definito come un interesse protetto dal diritto oggettivo, si sostanzia nella pretesa di un soggetto ad esigere da un altro soggetto l'osservanza di un dovere che una norma impone al secondo nell'interesse del primo, come si verifica per il diritto di controllo del socio al quale corrisponde, appunto, l'obbligo degli amministratori di fornire le informazioni richieste. Il potere in senso stretto è, invece, ogni facoltà attribuita al singolo a tutela non di un suo interesse individuale, ma di un interesse superiore o, comunque, di un interesse altrui, che comporta un assoggettamento di colui nei confronti del quale compete, ma sussistono anche particolari e secondari obblighi di condotta dello stesso verso il titolare. Il potere è tipico delle istituzioni organizzate, in particolare di diritto pubblico, ma ricorre anche nelle organizzazioni di diritto privato, soprattutto in quella peculiare organizzazione privata che è la famiglia. Frequentemente per designare questi poteri si usa il termine potestà. Le potestà, proprio perché tutelano un interesse che non è del titolare, costituiscono funzioni, nelle quali non solo doveri sono collegati al potere, ma lo stesso esercizio del potere è variamente vincolato. È evidente che la definizione di potere non si attaglia ai diritti di controllo del socio e, anzi, rischia di creare equivoci. Infine, i diritti soggettivi collettivi sono diretti ad attuare, nel contempo, l'interesse del suo titolare e quello analogo di altri membri di una collettività. Qualificare il diritto di controllo del socio come diritto soggettivo collettivo significherebbe quindi affermare di essere in presenza di uno strumento che attua, nel contempo, l'interesse individuale del socio ai risultati dell'attività sociale e quello della società al regolare funzionamento. Ma è evidente che, trovando il diritto di controllo la sua giustificazione esclusivamente nell'interesse del socio al buon andamento della gestione, e dunque, nell'interesse individuale del socio stesso, una sua qualificazione in termini di diritto soggettivo collettivo non ha ragion d'essere".

(57) R. Guidotti, *Società a responsabilità limitata e tutela dei soci di minoranza: un raffronto tra ordinamenti*, in *Contratto e impr.*, 2007, 675.

(58) F. Parrella, *op. cit.*, 124; C. Mannoni, *op. cit.*; G.M. Buta, *op. cit.*, 587: "Non soltanto non vi è alcuna ragione per ritenere che tale precisazione sia incompatibile con la richiesta di notizie e con il compimento di atti di ispezione da parte dei soci amministratori, ma esigenze di coerenza logica e sistematica spingono nella direzione opposta".

(59) Si anticipa che la previsione di cui all'art. 2476, c. 7, c.c., ha nelle sue possibili applicazioni, una carica di pericolosità esplosiva e costituisce, seppur parzialmente, una traduzione normativa della teoria dell'amministratore di fatto: v. G.C.M. Rivolta, *Profilo della nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Banca, borsa ecc.*, 2003, I, 696; F. Mainetti, *op. cit.*, 939.

(60) M.G. Paolucci, *op. cit.*, 25.

(61) G.C.M. Rivolta, *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in P. Abbadessa, G.B. Portale (diretto da), *op. cit.*, 529; V. Sanna, *op. cit.*, 159.

se tale diritto vada interpretato in senso formale o sostanziale, in quanto, nella seconda ipotesi, il diritto di indagine sarà precluso al socio che, privo di una formale investitura, ha esercitato di fatto le funzioni di amministratore.

La lettera della norma attribuisce i diritti di controllo ai soli soci non amministratori, non impedendo, però, che tali diritti possano essere estesi anche ai soci che siano amministratori. Questa apparente incongruenza trova in realtà giustificazione nel fatto che non occorre alcuna espressa previsione normativa in tema di informazione in merito all'andamento dell'attività di gestione né tantomeno nel prendere visione dei documenti sociali, in quanto i diritti di controllo discendono indiscutibilmente dalla qualità di amministratori.

Pertanto, occorre risalire, in via preliminare, a quali diritti si riferisce il legislatore nello stesso art. 2468, c. 3, data l'ambiguità del generico riferimento "all'amministratore della società", che ingloba tanto il momento gestionale, in forma specifica, tanto, in un'interpretazione più ampia ma pur sempre ammissibile, il concetto dei diritti c.d. amministrativi del socio, quell'insieme di diritti, cioè, che consentono al socio di partecipare attivamente alla vita della società (62).

Per poter agire in maniera informata, gli amministratori devono controllare i libri e i documenti sociali: è un dovere, il cui mancato adempimento comporta delle responsabilità (63). La dottrina prevalente è concorde nell'attribuire al socio amministratore, e anche all'amministratore non socio, l'attribuzione dei diritti di controllo sull'operato degli altri amministratori ovvero dei precedenti amministratori (64). Tra i diversi autori c'è chi si sofferma sulle regole che stabiliscono la responsabilità solidale gravanti sugli amministratori (65) o, in base a quanto sostenuto da altri, sulla norma che impone agli amministratori di società per azioni l'obbligo di agire informati (66): in questa maniera i soci amministratori sarebbero titolari di quei poteri di controllo attribuiti a essi dalla qualifica formale di amministratore, e il cui esercizio sarebbe un dovere incluso nel rispetto della diligenza richiesta. I diritti di controllo fin qui definiti sarebbero invece di diversa natura rispetto a quelli riconosciuti dal secondo comma dell'art. 2476, che andrebbero riservati ai soci nell'esercizio del loro interesse nel verificare la correttezza della gestione sociale (67).

Più complesso è invece stabilire se i diritti di controllo spettino anche ai soci amministratori di fatto, ai soci che dispongono di particolari diritti riguardanti l'amministrazione nonostante non siano amministratori, così come previsto dal terzo comma dell'art. 2468, ovvero i soci che abbiano deciso una o più operazioni in virtù di un investimento operato direttamente dall'atto costitutivo o dagli amministratori o su richiesta dei soci che rappresentino almeno un terzo del capitale, secondo il dettato del primo comma dell'art. 2479.

In relazione al primo punto è necessario partire dall'interpretazione del termine "partecipazione" in relazione all'amministrazione di una società: se infatti si privilegia un'interpretazione formale, soltanto i soci formalmente investiti della carica di amministratore partecipano all'amministrazione sociale; se invece si privilegia un'interpretazione sostanziale, vanno considerati partecipanti all'amministrazione anche i soci che, pur non essendo formalmente investiti dalla carica di amministratore, di fatto si sono costantemente ingeriti nell'amministrazione della società (68).

L'art. 2468, c. 3, prevede l'assegnazione dei diritti particolari a "singoli" soci: si tratterebbe dunque di un diritto legato alla persona, a un ben identificato titolare della quota sociale, e tale diritto andrebbe pertanto a configurarsi come

(62) M.G. Paolucci, *op. cit.*, 25.

(63) A. Angelillis, G. Sandrelli, *op. cit.*, 696.

(64) O. Cagnasso, *La società a responsabilità limitata*, in G. Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2007, 224; N. Abriani, *La società a responsabilità limitata. Decisioni dei soci*, cit., 320; S. Ambrosini, *op. cit.*, 1588; S. Fortunato, *I controlli nella riforma delle società*, cit., 1588; E. Fregonara, *op. cit.*, 793; G.M. Buta, *op. cit.*, 593; R. Guidotti, *I diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, cit., 73.

(65) O. Cagnasso, *Sub art. 2476*, cit., 1883; D. Corapi, *op. cit.*; G.M. Buta, *op. cit.*, 594; V. Sanna, *op. cit.*, 160.

(66) R. Guidotti, *I diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, cit., 73; S. Ambrosini, *op. cit.*, 1591; L. De Angelis, *op. cit.*, 480; N. Abriani, *La società a responsabilità limitata. Decisioni dei soci*, cit., 193; V. Sanna, *op. cit.*, 160.

(67) O. Cagnasso, *Sub art. 2476*, cit., 1883; R. Guidotti, *I diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, cit., 75; V. Sanna, *op. cit.*, 161: «i poteri-doveri di controllo connessi alla qualifica formale di amministratore, avendo un differente fondamento rispetto ai diritti di controllo disciplinati dall'art. 2476, secondo comma, hanno anche una diversa ampiezza: ad esempio, è senz'altro da escludere che ai primi possa opporsi il c.d. segreto aziendale, il quale potrebbe invece costituire un limite per i diritti di controllo riconosciuti dalla citata disposizione; al contrario, può legittimamente dubitarsi che nell'esercizio dei poteri di controllo gli amministratori possano avvalersi di professionisti di loro fiducia, cosa invece consentita ai soci nell'esercizio dei diritti di controllo. [...] Se è vero che il riferimento ai "soci che non partecipano all'amministrazione" allude al concreto potere gestorio esercitato, è altrettanto vero che bisogna escludere dal suo ambito di applicazione l'ipotesi in cui il socio, pur avendo di fatto esercitato potere gestorio, rivesta tuttavia la qualifica formale di amministratore; in tal caso, egli è titolare di poteri-doveri di controllo differenti, quanto a fondamento e limiti, dai diritti di controllo disciplinati dall'art. 2476, secondo comma».

(68) Qualche dubbio resterebbe solo nei casi di immistione occasionale e non ripetuta. Sull'argomento, v. A. Angelillis, G. Sandrelli, *op. cit.*, 698.

un mero privilegio soggettivo (69), cosa che escluderebbe di conseguenza di ancorarlo alla partecipazione sociale oggettivamente considerata (70).

Fra i diritti particolari (71) potremmo annoverare l'attribuzione del potere di nominare uno o più amministratori, dato che tale competenza non appartiene necessariamente alla collettività dei soci (art. 2475), o di nominare quelli investiti di particolari cariche; l'attribuzione di un diritto di veto su alcuni atti di gestione; il diritto di autorizzare determinate operazioni, o di decidere il compimento di particolari operazioni imprenditoriali (stante la responsabilità di cui all'art. 2476, c. 7, e l'assenza di qualsiasi riserva di competenza gestionale in capo agli amministratori).

L'intera questione sembra avere però, a ben riflettere, un'importanza marginale: se infatti un socio, nella pratica, si ingerisce della gestione in modo continuativo e sistematico tanto da poter essere qualificato come amministratore di fatto, è facile immaginare che questi abbia già un accesso diretto ai documenti sociali. D'altronde, in materia di responsabilità, l'amministratore di fatto è qualificato come vero e proprio amministratore, motivo per cui risponde per *mala gestio* nei confronti della società. È pertanto suo interesse controllare in modo puntuale l'andamento della gestione sociale, e l'accesso ai documenti potrebbe essere qualificato come un fattore indiziario, se non proprio un tratto visibile, nell'inquadramento di un soggetto come amministratore di fatto (72).

Il diritto all'informazione, benché stabilito solo a favore dei soci non amministratori, spetta anche ai soci amministratori, a prescindere dalla presenza di una ripartizione di compiti (73): una specifica previsione al riguardo sarebbe superflua, vista la disciplina dettata per l'esercizio delle loro funzioni e in particolare nelle regole sulla responsabilità (74). Pertanto, il diritto all'informazione che compete ai soci amministratori va visto come un potere-dovere connesso alle loro funzioni (75).

Nelle s.r.l., quindi, esiste un dovere di vigilanza sugli amministratori, a prescindere dal regime di amministrazione presente, che presuppone la necessaria e contemporanea presenza di strumenti istruttori che consentano al soggetto obbligato di ottenere tutte le necessarie notizie e di esaminare i documenti sociali, ciò che si suole definire potere-dovere di informazione e di consultazione.

Parte della dottrina attribuisce, così, a ciascun amministratore la possibilità di non essere a conoscenza di tutte le operazioni sociali, e quindi della possibilità di imprimere un controllo diretto. Tale ipotesi, in particolare, si presenta nei regimi di amministrazione disgiuntiva, ove ciascun amministratore avrà il potere-dovere di informarsi sulle operazioni che gli altri stanno per compiere, anche al fine di esercitare tempestivamente il diritto di opposizione che gli spetta (76).

(69) Sui diritti particolari, E. Fazzutti, *Sub art. 2468*, in M. Sandulli, V. Santoro (a cura di), *op. cit.*, 58. Ritiene invece che sia possibile non soltanto collegare alcuni diritti particolari alla partecipazione, piuttosto che alla persona del socio, ma, anche, rendere i suddetti diritti connotati comune a più partecipazioni, assoggettate a regole di "classe", analogamente a quanto avviene con le categorie speciali di azioni, M. Notari, *Diritti "particolari" dei soci e categorie "speciali" di partecipazioni*, in *Analisi giur. economia*, 2003, 326. Non è mancato chi ritiene più corretto intendere la "particolarità" nell'accezione di "singolarità", nel senso dell'attribuzione per singoli diritti, con estensione dell'ambito di efficacia della disposizione a tutti i diritti amministrativi, v. D.U. Santosuosso, *op. cit.*, 203; A. Patti, *I diritti dei soci e l'assemblea nella nuova disciplina della s.r.l.*, in *Società*, 2005, 443.

(70) M.G. Paolucci, *op. cit.*, 26.

(71) A. Blandini, *Categorie di quote, categorie di soci*, Milano, Giuffrè, 2009, 95.

(72) A. Angelillisi, G. Sandrelli, *op. cit.*, 698.

(73) C. Montagnani, *Diritti d'informazione, controllo individuale e controllo giudiziario nelle società prive di collegio sindacale*, cit., 269; O. Cagnasso, *La società semplice*, cit., 176.

(74) D. Corapi, *op. cit.*; S. Fortunato, *I controlli nella riforma delle società*, cit., 87; N. Abriani, *La società a responsabilità limitata. Decisioni dei soci*, cit., 322.

(75) G.M. Buta, *op. cit.*, 594; M.G. Paolucci, *op. cit.*, 27: "Se, quindi, l'autonomia statutaria ha ampia libertà nel plasmare il contenuto della partecipazione, con il solo limite del rispetto delle regole inderogabili attinenti al funzionamento degli organi e di quelle rinvenibili nella cornice funzionale propria di ogni iniziativa societaria, occorre chiedersi se l'atto costitutivo può attribuire a singoli soci quote a voto plurimo, dandogli così la possibilità di incidere sulla regola della proporzionalità tra partecipazione sociale e voto di cui all'art. 2479, comma 5. Né l'art. 2468, comma 3, né l'art. 2479, comma 5, forniscono in realtà elementi decisivi per rispondere al quesito, anche se è innegabile che il voto è strumento di influenza sull'amministrazione della società. Del resto, all'intangibilità del voto, desumibile dall'assenza di ogni riferimento ad una diversa previsione statutaria nell'art. 2479, comma 5, potrebbe opporsi la regola di generale derogabilità di cui all'art. 2468, comma 2. Se, come ritengo, in tema di s.r.l. vige una generale presunzione di derogabilità delle norme concernenti in via esclusiva i rapporti interni tra soci, una clausola che rafforzi l'intensità di partecipazione del singolo socio alla formazione della volontà collettiva sembra perfettamente coerente con una figura la quale, facendo più spazio alla persona di quanto non accada nella s.p.a., consente di variare le posizioni soggettive in relazione all'importanza che ciascun socio riveste per la collettività, anziché commisurarle rigidamente all'entità dei rispettivi conferimenti".

(76) G. Cottino, M. Sarale, R. Weigmann, *Società di persone e consorzi*, in G. Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, cit., 150; F. Galgano, *Le società di persone*, in A. Cicu, F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 1982, 199; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale. 2, Diritto delle società*, Torino, Utet, 1995, 98; G.M. Buta, *op. cit.*, 595. M.G. Paolucci, *op. cit.*, 28: "Ritengo, comunque, che, tanto i soci in possesso di una c.d. *golden quote*, ex art. 2468, comma 3, quanto quelli coinvolti nell'adozione di determinate decisioni, ai sensi dell'art. 2479, comma 1, non acquistano la veste di amministratori e, pertanto, hanno pieno diritto di essere informati sullo svolgimento dell'attività sociale e di accedere ai documenti relativi all'amministrazione, salvo, poi, l'eventuale responsabilità del socio che ha intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi, in solido con gli amministratori, ex art. 2476, comma 7".



È necessario, poi, stabilire se i diritti di controllo siano attribuibili anche ai soci che, nonostante non rivestano la qualifica formale di amministratori, siano investiti dall'atto costitutivo di potere gestorio, ovvero siano chiamati a pronunciarsi "sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione" (77).

Sono state proposte due diverse ricostruzioni: una prima in cui, nelle ipotesi di cui sopra, vi sarebbe una sottrazione di competenze gestorie agli amministratori e una corrispondente attribuzione delle medesime ai soci, i cui effetti comportano dei vincoli per gli amministratori a seguito delle decisioni dei soci (78).

Sotto un altro profilo, invece, l'attribuzione di competenze gestorie ai soci non significa uno svuotamento di contenuto della funzione amministrativa, ma le decisioni assunte dai soci avrebbero, in questa prospettiva, carattere semplicemente autorizzativo (79).

I soci investiti di poteri gestori, ai sensi del primo comma dell'art. 2479, possono comunque ritenersi titolari di poteri-doveri di controllo analoghi a quelli connaturati alla carica di amministratore (80).

Bisogna, però, osservare il fenomeno anche sotto un profilo puramente letterale, in cui l'espressione "soci che non partecipano all'amministrazione" potrebbe essere intesa come riferita in maniera più stringente ai soci, così da escludere anche quelli che si limitino ad autorizzare l'operazione gestoria.

Nonostante vi sia chi esclude la titolarità dei diritti di controllo quando vi sia esercizio di potere gestorio dei soci, nei casi contemplati dall'art. 2479, c. 1, (81) non si può tenere fuori l'ipotesi in cui siano a essi riconosciuti particolari diritti relativi all'amministrazione della società ai sensi dell'art. 2368, c. 3.

A parere di chi scrive, tali tipologie di soci dovrebbero essere ritenuti titolari dei diritti di controllo previsti dal secondo comma dell'art. 2476. Sembra convincente la tesi di coloro i quali sostengono che "la circostanza che tali soggetti siano titolari di particolari diritti amministrativi o siano occasionalmente investiti del compito di assumere decisioni gestorie non li rende, infatti, amministratori" (82).

Richiamando un principio in base al quale "l'esercizio di attività gestoria, oggettivamente considerata, richiama comunque l'applicazione delle regole che la connotano a prescindere dalla qualifica rivestita (o non rivestita) da colui cui l'esercizio stesso è riferibile" (83), è possibile sostenere che fra le regole che connotano l'attività gestoria, bisogna

(77) I. Demuro, *Le decisioni dei soci sugli argomenti sottoposti alla loro approvazione nelle s.r.l.*, Milano, Giuffrè, 2008; N. Abriani, M. Maltoni, *Elasticità organizzativa della società a responsabilità limitata e diritto dei soci di avocare decisioni gestorie: sulla derogabilità dell'art. 2479, comma 1, c.c.*, in *Riv. not.*, 2006, 1151; F. Torroni, *op. cit.*, 675: "Dal disposto dell'art. 2476 c.c. emerge chiaramente l'intenzione del legislatore di consentire ai soci privi di potere gestorio la possibilità di avere una conoscenza diretta della gestione sociale, sia attraverso la richiesta d'informazioni che per mezzo della diretta consultazione dei relativi documenti. A fronte di una così netta attribuzione di poteri nei confronti di una «categoria» di soci in dottrina sono state analizzate alcune ipotesi che non rientrano nella fattispecie normativa".

(78) P. Spada, *L'amministrazione nella società a responsabilità limitata dopo la riforma organica del 2003*, in G. Scognamiglio (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2003, 13; P. Benazzo, *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statuari*, in *Società*, 2003, 1073; E. Ricciardiello, *Il socio amministratore di s.r.l.*, Milano, Giuffrè, 2010, 172; M. Mozzarelli, *Decisioni dei soci e profili di responsabilità degli amministratori nei confronti della s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2008, 426; G. Zanarone, *op. cit.*, 76; V. Sanna, *op. cit.*, 163.

(79) V. Meli, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in P. Abbadessa, G.B. Portale (diretto da), *op. cit.*, vol. III, 671; O. Cagnasso, *Gestione attribuita ai soci della società a responsabilità limitata e ruolo degli organi di amministrazione e di controllo*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 459. V. Sanna, *op. cit.*, 164: «Sarebbe decisamente singolare definire "soci che non partecipano all'amministrazione" quelli ai quali siano attribuiti poteri gestori ai sensi dell'art. 2479, primo comma, posto che una loro decisione sarebbe appunto vincolante per gli amministratori; contrasterebbe pertanto con il dato normativo sostenere che il socio possa successivamente chiedere informazioni ovvero consultare la documentazione relativa ad un'operazione che lui stesso ha contribuito a decidere in modo, per così dire, definitivo. Osta a una tale conclusione il concetto stesso di controllo, il quale presuppone che l'atto o l'attività che ne costituisce l'oggetto sia posta in essere da un soggetto diverso dal controllore: insomma che controllato e controllore non coincidano». C. Ibba, *La gestione dell'impresa sociale fra amministratori e non amministratori*, in *Studium iuris*, 2005, 426; G.C.M. Rivolta, *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, cit., 537, per il quale tale condizione, infatti, comporta che nelle ipotesi precedentemente menzionate ai soci spetterebbero poteri meramente autorizzatori, tali cioè "da non menomare l'iniziativa e l'autonomia degli amministratori relativamente al compimento di qualsivoglia operazione".

(80) V. Sanna, *op. cit.*, 165: «Vi è da sottolineare che nei casi citati la mancanza dei diritti di controllo dovrebbe comunque ritenersi rigorosamente circoscritta alle decisioni rientranti nelle competenze gestorie ad essi attribuite, potendo poi riespandersi con riguardo alle decisioni che invece esuli da tali competenze. Qui in effetti viene in considerazione quella che potrebbe definirsi "intermittenza" nell'esercizio dei diritti di controllo, correlativa all'"intermittenza" dei poteri gestori nelle fattispecie in questione, potenzialmente foriera di qualche inconveniente dal momento che il socio, a seconda delle "materie" sulle quali verte il controllo, si vedrebbe riconosciuta o negata la titolarità del relativo diritto».

(81) O. Cagnasso, *Gestione attribuita ai soci della società a responsabilità limitata e ruolo degli organi di amministrazione e di controllo*, cit., 462; V. Sanna, *op. cit.*, 167.

(82) A. Angelillis, G. Sandrelli, *op. cit.*, 699.

(83) C. Ibba, *La gestione dell'impresa sociale fra amministratori e non amministratori*, cit., 427; M. Rescigno, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 335; S. Rossi, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 1074; R. Vigo, *La partecipazione dei soci all'amministrazione della s.r.l.*, in A. Genovese (a cura di), *Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni su alcuni contenuti di disciplina* (Atti del convegno, Catanzaro, 23 maggio 2003), Torino, Giappichelli, 2003, 55.

considerare anche quella che attribuisce a chi la esercita il potere-dovere di controllare l'operato dei soggetti con i quali tale potere viene condiviso (84).

Da un punto di vista oggettivo, il controllo attivo del socio sulla *governance* riguarda le informazioni sull'andamento generale della società e/o su singoli affari, nonché la consultazione ed estrazione di atti che non può soffrire limitazioni, estendendosi a tutti i libri sociali ed ai documenti relativi all'amministrazione, anche se presenti presso terzi (85).

Nulla impedisce, quindi, al socio di effettuare un controllo analitico sulla contabilità della società e sulla reale corrispondenza del bilancio alle scritture contabili. Tale interesse del socio deriva proprio dalla ricerca della propria consapevolezza dello stato di salute e sull'andamento della gestione sociale (86).

È necessario ricordare che il bilancio è un documento sociale dal contenuto essenzialmente valutativo in cui confluiscono, oltre a dati certi, anche quelli stimati e quelli congetturati. In particolare, l'attività del redattore del bilancio si compone, ai sensi dell'art. 2423 c.c., di due momenti distinti, uno volto alla rilevazione dei dati e l'altro volto alla valutazione delle operazioni, che è rimessa alla discrezionalità tecnica dell'organo amministrativo e deve rispettare i principi dettati dalla legge e dai principi contabili e deve, altresì, trovare esauriente rappresentazione nella nota integrativa e, quindi, può essere oggetto di controllo da parte del socio soprattutto se la società è priva di sindaci o revisori.

La tecnica di natura contabile permette di evidenziare, attraverso le annotazioni sul conto, effettuate secondo diverse modalità e denominate scritture contabile, l'evoluzione dei valori numerici rappresentati a seguito dei fatti storici intervenuti durante il periodo considerato, che hanno determinato i fatti di gestione, cioè entrate o uscite, a loro volta rappresentati con evidenze giustificative, chiamati documenti contabili "di primo grado", quali contratti, lettere, fatture ricevute ecc.

Le norme codicistiche non descrivono e neppure menzionano il procedimento comunemente adottato nella tenuta delle scritture contabili che, una volta rilevate le operazioni gestorie in prima nota, passa attraverso la registrazione contabile nel libro giornale e nel libro mastro, fino a concludersi attraverso la redazione del bilancio, quale scrittura contabile di sintesi.

La redazione del bilancio, in particolare, non è una mera operazione algebrica, infatti i saldi dei conti non consentono di redigere né lo stato patrimoniale, né il conto economico, secondo gli schemi previsti dagli artt. 2424 e 2425 c.c., ma solamente il c.d. bilancio di verifica, cioè un semplice prospetto di rilevazione dei totali di sezione e i saldi di ciascun conto utilizzato nel periodo preso in considerazione, necessitando, per la redazione del progetto di bilancio, della redazione delle c.d. scritture di assestamento ad opera degli amministratori.

La contabilità rende il conto della gestione svolta e, in questo senso, le norme di una ordinata contabilità di cui all'art. 2219 c.c. sono quelle in grado di ricostruire i passaggi che, dal fatto gestorio, attraverso le scritture contabili, conducono al bilancio d'esercizio. In tal modo, partendo dal bilancio, è possibile una ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari dell'impresa.

In questi termini, il legislatore stabilisce che ciascun valore appostato in bilancio deve essere ricollegato alla registrazione contabile di partenza, attraverso l'adozione del criterio di valutazione dettato al riguardo da norme di legge e dai principi contabili, e, da questa, al fatto di gestione sottostante.

È pertanto corretto affermare che quanto più i valori in bilancio hanno in grande prevalenza contenuti di carattere soggettivo, maggiori sono le quantità oggettive introdotte in contabilità, e quindi le connesse possibilità di alterazione, nel corso del periodo amministrativo, rispetto a quelle soggettive di fine anno (87).

(84) V. Sanna, *op. cit.*, 170: "Se si accettasse la considerazione di cui sopra, si dovrebbe accettare anche l'idea che i soci sarebbero titolari di poteri-doveri di controllo con *ratio* e limiti differenti rispetto ai diritti riconosciuti dall'art. 2476, secondo comma. Pertanto, si tratterebbe di poteri che i soci dovrebbero esercitare personalmente, non potendosi avvalere, diversamente, da quanto previsto dalla citata disposizione, di professionisti di loro fiducia".

(85) Trib. Napoli 31 luglio 2018, in *Società*, 2019, 691.

(86) Trib. Venezia 19 settembre 2020, per il quale, riprendendo anche Trib. Milano 21 dicembre 2017 (*ivi*, 2018, 375) e Trib. Torino 2019, si dovrebbe ordinare l'esposizione di un lungo elenco di documenti, che costituirebbero la documentazione ragionevolmente necessaria ovvero in concreto esaminata/utilizzata per l'esercizio delle proprie funzioni dall'organo amministrativo della società soggetta al potere di ispezione e conseguentemente da reputarsi nella materiale disponibilità giuridica della stessa, nella necessaria coincidenza fra poteri di gestione e poteri di controllo di una società di capitali, quale assicurata nell'attuale assetto normativo dal controllo sindacale nella spa e dal controllo dei soci non amministratori nella s.r.l. e a prescindere dalla irrilevante intestazione formale dei relativi atti.

(87) Trib. Venezia 19 settembre 2020, cit., per il quale il diritto di accesso è funzionale alla verifica delle scelte amministrative, perché il socio non amministratore possa dividerle o contestarle e determinarsi nella vita sociale o fuori di essa a tutela dei propri interessi. Pertanto l'accesso ai documenti della s.r.l. deve essere ammesso anche quando il socio abbia come scopo (anche prevalente) di ottenere elementi di valutazione della propria quota. Trib. Napoli 31 luglio 2018, cit., stabilisce che in linea di principio non parrebbero immaginabili vincoli che impediscano al socio acquisire dette informazioni così come prendere visione ed estrarre copie di ogni documento societario, in ragione della sua posizione di intraneo all'ente, rispetto al quale non può quindi operare alcuna esigenza di riservatezza propria della compagine partecipata. Più segnatamente non parrebbe comprensibile che – in ragione di presunte esigenze di segretezza della società – al socio, quindi ad un soggetto interno e centrale nella nuova caratterizzazione della s.r.l., venga impedito di avere notizie, di visionare o di estrarre copia della documentazione che attenga tanto all'aspetto contabile ed organizzativo, quanto a quello gestorio ed amministrativo dell'ente. Se ciò comporta, in generale e di norma, che il socio possa chiedere informazioni su ogni affare ed avere accesso a qualsiasi documento (contabile o amministrativo) relativo alla gestione della s.r.l., che tale estensione oggettiva non soffra limiti rivenienti dalla qualità soggettiva del socio richiedente, *ivi* compresa quella di concorrente della società cui partecipa, *ivi* compresa quella di concorrente

#### 4. Il tema della “tutela” delle informazioni aziendali nell’espletamento dell’attività di controllo del socio

È necessario stabilire un confine, laddove presente, tra gli interessi dei soci a conoscere direttamente l’andamento dell’attività e quelli della stessa società nel conservare segreti determinati documenti ai fini di una maggiore tutela dell’interesse sociale (88).

Dopo l’entrata in vigore della riforma societaria del 2003, la dottrina ha accettato la prevalenza del diritto di informazione del socio sul segreto sociale, negando l’esistenza di informazioni riservate per le quali la società possa invocare il diritto di segretezza (89).

In realtà, la Suprema Corte ha stabilito che il diritto di informazione di cui al secondo comma dell’art. 2476 deve essere esercitato nei limiti delle esigenze di riservatezza sociale e aziendale (90).

Tale principio, però, è stato respinto da coloro che non lo ritengono richiamabile in tema di società a responsabilità limitata perché contrastante con la lettera del secondo comma dell’art. 2476, e perché non conciliabile con l’ampiezza dei poteri di controllo riconosciuti *uti singuli* ai soci non amministratori di tali società (91): se, infatti, lo scopo che il legislatore ha inteso perseguire attraverso il riconoscimento di penetranti poteri di controllo ai soci non amministratori è quello di valorizzare il ruolo del socio stesso nella *governance* della società e di permettergli di esercitare l’azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori, tale intento sarebbe vanificato di fronte all’indiscriminata possibilità, per gli amministratori, di trincerarsi dietro le esigenze di segretezza (92).

È stato rilevato che opporre il segreto da parte degli amministratori è, a seguito della riforma societaria, incompatibile con l’esercizio stesso della funzione di controllo (93), in quanto mancherebbe, per il socio, una disposizione

---

della società cui partecipa, d’altro canto il suo è un diritto potestativo connotato da limiti interni, che postulano un suo esercizio secondo buona fede (Trib. Milano 25 novembre 2015).

(88) Su una dinamica in merito alla nozione di “interesse sociale”, si veda l’eccellente intervento di C. Angelici, *Note minime sull’“interesse sociale”*, in *Banca, borsa ecc.*, 2014, I, 255. R. Guidotti, *Ancora sui limiti all’esercizio dei diritti di controllo nella s.r.l. e sul (preteso) diritto di ottenere copia dei documenti consultabili*, cit., 220: “È necessario quindi verificare se nel nostro sistema sia possibile rinvenire degli indici normativi che individuino il confine tra i documenti, o le parti di documenti, che il socio ha il diritto di esaminare e quelli che il socio non ha diritto di esaminare; quali siano, in altre parole, le notizie contenute in detti documenti che il socio ha diritto di conoscere e quelle che invece conoscere non può; quale sia il confine oggettivo tra le informazioni che gli amministratori hanno l’obbligo di fornire e quelle che lecitamente possono non fornire”; M.G. Paolucci, *op. cit.*, 19: “È evidente che, nell’ottica del socio non amministratore, la previsione dell’art. 2476, comma 2, c.c. è oltremodo positiva, ma è necessario anche verificare in che modo la tutela degli interessi del socio si contemperino con la tutela degli interessi della società e, non ultimo, dei creditori sociali”.

(89) Parte della dottrina, precedente alla riforma, sosteneva che le notizie alle quali fosse possibile opporre un vincolo di segretezza sarebbero solo le informazioni inerenti la condotta degli affari, essendo imposto dall’art. 2621, l’obbligo di comunicazione integrale della situazione patrimoniale: D. Pettiti, *Contributo allo studio del diritto dell’azionista al dividendo*, Milano, Giuffrè, 1957, 128; M. Foschini, *op. cit.*, 199; G. Landolfi, *op. cit.*, 79: «Già il legislatore del 1942, parlando di “condizioni economiche” della società, intendeva riferirsi alla sola situazione patrimoniale della stessa, escludendo tutto quanto interessasse la condotta degli affari curata dagli amministratori. In conseguenza di ciò, gli amministratori sarebbero stati obbligati dall’art. 2621 c.c. a fornire dichiarazioni ed informazioni rispondenti al vero relativamente alla situazione patrimoniale della società, mentre non era legislativamente previsto un analogo obbligo relativamente alle informazioni concernenti la condotta degli affari». Altra parte della dottrina poneva alcune obiezioni alla limitazione alle sole informazioni patrimoniali, in quanto la sopra citata statuizione era, in precedenza, chiamata a disciplinare le false comunicazioni in generale e non soltanto quelle riferibili alla situazione patrimoniale della società. Contestualmente, l’art. 2622 c.c., regolamentando la medesima materia, doveva essere interpretato nel senso di prevedere a carico degli amministratori il segreto sociale relativamente alle informazioni riguardanti la gestione globalmente intesa e non soltanto la condotta degli affari (R. Costi, *op. cit.*, 88). L’interesse all’informazione era, così, tracciato come un interesse prevalente rispetto a quello della società a mantenere una sfera di riservatezza sulle vicende ad essa relative, ma perché tale interesse potesse essere ritenuto meritevole di tutela era necessario che il suo esercizio fosse manifestato sotto forma di una condotta conforme ai principi della correttezza e buona fede (G. Landolfi, *op. cit.*, 80). M. Malavasi, *op. cit.*, 763; O. Cagnasso, *Sub art. 2476*, cit., 1884; M. Perrino, *Primo livello di personalizzazione. Il ruolo chiave del socio nei meccanismi di governance della società*, in V. Santoro (a cura di), *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, Milano, Giuffrè, 2009, 115; S. Ambrosini, *op. cit.*, 1589.

(90) Cass. civ., S.U., 21 febbraio 2000, n. 27, in *Società*, 560, che ha precisato come i soci intervenuti in assemblea hanno diritto di “richiedere informazioni e chiarimenti tanto sulle materie oggetto di deliberazione, quanto sull’andamento della gestione sociale [...] per essere legittimo, l’esercizio di tale diritto deve essere pertinente agli argomenti posti all’o.d.g. e non trovare ostacolo in oggettive esigenze di riservatezza in ordine a notizie la cui diffusione può arrecare pregiudizio alla società”.

(91) F. Parrella, *op. cit.*, 125, per il quale, prevedendo la seconda parte del c. 2 dell’art. 2476 c.c. la possibilità per il socio di farsi assistere da professionisti di loro fiducia per l’esame dei documenti, si può facilmente dedurre che, nella nuova disciplina, l’interesse della società al segreto sia postergato rispetto all’interesse del socio tutelato con il riconoscimento delle prerogative di controllo in generale.

(92) M. Malavasi, *op. cit.*, 763; G. Landolfi, *op. cit.*, 81.

(93) Prevale in dottrina l’opinione propensa a negare l’esistenza di informazioni riservate. Cfr. O. Cagnasso, *Sub art. 2476*, cit., 1886; S. Ambrosini, *op. cit.*, 1588; C. Montagnani, *Informazione e controlli nelle nuove società a responsabilità limitata*, Padova, Piccin, 2008, 238; F. Parrella, *op. cit.*, 125; G. Giannelli, *Amministrazione e controllo nella s.r.l.*, in N. Di Cagno (a cura di), *La riforma delle società di capitali*, Bari, Cacucci, 2004, 201, M. Malavasi, *op. cit.*, 763.

analoga al c. 1 dell'art. 2407 c.c., che prevede per i sindaci il dovere di riservatezza (94), oppure come quella dell'art. 2301 c.c. in tema di doveri imposti ai soci di s.n.c. (95).

In ogni caso dovrebbe primeggiare il principio, applicabile peraltro sempre, di buona fede affinché, pur in assenza di una disposizione analoga a quella prevista dal primo comma dell'art. 2407, in base al quale viene imposto il dovere di riservatezza in capo ai sindaci per le informazioni di cui essi siano venuti a conoscenza nell'esercizio delle loro funzioni, anche i soci devono impegnarsi a non divulgare le informazioni riservate di cui sono venuti a conoscenza, pena la responsabilità per i danni eventualmente cagionati alla società dalla diffusione delle notizie stesse (96).

Il diritto di informazione ha una portata molto ampia, infatti ha per oggetto tutti i fatti propriamente pertinenti la condotta degli affari tenuta dagli amministratori nella gestione degli affari societari. Con una tale portata generale, non si esclude che il diritto di informazione e di controllo possa, inevitabilmente, scontrarsi col segreto aziendale e con l'ostilità degli amministratori.

In questi casi, al socio, anche se con riferimento alle società di persone, l'esercizio di tali diritti non può essere negato schermandosi dietro l'interesse sociale a custodire un segreto.

Le peculiari differenziazioni riscontrabili nelle varie tipologie di società presenti nell'ordinamento lasciano inalterata la natura del diritto di informazione inquadrabile quale diritto amministrativo, direttamente riconducibile al contratto sociale e attribuito a ciascun socio nel proprio interesse individuale, il quale gode della tutela dei diritti direttamente riconosciuti dalla situazione giuridica di socio e che può essere esercitato su tutte le situazioni riguardanti la società, salva la tutela dell'interesse sociale (97).

Il socio non può procedere autonomamente ad atti di ispezione e, pertanto, è necessaria la collaborazione degli amministratori sia per la richiesta di informazioni, sia per l'accesso ai documenti da consultare.

Viene suggerita la visione del problema dell'individuazione dei limiti all'esercizio del diritto di informazione da parte del socio non amministratore, con riferimento alla società a responsabilità limitata, da un'ottica diametralmente opposta rispetto a quella del socio, tenendo presente che questi, attraverso il riconoscimento del diritto di informazione, può utilizzare uno strumento per tutelare i suoi interessi personali.

Si è parlato (98), al riguardo, di costi indiretti, riconducibili agli ampi e penetranti poteri di controllo riconosciuti in favore dei soci non amministratori che, dall'esercizio di tali poteri, possono derivare alla gestione ed all'amministrazione della società (99).

Il segreto sociale non corrisponde alla sfera di riserbo o di segreto connesso allo svolgimento della propria attività economica, che ha quale scopo finale quello di una più proficua realizzazione dell'interesse sociale, ma riguarda quelle notizie la cui esternalizzazione possa essere in grado di arrecare un pregiudizio anche di carattere economico alla società (100).

(94) Così N. Abriani, *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nella società a responsabilità limitata*, cit.; nonché F. Parrella, *op. cit.*, 125.

(95) G. Landolfi, *op. cit.*, 82. Ipotizza, invece, l'automatica applicazione dell'art. 2301 c.c. P. Benazzo, *Competenza dei soci e amministratori nella s.r.l.: dall'assemblea fantasma all'anarchia?*, in *Società*, 2004, 815.

(96) M. Malavasi, *op. cit.*, 763. R. Guidotti, *Ancora sui limiti all'esercizio dei diritti di controllo nella s.r.l. e sul (preteso) diritto di ottenere copia dei documenti consultabili*, cit., 224: "Diverso è il problema relativo alle situazioni nelle quali sia il medesimo contratto a prevedere un obbligo di segretezza convenzionale (che si estenda a tutto il suo contenuto); non è infatti agevole ipotizzare se in questo caso debba prevalere il diritto del socio a conoscere il documento sull'obbligazione di riservatezza che la società ha assunto nel sottoscrivere il contratto stesso; ovvio è invece che l'inserimento di clausole di riservatezza nelle pattuizioni contrattuali non può essere il metodo con il quale gli amministratori si sottraggono agli obblighi imposti a loro carico dal secondo comma dell'art. 2476 c.c."

(97) G. Landolfi, *op. cit.*, 68, il quale evidenzia che sono, altresì, facilmente riscontrabili i rischi connessi ad iniziative individuali irresponsabili ovvero ricattatorie che, sotto forma di istanze di tutela, possano minare la riservatezza degli affari sociali, senza contare, poi, il rischio di una fuga o di propagazione indebita ed indiscriminata di notizie all'esterno, per il tramite di un socio poco accorto o poco avvertito nell'uso delle informazioni sociali attinte, con relativo pericolo di compromissione di affari, trattative, linee strategiche, politiche concorrenziali. In questo senso anche M. Perrino, *Il controllo individuale del socio di società di capitali*, cit., 645; M. Ricci, *op. cit.*, 132, sostiene che in tali ipotesi sarebbe sensato sostenere che i soci non dovrebbero potere esercitare i propri diritti di informazione e di ispezione e affermare il diritto degli amministratori di rifiutare la dazione di informazioni riservate e potenzialmente dannose per la società e, precisamente, nei casi in cui potrebbe sorgere un conflitto tra diritto d'informazione del socio e dovere del gestore di realizzare, secondo diligenza, l'interesse della società.

(98) E. Fregonara, *op. cit.*, 805.

(99) G. Landolfi, *op. cit.*, 70: "Benché il diritto di informazione è attribuito a ciascun socio come oggetto immediato di tutela dell'interesse individuale e sebbene si sia sostenuto che esso si svolge, soltanto indirettamente, nell'interesse al buon funzionamento della società, da tutto questo non ne deriva necessariamente che il diritto in parola non possa essere esercitato in nessuna fattispecie concreta, contro quell'interesse sociale che costituisce un presupposto della sua attribuzione. È in questi termini, con i limiti innanzi accennati, che l'interesse sociale potrebbe configurarsi quale limite intrinseco all'attività svolta da parte del socio. Anche l'esercizio dei diritti di informazione e di controllo dovrebbe conformarsi a tale principio generale: ragion per cui l'esercizio del diritto di informazione da parte del socio, pur potendo essere finalizzato al perseguimento di interessi personali, non può essere contrastante con l'interesse sociale. Sotto questo aspetto, l'interesse sociale, quindi, ben lungi dal rappresentare il fine esclusivo del diritto di informazione del socio, può essere considerato un limite all'esercizio di tale diritto, se non addirittura per l'organo gestorio in relazione alle loro prerogative".

(100) G.M. Buta, *op. cit.*, 600; M. Perrino, *La rilevanza del socio nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 839, per il quale, l'utilizzo improprio del diritto di informazione e di controllo potrebbe nuocere gravemente al regolare

Il limite al diritto di informazione sarebbe rinvenibile, quindi, nella necessità di evitare un abuso da parte del socio, laddove si avvalga di tale mezzo per ostacolare l'attività sociale (101).

È stato fatto notare un ulteriore limite all'esercizio del diritto di informazione allorché esso, non corrispondendo in concreto a un apprezzabile interesse del titolare del diritto, possa porsi in contrasto con l'interesse sociale: si parla, allora, di abuso di diritto per il solo fatto che questo non venga esercitato in conformità alla sua funzione (102).

Si è visto che i diritti di controllo attribuiti ai soci godono di una certa ampiezza, ma ciò non significa che gli stessi siano illimitati nel loro concreto esercizio (103).

Si è anche visto che una volta affermato il principio per i soci all'accesso alle notizie riservate della società, questi sono tenuti a conservare il segreto, pena la responsabilità per i danni eventualmente causati alla società (104).

In particolare, quale equilibrio al divieto per gli amministratori di negare l'accesso alle informazioni al solo scopo di tutelare la *privacy*, corrisponde l'obbligo, per i soci, di non diffondere le notizie acquisite (105). Tale corrispondenza comporta, quindi, che l'interesse della società al segreto è considerato, dal legislatore, postergato rispetto all'interesse del socio all'informazione (106).

Analogamente, il socio non deve essere considerato alla stregua di un terzo nei confronti del quale bisogna far valere la riservatezza della società, bensì quale soggetto facente parte della società, a cui è anche attribuito un diritto di

---

funzionamento della società, alla stabilità della gestione ed alla riservatezza dei documenti sociali, prospettandosi, in ogni caso, come tale esercizio possa funzionare addirittura come incentivo alle negoziazioni permanenti tra i soci.

(101) Trib. Catania 3 marzo 2006, in *Giur. comm.*, 2007, II, 920 con nota di R. Grasso, “*Documenti relativi all'amministrazione*” e *diritto di consultazione del socio di s.r.l. non amministratore*. In dottrina, G. Landolfi, *op. cit.*, 72: “Al di fuori dei casi in cui il segreto deve essere mantenuto dalla società in esecuzione di un vincolo previsto dalla legge, si avverte come la valutazione obiettiva dell'interesse della società che sia meritevole della tutela del segreto differisca sensibilmente a seconda di vari fattori, quantitativi e qualitativi, come ad esempio, le dimensioni della società, il numero dei soci, l'oggetto sociale, ecc.”.

(102) M. Foschini, *op. cit.*, 218; E. Fregonara, *op. cit.*, 805; V. Sangiovanni, *Il diritto del socio di s.r.l. di estrarre copia dei documenti relativi all'amministrazione*, cit., 2285: “In linea di principio un socio è tenuto a chiedere durante la riunione assembleare tutti i dati di cui ha bisogno. La buona fede impone che, nell'esercizio del diritto d'informazione, il quotista scelga le modalità meno gravose per la società. La convocazione e la tenuta dell'assemblea richiedono un certo sforzo organizzativo e comportano dei costi. Quando il socio può soddisfare il bisogno informativo partecipando alla stessa, è irragionevole che pretenda – poco prima o poco dopo la riunione assembleare – di ottenere le stesse informazioni che possono essere date in tale sede. Se il quotista partecipa all'assemblea, ha occasione di chiedere chiarimenti e di fare domande e di soddisfare così il suo bisogno informativo. Una successiva richiesta di dati potrebbe essere rigettata nella misura in cui le informazioni sono già state rese note in tale sede. Al contrario: se un socio non partecipa all'assemblea, la sua successiva richiesta d'informazione deve – in linea di principio – essere accolta. Egli difatti, non avendo partecipato all'adunanza assembleare, è all'oscuro degli esiti delle discussioni e delle deliberazioni. In questo contesto si possono però verificare dei casi di abuso. Si pensi all'ipotesi in cui il socio era in grado di partecipare all'assemblea, ma non lo ha fatto, e – immediatamente dopo – chiede informazioni che avrebbe potuto agevolmente ottenere in sede assembleare. Una simile modalità di esercizio del diritto potrebbe essere ritenuta abusiva”.

(103) A. Angelillis, G. Sandrelli, *op. cit.*, 706; G.M. Buta, *op. cit.*, 608; l'A. a tal proposito: “Il diritto all'informazione sullo svolgimento degli affari sociali è illimitato, estendendosi teoricamente su ogni aspetto della gestione”.

(104) S. Ambrosini, *op. cit.*, 1586; G. Landolfi, *op. cit.*, 82: “La tutela del diritto alla riservatezza della società si realizza, dunque, non già attraverso un'interpretazione inammissibilmente restrittiva del dovere di *disclosure*, bensì sul piano della responsabilizzazione del socio per l'ipotetica violazione del segreto”.

(105) Nel senso di ammettere lo strumento dell'esclusione, v. F. Pasquariello, *op. cit.*, 1976.

(106) F. Parrella, *op. cit.*, 125; M.G. Paolucci, *op. cit.*, 21: “Deve, poi, ritenersi che gravi sul socio un obbligo di non divulgare le notizie apprese, e, difatti, la giurisprudenza [Trib. Milano 30 novembre 2004, cit.] ha sottolineato che “l'esigenza di riservatezza aziendale, ovvero di rispetto della *privacy* di terzi non appare costituire un limite astratto ed intrinseco al diritto di controllo del socio, bensì concreto ed estrinseco: estrinseco nel senso che il rispetto della riservatezza opera semmai nei confronti del socio verso l'esterno, quindi quest'ultimo ha sì il diritto di acquisire conoscenza di documentazione, ma non di divulgarla; concreto nel senso di un'effettiva congruenza dell'esercizio del diritto di controllo rispetto alla specifica situazione, onde evitare, ad esempio, atti emulativi da parte del socio che insiste nella rivendicazione di un controllo documentale nei confronti di una società che pure abbia esibito senza reticenze i documenti disponibili relativi all'amministrazione. Del resto, dagli stessi principi di correttezza e buona fede può ricavarsi che il socio, nell'esercitare il diritto all'informazione, deve conservare e proteggere l'interesse della società alla propria sfera di riservatezza e, pertanto, è tenuto a non divulgare le notizie e i documenti fornitigli”.

controllo penetrante e adeguato. In tal senso, l'esigenza di riservatezza aziendale (107) di terzi non appare costituire un limite astratto e intrinseco al diritto di controllo del socio (108).

La giurisprudenza (109) ha tentato di indicare in maniera esplicita il limite che incontra il diritto di controllo, che "è esclusivamente quello derivante dal canone di buona fede", con la conseguenza che "non possono essere formulate richieste che manifestino un carattere ingiustificatamente ripetitivo, vessatorio, ostruzionistico od emulativo mentre nessuna limitazione all'esercizio del diritto può derivare da esigenze di riservatezza aziendale e tutela della concorrenza" (110).

Oltre alle tutele risarcitorie derivanti dalla violazione degli obblighi di buona fede, la dottrina più recente, non conformandosi alla giurisprudenza, ha individuato un limite oggettivo all'esercizio del diritto di informazione negli artt. 98 e 99 c.p.i., che disciplinano le informazioni segrete della proprietà industriale (111).

Tale dottrina ha cercato di individuare i possibili confini derivanti dal diritto di controllo dei soci assurgendo alla necessità di una limitazione (112) affinché il diritto di controllo non potesse essere utilizzato in maniera patologico attraverso abusi.

In particolare, le norme richiamate disciplinano le informazioni segrete e prevedono, in base a quanto stabilito dall'art. 98 c.p.i., che "costituiscono oggetto di tutela le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore ove tali informazioni: a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme, o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; b) abbiano valore economico in quanto segrete; c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete".

---

(107) Trib. Milano 30 novembre 2004, cit.: "Onde evitare, ad esempio, atti emulativi da parte del socio insistente nella rivendicazione di un controllo documentale nei confronti di una società che pure gli abbia esibito senza reticenze, i documenti disponibili relativi all'amministrazione [...]. La nuova disciplina non ha dettato limiti né rinviato a disposizioni preclusive, onde deve ritenersi che il legislatore abbia consapevolmente introdotto un penetrante controllo del singolo socio, ancorché con implicazioni potenzialmente dirompenti e destabilizzanti, ove costui sia mosso da intenti strumentali o addirittura da sleali finalità concorrenziali [...]. L'esigenza di riservatezza aziendale ovvero il rispetto della *privacy* di terzi non appare [...] costituire un limite astratto ed intrinseco al diritto di controllo del socio (la cui determinazione sia rimessa di fatto alla società, la quale possa essa stessa stabilire i confini, decidendo se e quali documenti esibire), bensì concreto ed estrinseco: estrinseco nel senso che il rispetto della riservatezza opera semmai nei confronti del socio verso l'esterno" con la conseguenza che avrebbe il diritto di conoscere la documentazione riservata, ma non quello di divulgarla; "concreto nel senso di una effettiva congruenza dell'esercizio del diritto di controllo rispetto alla specifica situazione. [...]. Nella nuova normativa il socio è visto non alla stregua di un terzo contro il quale far valere la riservatezza della società, bensì quale soggetto intraneo, a cui è anche innovativamente attribuito l'esercizio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori nell'interesse della società, per il modo che il diritto di controllo riconosciuto deve essere correlativamente penetrante ed adeguato"; in argomento cfr. anche Trib. Catania 3 marzo 2006, cit.

(108) Trib. Milano 30 novembre 2004, cit. In dottrina, G. Landolfi, *op. cit.*, 83: "Cionondimeno, la riservatezza non può, in alcuni casi, essere fatta valere nei confronti del socio, che dell'organizzazione societaria è parte, anche se si è sottolineato al riguardo che il segreto aziendale può essere fatto valere dagli amministratori soltanto verso l'esterno, vale a dire nei confronti di soggetti non soci. Benché dal canto suo, il socio che riceve dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e che consulta la documentazione sia obbligato a non divulgarle a soggetti estranei o concorrenti ed al medesimo vincolo di riservatezza sia tenuto anche il professionista eventualmente incaricato, che, in ogni caso, è già tenuto in base al codice deontologico dell'ordine professionale cui appartiene [R. Costi, *op. cit.*, 78], pena responsabilità che dovrebbe avere natura extracontrattuale [V. Sangiovanni, *Il diritto del socio di s.r.l. di estrarre copia dei documenti relativi all'amministrazione*, cit., 2287], giova ribadire che, mentre il diritto di informazione riguarda gli affari sociali, oggetto del diritto di consultazione sono soltanto i documenti relativi all'amministrazione"; R. Guidotti, *I diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, cit., 133; R. Guidotti, *Ancora sui limiti all'esercizio dei diritti di controllo nella s.r.l. e sul (preteso) diritto di ottenere copia dei documenti consultabili*, cit., 219: "Il socio ha diritto di esaminare i documenti relativi all'amministrazione; l'identificazione precisa di detti documenti può non essere agevole nella pratica se si preferisce la tesi maggioritaria che ritiene corretto adire ad una concezione ampia dell'espressione in esame".

(109) Trib. Milano 21 dicembre 2017, cit.; Trib. Bologna 6 dicembre 2006, cit.; Trib. Milano 13 aprile 2018, in *Società*, 2018, 928, per il quale il diritto di accesso alla documentazione sociale è da configurarsi quale manifestazione di un potere di controllo individuale, di per sé non subordinato ad alcuna dimostrazione di specifico interesse da parte del socio né al previo esercizio del diverso potere riguardante la richiesta di informazioni sulla gestione. Il contrasto tra il diritto di accesso del socio di s.r.l. e le esigenze di riservatezza della società deve essere risolto alla luce del principio di buona fede, la cui applicazione allo specifico rapporto sociale comporta che il diritto alla consultazione della documentazione sociale e alla estrazione di copia possa trovare specifica limitazione laddove alle esigenze di controllo "individuale" della gestione sociale si contrappongono non pretestuose esigenze di riservatezza fatte valere dalla società. Più di recente, Trib. Milano 29 aprile 2022, *ivi*, 2022, 1059, sostiene che il diritto del socio che esercita attività in concorrenza con la società di accedere alle informazioni sociali ai sensi dell'art. 2476, c. 2, c.c., trova limitazione nelle esigenze di riservatezza della società, che può quindi procedere al mascheramento dei dati sensibili.

(110) R. Guidotti, *Ancora sui limiti all'esercizio dei diritti di controllo nella s.r.l. e sul (preteso) diritto di ottenere copia dei documenti consultabili*, cit., 221.

(111) V. Sangiovanni, *Il diritto del socio di s.r.l. di estrarre copia dei documenti relativi all'amministrazione*, cit., 2287; O. Cagnasso, *La società a responsabilità limitata*, cit., 255.

(112) Con l'eccezione di M. Ricci, *op. cit.*, 136.

A sua volta, l'art. 99 “salva la disciplina della concorrenza sleale” e stabilisce che “è vietato rivelare a terzi oppure acquisire od utilizzare le informazioni e le esperienze aziendali” di cui all'articolo precedente (113).

Si propende, in tale modo, a comprendere le informazioni segrete nel novero dei diritti esclusivi e ad “offrire una protezione di tipo reale a tutte le esperienze tecnico industriali, comprese quelle commerciali, in quanto presentino alcuni caratteri delineati dalla legge” (114).

In relazione, quindi, ai documenti relativi all'amministrazione, parte della dottrina ritiene che gli amministratori siano legittimati a porre il segreto alle parti di un contratto in cui sono contenute le informazioni riservate e protette dalle norme sopra ricordate (115).

La medesima dottrina, invece, non ritiene corretto che gli stessi amministratori possano negare al socio l'accesso al contratto perché la conoscenza di alcuni elementi, come ad esempio il corrispettivo, potrebbe avere rilevanza per il socio ai fini dell'esercizio del suo diritto senza configurare con i divieti civili e penali sopra ricordati (116).

Sono state individuate talune restrizioni riguardanti i diritti in questione: esse consistono, anzitutto, nel divieto di un esercizio degli stessi posti in essere al solo scopo di ostacolare l'attività sociale, dunque contrario al dovere di correttezza (117). In particolare, l'esercizio dei diritti di controllo non deve essere vessatorio nei confronti della società: il socio non deve ingerirsi nell'attività sociale in maniera diversa da quella che legittimamente può esercitare per la effettiva tutela del proprio interesse (118).

I soci hanno il dovere di non divulgare a terzi le informazioni apprese tramite l'esercizio dei poteri di controllo; infatti, incombe su di essi l'obbligo di non cagionare danni alla società. La violazione di tale obbligo impone al socio che abbia diffuso notizie riservate di risarcire alla società il danno (119).

---

(113) R. Guidotti, *Ancora sui limiti all'esercizio dei diritti di controllo nella s.r.l. e sul (preteso) diritto di ottenere copia dei documenti consultabili*, cit., 221, il quale in nota: «Delle informazioni segrete si occupano anche gli artt. 1 e 2 del medesimo codice prevedendo, il primo, che l'espressione proprietà industriale comprende anche le informazioni aziendali riservate, ed, il secondo, che “i diritti di proprietà industriale si acquistano mediante brevettazione, mediante registrazione o negli altri modi previsti dal presente codice” e che sono protette, tra l'altro, appunto le informazioni aziendali riservate di cui sopra; si afferma conseguentemente che “le informazioni segrete costituiscono oggetto di un diritto di proprietà industriale non incorporato in un titolo di protezione ottenibile mediante registrazione oppure mediante brevettazione”. Così la Relazione illustrativa del codice della proprietà industriale che prosegue rilevando come “è precisamente la sistematica dell'accordo Trip's, alla quale si ispira il Codice dei diritti di proprietà Industriale, quella che giustifica l'attrazione nell'ambito della tutela dominicale (*property rule*) di beni suscettibili di formare oggetto di un diritto esclusivo azionabile nei confronti dei terzi. Ed invero, una volta che il diritto alla lealtà della concorrenza si sia “affrancato” dal contesto originario delle norme sulla responsabilità extracontrattuale, beneficiando di una protezione che va ben oltre la sanzione risarcitoria e così configurandosi a tutti gli effetti come un diritto assoluto azionabile *erga omnes* con riferimento ad un contenuto proprio, nulla si oppone alla configurazione dominicale purché – come nella specie – *io ius excludendi alios* sia circoscrivibile in funzione di un oggetto fenomenologicamente individuato. Si capisce allora, per tornare alle informazioni segrete, che queste formano oggetto di diritto come – ad esempio – le invenzioni con la sola differenza che mentre queste ultime sono descritte e rivendicate in un titolo che beneficia di un sistema di pubblicità legale, le prime sono oggetto di protezione subordinatamente alla ricorrenza dei presupposti all'uopo espressamente contemplati nell'art. 98 del Codice».

(114) A. Vanzetti, V. Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, Milano, Giuffrè, 2005, 448. Il segreto industriale è peraltro anche tutelato anche in sede penale v. Cass. pen. 3 giugno 1977, in *Foro it.*, 1979, II, 304 con nota di N. Mazzacova, *Alcune precisazioni in tema di oggetto materiale del reato di rivelazione di segreti scientifici o industriali*; 23 giugno 2000, n. 8944, in *Cass. pen.*, 2001, 2714; 18 maggio 2001, n. 25008, in *Foro it.*, 2002, II, 115 con nota di G. Leineri. In passato per la definizione di segreto si faceva per lo più riferimento all'art. 2622 c.c., contenuto nelle disposizioni penali in materia di società e consorzi, e più in generale si riteneva che il segreto sociale potesse essere definito, in termini generali, “l'insieme delle notizie che riguardano fatti o situazioni della società la cui rivelazione potrebbe ledere un suo interesse attuale e giuridicamente protetto”: v., in questo senso, P. Grosso, *I controlli interni nelle società cooperative*, Milano, Giuffrè, 1990, 136; in argomento, v. A. Frignani, voce *Segreti di impresa*, in *Noviss. dig. it., Appendice*, vol. VII, 1987, 10; R. Guidotti, *Ancora sui limiti all'esercizio dei diritti di controllo nella s.r.l. e sul (preteso) diritto di ottenere copia dei documenti consultabili*, cit., 222: “È possibile individuare con riferimento all'argomento in esame un confine oggettivo oltre il quale gli amministratori non possono spingersi né nel fornire informazioni ai soci né nel permettere loro di consultare i documenti relativi all'amministrazione. Il confine va individuato sotto questo profilo proprio in quelle informazioni aziendali, in quelle esperienze tecnico industriali o di carattere commerciale indicate dalla norma di cui all'art. 98 c.p.i.”.

(115) R. Guidotti, *Ancora sui limiti all'esercizio dei diritti di controllo nella s.r.l. e sul (preteso) diritto di ottenere copia dei documenti consultabili*, cit., 223.

(116) In giurisprudenza, App. Milano 25 febbraio 1972, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1972, n. 512; Trib. Milano 6 dicembre 1979, in *Rep. giur. ann. dir. ind.*, 1979, 1120; Cass. civ. 23 aprile 1948, n. 585, in *Mass. Foro it.*, 1948, 124.

(117) G.M. Buta, *op. cit.*, 608; O. Cagnasso, *Sub art. 2476*, cit., 1884; M. Perrino, *Il controllo individuale del socio di società di capitali*, cit., 639; E. Fregonara, *op. cit.*, 788; N. Abriani, *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nella società a responsabilità limitata*, cit., 160; V. Sanna, *op. cit.*, 157, il quale, a tal proposito, solleva un quesito: “vale la pena chiedersi se la regola appena menzionata trovi applicazione anche nella società a responsabilità limitata partecipate da enti locali, rispetto alle quali può porsi il problema di coordinare l'obbligo di riservatezza gravante sul socio-ente pubblico (rispetto alle informazioni o alla documentazione cui abbia accesso nell'esercizio dei diritti di controllo), con il diritto di informazione che l'art. 43 del d.lgs. n. 267 del 2000 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) attribuisce ai consiglieri comunali e provinciali”.

(118) G.M. Buta, *op. cit.*, 608; A. Angelillis, G. Sandrelli, *op. cit.*, 706: “Devono ritenersi illegittime quelle richieste di informazioni e/o di ispezioni di cui il socio non abbia effettivamente bisogno in quanto ad esempio sono già state soddisfatte in precedenza. Neppure possono trovare accoglimento quelle richieste che siano poste al solo scopo di intralciare e/o di ostacolare l'attività sociale”.

(119) A. Angelillis, G. Sandrelli, *op. cit.*, 707; G.M. Buta, *op. cit.*, 610: “Non vi è dubbio che un dovere di riservatezza si imponga anche al socio nei confronti della s.r.l. Se è vero che gli amministratori non possono opporre il rifiuto alla richiesta di informazioni al solo

È senz'altro contrario a buona fede l'esercizio del diritto all'informazione per scopi che vadano contro l'interesse della società di comunicare quanto si è appreso a terzi interessati. Se l'intento del socio è certamente antisociale, gli amministratori, nel caso concreto, hanno il dovere di porre il rifiuto a fornire le informazioni richieste o di concedere le consultazioni (120).

Gli artt. 1175 e 1375 c.c. possono ricomprendere limiti al diritto di informazione: infatti, imponendo ai contraenti doveri di correttezza e buona fede (121), questi ultimi possono essere ritenuti validi per ciascun tipo di contratto e possono trovare applicazione anche nei contratti con comunione di scopo, come il contratto di società (e nei rapporti tra socio unico quotista e amministratore non socio) (122).

Il socio che abusa del diritto può costituire violazione del generale principio di correttezza e buona fede sancito dall'art. 1375 c.c. (123).

Da altra prospettiva, si è, però, evidenziato che gli abusi che il socio può esercitare attraverso il diritto di informazione possono essere rilevati solo dopo che gli stessi si siano manifestati concretamente, cosicché qualsiasi soluzione venga prospettata, essa sarà idonea solo a riparare gli eventuali danni, ma non certamente a prevenirli (124).

Appare, quindi, intuitivo concludere che un sindacato sull'abuso di diritto non sia agevole da svolgere in anticipo, poiché esso emerge solo dopo che i fatti attraverso i quali si concretizza l'abuso si sono già verificati e, eventualmente, hanno già determinato il prodursi di danni in capo alla società (125).

Un rischio per la società è quello di vedersi troppo spesso richiedere l'esercizio del diritto di informazione e di controllo, tale da risultare particolarmente oneroso, in termini di tempo e dedizione – il tempo degli amministratori

scopo di tutelare la *privacy* della società, altrettanto vero è però che grava sui soci l'obbligo di non divulgare le notizie apprese. [...] L'obbligo di riservatezza incombe anche sul professionista delegato dal singolo socio, ma in questo caso l'obbligo del terzo delegato ha natura extracontrattuale. Nel caso in cui il terzo violasse tale obbligo, anche il socio ne dovrebbe rispondere nei confronti della società, qualora si possa configurare un rapporto di subordinazione che legittima l'applicazione dell'art. 2049”.

(120) G.M. Buta, *op. cit.*, 611. G. Landolfi, *op. cit.*, 74: “Benvero, anche a voler considerare la vigenza, nell'attuale sistema giuridico, di una figura generale di abuso del diritto, il cui divieto si spiegherebbe con la contrarietà ai fini dell'ordinamento giuridico, rappresentato dall'ordine pubblico, che sarebbe indubbiamente compromesso dall'esercizio di un diritto soggettivo che, solo apparentemente, rimanendo nei limiti della liceità, non si proponga altro scopo se non quello di nuocere ad altri, non può disconoscersi che, nel codice vigente, esistono due norme a presidio di un principio di solidarietà sociale nell'attuazione dei rapporti giuridici obbligatori. Queste sono l'art. 1175 c.c., che dispone come principio generale in tema di obbligazioni che il debitore ed il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza e l'art. 1375 c.c., che stabilisce che il contratto deve essere eseguito secondo buona fede”.

(121) E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 1950; F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1960, 76.

(122) G. Landolfi, *op. cit.*, 75.

(123) In giurisprudenza, Cass. civ. 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Nuova giur. civ.*, 1997, I, 449. In dottrina, G. Levi, *L'abuso del diritto*, Milano, Giuffrè, 1993; D. Preite, *Abuso di maggioranza e conflitti di interessi del socio nelle società per azioni*, in G.E. Colombo, G.B. Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, Utet, 1993, 74, e, più in generale, A. Gambino, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1987, 294; G. Landolfi, *op. cit.*, 75: “Non avendo il legislatore della riforma integrato la disciplina in esame con la previsione di una norma adeguata a gestire i possibili abusi che possono essere compiuti da parte dei soci non amministratori, sembra corretto ritenere che si possano invocare i principi di correttezza e buona fede quali limiti all'esercizio del diritto di informazione da parte del socio non amministratore di società a responsabilità limitata. Questo contegno di cooperazione dovuto da una parte verso l'altra e la solidarietà reciproca che ne deriva acquista particolare intensità nei rapporti associativi, il cui scopo comune è lo svolgimento di un'attività economica al fine di dividersi gli utili. Alla stregua delle considerazioni ora enunciate può facilmente dedursi che il socio violerebbe i suoi doveri di correttezza e buona fede ogni qualvolta richieda informazioni per fini antisociali e, in ogni caso, quando, anche senza intenzione di danneggiare gli altri soci, abbia esercitato i poteri di controllo in modo contrastante con l'interesse sociale”.

(124) E. Fregonara, *op. cit.*, 806; G. Landolfi, *op. cit.*, 76: “Benvero, i legittimi dinieghi degli amministratori alle richieste di informazioni formulate con intento ricattatorio o abusivo da parte dei soci o le condanne al risarcimento danni a favore della società di quanti abbiano perseguito un fine illecito attraverso un mezzo intrinsecamente lecito, rappresentano delle misure che puniscono, ma certamente non prevengono i comportamenti abusivi dei soci”.

(125) G. Landolfi, *op. cit.*, 76: “Sembra, dunque, necessario immaginare qualche altro strumento di tutela che la società possa adottare, in via preventiva, per disincentivare l'insorgere di comportamenti abusivi dei soci. Per lo svolgimento di tale funzione può farsi riferimento senza difficoltà a clausole statutarie che, variamente definite, possano ridurre il campo entro il quale possano verificarsi abusi da parte dei soci. È anche il caso di precisare, proprio per chi sostiene la derogabilità della normativa in parola, che tali clausole non necessitano affatto di essere indirizzate ad ottenere una più dettagliata ed articolata disciplina delle modalità di esercizio del diritto di informazione che, magari procedimentalizzando l'esercizio del diritto in esame, consentano, tra l'altro, di prevenire i possibili utilizzi abusivi che i soci possono fare di tali prerogative”; M.G. Paolucci, *op. cit.*, 19, la quale sostiene che se “nell'ottica dei soci, innanzitutto di quelli titolari di quote infinite-simali, l'attribuzione di un diritto di indagine così penetrante [e della correlata facoltà di promuovere l'azione sociale di responsabilità e di chiedere un provvedimento di revoca degli amministratori], va vista con favore, la stessa può avere effetti devastanti dal punto di vista dell'efficienza della società e della tutela del diritto di riservatezza, diritto che potrebbe essere inevitabilmente leso dalle pregnanti intromissioni dei soci non amministratori e dei loro professionisti di fiducia”.



impiegato a soddisfare cotali richieste dei soci (126) – e, per questo motivo, può delinarsi anche un profilo di mero disturbo (127).

È necessario, quindi, porre alcuni limiti all'esercizio del controllo; qualora lo statuto nulla dica al riguardo, questo limite dovrebbe essere individuato nelle generali regole di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1176 e 1376 c.c., dalle quali discende che il socio non potrà avvalersi del diritto in questione con modalità tali da intralciare la gestione sociale (128).

Alla luce di tutto quanto sopra, non sarebbe sbagliato ritenere che gli amministratori possano porre il segreto a quelle parti di contratto contenente le informazioni riservate di cui all'art. 98 c.p.i., senza perciò precludere al socio l'accesso al documento stesso, della cui conoscenza potrebbe avere interesse.

##### 5. Applicazione del diritto di controllo nelle società a partecipazione pubblica

Particolare attenzione deve essere posta in relazione al diritto di controllo dei soci di società a partecipazione pubblica, laddove l'interesse del socio a reperire informazioni deve bilanciarsi con l'interesse pubblico garantito dalla trasparenza (129) delle informazioni, considerando il c.d. segreto amministrativo una eccezione e non una regola (130).

In linea generale, l'accesso ai dati, alle informazioni e agli atti amministrativi detenuti dalle amministrazioni presuppone la loro indisponibilità attraverso gli obblighi di pubblicità previsti (131). Gli atti oggetto di pubblicazione sono di carattere normativo e amministrativo generale, gli atti di organizzazione, i *curricula* e i redditi dei componenti degli organi di indirizzo politico e dei titolari di incarichi dirigenziali e di collaborazione o consulenza, la dotazione organica e il costo del personale con rapporto di lavoro a tempo indeterminato e determinato, gli incarichi conferiti ai dipendenti, la valutazione della *performance* e la distribuzione dei premi al personale, gli atti della contrattazione collettiva, il bilancio preventivo e consuntivo, il piano degli indicatori e dei risultati attesi di bilancio, e anche i dati concernenti il monitoraggio degli obiettivi e i tempi di pagamento dell'amministrazione. Inoltre, devono essere pubblicati i dati

(126) Trib. Civitavecchia 21 aprile 2004, in <www.dircomm.it>, che qualifica il diritto di indagine del socio come un vero e proprio diritto potestativo; negli stessi termini, v. Trib. Ivrea 2 luglio 2005, cit.; Trib. Biella 18 maggio 2005, cit. Sulla nozione di diritto potestativo, v., per tutti, F. Galgano, *Diritto privato*, Padova, Cedam, 2004, 19.

(127) V., negli stessi termini, F. Pasquariello, *op. cit.*, 1976, la quale giustamente rileva che “un simile diritto di voce si presta ad utilizzi strumentali ed ostruzionistici da parte dei soci, anche minimali, e può rappresentare un vero e proprio incentivo alla fuga dal modello s.r.l., ben più della legittimazione individuale all'azione di responsabilità, che conta comunque il prezzo delle incognite, dei tempi e dei costi della giustizia”; M.G. Paolucci, *op. cit.*, 20: “È vero che la vocazione imprenditoriale dei soci di s.r.l. ed il numero normalmente limitato dei medesimi rendono possibile, lecito ed improduttivo di danni per la società un esercizio del diritto di informazione in modo diffuso ed analitico, ivi compreso quello di richiedere e ottenere precisi ragguagli sul risultato delle singole operazioni [M. Foschini, *op. cit.*, 38], ma, nulla esclude, e la pratica lo conferma, che il modello s.r.l. sia utilizzato da società anche di notevoli dimensioni [P. Benazzo, *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e modelli statutari*, cit., 1064], con soci prevalentemente di capitale, meri investitori”.

(128) G.M. Buta, *op. cit.*, 608; M. Foschini, *op. cit.*, 202; V. Sangiovanni, *Il diritto di controllo del socio di s.r.l. a confronto con la disciplina tedesca*, cit., 1553, il quale, traendo spunto anche dalla disciplina tedesca, sintetizza che siano vietati: 1) un esercizio del diritto di informazione o di consultazione per fini extrasociali con il rischio di danni per la società; 2) un esercizio sostanzialmente abusivo di tali diritti. Contro un limite nella protezione del segreto sociale al diritto di indagine (sul punto R. Costi, *op. cit.*, 86, il quale ha ritenuto che gli amministratori possano rifiutarsi di far conoscere al socio notizie che, se rilevate, potrebbero recare danno alla società), che sembra essere postergato rispetto alla tutela dell'interesse del socio all'informazione. A tale conclusione si perviene anche alla luce del fatto che il socio può esercitare il suo diritto anche tramite professionisti di fiducia e, quindi, tramite soggetti terzi estranei alla società: M.G. Paolucci, *op. cit.*, 21.

(129) Concetto diverso dal segreto e riservatezza, anche se spesso confuso, è la trasparenza: principio generale dell'attività amministrativa. Regola specifica dell'organizzazione ai sensi del d.lgs. n. 150/2009, che la configura come accessibilità totale ai dati ed alle informazioni. La trasparenza è un principio che con l'entrata in vigore delle leggi anticorruzione estende la sua efficacia, configurandosi sotto forma di accesso civico generalizzato. Ne è scaturita una trasparenza prevalentemente considerata per gli effetti anti corruttivi, presupposto di un controllo sociale sull'azione amministrativa, che ha oscurato gli ulteriori effetti positivi della trasparenza, quale la funzione partecipativa di tipo propositivo e collaborativo più che ispettivo del corpo sociale, nonché l'effetto positivo che essa svolge sul versante dell'efficienza. La conoscenza degli atti delle amministrazioni pubbliche, quindi, non trova ostacolo normativo in un principio generale di segretezza o di riservatezza, in quanto i casi di segreto devono essere normativamente determinati in maniera specifica e quelli di riservatezza costituiscono un limite, ma non un motivo di esclusione, dell'accesso.

(130) F. Manganaro, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche informazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 744, il quale sostiene la necessità di un'amministrazione che gestisca interessi pubblici in maniera palese. In questa ottica, il segreto viene considerato un evento eccezionale (G. Arena, *Il segreto amministrativo. Profili storici e sistematici*, Padova, Cedam, 1983), che deve essere esplicitamente previsto dalla legge, poiché è il sistema democratico a richiedere che il potere vada esercitato in maniera pubblica (N. Bobbio, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Riv. it. sc. pol.*, 1980, 181). Si afferma così esplicitamente che “l'apparato della democrazia ha per regola la trasparenza, ed il segreto costituisce una eccezione” (P. Barile, *Democrazia e segreto*, in *Quad. cost.*, 1987, 29) e che “uno dei criteri per distinguere il regime democratico dal regime autocratico è proprio il diverso rapporto, il differente dosaggio tra pubblicità e trasparenza” (G. Corso, *Potere politico e segreto*, in F. Merloni, G. Arena (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, 268).

(131) M.G. Della Scala, *Gli obblighi di pubblicazione delle p.a.*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, 994. La pubblicità potrebbe avere finalità diverse ove intenda essere misura di conoscenza, di informazione, di propaganda. Se vista nell'ottica di pubblicazione di atti, divenuti conoscibili da parte di tutti ed in particolare di coloro che ne hanno interesse, la pubblicità ha diverse finalità: una generale conoscibilità *erga omnes* del modo in cui l'amministrazione esercita il potere di garanzia per coloro che hanno maggiormente interesse a conoscere il contenuto dell'atto.

relativi agli enti pubblici vigilati, agli enti di diritto privato in controllo pubblico, alle partecipazioni in società di diritto privato, i dati aggregati sull'attività amministrativa, i controlli sulle imprese, gli atti di concessione di sovvenzione, contributi, sussidi e attribuzione di vantaggi economici a persone fisiche ed enti pubblici e privati (132).

L'esercizio del diritto di accesso alle informazioni presuppone, oltre la sussistenza di un interesse qualificato relativo alla situazione da tutelare, direttamente riferibile al soggetto richiedente, anche un collegamento tra la situazione giuridica da tutelare e la documentazione di cui si richiede l'accesso, riferibile all'interesse di cui il soggetto istante è portatore (133).

È stato riconosciuto un particolare modello di diritto amministrativo in cui si dà maggiore evidenza all'elemento oggettivo costituito dal perseguimento degli interessi pubblici e dalla natura pubblica delle risorse utilizzate a tale scopo, piuttosto che all'elemento soggettivo della qualificazione formale di pubblica amministrazione (134).

La natura pubblica o privata di un determinato ente deve essere analizzata attraverso una verifica generale condotta al fine di verificare se sia una persona giuridica di diritto privato preposta alla cura di interessi pubblici e, per tale ragione, facente funzioni pubbliche, così come gli interessi che persegue e le risorse che gestisce. Ed è necessario, quindi, rifarsi ad uno dei principi fondamentali della disciplina delle società pubbliche, laddove enuncia, *ex art. 1 Tusp*, che “per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme di diritto privato” (135).

La collocazione delle società a partecipazione pubblica nell'ambito civilistico porta a ritenere che il loro funzionamento sia ispirato a logiche aziendalistiche che coinvolgono tutte le società di capitali, e quindi misurato rispetto a parametri applicabili a qualsiasi attività di impresa, valendo così il postulato “una società è una società, e come tale va trattata”. Nel conseguono due corollari, i quali si legano strettamente l'uno all'altro.

Ne consegue che, se gli assetti delle partecipate debbano essere conformi ai canoni di condotta dei comuni imprenditori, allora la *governance* delle società pubbliche agisce seguendo i criteri di buona gestione, imposti dal diritto societario, ed è su tali criteri che devono essere accertati eventuali profili di responsabilità.

Inoltre, poiché le società pubbliche devono seguire i principi imprenditoriali, l'interesse pubblico relativo alle partecipazioni societarie non è scindibile dall'interesse a svolgere l'attività di impresa. Stante il doppio vincolo (136), di scopo e di attività, imposto dal Tusp, si tratta di un'attività che deve essere esercitata rispettando le regole della *c.d. business judgment rule* (137), alla quale ciascun operatore economico organizzato in impresa è soggetto e rispetto alle quali non è prevista alcuna deroga dal Tusp (138).

(132) F. Manganaro, *op. cit.*, 746, per il quale, la lunga lista di atti oggetto di pubblicazione impone eccessivi obblighi senza differenziare – come sarebbe stato necessario – tra categorie e dimensione di enti pubblici. Tuttavia gli obblighi di pubblicazione si comprendono meglio alla luce dell'accesso civico, introdotto dall'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013 che, nella sua formula originaria, considera oggetto di accesso tutti gli atti oggetto di pubblicazione obbligatoria nel caso in cui l'amministrazione abbia disatteso tale obbligo. Visto che sarebbe contraddittorio prevedere l'accesso per atti già oggetto di un obbligo normativo di pubblicazione, l'unica spiegazione possibile della norma consiste nel considerare l'accessibilità dell'atto come una “sanzione” per l'amministrazione inadempiente agli obblighi di pubblicazione. E tale disposizione permane anche quando il d.lgs. n. 97/2016, modificando l'art. 5, introduce l'accesso civico generalizzato anche per gli atti non soggetti ad obbligo di pubblicazione.

(133) Cons. Stato, Sez. III, 12 marzo 2018, n. 1578.

(134) G. Sala, *Nozione “cangiante” di ente pubblico e giurisdizione: in tema di società in house*, in *Il diritto amministrativo nella evoluzione della scienza giuridica*, in *Giur. it.*, 2020, 1463. In giurisprudenza, Cass. civ., S.U., ord. 1 aprile 2020, n. 7645, in questa Rivista, 2020, 211.

(135) C. Guardamagna, *Spunti su amministrazione pubblica e partecipazioni societarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2021, 280.

(136) Ci si riferisce alla configurazione teleologica delle società pubbliche secondo quanto stabilito dall'art. 4 del d.lgs. n. 175/2016, norma che vieta alle pubbliche amministrazioni di costituire – e di detenere partecipazioni in – società “aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali” (c.d. vincolo di scopo) e, fermo restando tale limite che obbliga quindi a partecipazioni societarie strettamente necessarie ai fini istituzionali del socio, enumera le tipologie di attività consentite (c.d. vincolo di attività).

(137) Per approfondimenti, v.: A. Jorio, *Note minime su assetti organizzativi, responsabilità e quantificazione del danno risarcibile*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 812; E. Ginevra, *Tre questioni applicative in tema di assetti adeguati nella s.p.a.*, in *Banca, borsa ecc.*, 2021, 552.

(138) Al riguardo, L. Torchia, *La responsabilità degli organi sociali nelle imprese a partecipazione pubblica*, in *Giornale dir. amm.*, 2018, 158, per la quale “se si analizza a fondo l'interesse da tutelare, però, andando oltre la categoria insieme generalissima e generica dell'interesse pubblico, diventa evidente che la sostanza di questo interesse sta nella costituzione e nella gestione di imprese pubbliche: e un'impresa, pubblica o privata che sia, può essere gestita solo secondo una logica imprenditoriale, basata innanzitutto sulla *business rule*”. Medesime riflessioni sono state svolte anche in rapporto alla previsione – tra i principi e i criteri direttivi che la legge delega (l. n. 124/2015) ha dettato a legislatore delegato – in forza della quale la regolazione dei flussi finanziari tra amministrazione pubblica e società partecipate devono obbedire ai criteri di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e operatore di mercato (art. 18, c. 1, lett. 1, l. n. 124/2015). Questa disposizione è stata valorizzata ipostatizzando la figura dell'investitore razionale che, come tale, agisce per massimizzare gli utili e ravvisandovi “un criterio assoluto” che vale “a conformare più complessivamente le relazioni economiche tra ente pubblico e società partecipata”. Così F. Goisis, *La giurisdizione contabile sulle società in mano pubblica: un presidio per la necessaria redditività dell'investimento pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 54; Id., *L'ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo unico sulle partecipate*, in *Dir. economia*, 2017, 1.

La mancanza di una espressa deroga alla disposizione civilistica di cui all'art. 2247 c.c., che individua nello scopo lucrativo l'elemento fondamentale della definizione di società, impone l'obbligo di associare una causa lucrativa anche alle società pubbliche (139).

Il carattere lucrativo e la decisa partecipazione al modello privatistico determinano il compimento dei principi di buon andamento e di economicità dell'azione amministrativa (basati sull'equilibrio dei bilanci e sulla sostenibilità del debito pubblico) ex art. 97 Cost. (140): "l'opzione da parte della pubblica amministrazione di uno strumento privatistico non presuppone – e men che meno impone – lo snaturamento del modulo societario quanto, semmai, l'utilizzo dello stesso in modo coerente con le finalità che gli sono proprie" (141).

Parte della dottrina privatistica sostiene che l'elemento caratterizzante il modello societario è, oltre lo scopo lucrativo, anche il vincolo di economicità di gestione e di adeguatezza degli assetti organizzativi (142). Mentre parte della dottrina amministrativa sostiene che tutelare, valorizzare e assicurare la realizzazione della causa lucrativa rappresentano le precondizioni funzionali alla produzione di utili e alla buona gestione dell'impresa, fattore determinante per assicurare anche l'osservanza dei principi costituzionali che governano l'azione amministrativa adeguandola al rispetto dei modelli legali degli istituti attraverso i quali viene esercitata (143).

Il principio derogatorio, ex art. 1, c. 3, Tusp, costituisce una linea interpretativa fondamentale, in base alla quale la possibilità di allontanamento dal regime societario privatistico è strettamente legato alla presenza di deroghe espresse al codice civile, a garanzia dell'omogeneità della disciplina di diritto comune (144), e le influenze pubblicistiche non coinvolgono tutte le società pubbliche, ma si distinguono in due insiemi di norme: quelle applicabili alle società e alle pubbliche amministrazioni intestatarie di quote e azioni e quelle destinate ad operare solo nei confronti delle società rispetto alle quali sia riscontrabile una situazione di "controllo pubblico" (145).

Indipendentemente dalla connotazione – totalmente pubblica o mista – della società e dalla rilevanza del socio all'interno della compagine societaria, l'asservimento all'interesse pubblico e la destinazione a selezionati ambiti di attività sono le componenti indefettibili, ossia gli elementi costitutivi di una legittima partecipazione pubblica.

Per le imprese pubbliche l'obiettivo funzionale alla realizzazione dell'interesse pubblico strettamente correlato ai fini istituzionali dell'ente socio che giustifica la partecipazione societaria è la capacità di generare utili, o se non altro di equilibrare costi e ricavi. Non è il fine da perseguire (146), e questo implica che le scelte imprenditoriali della società

(139) L'assenza di una deroga espressa allo scopo di lucro, naturalmente, non è una novità del Tusp ma un elemento che caratterizza da sempre l'impianto della disciplina codicistica in materia di società pubbliche. Tuttavia, è per effetto del principio derogatorio tipizzato dal Tusp, peraltro già enunciato dal – principale – decreto di *spending review* (d.l. n. 95/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 135/2019), che si è consolidata in termini sempre più decisi la tendenza a ritenere che le partecipate pubbliche sono contraddistinte da un fine lucrativo come qualsiasi altra società, proprio perché una diversa soluzione interpretativa finirebbe per contraddire la clausola generale che impone di assoggettare le società partecipate da pubbliche amministrazioni a tutte le regole applicabili alle società di capitali *tout court*, fatte salve, appunto, le eccezioni stabilite dal legislatore con norma esplicita. E. Codazzi, F. Goisis, *Ancora sullo scopo di lucro nelle società a partecipazione pubblica: spunti alla luce della disciplina sulle società benefit*, *ivi*, 2020, 477.

(140) Si tratta di principi acquisiti già prima del Tusp. V., su tutte, Cons. Stato, Ad. plen., 4 gennaio 2011, n. 10, in particolare nel passaggio argomentativo ove si riconosce un «evidente disfavore del legislatore nei confronti della costituzione e del mantenimento da parte delle amministrazioni pubbliche (ivi comprese le Università) di società commerciali con scopo lucrativo, il cui campo di attività esuli dall'ambito delle relative finalità istituzionali, né risulti comunque coperto da disposizioni normative di specie (secondo il modello delle c.c. "società di diritto singolare")».

(141) In questi termini, C. Guardamagna, *op. cit.*, 281.

(142) Sulla portata – non inderogabile – dello scopo lucrativo nell'ambito del modello societario, si rinvia a M. Libertini, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 9. La complessità delle posizioni prospettabili in materia è stata evidenziata anche da Cons. Stato, parere 14 maggio 2019, n. 1433, ove si osserva che la «questione del rilievo che oggi assume e mantiene il fine lucrativo nella caratterizzazione del tipo "società di capitali" resta dunque ancora oggi aperta e opinabile, non apparendo possibile un approdo conclusivo certo e indiscutibile sul punto». V. anche, sebbene di epoca precedente all'entrata in vigore del Tusp, le osservazioni di G. Oppo, *Patrimonio dello Stato e società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 495. Sul criterio di economicità della gestione societaria, specie quale diretto corollario delle previsioni "superprimarie" di cui agli artt. 81 e 97 Cost., v. G. Caia, *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 470.

(143) C. Guardamagna, *op. cit.*, 281

(144) Corte conti, Sez. riun. giur. spec. comp., 29 luglio 2019, n. 25, in questa *Rivista*, 2019, 4, 202; C. Ibba, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 965, nel senso che nel "testo unico, le deroghe e gli scostamenti dal diritto comune variano non in funzione della natura dei soci pubblici (a seconda che si tratti di amministrazioni statali o locali) o dell'oggetto sociale (attività d'impresa da una parte, servizi strumentali e funzioni amministrative dall'altra), come la legge-delega consentiva e forse suggeriva di fare, bensì essenzialmente in funzione dell'appartenenza alla categoria delle società a controllo pubblico, a quella delle società miste o a quelle delle società *in house*. In tutti i casi, la disciplina delle società pubbliche si presenta come un intreccio fra diritto comune e diritto speciale; un intreccio nel quale il tasso di specialità cresce nel passaggio dalle società semplicemente partecipate dalla pubblica amministrazione a quelle sottoposte a controllo pubblico e da queste alle società *in house*, e del quale l'interprete deve sempre tener conto nella ricostruzione della disciplina applicabile alle singole fattispecie concrete".

(145) C. Guardamagna, *op. cit.*, 282

(146) G.A. Primerano, *Gli oneri di motivazione analitica nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. economia*, 2018, 794, per il quale "il rafforzamento dell'efficienza gestionale delle società pubbliche, nell'attuale congiuntura economica, rappresenta una importante leva di sviluppo e di contrasto della crisi finanziaria. A tale riguardo, è appena il caso di segnalare che sarebbe riduttivo

possono inficiare il perseguimento dell'interesse pubblico, rischiando eventuali responsabilità da parte dell'organo gestorio (147).

Un contributo importante ai fini dell'indagine sulla natura pubblica o privata delle società a partecipazione pubblica viene fornita da autorevole dottrina in merito alla funzione assolta dall'istituto del controllo giudiziario, sostenendo che gli interessi a presidio dei quali l'istituto si pone, debbano essere posizionati su piani diversi rispetto agli interessi la cui tutela è ad esso affidata dal diritto generale delle società. Infatti, l'ambito evidentemente privatistico entro cui la legge inquadra il fenomeno delle società a partecipazione pubblica è confermato dalla soggezione delle stesse società a partecipazione pubblica (ferme le specifiche deroghe previste dal d.lgs. n. 175/2016) alle norme del codice civile e alle norme generali del diritto privato, così come stabilito dall'art. 1, c. 3, Tusp (148), nonché, ove ne ricadano i presupposti, alla disciplina delle procedure concorsuali *ex art. 14, c. 1, Tusp* (149).

Altra autorevole dottrina considera tale ricostruzione interpretativa non opinabile, ove si abbia riguardo alla normativa inerente alle società a partecipazione pubblica diverse da quelle a controllo pubblico e *in house providing*, poiché le relative disposizioni non presentano deroghe alla disciplina dell'art. 2409 c.c.; ma meno evidente in riferimento a queste ultime fattispecie, proprio per le disposizioni di cui sopra e, in particolare, del riconoscimento della legittimazione a sollecitare il controllo giudiziario alle amministrazioni pubbliche socie di società a controllo pubblico, a prescindere dall'entità delle azioni o delle quote di capitale detenute *ex art. 13, c. 1, Tusp* (150).

Sembra evidente che le disposizioni dettate per le società a controllo pubblico non traghettano il controllo giudiziario verso spazi pubblicistici (151), nonostante non guardino più la disciplina codicistica, ritenendosi forse che “declinandole in funzione delle caratteristiche proprie del particolare fenomeno imprenditoriale regolato, in ultima istanza tali disposizioni confermino le finalità ascritte all'istituto stesso dal diritto generale delle società” (152).

Alle medesime conclusioni si approda in considerazione degli obblighi di riservatezza gravanti ad amministratori e sindaci in relazione ai fatti aziendali. Ci si è chiesti se gli obblighi di riservatezza valgano anche nei rapporti intercorrenti tra amministratori e sindaci nominati da enti pubblici nei riguardi degli enti che li hanno nominati, o se invece possa reputarsi sussistente una ragione di esonero nei riguardi dell'ente medesimo (153).

La questione non si discosta da quella relativa alla vincolatività delle direttive impartite dall'ente pubblico agli amministratori da esso nominati per via extra assembleare; l'amministratore è soggetto a diversi obblighi, la cui osservanza lo dirige verso direzioni tra loro divergenti e conflittuali, e che trovano la loro nei diversi rapporti giuridici che

credere che il tema della razionalizzazione del complesso fenomeno in analisi possa risolversi nell'esigenza di eliminare costi di sottogoverno. Se così fosse, infatti, si giungerebbe all'inevitabile conclusione per cui le società a partecipazione pubblica, anziché disciplinate, andrebbero molto più semplicemente soppresse. Piuttosto, le amministrazioni dovrebbero essere stimolate a gestire le proprie partecipazioni secondo una logica d'impresa”.

(147) C. Guardamagna, *op. cit.*, 284

(148) La soggezione delle società a partecipazione pubblica alla disciplina generale delle società di capitali e, in senso più ampio, alle disposizioni del codice civile, era sostanzialmente sancita già prima dell'emanazione del Tusp, dall'art. 4, c. 13, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 133, poi abrogato dall'art. 28, c. 1, lett. q), Tusp. Sempre con riferimento alla disciplina antecedente al Tusp, e sulla base della disposizione testé ricordata, poi, nel senso di riconoscere natura privatistica a tali società si era orientata anche la giurisprudenza di legittimità (tra le altre, Cass. civ., Sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 333, con nota di P. Pettiti, *Soggettività e fallimento della società in house*; S.U. 1 dicembre 2016, n. 24591, in *Giur. comm.*, 2017, II, 817, con nota di E. Codazzi, *Nomina pubblica alle cariche sociali ex art. 2449 c.c. e giurisdizione applicabile: l'orientamento delle Sezioni unite alla luce del testo unico sulle società partecipate*). Sul “carattere presuntivamente privatistico” delle società a partecipazione pubblica, v. G. Morbidelli, *Sub art. 1*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2018, 333.

(149) Delinea la “traiettorie concettuale” che ha condotto all'opzione normativa espressa nell'art. 14, c. 1, Tusp, L. Stanghellini, *Sub art. 14, ivi*, 332.

(150) G. Capo, *Il controllo giudiziario nelle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2022, 571, per il quale non pare consentito far conseguire *de plano* da tale previsione normativa – posta anche in relazione alle disposizioni contenute negli artt. 14, c. 3, e 16, c. 4, Tusp – l'idea che al controllo giudiziario nelle società a controllo pubblico sia affidata la tutela di istanze travalicanti gli interessi della società e della compagine sociale, di cui siano chiamate a farsi interpreti le amministrazioni pubbliche in quanto tali, ciò giustificando l'irrelevanza dell'entità della loro partecipazione sociale ai fini della proposizione della denuncia al tribunale, il cui controllo da parte del giudice, potrebbe essere anche visto come un controllo che il socio ente pubblico demanda ad un “suo” apparato (dello Stato), in luogo di esercitarlo attraverso le articolazioni stabilmente preposte all'esercizio dei diritti e dei poteri sociali.

(151) V. G. Terranova, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in P. Abbadesse, G.B. Portale (diretto da), *op. cit.*, 135, che segnala come non possa negarsi “che l'interesse pubblico, cacciato dalla porta, in qualche caso sia rientrato dalla finestra (si pensi alle disposizioni che abilitano la Consob, la Banca d'Italia ed il Garante per l'editoria a sporgere denuncia all'autorità giudiziaria per far aprire una procedura ai sensi della norma qui esaminata)”, per quanto, poi, “nel complesso, l'orientamento del legislatore in materia appare abbastanza netto e coerente, almeno per quanto concerne le norme del codice”. Merita ricordare, al riguardo, anche il dettato dell'art. 29 d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, con cui è stato introdotto il codice del terzo settore, a norma del quale, con riferimento, appunto, agli enti del terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, e di fondazione, è prevista, in quanto compatibile, l'applicabilità della disciplina del controllo giudiziario di cui all'art. 2409 c.c., attribuendosi la legittimazione a proporre la denuncia al tribunale, in caso di fondato sospetto di gravi irregolarità nella gestione dell'ente, ad almeno un decimo degli associati, all'organo di controllo, al soggetto incaricato della revisione legale dei conti e anche al pubblico ministero.

(152) G. Capo, *op. cit.*, 581.

(153) V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, 1154.

legano lo stesso amministratore alla società, da un lato, e all'ente pubblico con il quale vige un rapporto contrattuale o di servizio, dall'altro (154) (155).

Ai fini del diritto di controllo da parte del socio, evidentemente applicabile in ogni aspetto anche alle società a partecipazione pubblica, è utile ricordare che la veste privatistica delle società a partecipazione pubblica non subisce il limite generale dell'accesso alle informazioni, in cui è stabilito che non sono ammissibili istanze di accesso ai fini di un controllo generalizzato dell'operato degli enti, poiché è necessario che l'istanza di accesso individui gli atti in modo sufficientemente preciso e circoscritto in modo da evitare che l'amministrazione sia costretta a compiere un'attività di ricerca e di elaborazione dei dati (156).

#### 6. L'estensione del diritto di controllo del socio ai nuovi assetti organizzativi, amministrativi e contabili

L'art. 377 c.c.i.i., rubricato "Assetti organizzativi societari", interviene con la descrizione di ulteriori modifiche al codice civile rispetto alle altre previste nella parte II del c.c.i.i., "Modifiche al codice civile (artt. da 375 a 384)". Tra queste la sostituzione del primo comma dell'art. 2475 c.c., che prevede che nelle società a responsabilità limitata "la gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale", di dotarsi, così, di "un assetto organizzativo o, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale" (157).

L'obiettivo del legislatore, attraverso il codice della crisi, è quello di favorire l'adozione di un approccio alla gestione di tipo continuativo e prospettico, rispetto a quello meramente consuntivo generalmente utilizzato dall'imprenditore, in particolare quello di una micro e piccola impresa (quale tipica delle s.r.l.), anticipando, così, l'emersione della crisi, intercettando le prime manifestazioni di declino e contestualizzandole in un ben identificato momento.

Le condizioni di equilibrio derivante da un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile, sono richieste non esclusivamente su elementi statici costituiti dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa, ma anche su elementi dinamici che consentano una rilevazione e gestione tempestive.

In questo quadro si inserisce evidentemente anche una funzione di controllo da parte dei soci di s.r.l. in termini di verifica non solo dell'esistenza, ma anche e soprattutto dell'adeguatezza degli assetti organizzativi, nel contesto, e in funzione di, una gestione dell'impresa sempre più orientata, in chiave preventiva e proattiva, all'identificazione, al monitoraggio e all'anticipazione dei rischi, primi fra tutti di quelli legati alla conservazione della continuità aziendale e dell'equilibrio finanziario, economico e patrimoniale (158).

Pur tenendo in stretta considerazione la propria dimensione, tutte le imprese dovrebbero prevedere l'applicazione di un approccio metodologico che sia finalizzato alla gestione dei rischi aziendali (*risk management*) e che possa, conseguentemente, rappresentare un fondamentale contributo informativo per la costruzione di un consapevole processo decisionale (159).

Il controllo dei soci, nel quadro delineato, si evolve, così come per i controlli ad opera degli organi di controllo interno, da una visione ormai superata di verifica *successiva*, ad una rilevazione del *risk assessment* e del *risk management*, diventando una condotta a dir poco doverosa, proprio perché essenziale alla corretta gestione (160).

Diventano così imprescindibili la dimensione organizzativa e la dimensione informativa, ai fini dell'attivazione di tempestivi, continui e puntuali flussi informativi, affinché gli assetti e gli organi interni alla società siano non solo rapidi, ma anche efficaci, nella tempestiva e anticipata previsione di un eventuale, prossimo stato di crisi (161).

(154) La questione viene risolta riprendendo l'esperienza tedesca da V. Donativi, *op. cit.*, 1154, laddove viene ricordato che una disciplina puntuale è dettata dai par. 394-395 AktG, recanti "*Sondervorschriften bei Beteiligung von Gebietskörperschaften*", nei quali è tra l'altro previsto espressamente che i membri di nomina pubblica nell'Aufsichtsrat siano esonerati dall'obbligo di riservatezza di cui agli artt. 116 e 93 Abs.

(155) V. Donativi, *op. cit.*, 1154, per il quale l'assenza nel nostro ordinamento di una disciplina specifica in tema di responsabilità, assieme alla esplicita e perentoria affermazione dell'identità dei diritti e dei doveri dei membri di nomina pubblica diretta e di quelli di provenienza assembleare, sembrano deporre nel senso della piena soggezione all'obbligo di riservatezza che grava su tutti i componenti degli organi sociali. Sicché – in un ordine di idee non dissimile da quello seguito in relazione alla tematica della vincolatività o meno delle direttive e degli ordini impartiti dall'ente pubblico ai propri amministratori, nonché della presenza o meno di un vero e proprio obbligo di obbedienza nei confronti delle dette istruzioni – la stessa eventuale presenza di un obbligo di informazione e/o di relazione nei riguardi dell'ente pubblico avrebbe rilevanza meramente obbligatoria, non anche organizzativa e societaria.

(156) F. Mangano, *op. cit.*, 750.

(157) R. Santagata, *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di "ingerenza gestoria" dei soci*, in *Riv. soc.*, 2020, 1453.

(158) P. Benazzo, *Il controllo nelle società di capitali tra diritto "comune" e codice della crisi*, *ibidem*, 2020, 1562.

(159) A. Panizza, *Adeguati assetti organizzativi, amministrativi, contabili e codice della crisi: aspetti (teorici e) operativi*, in <ristrutturazioniazionali.ilcaso.it>, 3 febbraio 2023.

(160) N. Abriani, *Corporate governance e doveri di informazione della crisi d'impresa*, in *Riv. dir. impresa*, 2016, 240.

(161) P. Benazzo, *Il controllo nelle società di capitali tra diritto "comune" e codice della crisi*, *cit.*, 1563, per il quale, nell'una come nell'altra dimensione, è altresì conclusione, già raggiunta prima del codice di crisi, quella che assegna una posizione centrale ai controlli

Nella s.r.l., con la riforma del 2003, si rinviene un controllo che da un lato è rimasto di carattere puntuale e di portata successiva, basato sul prototipo del potere e non del dovere, laddove il suo esercizio è lasciato all’iniziativa individuale del singolo socio che non partecipa all’amministrazione, e, dall’altro lato, funzionalmente e temporalmente lontano rispetto alla funzione e all’organo di amministrazione (162).

Il principio di adeguatezza degli assetti organizzativi, se guardato sotto un profilo di protezione dell’efficienza dell’impresa, non è preclusivo dell’ammissibilità di diritti particolari di ispezione diretta sugli impianti, magazzini e in generale sulle strutture aziendali; resta fermo il principio generale, in capo al socio, di esercitare il diritto di controllo secondo correttezza e buona fede e, soprattutto, con modalità proporzionate alle contingenze e che, comunque, non intralcino o interferiscano negativamente con lo svolgimento della funzione amministrativa.

Deve considerarsi compatibile con l’obbligo di mantenere assetti adeguati la previsione un diritto particolare del socio di ricevere dagli amministratori informazioni di migliore qualità, con cadenza periodica, in merito all’andamento della gestione o su specifiche iniziative da questi assunte; esso comporterebbe un assoluto vantaggio di una gestione ordinata e programmata anche a favore di una pronta e altrettanto puntuale risposta da parte degli amministratori alle richieste informative dei soci ai sensi dell’art. 2476, c. 2, c.c. (163).

I principi di adeguatezza degli assetti organizzativi e valutazione e vigilanza dell’adeguatezza e del funzionamento sono in tal modo legittimati a norme primarie, essendo chiari e precisi i doveri di legge cui gli amministratori sono tenuti a svolgere (164).

Il codice della crisi e dell’insolvenza segna un distacco tra proprietà e controllo, con riferimento alla configurazione degli assetti organizzativi interni nei codici organizzativi nelle s.r.l. La regola inserita nell’art. 377 c.c.i.i., della distinzione tra *gestione dell’impresa*, la cui esecuzione deve avvenire nel rispetto di quanto stabilito dall’art. 2086 c.c., che *spetta esclusivamente agli amministratori*, in tutti i tipi sociali, anche le s.r.l., e, dell’*amministrazione della società*, non coperta da analogia esclusiva, è senz’altro volta a favorire la tesi in base alla quale la competenza delle decisioni in merito agli assetti organizzativi spetta non ai soci, ma agli amministratori (165) (166).

Rimane, così, la convinzione che la *gestione dell’impresa* coincida con la predisposizione di idonei assetti organizzativi, lasciando ai soci, secondo la disciplina legale di ciascun modello della s.p.a. o s.r.l., la possibile intromissione nelle decisioni imprenditoriali diverse da quelle relative alla predisposizione e alla gestione di un sistema organizzativo e amministrativo interno, anche sopportandone, nelle s.r.l., le relative responsabilità risarcitorie del caso.

Conferma deriva dall’art. 40 del decreto correttivo 26 ottobre 2020, n. 147, recante disposizioni integrative e correttive a norma dell’art. 1, c. 1, l. 8 marzo 2019, n. 20, in cui viene precisato che oggetto della riserva in via esclusiva a favore degli amministratori o dell’organo amministrativo è solo la “istituzione degli assetti di cui all’art. 2086, secondo comma” c.c. (167).

---

interni, chiamati a svolgere uno specifico e accentuato ruolo di garanzia e di indirizzo nella fase della premonizione, dell’intercettazione e dell’accertamento del possibile rischio di una discontinuità nell’equilibrio, finanziario, economico o patrimoniale.

(162) C. Cincotti, *Gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d’impresa (anche a proposito del “decreto dirigenziale”)*, in *Dir. fall.*, 2022, 573, per il quale il principale parametro di riferimento è rappresentato dalle indicazioni fornite dai principi di revisione che guidano l’operato dei revisori legali dei conti. In particolare, il principio di revisione n. 500 (Gli elementi probativi della revisione) chiarisce come il revisore debba valutare le risultanze del lavoro svolto dai revisori interni, al fine di verificare “il rischio di errori significativi a livello di bilancio e di asserzioni”, valutando anche se l’impresa si sia dotata di un sistema contabile idoneo a prevenire tali errori. Ne deriva che un assetto contabile che non consenta un adeguato svolgimento delle procedure di revisione contabile deve intendersi certamente come non adeguato.

(163) R. Santagata, *op. cit.*, 1471.

(164) P. Benazzo, *Il controllo nelle società di capitali tra diritto “comune” e codice della crisi*, cit., 1568, secondo il quale «E che il principio della obbligatorietà di assetti organizzativi adeguati sia un dovere immanente alla e, anzi, fondante del canone della diligenza e della corretta amministrazione, lo si coglie appieno anche solo confrontando la prima norma a diretto contenuto precettivo sulla struttura dell’impresa collocata in esordio del codice, in apertura della sezione intitolata “Principi generali”, sotto la rubrica “Doveri del debitore” (art. 3, c.c.i.i.), la quale dispone che se “l’imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie e farvi fronte” (comma 1), l’imprenditore collettivo deve invece “adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell’art. 2086 c.c., ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell’assunzione di idonee iniziative” (comma 2). Confermata è l’attribuzione in capo agli organi di controllo interno di una posizione proattivamente dinamica e integrata nell’adozione iniziale e nella conservazione nel tempo, di assetti adeguati alla finalità dell’intercettazione anticipata e tempestiva del rischio di crisi. Al riguardo basti leggere, in sinossi, l’art. 12, comma 1, c.c.i.i., ove tra gli “strumenti di allerta”, accanto agli obblighi di segnalazione, sono citati per l’appunto, gli “obblighi organizzativi”; e l’art. 14, comma 1, c.c.i.i., ove sono espressamente elencati gli obblighi (a valenza generale e non già riservata alle sole imprese ammesse alla procedura di composizione assistita della crisi) di verifica sull’organo amministrativo e di segnalazione dell’esistenza di fondati indizi della crisi».

(165) R. Rordorf, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2019, 929; O. Cagnasso, *Diritto societario e mercati finanziari*, in *Nuovo diritto società*, 2018, 852; L. Stanghellini, *Il codice della crisi d’impresa: una prima lettura (con qualche critica)*, in *Corriere giur.*, 2019, 540; N. Abriani, A. Rossi, *Nuova disciplina della crisi d’impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, 393.

(166) P. Benazzo, *Il controllo nelle società di capitali tra diritto “comune” e codice della crisi*, cit., 1570

(167) *Ivi*, 1571

Ne deriva l'impossibilità delle competenze decisionale da parte dei soci in materia di assetti organizzativi, il cui coinvolgimento decisionale in tema di assetti organizzativi rimarrebbe limitato alle sole ipotesi di competenze legali e inerenti a scelte tradizionalmente statutarie e apicali (168).

Dal testo dell'art. 2086, c. 2, c.c. emerge chiaramente la forte correlazione tra il concetto di assetto amministrativo-contabile e quello organizzativo, fino a ritenerli un unico significato rappresentato da disposizioni, procedure e prassi operative che garantiscano la gestione aziendale rispettosa delle condizioni di equilibrio generale e di quanto previsto dalle leggi, regolamenti e disposizioni statutarie.

La presenza in azienda di un dettagliato sistema rappresentato da funzioni, poteri, deleghe, processi e procedure è in linea con quanto previsto con la definizione di assetto organizzativo, da ricondurre, a sua volta, a due distinte componenti: la struttura organizzativa, a cui sono rapportabili la struttura organizzativa di base, la struttura delle unità organizzative e l'assegnazione dell'autorità e delle modalità di applicazione del potere, che definisce ed individua i necessari livelli gerarchici e i conseguenti rapporti formali di dipendenza; e i sistemi operativi, riconducibili alla definizione del sistema dei processi, a quello di determinazione degli obiettivi, delle strategie e all'assegnazione delle risorse, al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi.

Particolarmente rilevante e strutturata è l'attività di controllo da svolgere in relazione al sistema di informazione e comunicazione. In particolare, le modalità con cui viene garantita l'attività di veicolazione delle informazioni, le comunicazioni organizzative, le informazioni inerenti sistemi contabili, gestionali, informativi, le relazioni degli organi di controllo e di vigilanza, le relazioni annuali e periodiche.

Gli assetti amministrativi e contabili, di fatto, rappresentano sottosistemi dei più ampi assetti organizzativi che consentono di determinare e verificare, a livello previsionale nonché consuntivo, l'andamento della gestione e i risultati dalla stessa prodotti in termini economici e finanziari, agevolando la tempestiva rilevazione di eventuale situazione di crisi e perdita di continuità.

L'assetto amministrativo può quindi essere considerato come il contributo in termini di regole, strumenti e supporti necessari per la produzione informativa da mettere al servizio delle successive elaborazioni da svolgere nell'ambito dell'assetto contabile. È così possibile riportare all'assetto amministrativo l'insieme degli strumenti e sistemi di pianificazione, programmazione e controllo, e delle procedure per la gestione integrata, in grado di produrre le informazioni necessarie all'organo amministrativo per prendere decisioni, monitorare l'evoluzione della gestione ed analizzare gli scostamenti tra risultati attesi e risultati a consuntivo (169).

La capacità dell'impresa di rilevare tempestivamente la crisi varia in misura delle proprie caratteristiche e dimensioni. Un'impresa il cui *management* è abituato all'utilizzo degli strumenti di pianificazione, programmazione e controllo, è maggiormente propensa ad adottare un approccio *ex ante* alla rappresentazione di una probabile situazione di insolvenza prospettica. Non è così semplice per le imprese di ridotte dimensioni, caratterizzate da un grado di organizzazione interna che non prevede l'impiego di strumenti in grado di garantire analisi *ex ante*, a cui non può che essere ricondotta l'esecuzione di una valutazione *ex post* dello stato di crisi, da porsi in stretta relazione con la propria situazione finanziaria.

\* \* \*

---

(168) R. Rordorf, *op. cit.*, 938; S. Fortunato, *Codice della crisi e codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2019; 984

(169) A. Panizza, *op. cit.*, 24.

**L'ATTO VINCOLATO INCARDINA LA GIURISDIZIONE CIVILE  
NELLE CONTROVERSIE DI DIRITTO PUBBLICO: L'ENNESIMA INCURSIONE  
(NOTA A CASS., S.U., ORD. 29 SETTEMBRE 2022, N. 28429,  
CONS. STATO, SEZ. III, 3 OTTOBRE 2022, N. 8434, E 5 DICEMBRE 2022, N. 10648)**

di *Lorenzo Cupaioli* (\*)

*Abstract:* L'Autore si pone l'obiettivo di offrire un contributo all'indagine sulla irrisolta "questione di giurisdizione". Si prendono le mosse da recenti pronunce della Cassazione e del Consiglio di Stato, le quali rispecchiano orientamenti diametralmente opposti delle due giurisdizioni superiori sulla competenza giurisdizionale circa la controversia su di un atto amministrativo – asseritamente – vincolato. Dopo aver rappresentato i diversi orientamenti sulla "qualificazione" del provvedimento adottato ai sensi dell'art. 4 del d.l. 1° aprile 2021, n. 44, si propone un'indagine, anche storica, sulla centralità che ha, da sempre, rivestito la discrezionalità amministrativa sul tema e, concludendo, si va alla ricerca di una soluzione logica plausibile, nel pur sempre problematico criterio di riparto attuale.

*The author outlines the aim of offering a contribution to the studies on the unresolved "jurisdiction issue". We start from recent judgements of the Cassazione and the Consiglio di Stato, which reflect diametrically opposed orientation of the two higher jurisdictions on the jurisdictional competence in the dispute on an administrative act – allegedly – bound. After representing the different orientation on the "classification" of the action adopted pursuant to art. 4 d.l. n. 44 April 1° 2021, it proposes an investigation, also historical, on the centrality that has, always, covered the administrative discretion on the subject and, concluding, we go in search of a plausible logical solution is sought, in the still problematic current allotment criterion.*

**Sommario:** 1. *Premessa.* – 2. *Il potere amministrativo discrezionale come discrimen tra giurisdizioni: brevi cenni storici.* – 3. *Il potere amministrativo (asseritamente) vincolato e la giurisdizione amministrativa.* – 4. *Il potere amministrativo (asseritamente) vincolato e la giurisdizione civile.* – 5. *Il potere amministrativo (asseritamente) vincolato e la giurisprudenza della Corte costituzionale.* – 6. *Alcune ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice civile: ammissibilità costituzionale?* – 7. *Conclusioni.*

### 1. *Premessa*

Al termine del periodo emergenziale, entrambi i plessi giurisdizionali – civile ed amministrativo – sono stati chiamati ad esprimersi sulla legittimità dell'obbligo vaccinale imposto agli operatori sanitari dall'art. 4 del d.l. 1° aprile 2021, n. 44. Ne è scaturita una diatriba in merito alla giurisdizione competente per queste controversie: le Sezioni unite della Cassazione hanno affermato la sussistenza di quella civile; pressoché coevamente, la Sez. III del Consiglio di Stato ha affermato quella amministrativa; di lì a poco, la stessa Sez. III del Consiglio di Stato, ormai consapevole – e dando atto – del pronunciamento del giudice della giurisdizione, ha riaffermato la giurisdizione del giudice amministrativo (1). Questione "antica", come è noto, ma, a tutt'oggi, evidentemente, irrisolta. Sulla quale, dunque, vale la pena soffermarsi ancora.

L'articolo di legge, da cui genera la controversia, prevede, nella sua attuale formulazione, che "*al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza [...], gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario [...], per la prevenzione dell'infezione da Sars-CoV-2 sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione [...]. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione*" (2).

La Cassazione, chiamata a dirimere un conflitto negativo di giurisdizione, ha statuito che, sulle controversie derivanti dall'art. 4 della l. n. 44/2021, vi è giurisdizione del giudice civile (3). Nella fattispecie entrambi i plessi

(\*) L. Cupaioli è dottore magistrale in Giurisprudenza e praticante avvocato.

(1) Rispettivamente: Cass., S.U., ord. 29 settembre 2022, n. 28429; Cons. Stato, Sez. III, 13 ottobre 2022, n. 8434; 5 dicembre 2022, n. 10648.

(2) I commi successivi disciplinano il funzionamento dei controlli: nella prima versione le regioni verificavano lo stato vaccinale degli iscritti agli ordini sanitari, segnalando alla Asl locale i nominativi degli inadempienti all'obbligo e quest'ultima, accertata l'inosservanza, ne dava comunicazione all'interessato e all'ordine. Le modificazioni intervenute hanno riscritto parzialmente tali disposizioni: "Gli Ordini degli esercenti le professioni sanitarie [...] eseguono immediatamente la verifica automatizzata del possesso delle certificazioni verdi Covid-19 comprovanti lo stato di avvenuta vaccinazione". Al comma 4 si legge: "L'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale è adottato da parte dell'Ordine professionale territorialmente competente, all'esito delle verifiche di cui al comma 3, ha natura dichiarativa e non disciplinare, determina l'immediata sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie [...]».

(3) Cass., S.U., ord. n. 28429/2022, cit.



giurisdizionali, nelle rispettive sedi di primo grado, avevano declinato la giurisdizione in merito all'annullamento della sospensione, da parte dell'Ordine dei tecnici sanitari, di un fisioterapista, poiché quest'ultimo non aveva acconsentito all'inoculazione del vaccino. Le Sezioni unite hanno considerato prevalente, ai fini del riparto, il diritto “*ad esercitare l'attività (libero-)professionale sanitaria*”, garantito a livello costituzionale, oltre alla circostanza per cui la situazione azionata non è “*intermediata dal potere amministrativo*”. Nonostante le conclusioni cui giunge, la Cassazione precisa che le disposizioni dell'art. 4 sono poste “*a tutela della salute pubblica e della sicurezza delle cure*”. Nelle motivazioni a sostegno di quanto deciso viene richiamato, sostanziosamente, il precedente di Cass., S.U., 27 luglio 2022, n. 23436.

Il Consiglio di Stato, di contro, senza aver potuto conoscere l'ordinanza della Cassazione, con la prima pronuncia richiamata ha accolto l'appello avverso una sentenza del Tar Liguria, che aveva declinato la giurisdizione su di una fattispecie pressoché analoga a quella sottoposta alle Sezioni unite (4). Ad avviso del Consiglio di Stato, è irrilevante “*che si tratti di un potere discrezionale o vincolato*”, perché ciò che conta è che gli atti impugnati siano emessi nell'esercizio di pubblici poteri: entrambi sono autoritativi, e perciò la controversia viene devoluta alla giurisdizione speciale. Nel caso in esame, inoltre, le disposizioni dell'art. 4 sono volte a tutelare interessi pubblici.

Con l'ultima sentenza in esame, il Consiglio di Stato, “*nonostante il contrario e autorevole avviso*” della pronuncia delle Sezioni unite di settembre, ha ribadito la spettanza della giurisdizione al giudice amministrativo. Nelle motivazioni la Sez. III afferma che “*anche i diritti fondamentali*” possono essere conformati «*dall'esercizio di un potere vincolato inteso [...] ad accertare se la sottoposizione all'obbligo vaccinale non possa essere nociva alla salute del singolo soggetto per specifiche ragioni che passano attraverso il vaglio di un accertamento scientifico o, per usare le parole della Suprema Corte, di una “discrezionalità tecnica” a carattere accertativo*». Il Consiglio di Stato rimarca che «*non può dubitarsi che un potere vincolato a determinati requisiti di ordine tecnico-scientifico sussista, giacché ammettere una “discrezionalità tecnica” necessaria per riscontrare la causa di esonero già vuol dire riconoscere un potere – per quanto non discrezionale c.d. puro – in capo all'amministrazione sanitaria, chiamata ad operare in concreto, in base a valutazioni di carattere scientifico non predeterminate né predeterminabili dal legislatore, un bilanciamento tra l'obbligo vaccinale, (al tempo) vigente, e le condizioni di salute e la “persona” del singolo obbligato*».

Anche l'ordinanza delle Sezioni unite riconosce – almeno in taluni passaggi – la sussistenza di discrezionalità tecnica, ma, come si vedrà anche *infra*, ritiene ciò irrilevante ai fini del riparto di giurisdizione. Il Consiglio di Stato, invece, asserisce quanto segue: “*L'intermediazione di un potere amministrativo vincolato di ordine tecnico-scientifico in capo all'amministrazione sanitaria, innegabile in concreto quando essa debba confrontarsi con la posizione del singolo soggetto che, ad esempio, rivendichi una causa di esonero per le proprie condizioni di salute incompatibili con l'assoggettamento all'obbligo vaccinale, giustifica e radica la giurisdizione del giudice amministrativo*”.

Entrambi i Supremi Giudici pongono al centro dei loro ragionamenti il potere amministrativo conferito dalla legge agli ordini professionali.

Per il Consiglio di Stato, al fine di radicare la giurisdizione speciale, è sufficiente che il potere esista, che venga conferito ad un'amministrazione pubblica e che quest'ultima, sia pur attraverso un'attività vincolata, sia chiamata ad esercitarlo per la cura in concreto di interessi pubblici (c.d. criterio dello “scopo della norma”) (5).

Le Sezioni unite, invece, si spingono – diversamente dal passato, in cui più volte avevano aderito al criterio dello “scopo della norma” – ad affermare che, innanzi ad una attività priva di discrezionalità amministrativa (pura), vi sarebbe sempre e comunque un diritto soggettivo, con giurisdizione del giudice civile per le relative controversie (6). In altre parole, viene affermata la giurisdizione civile a fronte di un atto asseritamente vincolato o, meglio, privo di discrezionalità (pura) (7).

Sull'art. 4 del d.l. n. 44/2021, peraltro, pende una questione di legittimità costituzionale (8).

(4) Cons. Stato, Sez. III, n. 8434/2022, cit.

(5) Già Cons. Stato, Ad. plen., 24 aprile 2007, n. 8, aveva sostenuto che “*anche a fronte di attività connotate dall'assenza in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità valutativa o tecnica, quindi, occorre avere riguardo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla finalità perseguita dalla norma primaria, per cui quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo*”. Il Consiglio di Stato, nella sentenza del 5 dicembre 2022, infrange l'automatica corrispondenza creata dalla Cassazione, atto vincolato-diritto soggettivo, “[*la controversia verte su*] di un potere vincolato che viene esercitato a tutela della salute pubblica, di fronte al quale non necessariamente si contrappone un diritto soggettivo, ma può e deve correttamente configurarsi, ad avviso di questo Consiglio, un interesse legittimo alla corretta esplicazione di detto potere”.

(6) Il collegio, condividendo le conclusioni del procuratore generale, considera come centrale la posizione giuridica, azionata dal corrente, del diritto all'esercizio di una attività professionale regolamentata: “*Un diritto che – occorre precisare – trova, anch'esso, garanzia a livello costituzionale*”. Anche le Sezioni unite, per la verità, individuano nella tutela dell'interesse pubblico lo scopo primario delle disposizioni in questione (punto 4.2 dell'ordinanza, terzo capoverso) ma giungono, comunque, a conclusioni diametralmente opposte a quelle del giudice speciale.

(7) Il concetto di discrezionalità a cui, da qui in poi, si farà riferimento è quello formulato da M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, 74: “[*è*] una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie”.

(8) Le otto ordinanze di remissione sono state emesse sia da organi di giustizia amministrativa che civile. Ciò è indicativo della peculiarità della situazione, della considerazione che entrambi i plessi giurisdizionali hanno avuto della “costituzionalità” di tale obbligo: è un

## 2. Il potere amministrativo discrezionale come discrimen tra giurisdizioni: brevi cenni storici

Nel modello francese, trapiantato in alcuni Stati italici preunitari, l'esistenza di potere autoritativo in capo all'amministrazione rappresentava il criterio di riparto: le controversie aventi ad oggetto atti amministrativi – cioè quelli adottati *iure imperii* – erano devolute ai tribunali del contenzioso, mentre quelle sugli atti di diritto privato delle pubbliche amministrazioni – cioè quelli adottati *iure gestionis* – erano attribuite all'autorità giudiziaria (9).

Nel 1865, con la legge abolitiva del contenzioso amministrativo, l'Italia tentò “[l’]improvvida esperienza” (10) del modello monistico, allora utilizzato in Belgio, con rilevanti conseguenze in tema di riparto di giurisdizione. Le controversie riguardanti *diritti civili e politici* vennero devolute ad un'unica giurisdizione, quella civile, “*ancorché*” fossero coinvolti provvedimenti emanati dal potere esecutivo (11).

Ma, come è noto, con questa riforma si alzò il sipario sul primo atto di quella che è stata denominata come una lunga “*commedia degli equivoci*” (12), il cui copione era rappresentato dalla netta discrasia tra la lettera delle disposizioni normative, emulatrici del modello belga, da un lato, e, dall'altro, la *forma mentis* con cui si continuò a ragionare: si affermò, cioè, la così detta “teoria nominalistica”, per cui, a fronte di un atto amministrativo adottato *iure imperii*, non poteva sussistere alcun diritto. L'impostazione monistica, indigesta al Consiglio di Stato, che però aveva mantenuto quest'ultimo come giudice della giurisdizione (13), prestò il fianco a reminiscenze esegetiche dualistiche: i diritti sembravano incompatibili con il potere discrezionale e, “*contra legem*”, si diffuse la convinzione che il sindacato giurisdizionale si arrestasse di fronte ad esso (14).

Nel 1889, con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, la commedia proseguì, nonostante la riforma fosse stata pensata dichiaratamente “a completamento” della Lac: si (ri)costituì un giudice per gli *affari* rimasti privi di qualsiasi tutela. Essendo evidente la contrapposizione dello spirito di fondo dei due *corpora* normativi, iniziarono copiosi sforzi esegetici volti a coniugare i modelli sincretistici, al fine di creare un “*parasistema*” (15).

Ai fini di soddisfare il criterio di riparto “apparente”, la discrezionalità rimaneva fondamentale anche nella poliedrica figura dell'interesse ranellettiano: in essa fu individuata la chiave di volta per distinguere un diritto soggettivo perfetto da uno “condizionato” (16).

---

dato rilevante che la non manifesta infondatezza del contrasto coinvolga anche i primi articoli della Carta, n. 1, 2, 3, 4, 32, 33, 34, 35, 36 (c. 1) e 97 Cost. I primi a sollevare la questione sono stati il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (ord. 22 marzo 2022, n. 351) e il Tribunale di Brescia (ord. 22 marzo 2022, n. 151). In attesa del dispositivo della sentenza, dal comunicato dell'1 dicembre 2022 si evince che la Corte ha ritenuto legittimo quanto previsto dalla normativa. Sulle tre pronunce della Corte costituzionale, pubblicate nelle more della redazione di questo contributo, si avrà modo di tornare *infra*.

(9) La differenza tra atto *iure gestionis* e *iure imperii* si può cogliere in G. Mantellini, *I conflitti d'attribuzione in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, Firenze, Barbera, 1878, 49: “il Governo, come governo o potere, non può tradursi in giudizio a rendere conto dei suoi atti o delle sue omissioni, a rispondere di quanto fa o non fa, *iure imperii*; nel modo che si traduce l'amministrazione come persona, per tutto ciò che attiene alla sua gestione, o ne dipende, per quello che fa o non fa, in questo suo diritto, *iure gestionis*”.

(10) Così M. Mazzamuto, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463

(11) La congiunzione “*ancorché*” si ritroverà periodicamente nel testo: la si prende in prestito dall'art. 2 della l. n. 2248/1865, all. E, dove, nel suo significato originario, rappresentava la prevalenza assoluta del giudice civile e della posizione di diritto soggettivo.

(12) Espressione di A. Piras, M.S. Giannini, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, 293.

(13) Il Consiglio di Stato mantenne questo ruolo in forza del combinato disposto dall'art. 13, all. E, e dall'art. 10, all. D. In realtà tali previsioni avrebbero dovute essere transitorie.

(14) Dapprima fu il Consiglio di Stato ad avere «la ferma convinzione [che fosse compito] della giurisprudenza di dover far salvo, precipuamente, il principio della “separazione dei poteri” a determinare la interpretazione restrittiva della formula “diritti civili e politici”»: F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Aa.Vv., Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, ed ora in F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, Milano, Vita e pensiero, 2006, I, 3244-3245. Ma, successivamente, la stessa Cassazione, divenuta essa giudice della giurisdizione (l. n. 3761/1877), proseguì nel medesimo senso con la sua giurisprudenza. Per S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 85, il nostro sistema si fonda sull'interpretazione *contra legem* di una legge monistica.

(15) M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1964, 321. Sulle teorie volte a coniugare i modelli cfr. M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione, apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, che classifica le dottrine in base al non-conflitto fra giudicati che ne può derivare: teorie della concorrenza e della separazione. Sul punto cfr. anche S. Battini, *op. cit.*, 52-53: “Il legislatore infatti non ha scelto né il modello monista, né quello dualista. O, meglio, li ha scelti entrambi [...]. Donde la concezione di una tutela che, all'interno delle stesse controversie di diritto pubblico, non fosse completamente assicurata da un solo giudice, ma costituisse il risultato dell'azione cumulativa di due giudici tra loro diversi e complementari”.

(16) Ma lo stesso Oreste Ranelletti ammetteva che anche nell'atto vincolato vi fosse potere discrezionale, dismettendo ogni valenza selettiva alla discrezionalità, “appuntandosi piuttosto sull'atto amministrativo *tout court*, in quanto rivolto ad un fine pubblico. Una siffatta prospettiva avrebbe già chiuso il sistema in senso dualistico”: M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione*, cit., 55. L. Marotta, *Il sindacato del giudice ordinario sull'atto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1976, 84, dopo aver esposto le proprie tesi sulla fallacia delle teorie di Ranelletti, definisce la nozione di interesse legittimo una *soluzione apparente ad un falso problema*.

Le divergenze interpretative vennero arginate con il c.d. concordato giurisprudenziale del 1930, che individuò il criterio del riparto nella dialettica carenza-cattivo utilizzo del potere (17).

La questione fu riaperta dalla Costituzione: prima non vi era alcuna norma “positiva” che consentisse, espressamente, al giudice ordinario di annullare provvedimenti amministrativi. È proprio in forza dell’art. 113, c. 3, Cost. che il giudice civile ha ripreso con i tentativi di “riconquista giurisdizionale” sulle controversie di diritto pubblico. In effetti per “chiudere” il sistema in senso dualistico mancava solamente il tassello dell’atto interamente vincolato, in quanto, secondo la dogmatica del criterio esistenza-carenza di potere, le relative controversie avrebbero potuto essere devolute alla giurisdizione civile: “Una lacuna che non poteva certo essere colmata dalla dottrina, poiché si sarebbe dovuta escludere l’esistenza stessa di una competenza del giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico, che ancora, con il criterio della discrezionalità, per quanto ridotta ai minimi termini, pur sempre rimaneva” (18).

La giurisprudenza civile è stata avallata nei tentativi di “riconquista” da una parte della dottrina: tra tutte, quella che più autorevolmente ha tentato di sciogliere il legame atto discrezionale-giurisdizione amministrativa – in senso ancor più favorevole al giudice civile – è rappresentata dalla teoria delle così dette norme di relazione e di azione (19). Altra dottrina, ampiamente utilizzata – cfr. la Cassazione in commento – per riportare sotto l’egida del giudice civile l’atto vincolato, è stata quella delle “catene logiche” norma-fatto-effetto e norma-potere-effetto (20). Anche in merito alla definizione di “discrezionalità” si formularono ipotesi discordanti: “elementi discrezionali della fattispecie” e “fattispecie discrezionale” (21).

Alla luce di questo breve *excursus* storico in ordine al rilievo che ha avuto il potere discrezionale nel riparto fra giurisdizioni – nella sua accezione quale sinonimo di “autoritatività” –, si potrebbe affermare che esso sia la cartina di tornasole delle controversie di diritto pubblico e che assurga “consuetudinariamente” a canone discrezionale (22).

### 3. Il potere amministrativo (asseritamente) vincolato e la giurisdizione amministrativa

Dall’ordinanza della Cassazione in commento emerge come vi sarebbe una corrispondenza biunivoca fra discrezionalità “pura” e potere amministrativo autoritativo: diversamente, in assenza di discrezionalità, o in presenza di “sola” discrezionalità tecnica, l’atto adottato non sarebbe autoritativo, e perciò si relazionerebbe ad un diritto soggettivo, con il conseguente precipitato che le relative controversie sarebbero devolute alla giurisdizione civile. Senonché, questi assiomi sembrerebbero essere stati smentiti, da tempo, dalla stessa Cassazione (23).

Premesso che in dottrina non sono mancate autorevoli voci che hanno affermato che la possibilità di rinvenire in concreto un atto interamente vincolato sia alquanto remota, poiché questi sarebbero meri casi di scuola (24), circa la

(17) Accordo cristallizzato nell’articolo a quattro mani M. D’Amelio, S. Romano, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, 181, e confermato dal caso Terme Stabbiane e dal caso Possenti. Successivamente, Cass. 4 luglio 1949, n. 1657, definì il criterio di riparto esistenza-carenza di potere e, accertata l’esistenza di diritti, stabili come ciò “che occorre, volta per volta, accertare è se la legge conferisce all’autorità amministrativa il potere di incidere sugli stessi in nome e per la tutela di un interesse pubblico”.

(18) M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione*, cit., 65.

(19) La teoria in questione, elaborata da Enrico Guicciardi, afferma una differente provenienza teleologica delle norme che avrebbe modificato, radicalmente, il criterio di riparto come fin qui inteso. Questa tesi, nonostante un ampio utilizzo giurisprudenziale, è stata oggetto di critiche: non è agevole comprendere la “differente” provenienza teleologica delle norme e appare quasi impossibile trovare nell’ordinamento norme di sola relazione e norme di sola azione, ovvero gli unici casi in cui poi sia effettivamente possibile utilizzare il criterio appena esposto. In tal senso G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1958, 187; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 1983, 141 e 154. Quest’ultima evidenzia anche le criticità e gli “effetti paradossali” che derivano dalla sovrapposizione dell’illegittimità con l’illiceità.

(20) Tesi esposte da E. Capaccioli, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in Id., *Diritto e processo*, Padova, Cedam, 1978, 310 (già in Aa.Vv., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, cit., vol. I). Le Sezioni unite, nell’ordinanza del 29 settembre 2022, riconducono l’atto vincolato a questa “catena logica”: manca del tutto l’intermediazione del potere e per ciò, seguendo il vecchio criterio di riparto, la controversia è devoluta alla giurisdizione civile.

(21) Sul punto cfr. V. Cerulli Irelli, *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, Italcia, 1979; E. Cannada Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1964. In breve, la prima teoria considerava atomisticamente ogni “elemento” del provvedimento: gli “elementi discrezionali” venivano devoluti alla giurisdizione speciale, quelli “vincolati” alla giurisdizione civile. La seconda teoria era risolutiva della confusione che si sarebbe creata seguendo la prima: nel caso vi fosse stato anche un solo “elemento discrezionale” vi era giurisdizione amministrativa.

(22) Sulla centralità dirimente dal potere discrezionale, cfr. F.G. Scoca, *Contributo sulla figura dell’interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990, 104: “Una volta riconosciuto che di fronte al potere (discrezionale) dell’amministrazione il diritto non sussiste (o non è azionabile); e che, ai fini del riparto, diveniva determinante stabilire la sussistenza del potere medesimo”.

(23) L’assioma per cui a fronte dell’atto vincolato debba necessariamente esistere un diritto soggettivo meritevole di essere sindacato dal giudice civile era stato smentito da tempo dalle stesse Sezioni Unite: cfr. sent. 11 aprile 1981, n. 2113. La Cassazione, pur stabilendo la giurisdizione civile poiché vi è un atto vincolato relazionato al diritto soggettivo, chiarisce che è fondamentale riferirsi alla natura delle norme violate al fine di stabilire, caso per caso, quale posizione giuridica si rapporti all’atto: “con la conseguenza che la controversia sarà relativa ad un diritto soggettivo se le norme sono rivolte a disciplinare rapporti tra privati e la pubblica amministrazione”. Sul punto cfr. R. Caranta, *Attività vincolata e giurisdizione del giudice ordinario*, in *Giur. it.*, 1991, 1116: “non è in altri termini esatto che nei confronti dell’attività vincolata il cittadino possa sempre vantare un diritto soggettivo”.

(24) È lapidario S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Einaudi, 1989, 317 ss., il quale considera gli atti vincolati come casi di scuola, riscontrabili solo in un manuale. Per uno studio più recente in merito allo “scetticismo sulla vincolatezza”, cfr. F. Follieri,

questione dell'autoritatività o meno di questo genere di atti si è riconosciuto che “*il potere è sempre potere anche se vincolato, gli effetti giuridici non sono qualitativamente diversi in ragione della natura discrezionale o vincolata del provvedimento, la situazione del privato a fronte di esso è sempre qualificabile in termini di interesse legittimo, la giurisdizione appartiene comunque al giudice amministrativo*” (25).

Dalla risoluzione di questa diatriba sembra dipendere – allo stato – il criterio di riparto. In proposito, si rinvencono, in dottrina, due tesi contrapposte, dalle quali le pronunce in commento sembrano, rispettivamente, trarre alimento (26).

La prima, prendendo le mosse dalla teoria delle norme di relazione e di azione, fa discendere l’emanazione di “atti vincolati” dalle norme di relazione: la ponderazione degli interessi in conflitto viene svolta dal legislatore a monte dell’atto, esautorando l’amministrazione della sua peculiare funzione e rendendola una mera esecutrice. Secondo tale impostazione, questo genere di norme priverebbe l’amministrazione di qualsiasi facoltà di scelta, ovvero della “*disponibilità degli interessi in causa, intesa come possibilità di affermare la prevalenza, parziale o totale, dell’uno sull’altro*” (27): “*la nozione di interesse pubblico assume un senso (logico prima ancora che giuridico) nel qualificare l’attività di un soggetto solo in quanto risulti a questo attribuito da una fonte superiore il potere di compiere scelte e di assumere decisioni in ordine alla composizione di interessi contrastanti, con carattere di novità (rispetto alla fonte attributiva) e di definitività (rispetto ad ogni successivo intervento nel merito)*” (28).

Di conseguenza, gli atti emessi in esecuzione di norme di relazione sarebbero privi di autoritatività: “*solo l’atto discrezionale è atto di autorità, è emanato nell’esercizio di un potere di supremazia, dove tali concetti si identificano con la possibilità conferita dall’ordinamento ad un soggetto di dettare unilateralmente disposizioni vincolanti onde curare l’interesse pubblico di cui è portatore; mentre gli atti vincolati non sono autoritativi perché sono soltanto applicazione di una disciplina esterna, e dunque di proprio non impongono nulla*” (29). In buona sostanza l’atto amministrativo vincolato è privo di autorità poiché la norma che lo predetermina “*esaurisce il potere (unitariamente e comprensivamente inteso) e non lascia spazio a poteri ulteriori*” (30).

La pronuncia della Cassazione in commento sembra sposare le conclusioni di questa dottrina: a fronte di atti vincolati si configurerebbero sempre e soltanto diritti soggettivi, e le relative controversie sarebbero attratte alla giurisdizione civile. A maggior ragione, tale modello andrebbe applicato agli atti discrezionali “tecnici” (31).

Questa stessa dottrina, peraltro, riconosce che è una contraddizione in termini l’ammettere l’esistenza di un diritto *ex lege* e l’impossibilità giuridica di svolgere l’attività materiale che ne è oggetto solamente perché manca il “mero atto amministrativo non autoritativo” (32). Per tentare di superare questa *impasse*, la dottrina in questione argomenta nel senso per cui bisognerebbe distinguere l’esistenza di un diritto derivante dalla norma di relazione dalla “necessarietà”

---

*Decisione e potere nell’atto vincolato*, in *PA Persona e amministrazione*, 2017, 1, 111, il quale richiama alcuni “negazionisti” dell’atto vincolato fra cui P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001; L. Ferrara, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, Cedam, 1996; P. Gotti, *Gli atti amministrativi dichiarativi. Aspetti sostanziali e profili di tutela*, Milano, Giuffrè, 1996. Follieri sembrerebbe sostenere la tesi dello scetticismo “debole”: «La premessa di chi nega che gli atti vincolati siano espressione di potere, ossia che “senza decisione non v’è potere”, è condivisibile: la mera costitutività è carattere del potere solo in senso formale. Quella tesi, tuttavia, non tiene in considerazione che l’ordinamento giuridico accorda all’amministrazione un margine di decisione, anche in caso di poteri vincolati». L’atto vincolato sarebbe quindi una “decisione”, perché l’amministrazione potrebbe sempre decidere di non adottare l’atto o di adottarlo in modo difforme. Ma, per quanto riguarda la questione – cruciale – del riparto di giurisdizione e, quindi, delle posizioni che si relazionano a questo genere di atti, non prende una posizione netta, limitandosi ad affermare quanto segue: «Diverso, invece, è il discorso in relazione alle situazioni giuridiche soggettive del cittadino dinanzi ad un provvedimento vincolato. Esso dipende dall’elemento che la nozione di interesse legittimo (e, correlativamente, di diritto soggettivo) privilegia: se la sussistenza del potere in capo all’amministrazione (“l’interesse legittimo è la pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita oggetto di potere amministrativo”) oppure il grado di “certezza” di soddisfazione che l’ordinamento assicura alla pretesa del cittadino (“l’interesse legittimo è la pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita a soddisfazione solo eventuale”). Nel primo caso, dinanzi ad un potere vincolato v’è un interesse legittimo, ancorché assistito da una serie di rimedi più “intensi” (come l’azione di adempimento, per gli interessi pretensivi). Nel secondo, dinanzi ad un potere vincolato v’è un diritto soggettivo, dal momento che il cittadino dinanzi ad un potere vincolato vanta una pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita la cui soddisfazione è obbligatoria (ancorché tale obbligo, come ogni altro, possa rimanere inadempito). Tale questione, perciò, non può essere risolta dalla qualificazione dell’atto vincolato come decisione».

(25) E. Casetta, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. economia*, 1998, 503, ora in *Id.*, *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2015, 451-452.

(26) Il riferimento è alle dottrine di Andrea Orsi Battaglini e di Franco Gaetano Scoca.

(27) A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 39.

(28) *Ibidem*, 48.

(29) *Ibidem*, 49. L’A. richiama adesivamente E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, 278.

(30) *Ibidem*.

(31) *Ibidem*, 50, ove si richiama, non in senso pienamente adesivo, la tesi di C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985, 185 ss. e 215 ss.

(32) A. Orsi Battaglini, voce *Autorizzazione amministrativa*, in *Digesto pubbl.*, vol. II, par. 9: “Il problema vero viene posto da una [...] obiezione, specificamente proponibile per le autorizzazioni: posto infatti che la situazione soggettiva oggetto dell’autorizzazione vincolata deriva direttamente dalla legge e che il giudice ordinario può accertarne la sussistenza indipendentemente dall’atto, ci si può chiedere come mai, ai fini del lecito svolgimento dell’attività materiale da autorizzare, l’atto sia comunque indispensabile (non importa se emanato autonomamente o in sede di esecuzione del giudicato o come esito del giudizio di ottemperanza)”.

dell'atto prevista dalla stessa norma, cioè considerare i due elementi come fattispecie distinte ed autonome: da un lato, vi è la legge – costitutiva del diritto – e il relativo accertamento del giudice, con l'atto amministrativo che rimane estraneo al rapporto in quanto svolge una mera funzione “ricognitiva”, tra l'altro provvisoria; dall'altro lato, vi è una fattispecie di illecito, rispetto alla quale la carenza dell'atto amministrativo vincolato è requisito essenziale e, tale assenza, rende, per l'appunto, applicabile una sanzione (33). Perciò, «*nella prima fattispecie il problema è [...] se il diritto sussista o meno in base alla legge e l'interesse pubblico da questa tutelato è quello “sostanziale”, relativo cioè alla sussistenza effettiva di certi requisiti o condizioni ai fini dello svolgimento di una attività; nella seconda (come risulta con tutta evidenza nel caso che il diritto effettivamente sussista) gli interessi tutelati dall'atto (e dunque dalla legge che prevede, in assenza di questo, l'illecito) sono diversi, e di carattere strumentale, attenendo, come si è accennato, alla certezza, alla pubblicità, all'organizzazione amministrativa. A ciò può aggiungersi che tra le situazioni soggettive e la materiale realizzazione dei vantaggi che ne sono oggetto è normale che si interponga un'attività pubblica volta ad accertare i presupposti della tutela: sotto questo profilo l'accertamento giudiziale e quello amministrativo (pur essendo definitivo il primo e provvisorio il secondo) svolgono una funzione analoga che attiene, in definitiva, al divieto di autotutela e che non toccano l'originaria integrità della situazione soggettiva stessa*» (34).

A questa impostazione, tuttavia, potrebbe obiettarsi che, proprio per le medesime ragioni di certezza, di pubblicità e di organizzazione amministrativa, non relegabili a meri orpelli formali, l'atto amministrativo rimane comunque un *quid* di giuridicamente necessario: da questo punto di vista, esso non potrebbe che essere autoritativo, poiché, in sua assenza, l'attività materiale non è, comunque, consentita. L'atto vincolato, in altri termini, conserverebbe il potere di incidere in maniera unilaterale sulla sfera giuridica dell'amministrato. Risulterebbe, infine, faticosamente intellegibile la distinzione tra fattispecie autonome, nei termini appena descritti.

In questo senso, un'altra dottrina ha evidenziato che l'atto vincolato è autoritativo perché, senza di esso, non si produce l'effetto giuridico, sia pur integralmente predeterminato dalla legge: “*Da un lato c'è il potere di figurare (o disegnare) l'effetto, determinando la disciplina (il regolamento) degli interessi; dall'altro c'è il potere di costituire l'effetto, realizzando l'assetto di interessi prefigurato*” (35). In altri termini, si è posto in luce come il momento autoritativo non si esaurisca soltanto nella ponderazione degli interessi, anche laddove essa venga svolta “a monte” dell'atto amministrativo, bensì integri anche il momento di costituzione dell'effetto già predeterminato.

Voler immaginare un'amministrazione pubblica come mera esecutrice della norma implicherebbe che il legislatore debba prevedere minuziosamente ogni aspetto di una singola fattispecie, non lasciandole, in nessun caso, un benché minimo “potere” di scelta. Ma, pur laddove si riesca a concepire una norma così esaustiva e univoca, verrebbe da interrogarsi sulla stessa ragione d'essere della previsione degli atti amministrativi vincolati: la norma, infatti, dovrebbe essere “auto-applicativa”, con una mera sanzione in caso di sua inosservanza e/o con controlli *ex post* da parte della pubblica amministrazione. Ciò che affiora, in questo caso, è l'effetto costitutivo dell'atto amministrativo: in tal guisa, il momento dell'emanazione di un provvedimento, seppur non lo si voglia considerare “discrezionale” in senso stretto, rimane intrinsecamente rimesso alla p.a., la quale, anche in spregio di norme poste a protezione dei più importanti diritti soggettivi, conserva un “potere” nei confronti del soggetto amministrato. Immaginando un legislatore che riesca a produrre una norma con tutti i crismi della vincolatezza, nell'ipotesi in cui preveda che sia comunque l'amministrazione a darne esecuzione, quest'ultima conserva quel momento di “autodeterminazione” tale da infrangere lo schema che la vede esaurita da ogni scelta, secondo la sequenza “norma-fatto-effetto” (36).

A fronte di queste tesi, irrimediabilmente contrapposte, appare più condivisibile la seconda. Anche accettando l'esistenza di un atto amministrativo interamente vincolato, infatti, quest'ultimo rimane un provvedimento giuridicamente necessario: “*l'atto dell'amministrazione, anche se la disciplina degli interessi è interamente contenuta nella legge (come nel caso di attività vincolata), può rimanere (e, secondo il nostro sistema positivo, resta) atto indispensabile per la costituzione dell'effetto, ossia indispensabile a ciò che la disciplina degli interessi diventi giuridicamente vincolante*” (37). Parimenti, quest'atto necessario deve essere considerato autoritativo: “*l'atto amministrativo vincolato è positivamente trattato allo stesso modo dell'atto discrezionale: esso è di norma atto riservato all'amministrazione, nel senso che, acciocché l'effetto si produca, è necessario che sia l'amministrazione ad adottarlo; ha, alla pari dell'atto discrezionale, efficacia costitutiva dell'effetto; la tutela avverso di esso è concepita, tranne ipotesi particolari, nei termini della tutela tipica dell'interesse legittimo, con tutte le implicazioni che ne derivano, sia in tema di giurisdizione, sia in tema di azioni esperibili*” (38).

(33) Sembra aderire a quest'impostazione “ricognitiva” anche L. Ferrara, *op. cit.* In particolare, l'A. sostiene che l'atto vincolato rappresenti un mero “obbligo” di accertamento della fattispecie, da parte dell'amministrazione, analogamente a quanto avviene nelle sentenze di mero accertamento. A fronte di quest'obbligo vi sarebbe, quindi, un diritto soggettivo ad “accertamento amministrativo”, che sorge nel momento in cui si verificano le condizioni previste dalla legge.

(34) A. Orsi Battaglini, voce *Autorizzazione amministrativa*, cit., par. 9.

(35) F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in S. Amorosino (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, Giuffrè, 1995, 286.

(36) F. Merusi, G. Toscano, voce *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. X, 3.

(37) F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento*, cit. 287.

(38) In questo senso cfr. F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento*, cit., 288. L'esempio di atto vincolato e autoritativo può concretarsi nel provvedimento ablatorio vincolato o, più in generale, nei provvedimenti vincolati con effetti sfavorevoli per il loro destinatario.

Seguendo il criterio di riparto “consuetudinario” (e cioè, come si è detto, quello di discrezionalità come sinonimo di autoritatività) (39), la controversia derivante dall’art. 4 del d.l. n. 44/2021 dovrebbe essere devoluta, in ogni caso, al giudice speciale, proprio facendo leva sull’equiparazione, dal punto di vista della necessità, dell’atto amministrativo vincolato con l’atto amministrativo discrezionale e con quello di c.d. discrezionalità tecnica. Tutti questi “generi” di atti amministrativi hanno in comune “*il potere dell’Amministrazione di compiere scelte che giuridicamente sono ad essa riservate, e trascurando la differenza nei criteri determinativi delle scelte, sul piano del diritto positivo si ha la figura, sotto questo profilo unitaria, dell’atto discrezionale (risultato di scelte riservate). Anche sotto questo profilo la tesi dell’esclusione degli atti vincolati dalla categoria del provvedimento appare troppo rigida, perché se intesa in modo rigoroso dovrebbe portare fuori dalla categoria anche tutti gli atti di discrezionalità tecnica; in ancor più palese contrasto con il diritto positivo*” (40).

Che la dicotomica corrispondenza atto vincolato-diritto soggettivo non sia sempre valida – anzi, quasi mai – e che, quindi, non possa essere assunta quale criterio di riparto, è evincibile anche da talune, significative, previsioni del legislatore, il quale, più o meno consapevolmente, sembrerebbe porsi in un’ottica di rottura nei confronti di questo sillogismo.

Un esempio è stato ravvisato nell’art. 21-*octies*, c. 2, della l. n. 241/1990, laddove preclude che possano essere annullati quei provvedimenti che comunque, vista la loro “*natura vincolata*”, non avrebbero potuto avere diverso contenuto precettivo (41). La previsione della non annullabilità per atti vincolati presuppone che, di fronte ad essi, possano potenzialmente configurarsi interessi legittimi, perché l’annullamento è la tutela tipica offerta dal giudice amministrativo per questi ultimi: non avrebbe senso porre questa limitazione se all’atto vincolato potessero relazionarsi solo diritti soggettivi perfetti (42).

In maniera ancor più significativa, l’art. 31, c. 3, del c.p.a., a meno che non lo si voglia riferire alle sole ipotesi di giurisdizione esclusiva (ma ciò non è scritto da nessuna parte), prevede che “*Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata*”. Da ciò si deduce che a fronte di un atto vincolato ben si può configurare un interesse legittimo e che, ad ogni modo, la controversia viene devoluta al giudice della materia del diritto pubblico (43).

Ancora in questo senso, si può leggere l’art. 19 della l. n. 241/1990, che, al comma 1, prevede la Scia in sostituzione degli atti di assenso “*il cui rilascio dipenda esclusivamente dall’accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale*”. Le controversie concernenti i provvedimenti espressi adottati in sede di verifica della Scia sono esplicitamente devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva, *ex art. 133, c. 1, lett. a), n. 3, c.p.a.* Ciò significa che l’atto vincolato si può relazionare ad entrambe le situazioni, e che il carattere vincolato non può limitare l’accesso alla giurisdizione esclusiva.

Nella stessa direzione muove un’attenta lettura dell’art. 55, c. 2, c.p.a., che ammette la possibilità che il giudice speciale possa conoscere, anche in sede cautelare, delle controversie sui “*diritti fondamentali*”, senza distinguere tra giurisdizione generale di legittimità e giurisdizione esclusiva (44).

Anche il Consiglio di Stato evidenzia il paralogismo intrinseco alla catena “logica” atto vincolato-diritto soggettivo e, con la sua giurisprudenza più nota, non lascia spazio ad equivoci di sorta. Nella già richiamata Adunanza plenaria si stabilisce che “*la natura vincolata dell’attività demandata all’amministrazione non comporta in modo automatico la qualificazione della corrispondente posizione soggettiva del privato in termini di diritto soggettivo, con il conseguente precipitato processuale in punto di giurisdizione*” (45).

(39) Per una critica del quale, peraltro, cfr. B.G. Mattarella, *L’imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, Cedam, 2000, 431 ss. e 439 ss.

(40) F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento*, cit., 288.

(41) Sul punto, F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Processo*, 2021, 1, 8: “[la legge] dispone per i provvedimenti vincolati lo stato viziato della annullabilità, e non della nullità o, più esattamente, della illiceità; non li tratta, in altri termini, come meri atti dovuti per legge, per i quali non sarebbero adeguate le qualificazioni di validità/invalidità, ma soltanto quelle di liceità/illiceità”.

(42) Il giudice speciale si presenta ancora una volta quale giudice *ratione materiae*. Implicitamente gli atti interamente vincolati – che possono relazionarsi ad interessi legittimi – presi in considerazione dalla norma vengono devoluti al giudice amministrativo, probabilmente proprio in forza dell’intrinseca autoritatività. È il carattere autoritativo, riscontrabile in ogni provvedimento, che consente all’amministrato di partecipare al procedimento amministrativo che culmina in un provvedimento vincolato: ad esempio, accertata la carenza di presupposti, la p.a. può decidere di non adottare l’atto.

(43) Diversamente, se si fosse voluto stabilire che davanti al provvedimento vincolato vi sia sempre il diritto soggettivo e, di conseguenza, un obbligo dell’amministrazione, “la legge avrebbe potuto configurare la sentenza non come condanna al rilascio di un provvedimento (art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a.), ma direttamente come titolo costitutivo”: R. Cavallo Perin, *I limiti ai poteri delle giurisdizioni nelle controversie contro gli atti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 982.

(44) Sulla devoluzione dei diritti fondamentali al giudice amministrativo si avrà modo di tornare *infra*.

(45) Cons. Stato, Ad. plen., n. 8/2007, cit. Osservando attentamente, la competenza del giudice speciale non si radica mai solo in ragione della presenza di potere autoritativo, bensì necessita sempre dell’intermediazione delle situazioni giuridiche soggettive: non sempre l’atto vincolato corrisponde a diritto soggettivo quindi, quelle volte che si relaziona all’interesse legittimo, non è di competenza del giudice civile. La sentenza riportata si pone in continuità con il passato, cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 5 luglio 1999, n. 18: “Non sono infrequenti situazioni in cui la norma, pur avendo di mira, in via diretta ed immediata, finalità di interesse pubblico, definisce in modo puntuale i

Sono evidenti le differenze tra l'impostazione del Consiglio di Stato, che ricerca l'esistenza di potere e, solo in un momento successivo, osserva la posizione giuridica "a valle", e della Cassazione, che valorizza soltanto la (pretesa) situazione soggettiva che si relaziona all'atto, cioè il "diritto soggettivo", trascurando il provvedimento stesso e come esso possa impattare sulla posizione giuridica (46).

#### 4. Il potere amministrativo (asseritamente) vincolato e la giurisdizione civile

Le Sezioni unite tentarono – e tentano – di riportare sotto l'egida del giudice civile sempre più numerose controversie di diritto pubblico, e cioè fattispecie in cui atti amministrativi si confrontano con i diritti soggettivi (47). Il *leitmotiv* della "questione di giurisdizione" è sempre lo stesso: assicurare al giudice civile uno spazio "vitale" di competenza nei confronti dell'amministrazione (48). Si è consapevoli che, in forza dell'art. 111, c. 8, Cost., la Cassazione è l'organo deputato a dirimere i conflitti di giurisdizione e che, quindi, quanto da essa stabilito in tema di riparto è insindacabile (49).

Il primo tentativo s'impenna sulla possibilità che l'atto amministrativo vincolato non sia autoritativo. La tesi, già affrontata nel paragrafo precedente, non può essere condivisa: nonostante la Cassazione ponga l'accento sulla "*natura dichiarativa*" del provvedimento dell'ordine e corredi l'esercizio di potere ai soli atti discrezionali, non si può sostenere

---

presupposti e il contenuto dell'azione amministrativa. Tuttavia, anche in tal caso l'attività con la quale l'organo competente effettua, in modo unilaterale, il raffronto fra la fattispecie concreta e il suo modello legale è espressione, in quanto funzionale alla cura di un interesse della collettività, di un potere autoritativo ed esclusivo dell'amministrazione, con la conseguenza che l'atto soggiace al regime proprio del provvedimento amministrativo (presunzione di legittimità, inoppugnabilità dopo il decorso del termine di decadenza, soggezione alla potestà di autotutela) e la posizione di chi aspira a ricevere un'utilità sostanziale dal corretto esercizio del potere assume la configurazione dell'interesse legittimo".

(46) Cfr., sul punto, di recente, G. Gruner, *Note minime su potere amministrativo e diritti fondamentali*, in F. Grassi, O.H. Kassim (a cura di), *Vecchie e nuove certezze nel diritto amministrativo. Elementi essenziali e metodo gradualista, dibattito sugli scritti di Giampaolo Rossi*, Roma, Tre-Press, 2021, 318: «La legge riserva alla pubblica amministrazione, proprio attraverso l'adozione degli atti amministrativi (ritenuti) vincolati, la funzione di cognizione, di accertamento e di restituzione dei presupposti previsti dalla legge medesima ai fini della produzione in concreto degli effetti: se così non fosse, gli atti in questione non avrebbero ragione di esistere. // Con riferimento a quelli ampliativi, qualora i presupposti previsti dalla legge siano stati correttamente conosciuti, correttamente accertati e correttamente restituiti dalla pubblica amministrazione come non sussistenti, gli effetti non si producono (ad esempio: il rimborso, da parte del servizio sanitario nazionale, delle spese sostenute per talune tipologie di cure). Con riferimento a quelli limitativi, viceversa, gli effetti si producono (ad esempio: l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato), qualora i presupposti previsti dalla legge siano stati correttamente conosciuti, correttamente accertati e correttamente restituiti dalla pubblica amministrazione come sussistenti. // Ma ciò – e qui, credo, risieda l'equivoco – prescinde completamente dalla (ampia e intensa) gradazione della tutela giurisdizionale accordabile avverso gli atti in questione. // Piuttosto, mi preme evidenziare che tale tutela, in forza della riserva, non può, sul piano logico-giuridico, muovere dal lato della esistenza o della inesistenza, in sé e per sé considerate, del diritto. Essa, sempre in forza della riserva, non può che muovere dal lato della corretta (cioè: legittima) cognizione, del corretto (cioè: legittimo) accertamento e della corretta (cioè: legittima) restituzione, da parte degli atti amministrativi (ritenuti) vincolati, della esistenza o della inesistenza dei presupposti previsti dalla legge. // La logica della tecnica di tutela giurisdizionale corrisponde a quella delle disposizioni degli artt. 34, comma 2, e 31, comma 3, cod. proc. amm., con la conseguenza per cui, al di là di qualsiasi vacua enfasi, gli atti amministrativi vincolati sono, anch'essi, espressione di potere amministrativo e, al loro cospetto, i diritti, anche fondamentali, sono interessi legittimi. Sia pur tutelabili in maniera più ampia e più intensa: nel senso che è astrattamente possibile per il giudice – che, almeno in linea di principio, dovrebbe essere quello amministrativo – "pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio", senza oltrepassare il principio di separazione dei poteri dello Stato (cfr., di recente, sia pur in un ordine concettuale in parte differente da quello proposto, Cgars, 13 settembre 2021, n. 802)».

(47) M. Mazzamuto, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 46: "[in Italia] il giudice civile non si atteggiò soltanto a giudice delle controversie privatistiche con la p.a., ma anche a giudice delle controversie di diritto pubblico: sicché il confine del riparto si muoveva all'interno delle stesse controversie pubblicistiche".

(48) M. Mazzamuto, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, in M. Interlandi (a cura di), *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità* (Atti del convegno, Napoli, 6 dicembre 2019), Napoli, Editoriale scientifica, 2022, apostrofa questi tentativi come una "invasiva recrudescenza della Cassazione nel voler acquisire gruppi di controversie pubblicistiche", tanto da assumere "la parvenza di un'intollerabile presunzione dei giudici civili a ritenersi i veri custodi del diritto e a sentirsi dunque legittimati a soverchiare le altre giurisdizioni, cui fa da *pendant* il provincialismo di una parte minoritaria della dottrina, non meno colta da smemoratezza, che continua ad inseguire il mito della giurisdizione unica".

(49) Vi è però un'antica polemica su questa previsione costituzionale, in parte condivisibile, che non si è mai placata. Essa ha origine nell'Assemblea costituente, dove il Mortati, unitamente al Codacci Pisanelli, sosteneva che, proprio in virtù dell'affermazione di una molteplicità di organi di giurisdizione "ordinaria", i conflitti fra loro andavano trattati alla stregua di conflitti di attribuzione fra poteri, quindi sarebbero dovuti essere assegnati alla Corte Costituzionale: "[è anomalo] attribuire questi giudizi ad un organo della giurisdizione ordinaria, cioè ad un organo di quel potere che in un certo modo è parte in causa". In Assemblea era stato evidenziato anche il tema della rilevanza costituzionale degli organi coinvolti nel conflitto: l'eccesso di potere del giudice civile, che irrompeva in una materia di cui il Consiglio di Stato rivendicava la competenza, è un'alterazione dell'ordine costituzionale dei poteri, quindi di competenza della Consulta. È pienamente condivisibile l'osservazione per cui "creare una giurisdizione speciale e nello stesso tempo sottoporre le decisioni di questa giurisdizione speciale al controllo di un giudice che fa parte dell'ordine giudiziario ordinario, sia pure in grado supremo, sia una contraddizione". Ma, anche prima della Costituzione, il problema si era già presentato: a ricercare un organo più *equilibrato*, almeno nella *composizione*, fu G. De Gioannis Gianquinto, *Dei conflitti di attribuzione. Tratto teorico pratico*, Firenze, Tip. Niccolai, 1873, che avrebbe voluto l'istituzione di un *tribunale speciale dei conflitti* al fine di assicurare il rispetto tra *due forze rivali in conflitto*. Anche L. Mortara propose l'istituzione di un *Tribunale supremo dei conflitti di attribuzione*, a composizione mista. L'attualità della discussione è confermata dalla proposta d'istituzione di un Tribunale dei conflitti presentata alla Camera dei deputati il 22 maggio 2018. Inoltre, è necessario ricordare che oltralpe, già dal 1872, è stato istituito il *Tribunal des conflits* a composizione mista.

che l'atto vincolato sia "eventuale", né si può affermare che esso non sia espressione di potere (50). Diversamente, avallare quest'ipotesi equivarrebbe ad asserire che un atto amministrativo è autoritativo solamente se l'amministrazione "spende" discrezionalità: in tal guisa verremmo catapultati indietro nel tempo, ignorando l'evoluzione processuale e sostanziale della materia (51).

Il secondo tentativo si concentra sulla presenza del "diritto costituzionale" "*ad esercitare l'attività (libero-)professionale sanitaria di fisioterapista*", che resterebbe tale a causa della – apparente – assenza di autoritatività: non si può aderire neanche a questa tesi, in quanto anche i "diritti costituzionali" ben possono essere attinti dal potere amministrativo (52). Inoltre, la competenza giurisdizionale civile si radicherebbe, oltre che per la presenza del diritto soggettivo, in forza dell'asserita non intermediazione del potere amministrativo, avendo la legge provveduto, a monte, a disciplinare in maniera totalmente esaustiva la fattispecie. Le Sezioni unite asseriscono con sicumera che a fronte di un atto vincolato – o di "discrezionalità tecnica" – debba configurarsi un diritto soggettivo, riconducendo la dinamica allo schema norma-fatto-effetto (53).

Per avvalorare le proprie tesi, nella parte finale dell'ordinanza in commento, viene compiuto, come si accennava, un sostanzioso richiamo al precedente rappresentato da Cass., S.U., 27 luglio 2022, n. 23436: ma quest'ultima sembra restituire una miscellanea di argomentazioni tutt'altro che chiare e lineari (54).

La prima è quella che rinvia ai diritti indegradabili e costituzionalmente tutelati. Si tratta di un noto filone, che sembrava ormai superato: alcuni diritti, in virtù del loro riconoscimento in Costituzione, sarebbero "inattaccabili" da qualsiasi atto amministrativo (55). Il loro novero – aperto (a fronte dell'art. 2 Cost.) – ricomprende diritti che prevarrebbero su qualsiasi potestà amministrativa, tanto che "*non è neppure configurabile un potere ablatorio dello Stato, tale da far[li] degradare a interesse legittimo*" (56). Sovente fra questi spiccano, nelle varie declinazioni, il diritto alla salute ed all'ambiente salubre. Nella fattispecie in esame è il diritto "indegradabile" all'esercizio di una professione regolamentata a rendere inesistente il potere esercitato (57).

Ma, ad avviso di chi scrive, vi sono due elementi che minano alle fondamenta questa teoria: la potenziale "illimitatezza" dei diritti costituzionalmente garantiti e l'illogicità con cui alcuni verrebbero elevati ad indegradabili ed altri no (58). Su quest'ultimo aspetto, la Corte costituzionale è chiarificatrice: "*tutti i diritti fondamentali tutelati dalla*

(50) "[...] la pubblica amministrazione eserciti un'attività vincolata, dovendo verificare soltanto se sussistano i presupposti predeterminati dalla legge per l'adozione di una determinata misura, e non esercitando, pertanto, alcun potere autoritativo correlato all'esercizio di poteri di natura discrezionale": Cass., S.U., ord. n. 28429/2022, cit.

(51) Ragiona su questi temi N. Paolantonio, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in <www.giustamm.it>, 19 giugno 2009.

(52) È evidente che in realtà neanche i diritti soggettivi costituzionali, escluse le "riserve di giurisdizione", incarnano quella "situazione giuridica di immunità dal potere che spetta al soggetto cui sia attribuita dall'ordinamento una tutela piena ed assoluta degli interessi da parte di una norma dell'ordinamento stesso". Quest'ultima è la definizione (che richiama quella di W. N. Hohfeld) di diritto soggettivo di M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.

(53) "[A]ppartiene alla cognizione del giudice ordinario la controversia in cui venga in rilievo un diritto soggettivo nei cui confronti la pubblica amministrazione eserciti un'attività vincolata": Cass., S.U., ord. n. 28429/2022, cit. L'utilizzo del congiuntivo presente "venga" dovrebbe aprire alla possibilità che "venga" in rilievo, nella medesima circostanza, anche un interesse legittimo e che quindi non esista l'automatica corrispondenza diritto-atto vincolato. Invece, secondo la Cassazione, "la situazione di diritto soggettivo rivendicata [...] non è intermedia dal potere amministrativo, ma soffre di limiti e condizioni previste esaustivamente dalla legge". Quindi, se "il diritto sostanziale è stato fissato dalla legge con la preventiva definizione della gerarchia degli interessi, il rapporto giuridico [...] attiene a diritti soggettivi" e, in questi casi, "l'autorità amministrativa può all'occorrenza essere preposta alla vigilanza circa l'osservanza del precetto giuridico o a darvi attuazione".

(54) La controversia è in ordine ad un comitato ed altre persone fisiche, residenti a Caneva, che convengono in giudizio – tribunale civile – il Comune di Caneva e il sindaco (in qualità di Utg) al fine di vedersi risarciti per il danno causato dalle persistenti immissioni di odori e polveri da parte di un'azienda agricola. Le amministrazioni vengono convenute a causa dell'omissione dei provvedimenti discrezionali e non, di loro spettanza, volti alla tutela della salute e dell'ambiente salubre.

(55) Filone inaugurato da Cass., S.U., 9 marzo 1979, n. 1463, e 6 ottobre 1979, n. 5172. Per dirimere la questione *in nuce*, basti il rimando a F.G. Scoca, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 379: "Ormai nessuno accetta più il fenomeno della degradazione dei diritti soggettivi a interessi legittimi". Al contrario, il collegio del 27 luglio 2022 valorizza ancora questa tesi: "il diritto fondamentale alla salute, proclamato dall'art. 32 Cost., opera non solo nei rapporti tra privati, ma limita anche l'esercizio dei pubblici poteri, nel senso che esso è sovrastante all'amministrazione". Più precisamente, le Sezioni unite sembrano aderire – contrariamente a chi scrive – alla dottrina di E. Follieri, *Note minime sul riparto delle giurisdizioni e diritto assoluto all'ambiente salubre*, in *Foro dauno*, 1980, 37, per cui non è il diritto che si trasforma in interesse legittimo bensì il provvedimento amministrativo a "degradare" a mero comportamento. Risulta invece attuale la descrizione del rapporto autorità/libertà (anche indegradabile) di M.S. Giannini: il diaframma fra il diritto e l'azione amministrativa è rappresentato dal principio di legalità, tipicità e legittimità dell'atto.

(56) Cass., S.U., n. 1463/1979, cit.

(57) "[D]alla formula di Mortara, c'è diritto soggettivo perché non c'è potere, si passa all'altra, completamente alla rovescia, non c'è potere perché c'è diritto soggettivo": M. Nigro, *Introduzione*, in *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo* (Atti della tavola rotonda organizzata nell'aprile 1981), in *Foro amm.*, 1981, 2143, in commento a Cass., S.U., 6 ottobre 1979, n. 5172.

(58) Se, come si evince dalla sentenza richiamata, rilevassero come indegradabili anche le *proiezioni* dei diritti, l'elenco potrebbe essere pressoché illimitato. Per le Sezioni unite anche il diritto al distanziamento sociale rende inidoneo qualsiasi potere a "degradarlo" ad interesse legittimo.



*Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri” (59).*

Tutte le situazioni giuridiche soggettive devono essere ponderate e circostanziate, ed il potere a ciò deputato è quello amministrativo. Considerando lo stesso diritto alla vita, affinché venga rispettato, sono necessarie diverse “azioni positive in termini di sicurezza, sanità [...]”; anche il diritto alla salute verrebbe meno senza l’intervento – autoritativo – dell’amministrazione, che predispone presidi a tutela di quest’ultimo, ad esempio gli ospedali, e ciò non radica la giurisdizione del giudice civile su di un atto di riorganizzazione sanitaria che prevede la soppressione di un nosocomio (60).

Invero, il carattere “fondamentale” dei diritti costituzionali è un freno per il legislatore, non, nell’ambito dei limiti ad esso posti, per l’amministrazione: il potere amministrativo – fermo restando l’inattaccabilità, da parte sua, delle sole riserve di giurisdizione (libertà personale, libertà e segretezza della corrispondenza, inviolabilità del domicilio, libertà di stampa) (61) – risponde alla riserva di legge e al principio di legalità in senso sostanziale, e, nel loro ambito, ben può attingere, per la cura in concreto degli interessi pubblici, ogni altro “diritto” previsto dalla Costituzione (62).

L’apoditticità di quanto affermato dalla Cassazione è rivelata anche dai successivi passaggi in cui ci si riferisce al “nucleo essenziale” irriducibile dei diritti “indegradabili” laddove si confrontino con altri diritti indegradabili (63). Nel caso in cui venga coinvolto il nucleo essenziale di diritti costituzionali (ed è bene ricordare che anche il diritto alla proprietà lo è, ma, stando alle parole della sentenza, “Non c’è discrezionalità nell’incidere sul nucleo essenziale ed irriducibile del diritto fondamentale, perché rispetto ad esso c’è un vincolo di tutela garantito dalla Costituzione”), la p.a. non potrebbe essere titolare di un potere poiché la posizione a valle dell’atto è un diritto soggettivo. Anche in questo caso, la costruzione logica del ragionamento sembrerebbe provenire da un capovolgimento degli elementi causa-effetto: poiché vi è un diritto soggettivo (costituzionale, indegradabile, irriducibile, proveniente da una norma di relazione e che non ha bisogno del “potere” per vedersi realizzato), se l’amministrazione “pondera” questo diritto con altri interessi agirebbe comunque – ad avviso della Cassazione – attraverso atti vincolati, e perciò deficitari di autoritatività. Il che appare una contraddizione in termini. Non riesce, invero, a rinvenirsi una spiegazione razionale a come possa intendersi “vincolato” un atto con cui l’amministrazione debba attuare – scegliere, decidere – le misure di prevenzione alla diffusione del Covid (64).

Non mancano riferimenti alla differente provenienza teleologica delle norme o alla loro riconducibilità a schemi ontologicamente differenti: è chiaro il richiamo alla teoria delle norme di azione e di relazione e a quella c.d. di norma-fatto-effetto e norma-potere-effetto. Già ci si è soffermati, criticamente, sull’impossibilità di “autocostituzione” dell’effetto di cui non tengono conto queste dottrine. Sembrano presenti anche cenni alla giurisdizione obiettiva ed all’interesse come figura omnicomprensiva delle altre (65).

Sebbene queste teorie risultino ormai superate, la giurisprudenza in esame sembra proporre una decisa rivitalizzazione. Le Sezioni unite – pur dando conto e condividendo, ma soltanto in apparenza, gli approdi della Corte costituzionale, che involgono necessariamente poteri amministrativi discrezionali a fronte di diritti “fondamentali” – finiscono

(59) Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85.

(60) Sul punto, cfr. G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, 460.

(61) Anche nella recentissima Corte cost. 12 gennaio 2023, n. 2, viene ribadita l’intangibilità delle riserve di giurisdizione da parte del potere amministrativo. Nella fattispecie è incostituzionale l’art. 3, c. 4, cod. leg. antimafia, in quanto prevede che sia il questore a limitare – sensibilmente – il diritto di cui all’art. 15 Cost.: “Le esigenze di prevenzione e difesa sociale ben possono giustificare, si è detto, misure restrittive, e queste possono incidere anche su diritti fondamentali. Ma, proprio ove ciò accada, le garanzie costituzionali reclamano osservanza. Nel caso della disposizione censurata ciò non avviene: la misura limitativa non è disposta con atto motivato dell’autorità giudiziaria, bensì, direttamente, dall’autorità amministrativa, cui è attribuito perciò un potere autonomo e discrezionale, senza nemmeno la necessità di successiva comunicazione all’autorità giudiziaria”.

(62) G. Grüner, *Note minime su potere amministrativo e diritti fondamentali*, cit., 309-310: “ferme le riserve di giurisdizione, e fermo il principio di legalità-sostanziale, i diritti fondamentali, che fisiologicamente possono porsi in contrapposizione gli uni rispetto agli altri, possono necessitare, proprio per coesistere, oltre che per poter esistere (cfr. *supra*), del potere amministrativo. [...] fermo il proporzionato e ragionevole bilanciamento dei diritti fondamentali che deve essere operato, in termini astratti, dal legislatore, è proprio il potere amministrativo [...] lo strumento tecnico-giuridico attraverso il quale, innanzitutto e per lo più, il bilanciamento medesimo può e deve realizzarsi in termini concreti”.

(63) “Nella misura in cui viene ad essere coinvolto il nucleo minimo essenziale di tali diritti, l’azione della p.a. difetta sin dall’origine di qualsiasi carattere di discrezionalità e si prospetta come un’azione vincolata, sicché la posizione del privato si configura come di diritto soggettivo pieno, con tutte le conseguenze in punto di giurisdizione”: Cass., S.U., 27 luglio 2022, n. 23436. Il collegio sembra smentirsi subito dopo: “La categoria dei diritti fondamentali non delimita un’area impenetrabile all’intervento di pubblici poteri autoritativi”.

(64) Cass., S.U., n. 23436/2022, cit., ricorda che Cass., S.U., 15 febbraio 2022, n. 4873, “ha attribuito al giudice ordinario le controversie relative al mancato rispetto delle misure emergenziali” perché “nessun potere pubblico può incidere sul diritto soggettivo alla salute”. Quindi l’amministrazione in forza di quale “potere” e con quale “discrezionalità” può attuare le misure preventive volte a tutelare il “diritto soggettivo alla salute”?

(65) In diversi punti si fa riferimento ad una “tutela strumentale” in vista dell’interesse pubblico, che implica una concezione solamente processuale dell’interesse legittimo, desueta da oltre cent’anni. Forse, proprio in ragione di questa riconducibilità agli interessi in generale, si afferma che i diritti fondamentali hanno una struttura “variegata”.

per affermare, a ben vedere, che taluni di questi “diritti” sarebbero comunque “tiranni” nei confronti degli altri, oltre che del potere amministrativo, con relativa giurisdizione del giudice civile in ordine alle rispettive controversie (66).

Invero, ciò che più stride è la conclusione per cui la controversia su di un comportamento omissivo di una p.a., ancorché nell’esercizio discrezionale del potere, deve devolversi alla giurisdizione civile (67). La Cassazione, pur consapevole che la giurisdizione generale di legittimità ben comprende anche i casi di omissione di atti (anche vincolati), stabilisce che la p.a. che non osservi le regole tecniche o i canoni di diligenza ben può essere “denunciata dal privato davanti al giudice ordinario non solo per conseguire la condanna della p.a. al risarcimento dei danni, ma anche per ottenerne la condanna ad un *facere*, tale domanda non investendo scelte ed atti autoritativi della p.a., ma un’attività soggetta al principio del *neminem laedere*” (68). Precisamente, quando la ponderazione degli interessi è già operata dalla legge attributiva del potere (69), spoglia l’amministrazione del suo peculiare compito e la rende una mera esecutrice (70).

La contiguità tra l’ordinanza in commento e la sentenza richiamata risiede proprio in quest’ultimo passaggio: la risoluzione *ex ante* da parte del legislatore del “*conflitto tra gli interessi in gioco, di eminente rilievo costituzionale, dando prevalenza al diritto alla salute (individuale e – soprattutto – collettiva) rispetto a quello al lavoro e, al tempo stesso, dettato termini, modalità ed effetti dell’azione amministrativa, la quale deve esercitarsi, quindi, su un binario che non consente scelte discrezionali espressione del potere pubblico*” (71). Per la Cassazione questo è uno dei casi di amministrazione mera esecutrice.

Pur accogliendo la tesi “esecutiva”, è comunque evidente il cortocircuito logico che si viene a creare: se l’Asl non compie la mera verifica e l’ordine non comunica al proprio iscritto la sospensione, non ne “*discende, in modo automatico e senza alcun apprezzamento discrezionale di sorta, la sospensione del sanitario*”. Per quanto si consideri l’atto in questione vincolato, privo di autoritatività o un mero comportamento, il suo non compimento ha il “potere” di interrompere questa “automatica” produzione di effetti.

##### 5. Il potere amministrativo (asseritamente) vincolato e la giurisprudenza della Corte costituzionale

La questione del riparto di giurisdizione è sopravvissuta alla Costituzione ma, rispetto al passato, con un’ambiguità di fondo: i rapporti tra l’art. 103, c. 1, e l’art. 113, c. 3. La soluzione, “apparente”, è rintracciare soltanto nella prima disposizione una regola sul riparto e sostenere che nella seconda ci si riferirebbe esclusivamente alle tecniche di tutela. Ma ciò non ha impedito ad una parte consistente della dottrina di ricavare un criterio di riparto ulteriore proprio dalla seconda delle due disposizioni: e questo è accaduto, non a caso, proprio con riferimento, principalmente, agli atti amministrativi vincolati (72).

Senonché, la Corte costituzionale, nell’unica occasione in cui le è stato chiesto di pronunciarsi in merito, è stata lapidaria nel ritenere “*un postulato privo di qualsiasi fondamento [il sostenere che] di regola, al carattere vincolato*

(66) Corte cost. n. 85/2013, cit.: «La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale. [...] Il procedimento [amministrativo] che culmina nel rilascio dell’Aia, con le sue caratteristiche di partecipazione e di pubblicità, rappresenta lo strumento attraverso il quale si perviene, nella previsione del legislatore, all’individuazione del punto di equilibrio in ordine all’accettabilità e alla gestione dei rischi, che derivano dall’attività oggetto dell’autorizzazione». Nel caso di contestazioni sulla legittimità del procedimento amministrativo, il giudice competente è quello amministrativo: “L’individuazione del bilanciamento, che dà vita alla nuova Aia, è, come si è visto, il risultato di apporti plurimi, tecnici e amministrativi, che può essere contestato davanti al giudice competente, nel caso si lamentino vizi di legittimità dell’atto da parte di cittadini che si ritengano lesi nei loro diritti e interessi legittimi”.

(67) “[...] la *causa petendi* risiede, non nella illegittimità dell’omessa adozione dell’uno piuttosto che dell’altro provvedimento discrezionale, ma, secondo quanto è sostanzialmente dedotto con l’atto di citazione, nell’abbandono, da parte delle autorità pubbliche, di una posizione di garanzia, nel loro mancato attivarsi a protezione del diritto fondamentale all’ambiente salubre”: Cass., S.U., n. 23436/2022, cit.

(68) Cass., S.U., n. 23436/2022, cit. Viene considerato un non-atto il comportamento omissivo dell’amministrazione: “la condotta di mera inerzia addebitata alle amministrazioni convenute rileva come puro fatto”.

(69) Che diventa apoditticamente di relazione, in quanto “Il bilanciamento tra diritti inviolabili realizzato dal legislatore, con la sintesi tra diritti fondamentali e doveri inderogabili di solidarietà, non sempre prende la forma della norma attributiva del potere”: Cass., S.U., n. 23436/2022, cit.

(70) «[...] ove il legislatore abbia delineato e predefinito in modo assoluto e cogente un determinato diritto fondamentale e le modalità della sua protezione, non prevedendo alcuna mediazione da parte del potere pubblico, la giurisdizione vada senza alcun dubbio attribuita al giudice ordinario”: Cass., S.U., n. 23436/2022, cit.

(71) Cass., S.U., ord. n. 28429/2022, cit.

(72) Fra i sostenitori della competenza giurisdizionale civile sugli atti vincolati, cfr. A. Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, 21, il quale sostiene che a fronte di questo tipo di atti si sia sempre in presenza di un diritto e quindi la competenza giurisdizionale è del plesso civile.

del provvedimento corrispondano situazioni giuridiche qualificabili quali diritti soggettivi, e, per converso, all'area della discrezionalità amministrativa quelle definibili come interessi legittimi" (73).

Più in generale, possono desumersi degli spunti in tal senso da altre sentenze del giudice delle leggi, specialmente in materia di giurisdizione esclusiva.

Sulla conformità della centralità del potere amministrativo (in tutte le sue sfumature) nel riparto di giurisdizione, così come viene inteso dal Consiglio di Stato, può rinvenirsi un sostegno nelle note sentenze della Corte costituzionale (74). La Consulta, seppur chiamata a dirimere la questione di legittimità in merito alla "smodata" espansione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, impernia il canone discrezionale proprio nella sussistenza o meno del potere autoritativo, senza declinarlo necessariamente in termini di discrezionalità.

La Corte delle garanzie costituzionali lega la possibilità di devolvere una materia alla giurisdizione esclusiva alla presenza sincronica di due elementi: diritto soggettivo e potere autoritativo, demolendo però la dicotomica corrispondenza fra tipo di atto e situazione giuridica, confermando la prevalenza, ai fini del riparto, del potere (75).

Anche la sentenza n. 35 del 2010 si pone in continuità con quanto detto: dopo aver acclarato la rilevanza – ma non l'imprescindibilità – del nodo gordiano delle posizioni, la Corte ammette che "non può escludersi" che il giudice amministrativo conosca "anche soltanto diritti soggettivi" nel caso in cui ricorrano gli "altri requisiti"; quest'ultimi ben si possono attestare nell'amministrazione agente come autorità.

Che il potere pubblico debba avere un suo tribunale – *ratione materiae* – viene ribadito più volte dalla Consulta che, pur riferendosi all'insincero criterio di riparto che vede adito anche il giudice civile in controversie di diritto pubblico, assume come principio generale che "ad eccezione delle materie riservate per natura all'autorità giudiziaria, appartiene in ultima istanza alla competenza della giurisdizione amministrativa il contenzioso relativo all'annullamento e alla riforma degli atti amministrativi che costituiscono l'espressione dei pubblici poteri" (76).

In definitiva, nella *pars costruens* della sentenza n. 204 del 2004 viene sancita l'esistenza di un giudice del potere pubblico – *ratione materiae* – e nella sentenza n. 35 del 2010 vengono destituite di forza discrezionale le posizioni giuridiche soggettive, residuando il solo potere amministrativo (77). La Corte costituzionale si pone in contrasto con le catene logiche, qualifica come atti autoritativi anche i comportamenti in cui, mediatamente, vengono esercitati poteri e ammette candidamente la devoluzione alla magistratura speciale delle controversie sui diritti soggettivi fondamentali (78). Ciò che rimane ai fini del riparto è la presenza di potere e, se si sente il bisogno di affiancare alla tutela la parola "costituzionale", potremmo asserire che esistono degli interessi legittimi costituzionali (79).

Come anticipato nella premessa di questo contributo, la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità dell'obbligo vaccinale, esprimendosi, indirettamente, anche sulla corretta giurisdizione da adire (80). A ben vedere tali sentenze, a causa del loro contenuto divergente, non acquistano la "questione di giurisdizione": nel caso in cui sia il rettore a non ammettere uno studente di infermieristica al tirocinio, poiché non vaccinato, non "sussistono dubbi sulla giurisdizione del giudice amministrativo"; nel caso in cui sia l'ordine professionale a sospendere un proprio iscritto,

(73) Corte cost. 16 aprile 1998, n. 127. Nella fattispecie un agricoltore, proprietario di terreni siti nell'area di un parco naturale, si era rivolto al giudice civile lamentando una turbativa del suo possesso derivante dal diniego opposto dal gestore del parco alla richiesta di autorizzazione ad impiantarvi un frutteto. Il tribunale adito ritenne sussistente la propria giurisdizione in ragione del carattere totalmente vincolato dell'autorizzazione in questione.

(74) Corte cost. 11 maggio 2006, n. 191: "[il giudice amministrativo è] giudice naturale dell'esercizio della funzione pubblica".

(75) In questo senso le osservazioni di S. Battini, *op. cit.*, 91-92: «nel circoscrivere l'ambito costituzionalmente consentito della giurisdizione esclusiva, la Corte costituzionale ha identificato l'ambito costituzionalmente imposto della giurisdizione generale di legittimità. Il primo deve presentare un collegamento con il secondo. E il secondo non è identificato sulla base della situazione soggettiva lesa, ma in ragione della "circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità". La giurisdizione generale di legittimità viene cioè ancorata alla nozione di potere amministrativo». L'A. pone l'accento su un aspetto ancora più "sovversivo" che potrebbe originare da quanto detto: "Se infatti è vero — in base a quanto affermato dalla Corte — che il legislatore non può sottrarre al giudice ordinario controversie in materie che sono prive di alcun collegamento con l'esercizio di autorità da parte della pubblica amministrazione, deve ritenersi anche vero che la Corte di cassazione, se vuole interpretare il criterio di riparto in modo costituzionalmente orientato, non può sottrarre al giudice amministrativo controversie che, in quanto relative all'esercizio di autorità da parte della pubblica amministrazione, appartengono necessariamente alla sua giurisdizione generale di legittimità". Sulla giurisdizione "esclusiva" del giudice civile si avrà modo di tornare nel paragrafo seguente.

(76) Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204.

(77) Sul punto cfr. B. Sassani, *L'idea di giurisdizione nella guerra delle giurisdizioni. Considerazioni politicamente scorrette*, in <www.judicium.it>, 19 maggio 2019: "c'è una *pars costruens* molto importante, perché la sentenza fissa definitivamente l'idea che la Costituzione ha creato un giudice del potere pubblico, e lo ha individuato nel giudice amministrativo, e questo è un dato – elegantemente fatto emergere – che dovrebbe ormai considerarsi intangibile". Analogamente F. Patroni Griffi, *Brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in <www.astrid-online.it>, 2004: "In altri termini il giudice amministrativo non è, e non può essere, il giudice dell'amministrazione; ma è, e forse deve necessariamente essere, il giudice dei pubblici poteri".

(78) In particolare, cfr. Corte cost. 27 aprile 2007, n. 140, e 12 marzo 2021, n. 37, e su queste, *infra*, nt. n. 99 e n. 100.

(79) Sul punto cfr. M. Mazzamuto, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione*, cit., 4: «Se proprio si vogliono poi declinare, in chiave processuale, i diritti fondamentali ai fini del riparto, ben potrà affermarsi che tali posizioni soggettive, ogni qual volta si incuneino in rapporti di diritto pubblico, diano luogo a "interessi legittimi fondamentali"».

(80) Le sentenze della Corte costituzionale che si esprimono sulla legittimità dell'art. 4 del d.lgs. n. 44/2021 sono le seguenti: 9 febbraio 2023, n. 14; 9 febbraio 2023, n. 15; 9 febbraio 2023, n. 16.

pur sempre tramite provvedimento amministrativo, sopravviene il preminente “diritto soggettivo a continuare ad esercitare la professione sanitaria” e, anche in ragione della non intermediazione del potere amministrativo, sussiste la giurisdizione civile. Il richiamo operato dalla Consulta – nelle due sentenze che dichiarano l’insussistenza della giurisdizione amministrativa – all’ordinanza della Cassazione in commento non sarebbe sufficiente, a parere di chi scrive, a “giustificare” il radicale cambio di prospettiva negli analoghi casi in oggetto: la norma da cui discende la sospensione del tirocinante è la stessa per cui viene sospeso il professionista non vaccinato. I poteri – seppur di mero accertamento – di cui dispongono il rettore e l’ordine sono pressoché identici. Sul punto, ovvero sulla devoluzione “aprioristica” di una medesima situazione giuridica a differenti plessi giurisdizionali, si intende tornare *infra*, nel paragrafo seguente.

#### 6. Alcune ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice civile: ammissibilità costituzionale?

La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è espressamente prevista in Costituzione. Altrettanto non si può affermare per quelle ipotesi, sempre più numerose, di giurisdizione “esclusiva” del giudice civile, consolidate nel tempo. Sul punto l’unica certezza sembra essere quella della competenza giurisdizionale “esclusiva” della magistratura speciale sull’interesse legittimo: laddove esso sia legato gordianamente ad un diritto soggettivo, il giudice naturale della controversia dovrebbe rinvenirsi nel giudice amministrativo (81).

In forza delle dottrine già ricordate, il giudice civile si è ritagliato un’enclave nelle controversie di diritto pubblico individuando diritti soggettivi lesi da atti amministrativi. È nell’art. 113, c. 3, Cost., che si attribuisce la facoltà alla legge di conferire al giudice civile il potere di annullare atti amministrativi e, quindi, radicare la sua competenza giurisdizionale. Coordinando queste disposizioni con le altre già richiamate, i casi cui rimanda l’articolo in parola sarebbero giocoforza ridotti alla circostanza in cui vi siano diritti soggettivi perfetti non legati ad interessi legittimi e che non “degradino” quando colpiti da un atto amministrativo interamente vincolato, adottato da una p.a. priva di potere autoritativo.

La Costituzione lascerebbe campo aperto ad un potenziale riparto di giurisdizione per “blocchi di materie”: se è vero che è stato censurato il filone legislativo che ha ampliato la giurisdizione esclusiva del giudice speciale, non è altrettanto vero che lo stesso sia stato fatto con quello che incrementa le ipotesi di giurisdizione “esclusiva” civile, a discapito della separazione dei poteri. Il riferimento è a tutte le – corpose – ipotesi in cui la magistratura civile è competente su controversie concernenti atti amministrativi discrezionali. La convinzione di trovarsi di fronte ad una devoluzione arbitraria per “blocchi” è corroborata dalla circostanza per cui il titolare di una medesima situazione soggettiva, la quale venga attinta da un medesimo atto amministrativo, non può dar luogo a due “risultati” diversi: a meno di una devoluzione aprioristica della materia ad una giurisdizione piuttosto che all’altra, è irragionevole, se ci si basa sulla dicotomica divisione diritti soggettivi-interessi legittimi, che talvolta sia competente il giudice amministrativo e talvolta quello civile. Il criterio di riparto assomiglia in questi casi ad una “maionese impazzita” (82).

L’ipotesi principale di giurisdizione civile su di un atto amministrativo – autoritativo – è riscontrabile nella l. n. 689 del 24 novembre del 1981, che disciplina i giudizi di opposizione alle sanzioni amministrative, oggi “integrata” dal d.lgs. n. 150/2011. Inizialmente, parte della dottrina ipotizzò un’eccezionale giurisdizione “esclusiva” della magistratura civile sugli interessi legittimi, teoria poi smentita da alcune sentenze della Cassazione e della Corte costituzionale, che hanno argomentato nel senso della esistenza di un diritto all’integrità patrimoniale (83). In questi casi, il giudice civile – solitamente, il giudice di pace – ha un espresso potere di sospensione e annullamento di provvedimenti autoritativi e discrezionali. In tali materie è proprio il giudice civile a presentarsi competente *ratione materiae* in una controversia di diritto pubblico. Fermo il conferimento di poteri pressoché identici a quelli del giudice speciale nella c.d. giurisdizione di merito, nella fattispecie il giudice civile si presenta nelle vesti di “giudice della legittimità”: sembrerebbe una delle rare ipotesi in cui viene interpretata alla lettera la legge del 1865.

Un esempio, sovente utilizzato per dimostrare l’arbitrarietà del criterio di riparto, è la materia dell’immigrazione: la situazione giuridica soggettiva di cui è titolare lo straniero, a rigor di logica, è sempre la medesima. Nonostante ciò, a seconda del tipo di atto amministrativo che colpisce il “diritto”, il ricorso va proposto davanti a differenti autorità: dei provvedimenti di espulsione prefettizia dello straniero ai sensi dell’art. 13, c. 3, del d.lgs. n. 286/1998, conosce il giudice civile; nello stesso articolo, al comma 11, si stabilisce che contro il d.m. del Ministro dell’interno che espelle lo straniero per motivi di ordine o sicurezza dello Stato è competente il giudice amministrativo (in sede di legittimità, non esclusiva) (84); situazione analoga si prospetta per l’espulsione dello straniero per motivi di prevenzione del terrorismo (art. 3 del d.lgs. n. 144/2005); il diniego di permesso di soggiorno, solitamente atto prodromico all’espulsione, o della proroga del visto, vanno contestati davanti al giudice amministrativo (art. 6, c. 10, del d.lgs. n. 286/1998), ma non deve trattarsi di rifiuto per motivi familiari (art. 30, c. 6, del d.lgs. n. 286/1998), perché in tale evenienza la

(81) Il giudice naturale è quello preconstituito dalla legge per una determinata materia o controversia, astratta; non è necessariamente il giudice civile. Pertanto, anche secondo Corte cost. n. 204/2004, cit., la magistratura civile non può essere “giudice” degli interessi legittimi: “l’art. 24 Cost. assicura agli interessi legittimi – la cui tutela l’art. 103 riserva al giudice amministrativo – le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare”.

(82) Cfr. A. Lamorgese, *La maionese impazzita delle giurisdizioni*, in *Questione giust.*, 2021, 1, 143.

(83) Cfr. A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1982, 1130.

(84) Cfr. anche art. 3 d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito in l. 31 luglio 2005, n. 155; nonché art. 119, lett. m-*sexies*), c.p.a.

competenza spetta del giudice civile, così come per l'opposizione avverso il provvedimento di diniego del permesso di soggiorno in favore del cittadino straniero vittima di sfruttamento lavorativo. Diversamente, la cognizione dei provvedimenti esecutivi dei predetti atti di espulsione, adottati dal questore, è del giudice di pace (85).

Ancora, la materia del rilascio della cittadinanza per "naturalizzazione" sembrerebbe rispondere al requisito della schizofrenia: la norma devolve alle sezioni specializzate in materia di immigrazione, e dunque al giudice civile, le controversie in materia di cittadinanza, ma solo nei casi in cui non vi è discrezionalità. Oggetto di "contesa" sono anche le controversie derivanti dall'art. 43, c. 1, (e 44, c. 1) del d.lgs. n. 286/1998, che introduce un'azione a protezione dei "comportamenti" discriminatori, dove viene affermata la competenza giurisdizionale civile in ragione del diritto "assoluto" a non essere discriminati, che rimane tale "ancorché" vi sia la presenza di atti discrezionali; non solo, i poteri conferiti al giudice in queste liti sembrano andare ben al di là dei "tradizionali" limiti (cfr. art. 28, c. 5, del d.lgs. n. 150/2011). In quest'ultima ipotesi viene da chiedersi se, nel caso in cui il diritto sia legato indissolubilmente ad un interesse legittimo, il potere sia idoneo a radicare la giurisdizione esclusiva (amministrativa) o, specularmente, se si possa incardinare la competenza della giurisdizione civile (86). Per la linea che si è tenuta la risposta "tuzioristica" dovrebbe rinvenirsi nella prima ipotesi prospettata, anche in ragione delle analoghe previsioni legislative – relativamente ai diritti "fondamentali" – dell'art. 133 del codice del processo amministrativo.

Orbene, laddove si voglia accettare l'esistenza di diritti soggettivi indegradabili a fronte di un provvedimento autoritativo – vincolato (?) – esso si presenta nella medesima forma in tutte le situazioni appena esposte, con la conseguenza per cui l'ordinamento acquisirebbe coerenza se venissero trattate tutte allo stesso modo, evitando "rimbalzi" fra le giurisdizioni nel caso in cui il ricorrente, stordito dal cervellotico riparto, si rivolga alla giurisdizione non competente (87).

Considerazioni analoghe possono svolgersi per la materia delle sanzioni delle autorità amministrative indipendenti: in via generale attribuite alla cognizione del giudice amministrativo, ad eccezione di quelle adottate da Consob e Banca d'Italia, le quali, più delle altre, si avvicinerebbero alle sanzioni amministrative pecuniarie e quindi devolute al giudice civile, in quanto basate su "criteri che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa" (88). La struttura e gli scopi delle sanzioni adottate dalle diverse autorità sono pressoché i medesimi, così come sono identiche le posizioni soggettive di cui sono titolari i sanzionati, ma per l'arbitrario criterio di riparto sono competenti due giudici differenti. Nel caso in esame sembrerebbe esistere un criterio di riparto basato sulla stessa autorità che adotta la sanzione: un "blocco" di controversie devolute aprioristicamente o, altrimenti, in base alla "natura" dell'autorità stessa (89).

Ancora, la giurisdizione sulle controversie in merito alla revoca della patente di guida ai soggetti sottoposti a misure di prevenzione è del giudice civile, nonostante sia intervenuta la dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 120, c. 2, del codice della strada, nella parte in cui dispone che il prefetto "provvede" – anziché "può provvedere" – alla revoca (90). Non si può aderire alla motivazione delle Sezioni unite per cui la revoca della patente incide sulla "proiezione" della libertà fondamentale (alla guida?) e quindi si escludono profili di discrezionalità (91).

È da rigettare anche l'idea per cui se, in una materia devoluta alla giurisdizione esclusiva, manchi il potere discrezionale tradizionalmente inteso, la questione torni "automaticamente" di competenza del giudice civile: ciò si basa sempre sull'asserita vincolatività dell'atto che comporta il "risorgere" del diritto. Può assumersi, come esempio, l'art. 11, c. 1, lett. a), del d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235: la sospensione per condanna non definitiva "opera" di diritto ma è necessario l'effetto costitutivo del provvedimento prefettizio che accerta le cause e notifica all'interessato il provvedimento. La Cassazione non sembra tener conto della – seppur apparentemente vincolata – attività dell'amministrazione e ritiene di attribuire al giudice civile la relativa controversia, in forza del diritto all'elettorato passivo (o al mantenere la carica?) che non "degrada" di fronte ad un atto autoritativo (92).

(85) Pragmaticamente, l'esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera dello straniero irregolare per mezzo della forza pubblica (art. 13, cc. 4 e 5, d.lgs. n. 286/1998), dopo l'intervento di Corte cost. 15 luglio 2004, n. 222, è sospesa fino alla convalida dello stesso atto da parte del giudice di pace. Se la convalida non avviene, il provvedimento "perde ogni effetto"; *tout court* un giudice onorario può annullare un atto amministrativo.

(86) Ragiona su queste tematiche F. Dinelli, *Il riparto di giurisdizione e la teoria dei diritti indegradabili*, in S. Del Gatto *et al.*, *Problematiche del riparto di giurisdizione dopo il codice del processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2013, 74-75.

(87) Sull'autoritatività di questa categoria di atti – intesa nei suoi due elementi, imperatività ed esecutività – non credo si possano avanzare dei dubbi. Parte della giurisprudenza (cfr. Cass., Sez. II, ord. 2 dicembre 2020, n. 2753) considera l'espulsione ai sensi dell'art. 13, c. 2, del d.lgs. n. 286/1998 atto vincolato solamente in ragione della disposizione contenuta nella lett. c), la quale si riferisce allo straniero "che appartiene a taluna delle categorie indicate".

(88) Corte cost. 27 giugno 2012, n. 162.

(89) Ciò è aggravato dalla circostanza per cui le altre attività di queste due autorità sono devolute – pacificamente – al giudice amministrativo. Nello stesso senso cfr. G. Grüner, *Note minime sul riparto di giurisdizione e sulla tutela giurisdizionale in materia di sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in <www.giustamm.it>, 28 febbraio 2014.

(90) Corte cost. 27 maggio 2020, n. 99. In particolare, la sentenza si riferisce alla revoca della patente di guida nei confronti dei soggetti che sono o sono stati sottoposti a misure di prevenzione antimafia.

(91) Cass., S.U., 19 novembre 2020, n. 26391.

(92) Cass., S.U., ord. 28 maggio 2015, n. 11131

Ad ogni modo, se, in via generale, Cassazione e Consulta hanno scagliato l'anatema nei confronti della legislazione "per blocchi di materie" in favore del giudice speciale, altrettanto non è stato fatto quando sono state devolute intere materie al giudice civile (93). In particolare, trasformando interi blocchi da "pubblici" in "privati" (cfr. pubblico impiego e Ssn), si è realizzato surrettiziamente un cambio della giurisdizione competente: la posizione giuridica soggettiva non è mutata e, a sostegno di ciò, non vi è neanche un elemento comune (il potere o il nodo gordiano), bensì la mera disposizione legislativa. Tali previsioni trovano sostegno costituzionale nell'art. 113 Cost., ma la logica "per materia" è pressoché identica (94).

### 7. Conclusioni

Dovrebbe apparire evidente l'aderenza, da parte di chi scrive, ad una visione del potere amministrativo che ravvede in qualsiasi sua gradazione, "ancorché" caratterizzata in termini di atto di "mera esecuzione", l'idoneità a radicare la giurisdizione speciale. Sia pur in una prospettiva *de iure condendo*, la giurisdizione amministrativa si configurerebbe come giurisdizione delle – *recte*: di tutte le, salvo eccezioni, che, però, tali dovrebbero rimanere – controversie di diritto pubblico (95). Certo, i sostenitori della centralità delle posizioni giuridiche soggettive potrebbero ribattere che, ferma la difficoltà dell'individuazione di queste, anche la differenza tra controversie di diritto pubblico e di diritto privato sarebbe difficile da cogliere (96). Potrebbe replicarsi, però, che il problema si ridimensionerebbe notevolmente qualificando come controversie di diritto pubblico quelle in cui vi è la presenza di un atto amministrativo, inteso, nel suo nucleo essenziale, come "atto unilaterale che produce effetti su terzi" (97).

Tale impostazione risulta più vicina al tessuto argomentativo del Consiglio di Stato che non a quello della Cassazione, ma non nella parte in cui ricerca, comunque, il fine ultimo delle norme primarie poste a fondamento dell'atto amministrativo. È difficile, d'altra parte, pensare a un atto amministrativo che non sia volto primariamente alla realizzazione di un interesse pubblico (98). Dalle disposizioni di legge già richiamate (vedi sopra, par. 2), risulta evidente una certa "indifferenza" del diritto positivo sia per la ricerca dell'interesse – pubblico o privato – che le norme intenderebbero tutelare "primariamente", sia per la qualificazione della posizione giuridica connessa all'atto amministrativo.

Alla luce di quanto visto, e delle contraddizioni che scaturiscono dai differenti approcci della Cassazione e del Consiglio di Stato, viene da domandarsi – sempre in una prospettiva *de iure condendo* – se non sarebbe più opportuno che, laddove si "materializzassero" dei diritti soggettivi nei rapporti con la p.a., in ragione del carattere asseritamente vincolato dei relativi atti, la questione venisse devoluta comunque, attraverso una previsione di legge, alla giurisdizione amministrativa, in sede esclusiva. Quest'ultima venne istituita proprio nell'intento di superare il criterio di riparto nominalistico per esigenze di semplificazione dell'accesso alla tutela giurisdizionale nei confronti della p.a. In considerazione di ciò, e della pacifica possibilità per il giudice amministrativo di "offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa" (99), probabilmente la devoluzione di queste controversie al giudice speciale agevolerebbe chi volesse ricorrere nei confronti di una determinazione (provvedimento, atto, mera esecuzione) lesiva della propria sfera giuridica (100).

(93) Per considerazioni in tal senso cfr. F. Merusi, G. Toscano, *op. cit.*, 108.

(94) Sul tema cfr. M. Mazzamuto, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario?*, in *Giur. it.*, 1999, 1123.

(95) Già nel lontano 1923, la relazione che accompagnava la riforma dell'epoca si riferiva al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale come "giudice dell'attività di diritto pubblico".

(96) Sull'ontologica diversità di questi rapporti cfr. F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1914, 109: "Il diritto privato riflette i rapporti fra singoli, cioè fra individui considerati come subbietti, che per la società hanno valore uguale: è il diritto dell'eguaglianza sociale dei subietti e dei loro interessi. Il diritto pubblico riflette rapporti che intercedono fra subbietti di valore sociale ben diverso: lo Stato, gli enti pubblici, che debbono prevalere perché rappresentano l'interesse collettivo".

(97) Così G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 355, il quale prosegue in questi termini: "Non vi è necessità di aggiungervi che è un atto della pubblica amministrazione diverso da quelli di diritto privato, perché nel diritto privato resta ferma la regola che nessun soggetto può modificare la sfera giuridica di altri senza il concorso della loro volontà (le pochissime e dubbie eccezioni confermano la regola)".

(98) In ragione di ciò, non risulta condivisibile l'impostazione di M.C. Cavallaro, *Riflessioni sulle giurisdizioni. Il riparto di giurisdizione e la tutela delle situazioni soggettive dopo il Codice del processo amministrativo*, Milano, Wolters Kluwer, 2018, 207: "[il diritto soggettivo costituisce un limite al potere] perché il potere non è destinato al perseguimento del solo interesse pubblico, ma deve avere riguardo anche all'interesse del privato che è coinvolto dall'adozione del provvedimento".

(99) Corte cost. n. 140/2007, cit. La stessa Corte, quindi, ha sottolineato la maggiore intensità di tutela che può offrire, anche in queste occasioni, il giudice amministrativo: "legittimamente la norma censurata ha riconosciuto esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche una tutela risarcitoria, per equivalente o in forma specifica, per il danno asseritamente sofferto anche in violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione". In dottrina, sulla costituzionalità della devoluzione alla giurisdizione esclusiva di controversie vertenti diritti "fondamentali" cfr. G. Rossi, *Giudice e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1229.

(100) Sull'opportunità o meno di devolvere al giudice amministrativo anche le questioni inerenti alcuni diritti fondamentali, giova richiamare un altro esempio attinente alla "pandemia": si pensi ai d.p.c.m. previsti dal d.l. n. 19/2020, che hanno inciso, fra tutti, sul diritto soggettivo "costituzionale e indegradabile" alla libera circolazione. La Corte costituzionale, adita per una presunta alterazione del sistema delle fonti, con sent. 22 ottobre 2021, n. 198, dichiara la legittimità della sovrastruttura di una delega legislativa che conferisce a decreti presidenziali la possibilità di individuare nuovi illeciti amministrativi; più precipuamente si limita ad autorizzare il Presidente del Consiglio dei ministri a dare esecuzione alle misure tipizzate già dalla legge. La sentenza in questione richiama il precedente Corte cost. n. 37/2021,

Ragionando in questi termini, si potrebbe giungere alla seguente conclusione: il potere amministrativo radica la giurisdizione speciale, la stessa avrebbe competenza, in sede esclusiva, nei casi in cui il potere sia vincolato a fronte di diritti soggettivi (ritenuti) “indegradabili”. La diade diritto-interesse diventa utile per distinguere la giurisdizione amministrativa di legittimità da quella esclusiva.

Ciò, peraltro, potrebbe condurre a termine la commedia degli equivoci, perché, dopo l’entrata in vigore del c.p.a., la giurisdizione di legittimità e quella esclusiva risultano sostanzialmente sovrapponibili. La risarcibilità è affare di entrambe le giurisdizioni (e posizioni), così come lo sono i mezzi di prova, la fase cautelare, i poteri decisorii del giudice e così via (101). Affinché, peraltro, un sistema così delineato realizzi una tutela efficace, a differenza della storica “prudenza” della magistratura civile, sarebbe necessario che il giudice amministrativo non fosse parsimonioso nell’utilizzo degli strumenti di cui dispone per la protezione dei diritti (102).

Il giudice civile rimarrebbe competente nei giudizi che coinvolgono la p.a. agente *iure privatorum*: in questi casi la discussione non è più incentrata sull’esistenza o meno di una fattispecie pubblicistica incarnata da un atto amministrativo, ma dalla sussistenza di diritti e/o obblighi reciproci di tipo privatistico (103).

Proprio in forza di quest’ultimo “accorgimento” non si propone un giudice “dell’amministrazione”: la competenza *ratione materiae* si riferisce alla sfera del diritto pubblico, così come il giudice civile è competente *ratione materiae* nella sfera del diritto privato, anche nel caso in cui sia parte in causa un’amministrazione (104).

\* \* \*

---

cit., nel quale si asserisce che i d.p.c.m. sono “comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo”. Seppur quest’ultima statuzione la si voglia considerare un *obiter dictum*, la congiunzione “comunque” sembra riferirsi all’incidenza su diritti costituzionali da parte di provvedimenti e che giocoforza, ai fini del riparto di giurisdizione, per il giudice delle leggi, in continuità con quanto stabilito in passato, sia prevalente la presenza di un atto amministrativo piuttosto che la presenza di un diritto. In questo caso la tutela è “piena”. Diversamente, da quando le medesime restrizioni sono state previste in decreti-legge, nessun giudice ha potuto sindacare la ponderazione degli “interessi costituzionali” in gioco. È evidente la piena tutela (concreta, attuale ed effettiva) per “l’interesse legittimo costituzionale” alla libertà di circolazione che si relaziona al decreto presidenziale, rispetto alla “tutela mediata” di cui gode il medesimo “diritto costituzionale”. Sembra quasi che convenga “far valere diritti per interessi”. In dottrina, individua la centralità dell’intensità della tutela offerta dai diversi giudici R. Caranta, *op. cit.*, 7: “il giudice ordinario offriva scarsi rimedi rispetto a quello amministrativo, e quindi già solo per questo, applicando il darwinismo alle istituzioni ed ai fenomeni giuridici, era destinato a perdere competenza, anche se non mancarono altri fattori operanti in tal senso”.

(101) Sul punto cfr. F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., cap. III. L’A. evidenzia, oltre ad una sostanziale sovrapposibilità tra la giurisdizione generale di legittimità e quella di merito, le criticità della giurisdizione esclusiva, in particolare il problema – storico – dell’inesistenza di norme processuali dedicate a queste particolari controversie (se non per i termini di decadenza/prescrizione). Inoltre, l’A. individua nella giurisdizione di merito gli unici casi in cui, potenzialmente, si prospettano atti vincolati; in ogni caso il giudice non ha gli “ampi” poteri che gli vengono attribuiti o meglio, non si differenziano da quelli che ha nelle altre due giurisdizioni.

(102) Si è consapevoli che per i diritti sottoposti al sindacato della magistratura speciale vi sarebbe una “preclusione” al giudizio “pieno” della Cassazione nonché verrebbero sottratti alla funzione nomofilattica della stessa. Per ovvie ragioni di complessità il tema non può essere trattato in questo contributo.

(103) Un’impostazione in tal senso sembra trovare conferma nelle parole del Giudice costituzionale (Corte cost. n. 204/2004, cit.): «[è] proprio la “costituzione del vincolo obbligatorio” a segnare lo spartiacque tra la giurisdizione del giudice amministrativo e quella dell’autorità giudiziaria ordinaria sul presupposto della tendenziale uguaglianza tra le parti nella fase successiva alla costituzione del vincolo, regolata dalle norme del diritto privato». In dottrina cfr. A. Piras, M.S. Giannini, *op. cit.*, 258: “la complicazione si risolve da sé se si applica la regola che in Consiglio di Stato si impugnano solo quegli atti che hanno la duplice caratteristica di contenere l’affermazione del momento dell’autorità e di non far parte della fattispecie negoziale”. Ragionando in senso opposto, si creerebbe un “giudice speciale” per un soggetto particolare – ma, in quel momento, di diritto privato – senza alcuna copertura costituzionale.

(104) È utile ribadire che il giudice amministrativo può, con il favore della Costituzione, giudicare su diritti soggettivi anche in via principale; il giudice civile non può, in nessun caso, diventare giudice degli interessi legittimi o del potere amministrativo.

## L'ASSETTO GRADUALISTICO DELLE FALSE COMUNICAZIONI SOCIALI E LA QUESTIONE DELLE "VALUTAZIONI ESTIMATIVE"

di *Andrea Abbagnano Trione* (\*)

*Abstract:* Nel contesto di una disamina d'insieme delle fattispecie di false comunicazioni sociali, il presente studio si focalizza sui contrasti ermeneutici ancora persistenti in materia di "valutazioni contabili". L'arresto delle Sezioni unite nel 2016, a favore della rilevanza penale delle "poste valutative", con la portata estensiva delle incriminazioni, non ha trovato piena condivisione nella dottrina penalistica, né in quella aziendalistica, con argomentazioni critiche degne di nota. Una soluzione interpretativa viene proposta in questa sede.

*In the context of an overall examination of false corporate communications, the present study focuses on the hermeneutic contrasts still persisting on the subject of "accounting valuations". The arrest of the United Sections in 2016 in favour of the criminal relevance of "valuation items", with the extensive scope of the incrimination, did not find full support in the criminal doctrine, nor in the corporate doctrine, with critical arguments. An interpretative solution is proposed here.*

**Sommario:** 1. *I diversi modelli di disciplina.* – 2. *La tutela della trasparenza societaria.* – 3. *Il disvalore delle condotte nella fattispecie punita dall'art. 2621 c.c.* – 4. *L'oggetto del mendacio e le "valutazioni".* – 5. *Alla ricerca di un discrimen tra l'esercizio del legittimo margine di discrezionalità nelle valutazioni e la falsità nei giudizi estimativi.* – 6. *La "rilevanza" dei fatti materiali oggetto di comunicazione e l'attitudine decettiva del mendacio.* – 7. *Le declinazioni dell'elemento psicologico.* – 8. *Le false comunicazioni sociali nelle società quotate (art. 2622 c.c.).* – 9. *I fatti di lieve entità.* – 10. *La non punibilità dei fatti di particolare tenuità.* – 11. *Le sanzioni e la procedibilità.*

### 1. *I diversi modelli di disciplina*

I reati di false comunicazioni sociali sono stati oggetto di svariate modifiche nel quadro delle riforme che hanno interessato il diritto penale societario ed i reati contro la pubblica amministrazione. La cosmesi operata nel 2002 ha profondamente inciso sulla struttura imputativa e ne ha fortemente contenuto l'ambito di operatività allo scopo di porre un argine all'eccessivo impiego che ne aveva registrato la prassi negli anni di "tangentopoli".

L'indeterminatezza che caratterizzava la fisionomia della incriminazione ancora precedente aveva infatti permesso di fagocitare lo strumento penalistico nel più ampio conflitto tra i poteri dello Stato (politico e giudiziario), teso ad erodere il sistema di corruzione imperante nel finire del secolo scorso.

Il volto del falso in bilancio consegnava, tuttavia, al giudice un'arma spuntata a causa dell'eccessiva selettività delle condotte descritte, della ridondanza dei requisiti complessivi, della mitezza delle sanzioni.

Il sistema conosceva due distinte figure di false comunicazioni sociali, ciascuna segnata da un progressivo gradualismo sanzionatorio (1).

La prima, contenuta nell'art. 2621 c.c., era punita con l'arresto fino a due anni.

Ad onta della riconduzione nello schema delle "contravvenzioni" e, per l'effetto, nel regime di imputazione soggettiva regolato dalla rilevanza sia del dolo, sia della colpa, questa figura di "falso in bilancio" reclamava – ai fini della punibilità – l'accertamento di forme spiccate della volontà colpevole, contrassegnate dall'intenzionalità di ingannare i soci o il pubblico, dalla determinazione di procurare per sé o per altri un ingiusto profitto, oltre che dal dolo tipico delle falsità e delle reticenze.

Il reato di pericolo era posto a presidio della completezza, della veridicità e della trasparenza dell'informazione societaria.

La seconda figura di false comunicazioni sociali, prevista quale "delitto" dall'art. 2622 c.c., assumeva le vesti del reato di evento, calibrata qual era sul danno di natura patrimoniale a carico della società, dei soci, o dei creditori. La pena oscillava dai sei mesi ai tre anni di reclusione, salvo gli ulteriori aggravamenti di pena nel caso delle società quotate in borsa o nel caso di grave nocumento per i risparmiatori.

La tutela era focalizzata, prevalentemente, sul patrimonio dei soci, dei creditori e della società in seno alla quale il mendacio era stato perpetrato; prova ne sia il fatto che la punibilità risultava condizionata alla rilevazione di un pregiudizio patrimoniale a carico degli stessi.

(\*) A. Abbagnano Trione è professore aggregato di Diritto penale dell'economia presso l'Università degli studi del Molise.

(1) Per un'attenta ricostruzione degli snodi interpretativi della fattispecie, nella versione coniata nel 2001, v. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, il Mulino, 2010, 274.



A contenere la portata applicativa delle due ipotesi di reato, concorreva poi un complesso sistema di soglie di punibilità, di tipo qualitativo e quantitativo (2).

La prassi giurisprudenziale nei circa tredici anni di vita delle due fattispecie ha mostrato, come da facile predizione, l'ineffettività della tutela apprestata, con scarsissime applicazioni nella pratica, sintomo manifesto della difficoltà nell'accertamento probatorio e, quanto all'ipotesi contravvenzionale, per il termine di prescrizione, davvero inconciliabile con i tempi di celebrazione del procedimento penale.

Il microsistema delle false comunicazioni sociali rivisitato nel 2015 rimane impalcato sugli artt. 2621 e 2622 c.c. Il posto dell'abrogata ipotesi delle false comunicazioni sociali in danno della società, dei soci o dei creditori, è stato occupato dalle false comunicazioni sociali commesse nell'ambito delle società che si rivolgono al pubblico risparmio.

Le due disposizioni aggiunte (2621-*bis* e 2621-*ter* c.c.) fungono da contrappeso all'avvenuta eliminazione delle soglie di punibilità, dando spazio alle clausole di ridotta offensività della "lieve entità del fatto" e del "fatto di particolare tenuità", per le quali il legislatore ha approntato un regime, rispettivamente, di riduzione della pena e di non punibilità.

La modifica operata dalla novella del 2015 ha arginato gli strali rivolti dalla scienza e dalla prassi penalistica alla minimizzazione di una fattispecie (3) che, per i meno addetti ai lavori, dal 2002 veniva considerata persino espunta dal sistema penale (4).

Gli schemi dell'incriminazione attualmente vigente ripristinano il tradizionale paradigma delittuoso, in linea con la necessità e la meritevolezza di pena per "fatti" che nella odierna società capitalistica ledono sempre più ampie categorie di destinatari.

La veste attuale delle incriminazioni dà corpo ad entità di valore che virano verso il tradizionale presidio della trasparenza societaria. La protezione di interessi patrimoniali nelle precedenti maglie della tipicità si desumeva, oltre che dal chiaro riferimento contenuto nell'art. 2622 c.c. al danno patrimoniale (alla società, ai soci o ai creditori), dalla previsione della procedibilità a querela di parte. Querela oggi prevista soltanto per l'ipotesi di cui all'art. 2621-*bis*, c. 2, c.c., relativamente alle falsità commesse nell'ambito delle società non suscettibili di fallimento (liquidazione giudiziale) (5).

Nel passaggio dal "tipo di incriminazione" precedente alla fisionomia attuale della fattispecie va segnalata la soppressione del riferimento all'esposizione di fatti oggetto di "valutazioni" e, ancora, il superamento delle soglie di punibilità. La condotta "reticente" è integrata non più dalla mera omissione di "informazioni", quanto dall'omessa comunicazione di "fatti materiali rilevanti" (sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene), ove sia concretamente idonea ad indurre altri in errore.

Quanto ai requisiti soggettivi, residua, oltre al dolo generico, il requisito specifico della *finalità di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto*. La condotta di esposizione dei fatti non rispondenti al vero è poi irrobustita dall'attributo soggettivo della *consapevolezza* dell'autore, a rimarcare la necessità che l'indagine del giudice si proietti con attenzione sul profilo rappresentativo del dolo.

## 2. La tutela della trasparenza societaria

(2) Per una sintetica rassegna, v. R. Bricchetti, L. Pistorelli, *La lenta "scomparsa" del diritto penale societario italiano*, in *Guida dir.*, 2015, 26, 53.

(3) Per C. Pedrazzi, *In memoria del "falso in bilancio"*, in *Riv. soc.*, 2001, 1371, si faceva spazio al "paradiso" per gli operatori della "penombra". Sul punto, A. Alessandri, *La legge delega n. 366 del 2001: un congedo dal diritto penale societario*, in *Corriere giur.*, 2001, 1457; Id., *I nuovi reati societari: irrazionalità e arretramenti della politica penale nel settore economico*, in *Questione giust.*, 2002, 1, 1; A. Crespi, *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta*, in *Riv. soc.*, 2001, 1345; Id., *Il falso in bilancio e il pendolarismo delle coscienze*, *ivi*, 2002, 445; G. Flora, *Ossessione della legalità e insensibilità sistematica alle radici di una doverosa riforma*, in *Leg. pen.*, 2002, VI, 533; L. Foffani, *Rilievi critici in tema di riforma del diritto penale societario*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1193; F. Giunta, *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura del D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, in *Studium iuris*, 2002, 698; P. Mangano, *Elemento soggettivo del falso in bilancio e prossime riforme*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2001, 649; A. Manna, *La riforma dei reati societari: dal pericolo al danno*, in *Foro it.*, 2002, V, 111; G. Marinucci, *Falso in bilancio: con la nuova delega avviata una depenalizzazione di fatto*, in *Guida dir.*, 2001, 45, 10; Id., *"Depenalizzazione" del falso in bilancio con l'avallo della SEC: ma è proprio così?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, 137; C.E. Paliero, *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni*, in *Guida dir.*, 2002, 16, 37; D. Pulitanò, *La giustizia penale fra vecchio e nuovo diritto penale societario*, in *Società*, 2002, 1120; Id., *Falso in bilancio: arretrare sui principi non contribuisce al libero mercato*, in *Guida dir.*, 2001, 39, 10; R. Zannotti, *False comunicazioni sociali: reato uno e trino a valenza patrimoniale*, in *Dir. e giust.*, 2001, 37, 21.

(4) V. A. Lanzi, *Quello strano scoop del falso in bilancio che torna reato*, in *Guida dir.*, 2015, 26, 10, il quale ha dato opportuno rilievo alla circostanza che la necessità di una ripenalizzazione veniva addirittura rimarcata nelle relazioni parlamentari.

(5) Il riferimento è oggi da leggersi all'art. 2, lett. d), d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, che definisce come imprese minori quelle che presentano congiuntamente i seguenti requisiti: un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila.

La fattispecie oggi in vigore, nel valorizzare la tutela della correttezza e della trasparenza dell'informazione societaria, è sintonizzata sui profili di politica criminale che intendono ispessire la lotta ai fenomeni di corruzione. L'articolazione delle norme ripristina l'avamposto penale ad argine dei fatti che rischiano di compromettere la lettura affidabile dello "stato di salute" dell'ente. Il presidio è strumentale alla protezione anche di svariati beni finali, quali il patrimonio dei soci e dei creditori, la leale concorrenza tra le imprese, l'interesse ad una corretta gestione societaria (6).

Con il superamento della prospettiva patrimonialistica, ritorna fecondo, quale riferimento teleologico di fondazione normativa, il dettato del c. 2 dell'art. 2423 c.c., ove il parametro della "chiarezza", evocato quale criterio di redazione del bilancio, è funzionale a rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria della società e il risultato economico dell'esercizio. La *chiarezza* dovrà informare il bilancio, così come le altre comunicazioni sociali, in modo che i destinatari abbiano costantemente e compiutamente cognizione della congiuntura societaria.

Gli elementi della fattispecie e, in particolare, il riferimento espresso alla "concretezza" del pericolo di lesione, appaiono sufficientemente selettivi per arginare i mai sopiti tentativi della prassi di ampliarne lo spazio applicativo, tendenzialmente generico, declinabile dalla nozione di trasparenza informativa (7).

Il dato assiologico della trasparenza della comunicazione sociale permette anche di identificare i destinatari della comunicazione, *i.e.* i soci, i creditori sociali, i soggetti legati dalla società da rapporti contrattuali, e infine, il pubblico, categoria entro la quale compendiare potenziali futuri soci, creditori e contraenti (8).

Nell'ipotesi di maggiore incisività tra quelle che compongono il riformato sistema delle false comunicazioni sociali, ovvero quella di cui all'art. 2622 c.c., è più pernicioso il livello di aggressione al bene giuridico in ragione della più ampia base dei destinatari dell'informazione sociale (9). Le società quotate, o in corso di quotazione, le controllanti di società emittenti strumenti finanziari, le società che fanno appello al pubblico risparmio o che lo gestiscono, si rivolgono a una platea particolarmente "sensibile" di interessati, ovvero i risparmiatori, ai quali si è inteso assicurare maggiore protezione attraverso la minaccia di una più intensa risposta punitiva.

### 3. Il disvalore delle condotte nella fattispecie punita dall'art. 2621 c.c.

La fattispecie "nucleare" di falsità nelle comunicazioni sociali assume le sembianze del "reato proprio", ovvero di quelle incriminazioni qualificate dalla tipizzazione a carattere selettivo di determinate soggettività, e ciò in ragione delle peculiari posizioni di garanzia che le saldano agli interessi protetti. I soggetti agenti vengono identificati nelle figure apicali intranee alla società e, segnatamente, in coloro che detengono formalmente, o di fatto, competenze specifiche nella formazione delle comunicazioni sociali; valga per tutti il più recente riferimento ai "dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari" (10).

Vale la pena ricordare poi che, per effetto dell'art. 2639 c.c., la responsabilità penale investe anche chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alle qualifiche o alle funzioni di amministratore, di direttore generale, di dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, di sindaco e di liquidatore.

Il contenuto di disvalore delle condotte è espresso, per un verso, dall'"esposizione di fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero" e, per l'altro, dall'"omissione di altrettanti fatti materiali". Entrambe le componenti modali dovranno essere idonee concretamente all'induzione in errore dei destinatari delle comunicazioni.

La condotta di segno positivo si risolve in una comunicazione difforme dal vero, dotata di contenuto significativo e idonea al trasferimento agli interessati di conoscenze in ordine alla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo cui essa appartiene.

Al falso commissivo viene equiparato il falso per reticenza. Come è stato osservato, il mendacio non è destinato a risolversi in una comunicazione totalmente omessa (11), piuttosto, si sostanzia in un'informazione incompleta: "si dice sì qualcosa (di vero), ma si tace qualcosa che si doveva dire" (12). Il fatto omissivo nel reato in questione si combina invariabilmente con una condotta di tipo attivo, posto che per integrare il fatto tipico occorre rappresentare un dato

(6) Cfr. V. Manes, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali. Commento agli artt. 2621 – 2621 bis – 2621 ter - 2622 c.c.*, in G. Portale, P. Abbadessa (diretto da), *Codice delle s.p.a.*, Milano, Giuffrè, 2016, 12.

(7) Per la revisione critica degli orientamenti giurisprudenziali sulle possibili declinazioni del bene giuridico protetto, v. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 267.

(8) Il ripristino della tradizionale fisionomia dell'oggetto della tutela penale nelle false comunicazioni sociali attualizza la classificazione elaborata nel passato da C. Pedrazzi, *Voce Società commerciali (disciplina penale)*, in *Digesto pen.*, vol. XIII, 305.

(9) Ad avviso di S. Seminara, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 818, la differenziazione nella lesività delle condotte nei fatti di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c. è di tipo quantitativo: per le quotate, la tutela degli interessi economici individuali confluisce nella protezione della stabilità e del corretto andamento del mercato, in una prospettiva dominata dal risparmio, *ex art. 47 Cost.*; per le società non quotate assumono rilevanza interessi di natura individuale. L'A. sottolinea come l'informazione societaria sia tutelata non in senso autoreferenziale, ma per le sue concrete ripercussioni nelle sfere patrimoniali dei soci, dei creditori e del pubblico.

(10) A cura della l. n. 262/2005, di tutela del risparmio. Sul punto, S. Seminara, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, cit., 814, sottolinea l'errore in cui è incorso il legislatore nell'enucleare tra i soggetti attivi del reato di cui all'art. 2621 c.c., i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili, considerato che gli stessi operano limitatamente agli emittenti quotati e, in quanto tali, possono essere artefici solamente dei fatti previsti e puniti all'art. 2622 c.c.

(11) Del resto, di tale fattispecie si fa carico l'art. 2630 c.c.

(12) Così A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 275 ss.

conoscitivo in bilancio, in una relazione o in un'altra comunicazione sociale. Il dato rappresentativo risulterà alterato per effetto dell'omessa indicazione di quel qualcosa di rilevante che, in concreto, ha presentato attitudine ad ingannare (13).

Il riferimento alle “comunicazioni previste dalla legge dirette ai soci o al pubblico” è tale da comportare l'esclusione dalla punibilità degli autori delle false comunicazioni atipiche, di quelle intra e inter-organo e quelle dirette ad un unico destinatario (ad esempio, all'Agenzia delle entrate). Ovviamente, non è escluso che, ricorrendone gli estremi, i fatti configurino altre tipologie di reato, quali la truffa, gli illeciti tributari e altre ipotesi di reati societari (si pensi alla figura di cui all'art. 2638 c.c., dell'ostacolo all'esercizio delle autorità pubbliche di vigilanza) (14).

#### 4. L'oggetto del mendacio e le “valutazioni”

Oggetto del mendacio societario devono essere fatti di indole “materiale”.

Il fatto materiale evoca il riferimento a dati specifici e reali.

Ci si è chiesto se detta “consistenza” sia propria delle “valutazioni”, alle quali, notoriamente, si fa sovente ricorso nei bilanci per definire i principali dati di consistenza economica della società.

Sulla questione della rilevanza penale delle “valutazioni” non vi è convergenza in dottrina, specie alla stregua della scelta legislativa del 2015 di eliminarle dal tessuto denotativo del fatto tipico (15).

È noto e risalente il dibattito circa la complessa riconducibilità delle “valutazioni” alle maglie del mendacio societario. Si tendeva a escluderle in ragione del fatto che le stesse, piuttosto che risultare vere o false, andrebbero considerate giuste o sbagliate. L'assenza nelle “stime” di una tessitura fattuale ne suggerisce l'estraneità al perimetro punitivo (16).

Di tal che, la stenosi lessicale operata con la novella del 2015 ha orientato parte della dottrina a ritenere le “valutazioni” escluse dall'orbita penalistica (17). Parimenti, secondo un primo approdo giurisprudenziale (18), la scomparsa del riferimento alle “valutazioni” tra gli oggetti delle odierne falsità darebbe luogo ad un'ipotesi di *abolitio criminis* per discontinuità normativa, salvo voler ricorrere a soluzioni interpretative *contra legem*. A sostegno di questo esito interpretativo veniva addotto più di un argomento, sottolineandosi, aldilà dell'evidenza letterale, il fatto che nel delitto di ostacolo alle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638 c.c.) il riferimento alle “valutazioni” continua a essere espressamente enunciato, così come nei reati di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici e di dichiarazione infedele (artt. 3, 4 e 7 d.lgs. n. 74/2000).

In una prima riflessione maturata a valle della riforma avevamo espresso adesione ad un'accezione ampia della nozione di “fatti materiale”, tale da affascinare anche le “valutazioni” (19). Questo approdo appariva doveroso in ragione del fatto che nei “giudizi estimativi” si sostanziano pressoché tutte le componenti patrimoniali ed economiche del bilancio, le quali sono espressione di fatti concreti e reali (20) ed “emarginarli” dal telaio punitivo avrebbe depotenziato la tutela degli interessi sottostanti.

Si è detto che vero o falso non è il fatto materiale in sé, ma la sua rappresentazione secondo il linguaggio e le regole convenzionali del bilancio (21). In tal senso, nell'area concettuale del “fatto materiale” e quindi al perimetro applicativo dell'incriminazione vanno ricondotte anche le “valutazioni”, espressioni linguistiche che traducono determinate grandezze in un'informazione societaria (22). La misurazione di qualcosa che esiste è pur sempre un fatto materiale (23) e, come tale, la sua alterazione è destinata a rientrare nel perimetro della rilevanza penale.

È evidente che il giudizio sulla veridicità di una valutazione presuppone la definizione dei criteri in funzione dei quali la stessa possa considerarsi corretta o meno. Al riguardo, come è noto, sono utilizzabili sia parametri di fondazione normativa (prudenza, *going concern*, *fair value*, ecc.), sia di natura convenzionale, come i “principi contabili”. Ed allora, il reato di falso in bilancio si perfeziona quando le informazioni siano il frutto di una stima che falsifica l'entità

(13) In argomento, v. C. Pedrazzi, *Voce Società commerciali (disciplina penale)*, cit., 322; F. Mucciarelli, *Le “nuove” false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in <www.penalecontemporaneo.it>, 18 giugno 2015, 7.

(14) Sul punto, F. Mucciarelli, *Le “nuove” false comunicazioni sociali*, cit., 7 e 18.

(15) V. R. Palmieri, *Falso in bilancio*, in *Dir. e pratica soc.*, 2001, 6; A. Perini, *I “fatti materiali non rispondenti al vero”: harakiri del futuribile “falso in bilancio”?*, in <archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 27 aprile 2015.

(16) R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Escluse le valutazioni dalle due nuove fattispecie*, in *Guida dir.*, 2015, 26, 61.

(17) A. Lanzi, *op. cit.*, 12. Sulla non punibilità delle valutazioni false, per R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Un intervento sulle “comunicazioni” che suscita imbarazzo*, in *Guida dir.*, 2015, 26, 58, la riforma del 2015 sembra essersi spinta dove quella del 2002 non aveva osato.

(18) Si tratta della sentenza Cass. pen., Sez. V, ud. 16 giugno 2015, n. 2151.

(19) Sia consentito il rinvio a A. Abbagnano Trione, *Il nuovo volto delle false comunicazioni sociali*, in *Studium iuris*, 2015, 1247.

(20) F. Mucciarelli, *“Ancorché” superfluo, ancora un commento sparso sulle nuove false comunicazioni sociali*, in <archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 2 luglio 2015.

(21) F. Mucciarelli, *Le “nuove” false comunicazioni sociali*, cit., 24.

(22) *Ivi*, 25.

(23) Come del resto riconosciuto dagli stessi R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Escluse le valutazioni dalle due nuove fattispecie*, cit., 63.

quantitativa del dato di riferimento o quando lo valuta impiegando un criterio difforme da quello enunciato nella nota integrativa (24).

Del resto, ad avviso di parte della dottrina, la (apparente) specificazione offerta dalla materialità (del fatto), pur volendo in astratto ampliare la nozione insita nel sostantivo, in realtà non svolge alcuna funzione realmente connotativa (25). L'area semantica delineata dal riferimento al "fatto" è destinata a rimanere invariata, non potendosi neppure ipotizzare uno spazio significativo mutuato dalla traduzione del concetto di "*material fact*" nell'accezione, propria dei paesi anglosassoni, di fatto "significativo" o "rilevante". Altrimenti, a risultare ridondante diverrebbe il carattere di "rilevanza" già presente nell'art. 2621 c.c. a contrassegno della dimensione di offensività del fatto materiale e, come si vedrà, a segnare la linea di confine con l'esposizione di fatti materiali falsi nelle società quotate, ex art. 2622 c.c. (26).

La questione, sulla quale sono intervenuti i più autorevoli studiosi di diritto penale societario (27), è stata definita dalle Sezioni unite penali della Cassazione nel 2016 (28). Per gli artefici della nomofilachia, la dimensione di tipicità del fatto sussiste "se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l'agente da tali criteri si discosti consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in inganno i destinatari delle comunicazioni sociali" (29). Le Sezioni unite hanno fatto leva sul reticolo di disposizioni che il codice civile dedica alla redazione del bilancio (articoli da 2423 a 2427), rilevando che il legislatore non solo si è fatto carico di indicare la struttura e il contenuto del bilancio, ma ha dettato anche i criteri

(24) Secondo la ricostruzione, di perdurante attualità, di A. Bartulli, *Tecniche di redazione del bilancio e norme incriminative*, in Id., *Tre studi sulle falsità in bilancio ed altri scritti di diritto penale societario*, Milano, Giuffrè, 1980, 10 ss. Se non vi è ragione per escludere dall'intervento penale le "valutazioni", ad una diversa soluzione si deve giungere quanto alle informazioni che si limitano ad esprimere apprezzamenti sulla società ovvero ne prospettano sviluppi futuri. È del tutto evidente che non risulterebbe congruo l'intervento penale per contrastare indicatori che non appaiono ancorati alla concretezza e all'assetto aziendale. Sul tema, C. Pedrazzi, *Voce Società commerciali (disciplina penale)*, cit., 312; A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 280. Sulle voci di bilancio e alle loro componenti valutative, si rinvia, per tutti, a V. Napoleoni, *Valutazioni di bilancio e false comunicazioni sociali: lineamenti di un'indagine dopo l'attuazione della quarta direttiva CEE*, in *Cass. pen.*, 1994, 416; A. Perini, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, Cedam, 1999; S. Seminara, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, 677; E. Biondi, *Le false valutazioni estimative in bilancio e la recente riforma dell'art. 2621 n. 1 c.c.*, in *Cass. pen.*, 2003, 2124.

(25) Così F. Mucciarelli, *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., 8.

(26) *Ivi*, 9.

(27) Sul tema della rilevanza della falsità nelle valutazioni si rimanda a A. Alessandri, *Le incerte novità del falso in bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 10; Id., *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite, ibidem*, 1479; A. D'Avirro, *Il nuovo falso in bilancio*, Milano, Giuffrè, 2015; C. Benussi, *I nuovi delitti di false comunicazioni sociali e la rilevanza penale delle false valutazioni*, in <archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 15 luglio 2016; R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Escluse le valutazioni dalle due nuove fattispecie*, cit., 60 ss.; Id., *La lenta scomparsa del diritto penale societario italiano*, in *Guida dir.*, 2015, 26, 53; I. Caraccioli, *Il nuovo falso in bilancio e i rapporti con i reati tributari. Le conseguenze derivanti dalla riforma penale societaria e dall'orientamento della Cassazione*, in *Riv. dir. trib.*, 2015, III, 112; Id., *Falso in bilancio. Dietro le polemiche norme più aderenti alla realtà societaria*, in *Guida dir.*, 2001, 36, 10; G. Caruso, *La persistente rilevanza di "fatti" e "valutazioni" nella riforma del falso in bilancio ex lege n. 69 del 2015. La soluzione delle Sezioni unite*, in *Arch. pen.*, 2016, 539; A. Crespi, *Sentenze opache e legalità "formalistica"*, in *Riv. soc.*, 2015, VI, 1033; M. Fumo, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: sintagmi, locuzioni, litoti ed altre (fuorvianti?) diavolerie linguistiche*, in <archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 7 giugno 2017; M. Gambardella, *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali. Tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità*, in *Cass. pen.*, 2015, V, 1723; A. Lanzi, *op. cit.*, 10 ss.; M. Lanzi, *Falsi valutativi, legislazione e formante giurisprudenziale, politica criminale a confronto con la crisi della legalità. Rassegna della recente giurisprudenza della Sezione quinta della Corte di Cassazione in tema di rilevanza penale dei falsi valutativi, in attesa delle Sezioni Unite*, in <archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 4 marzo 2016; V. Manes, *op. cit.*, 1; A. Manna, *Il nuovo delitto di false comunicazioni sociali (tra law in the books e law in action). Cronaca di una discutibile riforma*, in *Arch. pen.*, 2016, 487; M.N. Masullo, *Falso in bilancio e valutazioni punibili? Altri e non meno rilevanti interrogativi*, in <archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 1 febbraio 2016; Id., *Oltre il dato normativo. La ragionevole punibilità delle false valutazioni*, in *Cass. pen.*, 2016, IV, 1429; E. Mezzetti, *La ricomposizione disarticolata del falso in bilancio (Commento agli artt. 9-12 della l. n. 69/2015)*, in <www.lalegislazionepenale.eu>, 11 gennaio 2016; F. Mucciarelli, *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit.; C. Santoriello, *Rilevanza penale della valutazione di bilancio. Poche parole per riportare ordine in un dibattito isterico*, in *Arch. pen.*, 2015, 1; M. Scoletta, *Tutela dell'informazione societaria e vincoli di legalità nei nuovi delitti di false comunicazioni sociali*, in *Società*, 2015, 1301; Id., *Le parole sono importanti? "Fatti materiali", false valutazioni di bilancio e limiti all'esegesi del giudice penale*, in <archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 2 marzo 2016; Id., *La tipicità penale delle false valutazioni nelle comunicazioni sociali alla luce delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 1, 35; S. Seminara, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, cit., 813; Id., *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio. Il difficile esordio di una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1498; A. Sereni, *"Le parole sono pietre". Sulle valutazioni estimative nel falso in bilancio*, in <www.archiviopenale.it>, 12 settembre 2017; Id., *Valutazioni tecniche e falsità documentali nel "diritto vivente"*, *ivi*, 17 marzo 2019; F.A. Siena, *Fatti e giudizi, tra inosservanza della regola contabile e falsità del bilancio*, in <archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 3 aprile 2019; G. Strampelli, *Le valutazioni di bilancio tra non veridicità (civile) e falsità (penale). Spunti sulla punibilità dei falsi valutativi*, in *Riv. soc.*, 2016, 118; A. Testaguzza, *Un legislatore severo, ma non troppo: la nuova riforma delle false comunicazioni sociali*, in *Arch. pen.*, 2015, 979; L. Troyer, *Il c.d. falso valutativo, ri-tipizzato dalle Sezioni Unite, alla prova di un hard case. E se un OIC fosse "oscuro"?*, in *Riv. dott. commercialisti*, 2017, 311.

(28) Il contrasto giurisprudenziale, risolto da Cass. pen., S.U., 27 maggio 2016 (ud. 31 marzo 2016), n. 22474, Soc. L'Aquila calcio, in *Riv. pen.*, 2016, 623, era insorto a seguito della pubblicazione, pressoché coeva, delle seguenti sentenze: Cass. pen., Sez. V, 30 luglio 2015 (ud. 16 giugno 2015), n. 33774; 12 gennaio 2016 (ud. 12 novembre 2015), n. 890; 22 febbraio 2016 (ud. 8 gennaio 2016), n. 6916, Banca Alto Adige.

(29) Cass. pen., S.U., n. 22474/2016, cit., 623 ss.

di redazione dello stesso. “Di talché non può che sottoscrivere, alla luce del descritto impianto normativo, l’affermazione in base alla quale il bilancio, in tutte le sue componenti (stato patrimoniale, conto economico, rendiconto finanziario, nota integrativa), è un documento dal contenuto essenzialmente valutativo” (30).

La valutazione altro non è che una operazione intellettuale. I criteri di redazione del bilancio – prosegue la Corte – esistono e sono definiti dal legislatore nazionale e dalle direttive europee, ovvero sono frutto della elaborazione dottrinale nelle materie di competenza e sono ufficializzate ad opera dell’Organismo italiano di contabilità e, a livello sovranazionale, dall’*International Financial Reporting Standard*. In sintesi: “tutta la normativa civilistica presuppone e/o prescrive il momento valutativo nella redazione del bilancio, anzi ne detta (in gran parte) i criteri, delineando un vero e proprio metodo convenzionale di valutazione” (31).

È palese dalla lettura dell’impianto motivazionale della sentenza delle Sezioni unite che, nell’economia dell’interpretazione della fattispecie, il dato testuale non costituisce il fuoco del ragionamento interpretativo. Il superamento del parametro letterale viene giustificato, sostenendo l’irrelevanza della rimozione della subordinata “ancorché oggetto di valutazione” ricavata dal confronto con la vecchia disciplina. Si assume che l’attività di valutazione, siccome vincolata, è un’opera di mera “traduzione” in termini contabili e monetari della realtà sottostante e, quindi, esporre una stima scorretta significa rappresentare fatti falsi in un linguaggio convenzionale diverso da quello comune.

A suffragio di questa ultima argomentazione, sottolineano le Sezioni unite che le scienze contabilistiche appartengono senz’altro al novero delle scienze a ridotto margine di opinabilità. Partendo da questa premessa sarebbe possibile inferire che, essendo sempre percorribile con obiettività e quasi-cerchezza un “percorso conoscitivo che passa dai fatti alle valutazioni e dalle valutazioni ai fatti, non esistono in materia di bilancio spazi per una distinzione tra proposizioni ricognitivo-descrittive e proposizioni valutative, poiché il parametro legale e quello tecnico di riferimento sarebbero a tal punto raffinati da consentire una reciproca identificazione” (32).

L’argomentazione delle Sezioni unite, che si conforma dichiaratamente ad una interpretazione teleologicamente orientata della fattispecie penale, declinata in termini così perentori, presenta più di un nervo scoperto.

Le tecniche di misurazione dei valori di bilancio non garantiscono in realtà standard di certezza sempre elevati e uniformi. Le regole tecnico-contabili a cui le Sezioni unite si riferiscono sono spesso generiche ed i parametri in esse enunciati possono avere diverse declinazioni, secondo le peculiarità dei singoli casi.

Il bilancio fotografa un’immagine statica di una realtà che è sempre in movimento e la cui rappresentazione contiene scelte valutative connotate da margini di soggettività (33). Le stime contabili che confluiscono nei bilanci d’esercizio e nelle comunicazioni rivolte al pubblico sono spesso gravide dell’aleatorietà connaturata alla previsione su fatti futuri, per quanto sofisticati possano essere i metodi d’analisi utilizzati (34). Si devono considerare in particolare anche le linee evolutive delle scienze contabili in ambito europeo, tendenti a valorizzare criteri meno prudenziali di quelli domestici: si pensi, ad esempio, al criterio dei valori correnti di mercato che tende a soppiantare il criterio del costo storico, privilegiato dal codice civile (35). “La volatilità che le regole contabili del passato lasciavano fuori dal bilancio (registrando solo costi storici) ora entra prepotentemente nel bilancio” (36).

Appare pertanto minimale ridurre la questione al solo studio delle regole contabili e non condivisibile ascrivere le scienze contabili tra quelle a “ridotto margine di opinabilità”.

In altri termini, ad avviso di parte della dottrina, la soluzione propugnata dalle Sezioni unite corre il rischio di dare vita ad una norma penale in bianco, da riempire con clausole flessibili, principi generali, prassi mutevoli, regole convenzionali: di talché ne risulta compromessa la legalità ed il circuito democratico della divisione dei poteri (37).

(30) *Ibidem*.

(31) *Ibidem*.

(32) In chiave critica, cfr. F.A. Siena, *op. cit.*, 5 ss.

33 In questi termini, M. Lubrano di Scorpaniello, *False comunicazioni sociali e limiti dell’informativa contabile*, in *Giur. comm.*, 2019, 655 e 663, il quale osserva che non esiste una “verità” ideale e assoluta del bilancio, «non esistendo né un modello certo né dei criteri “automatici”, o “matematici” per redigere un bilancio “vero”, intendendosi per vero un documento idoneo a rappresentare dettagliatamente, tempestivamente e oggettivamente la situazione patrimoniale e l’andamento economico-finanziario di un’impresa societaria, nonostante il rispetto dei sempre più rigorosi (negli anni) precetti degli artt. 2423 ss. Questo dato, pacifico per gli aziendalisti e recepito da tempo dai giuscommercialisti, può essere meno agevole da conciliare con il diritto penale, dove i principi di ricerca della verità e di tassatività dei reati sono costretti a una convivenza a dir poco “sofferta” con un presupposto (il bilancio) permeato da una nozione “relativa”, e perciò fatalmente “mobile” di verità, per quanto possa ciò apparire un ossimoro».

(34) Così F.A. Siena, *op. cit.*, 19.

(35) *Ibidem*.

(36) M. Bini, *Calibrazione e backtesting nelle valutazioni di bilancio*, in *Società*, 2018, 1426.

(37) Così F.A. Siena, *op. cit.*, 20.

### 5. Alla ricerca di un discrimen tra l'esercizio del legittimo margine di discrezionalità nelle valutazioni e la falsità nei giudizi estimativi

Preso atto della difficile declinabilità di una verità oggettiva nelle valutazioni, occorre prendere consapevolezza che il parametro di relazione della verità legale o della verità tecnica non fornisce in tutti i casi una “traduzione” della realtà in termini monetari (38).

Ciò si traduce in un serio ostacolo per il giudice, e non soltanto sul piano dell'epistemologia penalistica, legata al criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, ma anche in ragione dell'argine posto dal dato letterale della fattispecie, non sussistendo in tal caso una “esposizione di fatti”.

Il “mendacio” che si radica nel solo momento valutativo assume i contorni di una infedeltà soggettiva difficilmente sindacabile in sede giudiziaria. La discrezionalità del redattore del bilancio si muove entro una gamma di possibilità anche molto rilevanti e non può essere oggetto di una verifica di corrispondenza tra quanto è stato enunciato e la realtà sottostante, giacché nella realtà stessa manca un dato sufficientemente definito e inemendabile (un fatto da “scoprire” e non da “costruire”) da porre a base del raffronto (39).

Appare del tutto evidente che sul tema della rilevanza penale delle “valutazioni” finiscono per confliggere due esigenze diametralmente opposte.

Da un lato, la necessità di assicurare protezione alla trasparenza delle informazioni contenute nei bilanci. Le stime influenzano grandemente i risultati di bilancio, sicché la mendacità delle stesse deve essere ricondotta alla pensione punitiva se non si vuole svuotare di senso la fattispecie incriminatrice.

Al contempo, la mutevolezza di parte dei processi estimativi non può che entrare in conflitto con l'esigenza propria della risposta penale di rendere prevedibile per il responsabile della redazione dei bilanci la linea di confine tra ciò che punibile e ciò che non lo è. Va da sé che l'esigenza alla conoscenza anticipata dei limiti della rilevanza penale dei fatti (*rectius*, delle valutazioni) sconta l'incertezza innata delle poste sottoposte a giudizio estimativo.

Il punto di incontro tra le due divergenti “ragioni” di protezione può essere ricercato, a nostro avviso, avvalendosi del contributo offerto dalla dottrina aziendalista. Invero, gli “aziendalisti” insegnano che i processi di stima tendono a identificare intervalli di valori più o meno ampi (40). Sicché, alla stregua del complesso dei criteri di valutazione convenzionalmente riconosciuti, occorre definire l'area all'interno della quale orbitano le valutazioni “accettabili”, vale a dire lo spazio entro il quale un giudizio estimativo è tra gli “estremi di conformità”.

In altri termini, per non rinunciare a fornire protezione a valori che non possono essere espressi in termini di certezza, occorre porre a base del giudizio penale “entità di valori” (*grandezze, stime, apprezzamenti, valutazioni, giudizi, misurazioni, ecc.*) la cui integrità ruoti attorno al requisito della “veridicità” e/o della “correttezza” estimativa (41). In questo modo, l'estensore della comunicazione sociale che abbia espresso la propria “valutazione” nel *range* definito dall'accettabilità e dalla correttezza convenzionalmente condivisa, ben potrà sentirsi rassicurato dalla prevedibile liceità della sua scelta, anche nei termini del necessario (dis)allineamento tra la propria previsione e volizione e le componenti soggettive richieste per la integrazione della fattispecie in argomento.

### 6. La “rilevanza” dei fatti materiali oggetto di comunicazione e l'attitudine decettiva del mendacio

Nella fattispecie in rassegna, oggetto dell'esposizione mendace o del falso per reticenza sono i “fatti materiali rilevanti”.

“Rilevante” è il fatto che presenta i contenuti necessari per alterare significativamente l'apprezzamento sulle condizioni economiche, patrimoniali e finanziarie della società.

L'incriminazione richiede che l'esposizione dei fatti non rispondenti al vero o il falso per reticenza siano resi “in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore”. Il requisito in esame orienta per la costruzione del reato in termini di pericolo concreto. Detta componente modale segna la dimensione di necessaria offensività del fatto, vocata com'è a condizionare, o a rendere erroneo, il giudizio “altrui” sullo stato economico, patrimoniale e finanziario della società.

L'attitudine ingannatoria, come rilevato, evoca il modello della “truffa tentata *in incertam personam*” (42) o della “truffa a consumazione anticipata” (43).

(38) *Ivi*, 28.

(39) In argomento, L. Troyer, *op. cit.*, a commento di Cass. pen., Sez. V, 8 novembre 2016 (ud. 30 giugno 2016), n. 46689. La Cassazione, nell'occasione, ha precisato che “la rilevanza penale delle valutazioni non consegue alla semplice violazione delle norme codicistiche in materia di redazione dei bilanci, non potendo, altrimenti, operare una distinzione tra illecito penale ed irregolarità di natura civile, bensì alla mancata corrispondenza tra i criteri di valutazione dichiarati e quelli effettivamente seguiti, tanto da impedire la ricostruzione del processo logico di formazione del bilancio e la sua funzione informativa, ponendo così particolare attenzione alla capacità decettiva del falso”.

(40) M. Bini, *op. cit.*, 1426.

(41) F. Superti Furga, *Riflessioni sulla novella legislativa concernente il falso in bilancio in una prospettiva economico-aziendalistica*, in *Società*, 2015, 1292.

(42) Così F. Mucciarelli, *Le “nuove” false comunicazioni sociali*, cit., 8 e 11.

(43) Così A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 281.

Detto elemento della fattispecie, considerato l'elevato tasso tecnicistico delle comunicazioni sociali, postula l'aprioristica individuazione di un modello ideale di "destinatario" della comunicazione e del grado culturale di comprensione dell'informazione in indirizzo, affinché possa definirsi un parametro univoco sull'effettività frodatrice della comunicazione falsa. Parametro da spendere in sede processuale in modo da assicurare uniformi prassi applicative.

È evidente il diverso tipo di impatto che un'informazione sociale può avere su di un operatore professionale, rispetto ad un destinatario dotato di buone, normali o, scarse conoscenze di settore

Onde evitare di dover ricorrere a una classificazione che parametri l'idoneità ingannatoria in funzione della relazione intercorrente tra minor o maggiore tecnicismo dell'informazione e minor o maggiore grado di competenze del fruitore, il criterio da prediligere è quello che eleva il livello delle conoscenze del destinatario, individuandolo in un soggetto dotato di competenze sufficientemente qualificate per decrittare il linguaggio aziendalistico e i suoi strumenti comunicativi, senza, tuttavia, dimenticare che l'informazione societaria non è più soltanto una questione di addetti ai lavori, ma riguarda sempre più ampie platee di "risparmiatori" (44).

### 7. Le declinazioni dell'elemento psicologico

Nella previgente formulazione delle false comunicazioni sociali, la struttura dell'elemento soggettivo appariva decisamente ridondante, combinando il dolo generico, il dolo intenzionale ed il dolo specifico.

La necessità di ricercare nell'autore del fatto componenti psicologiche di più spiccata intensità appariva uno strumento funzionale a contrastare la prassi degli anni '90, orientata a ricondurre al telaio punitivo, con troppa disinvoltura, fatti scarsamente denotati dal punto di vista soggettivo.

Il precipitato della complessa densità del dolo era l'irrilevanza di forme di dolo indiretto e, segnatamente, del dolo eventuale.

Con l'avvenuta soppressione del requisito del dolo intenzionale (*intenzione di ingannare i soci o il pubblico*), è stata restituita effettività all'incriminazione, anche se, a fare da *pendant* all'alleggerimento dei fattori soggettivi, vi è da registrare l'inserimento del requisito della "consapevolezza" che deve supportare la condotta di esposizione dei fatti materiali rilevanti non corrispondenti al vero. Viene in altri termini potenziato il requisito della rappresentazione del mendacio, con l'effetto di sottrarre alla rilevanza penale la condizione di mera conoscibilità del fatto. L'avverbio "consapevolmente" pone "un argine significativo contro improprie forme di penalizzazione di meri stati di dubbio e ipotesi congetturali: argine che dovrebbe risultare tanto più invalicabile al cospetto – in ipotesi – di stime redatte imprudentemente o negligenzemente, e pur violando criteri valutativi positivamente determinati o tecnicamente indiscussi, specie ove i criteri concretamente applicati siano stati indicati in bilancio" (45).

Il ruolo del dolo specifico (*fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto*) è rimasto invariato rispetto al passato ed assolve anch'esso ad una funzione selettiva della fattispecie e a richiamare il giudicante alla verifica circa l'effettivo raggiungimento degli oneri probatori corrispondenti.

### 8. Le false comunicazioni sociali nelle società quotate (art. 2622 c.c.)

La fattispecie in rassegna presenta caratteri di specialità rispetto a quella prevista dall'art. 2621 c.c. I caratteri integrativi dell'incriminazione vanno ricercati, a partire dal titolo del reato (*società quotate*), nel riferimento alle false comunicazioni delle società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o di altro Paese dell'Unione europea, da equiparare, ad ogni effetto, alle false comunicazioni delle società in corso di quotazione, delle controllanti di società emittenti strumenti finanziari, e delle società che fanno appello al pubblico risparmio o che lo gestiscono.

Rispetto al modello nucleare di cui all'art. 2621 c.c. vanno segnalate due varianti disciplinari.

Per la modalità "espositiva" del falso non è richiesto il requisito della "rilevanza" dei fatti materiali (46), a differenza dell'ipotesi omissiva, nella quale il mendacio per reticenza si perfeziona a condizione che i fatti materiali risultino contrassegnati anche dalla loro "rilevanza".

Si è osservato che con il ricorso alle due distinte soluzioni si sia inteso intervenire in maniera più penetrante nei confronti dei fatti commissivi le false comunicazioni rese dalle società quotate, ovvero, da quegli enti che fisiologicamente hanno una platea di destinatari di maggiore vastità (47). Detta esegesi, da preferire all'ipotesi alternativa, secondo la quale il legislatore sarebbe incorso in una svista, non spiega, tuttavia, le ragioni per le quali nel caso del falso per reticenza nelle società quotate si sia optato per la soluzione, fatta propria dall'art. 2621 c.c., di rendere tipica soltanto

(44) In argomento, diffusamente, A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 292.

(45) Così V. Manes, *op. cit.*, 28.

(46) In S. Seminara, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, cit., 822, prende corpo l'idea che la mancata specificazione dell'attributo della "rilevanza" nelle condotte di segno positivo sia frutto di una deliberata dilatazione della nozione tipica di falso, in armonia con le linee programmatiche dell'"anticorruzione" e del contrasto alle dazioni di tangenti, finalizzata a colpire le provviste funzionali agli illeciti mercimoni (riserve occulte liquide), sempre che le stesse siano idonee a riflettersi sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società. Diversamente, la tutela penale finirebbe per trasformarsi in un evanescente obbligo di veridicità delle scritture contabili.

(47) Così F. Mucciarelli, *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., 6.

l'omessa comunicazione di un fatto materiale "rilevante", posto che un'omissione maliziosa presenta ordinariamente la medesima insidiosità decettiva di una falsa esposizione (48).

Degno di nota è anche il fatto che per il perfezionamento del reato in seno alle società quotate non è richiesto, a differenza dall'ipotesi che la precede, che le comunicazioni sociali siano quelle previste dalla legge; in altri termini, oggi la punibilità è estesa a qualsiasi "falsa" dichiarazione, pur non tipizzata espressamente, che presenti idoneità lesiva verso i soci e il pubblico. Il riferimento corre alle dichiarazioni rese anche a seguito di iniziative volontariamente assunte dai soggetti muniti delle necessarie qualifiche soggettive tipizzanti, anche quando sprovviste di corrispondenti ascendenti normativi (49).

La clausola di riserva prevista dall'art. 2621 c.c. (*fuori dai casi previsti dall'art. 2622*), unitamente agli ingredienti della fattispecie e, segnatamente, l'individuazione di uno specifico *nomen iuris* nella rubrica della norma, la natura speciale dell'incriminazione, dettata non soltanto dal più intenso calibro di lesività, ma dal riferimento ad enti che hanno peculiarità proprie e discipline di settore spesso molto complesse, l'assenza di qualsiasi riferimento nominalistico alle "circostanze", l'indicazione di un carico sanzionatorio espresso non in termini di multiplo delle pene previste per le comunicazioni false di cui all'art. 2621 c.c., orientano per qualificare l'illecito in esame come un'ipotesi autonoma di reato, piuttosto che figura circostanziata di quella nucleare.

### 9. I fatti di lieve entità

Il ventaglio delle soluzioni previste dal microcosmo delle false comunicazioni sociali è stato arricchito dalle previsioni di cui agli artt. 2621-*bis* e 2621-*ter*, aventi ad oggetto, rispettivamente, i "fatti di lieve entità" e i "fatti di particolare tenuità".

L'innesto delle ipotesi di "lieve entità" e di "particolare tenuità" nel mosaico delle false comunicazioni sociali impalcato del 2015 sconta il mancato coordinamento con la previsione di cui all'art. 2640 c.c., dell'attenuante prevista per i reati societari che abbiano cagionato un'"offesa di particolare tenuità". Un "mistero inestricabile" ad avviso degli addetti ai lavori, posto che non è possibile ravvisare autonomi statuti significativi tra le classi giuridiche indicate (50).

La scarsa coerenza sistematica del legislatore si misura anche quanto al rinvio che la disposizione opera testualmente alle false comunicazioni sociali di cui all'art. 2621 c.c., e quindi, ai fatti materiali "rilevanti", oggetto dell'esposizione falsa o del mendacio per reticenza. È invero difficile conciliare un fatto, del quale si richiede materialità e rilevanza, con la dimensione della lieve entità (51).

Le ipotesi di "lieve entità" sono di due tipi, definite, rispettivamente, dal primo e dal secondo comma dell'art. 2621-*bis* c.c. ed appaiono accomunate da una logica di "favore" riservata dal legislatore alla realtà, tutta italiana, di un tessuto societario formato prevalentemente da piccole e medie imprese (52).

Il primo dei fatti di lieve entità è parametrato alla "natura" e alle "dimensioni" (di minor impatto) della società e alle modalità o agli effetti della condotta. I requisiti dovranno essere oggetto di accertamento in concreto da parte del giudice, il quale è chiamato, per effetto della congiunzione che lega "natura e dimensioni della società" con "le modalità o gli effetti della condotta", a rintracciare detti coefficienti in via cumulativa.

Appare piuttosto infelice il riferimento alla "natura" della società, termine avulso dalle categorie di uso comune; più tangibile è il riferimento al paradigma dimensionale che filtra indici di tipo quantitativo. In questo caso, i criteri di orientamento utili a fissare la lieve entità del fatto sono offerti, in coerenza con quanto disposto dal secondo comma dell'art. 2621-*bis* c.c., dal capitale sociale, dal fatturato, dal patrimonio, dai ricavi e dall'indebitamento (53).

Si presumono sempre di lieve entità e beneficiano della riduzione di pena, oltre che della procedibilità a querela, i fatti di cui all'art. 2621 c.c., concernenti le società che non superano i limiti indicati dall'art. 2, lett. d), d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (imprese minori).

La fattispecie prevede un'inedita indicazione espressa dei soggetti titolari del diritto di querela, individuandoli nella società, nei soci, nei creditori o negli altri destinatari della comunicazione sociale.

Gli elementi denotativi di cui al primo e al secondo comma (clausola di riserva, trattamento sanzionatorio parametrato alle dimensioni della società, procedibilità a querela) lasciano propendere per la qualificazione delle false comunicazioni sociali di lieve entità come fattispecie autonome di reato, piuttosto che come circostanze attenuanti della figura principale di cui all'art. 2621 c.c. (54).

(48) Ancora, F. Mucciarelli, *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., 8.

(49) Cfr. E. Mezzetti, *op. cit.*, 4.

(50) Così R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Per le non quotate la tenuità del fatto salva dalla condanna*, cit., 66.

(51) Sul punto, ancora, R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Per le non quotate la tenuità del fatto salva dalla condanna*, cit., 64.

(52) Di questo avviso S. Seminara, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, cit., 819.

(53) Si tratta degli indici necessari a definire le imprese minori. Sul punto, F. Mucciarelli, *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., 28. Osserva, condivisibilmente, S. Seminara, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, cit., 818, che il rinvio operato dalla fattispecie ai risultati di esercizio relativi all'attivo patrimoniale, ai ricavi lordi e ai debiti, non tiene conto del diverso criterio, oramai condiviso in ambito comunitario (*ex art. 3 direttiva 26 giugno 2013, n. 2013/34/UE*), che differenzia le imprese piccole, medie e grandi, in ragione dei parametri dello stato patrimoniale, dei ricavi e del numero dei dipendenti.

(54) Di questo avviso F. Mucciarelli, *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., 28.



#### 10. *La non punibilità dei fatti di particolare tenuità*

La causa di esclusione dalla pena di cui all'art. 2621-*ter* c.c. prende le mosse dall'ipotesi di parte generale di cui all'art. 131-*bis* c.p. Al denominatore comune delle modalità della condotta, dell'offesa di particolare tenuità e della non abitudine del comportamento, si somma – nel caso dell'art. 2621-*ter* – il dato tipizzante dell'entità del *danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori*, che il giudice dovrà valutare con criterio di prevalenza sugli altri indici.

Senonché, ancora una volta, non si può fare a meno di sottolineare il claudicante incedere legislativo, proiettato alla valorizzazione dell'elemento del “danno”, in un disegno riformatore che sull'assenza di detto requisito ha impalcato la fattispecie.

Da ultimo, non può essere sottaciuto il rischio di una facile sovrapposizione delle nozioni di “lieve entità” e di “particolare tenuità” e, quindi, la prevedibile difficoltà di discernere tra ipotesi (comunque) punibili ed ipotesi non punibili.

Per tracciare un solco tra le due fattispecie, è possibile assegnare al bacino concettuale della “lieve entità”, le false comunicazioni sociali provenienti da enti di modeste dimensioni, riservando, piuttosto, la non punibilità per la “particolare tenuità” del fatto all'incidenza marginale di taluni fattori intranei alla tipicità (condotta, pericolo, danno).

#### 11. *Le sanzioni e la procedibilità*

Allineandosi, coerentemente, alla crescente offensività delle fattispecie, la posologia sanzionatoria prende le mosse dall'art. 2621-*bis* c.c., con le ipotesi di lieve entità, punite con la reclusione da sei mesi a tre anni. La reclusione per le false comunicazioni delle società ordinarie lievita da un minimo di un anno fino ad un massimo di cinque anni di reclusione, fino ad inarcarsi alla misura della reclusione da tre a otto anni per le falsità commesse in seno alle società quotate e a quelle ad esse equiparate. Il marcato disvalore di quest'ultima fattispecie, segnato dalla destinazione dell'informazione societaria a una platea più ampia, dà ragione della più intensa punizione. Come già ricordato, il delitto è procedibile a querela nella sola ipotesi di cui all'art. 2621-*bis*, c. 2, c.c., relativa alla presunzione di lieve entità per le false comunicazioni delle società non suscettibili di fallimento.

\* \* \*

## CONTROLLO

### Sezioni riunite in sede di controllo

15 – Sezioni riunite in sede di controllo; deliberazione 17 marzo 2023; Pres. Carlino, Rel. Granelli, Gallo, Quaglini, Marra.

**Amministrazione dello Stato e pubblica in genere – Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) – Stato di attuazione – Relazione ex art. 7, c. 7, d.l. n. 77/2021.**

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 3, c. 4; d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale, art. 22; d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, *governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure.

*Le Sezioni riunite della Corte dei conti in sede di controllo con la relazione in commento hanno riferito al Parlamento in merito allo stato di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr), ai sensi e per gli effetti dell'art. 7, c. 7, ultimo periodo, del d.l. 31 maggio 2021 n. 77, sulla scorta di quanto previsto nel programma dei controlli e delle analisi per l'anno 2023, approvato con deliberazione 23 dicembre 2022, n. 43 delle stesse Sezioni riunite.*

*La relazione risulta integrata dai contributi di sintesi dell'attività svolta dalle diverse sezioni di controllo, da esse predisposti ed approvati con distinte deliberazioni, accompagnate da apposite note metodologiche.*

*La relazione si inserisce in una fase attuativa del Piano in cui i diversi interventi risultano ormai avviati, almeno sotto il profilo amministrativo, pertanto, ha rappresentato un punto di interesse centrale per l'analisi svolta quello dei profili organizzativi, riferiti tanto alla dotazione organica delle amministrazioni interessate, per la quale erano già state evidenziate criticità nel precedente Rapporto, quanto alla realizzazione delle strutture e/o delle unità di missione aventi compiti di monitoraggio, coordinamento e rendicontazione, ai sensi dell'art. 8 del d.l. n. 77/2021.*

*Le Sezioni riunite hanno rivolto la loro attenzione alla verifica dell'attuazione del Piano, sotto molteplici aspetti, prendendo le mosse dall'analisi del conseguimento degli obiettivi (target e milestone), sia quelli concordati a livello europeo che quelli stabiliti in ambito nazionale, relativi al secondo semestre 2022 per occuparsi poi dell'andamento delle realizzazioni effettive per il primo semestre 2023, al fine di dare una panoramica di quanto già realizzato e degli ostacoli emersi nei primi mesi dell'anno 2023, nel quale, alla luce delle osservazioni formulate, è attesa un'accelerazione di oltre 5 miliardi rispetto al quadro iniziale.*

*L'analisi condotta ha avuto ad oggetto altresì i flussi finanziari che il Pnrr movimentava, prendendo in considerazione sia quelli collegati prevalentemente ai nuovi progetti, sia quelli relativi ai progetti c.d. "in essere", ossia le iniziative di spesa già previste a legislazione vigente, ma poi transitate nel quadro delle risorse del Piano. A tal fine, è stato fatto riferimento al sistema ReGiS dal quale sono state ricavate le informazioni di dettaglio relative ai singoli progetti avviati. I progressi registrati dal suddetto sistema al febbraio 2023 mostravano 134 mila unità progettuali censite, relative a 148 delle 285 misure che compongono il Piano. A fronte delle iniziative, la spesa sostenuta a fine 2022 è stata stimata in oltre 23 miliardi di euro con un'accelerazione rispetto al cronoprogramma di oltre 2,5 miliardi, in ragione dell'intervento di rafforzamento dell'Ecobonus-Sismabonus che ha fatto registrare un livello di spesa più elevato di quanto previsto*

*La relazione contiene tre focus dei quali il primo riguarda gli interventi per la coesione territoriale, in vista dell'utilizzo del Pnrr anche per rafforzare l'intervento pubblico a favore delle aree più svantaggiate, con la previsione di un vincolo di destinazione, ex ante, che interviene perciò nella fase iniziale della programmazione, a favore del Mezzogiorno, pari al 40 per cento delle risorse destinate ai singoli interventi.*

*Il secondo focus riguarda l'esame delle altre due dimensioni trasversali del Piano: ovvero il superamento dei divari generazionali e di genere. Il terzo approfondimento, infine, risulta incentrato sul settore delle costruzioni, dal momento che una parte significativa delle risorse del Pnrr nonché del Piano complementare sono state destinate ad attivare la filiera delle costruzioni. (1)*

\*\*\*

### Sezione centrale controllo legittimità

1 – Sezione controllo legittimità; deliberazione 7 marzo 2023; Pres. Carlino, Rel. Brandolini; Ministero della difesa.

**Contratti pubblici – Accordi quadro – Assunzione di impegno di spesa a copertura dell'intero fabbisogno finanziario – Necessità – Non sussiste.**

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 3, c. 1; l. 31 dicembre 2009, n. 196, legge di contabilità e finanza pubblica, artt. 34, 34-*quater*; d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, codice dei contratti pubblici, artt. 3, c. 1, lett. ii), 54; d.lgs. 16 marzo 2018, n. 29, disposizioni integrative e correttive al d.lgs. 12 maggio 2016, n. 93, recante riordino della disciplina per la gestione del bilancio e il potenziamento della funzione del bilancio

(1) Il testo integrale della relazione si legge <[www.corteconti.it](http://www.corteconti.it)>.

di cassa, in attuazione dell'art. 42, c. 1, l. 31 dicembre 2009, n. 196, art. 3.

**Corte dei conti – Contratti pubblici – Decreti approvativi dei contratti stipulati in adesione all'accordo quadro – Sottoposizione a controllo preventivo di legittimità – Competenza coincidente con quella del controllo sull'accordo quadro – Susiste.**

L. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 3, c. 1; l. 31 dicembre 2009, n. 196, artt. 34, 34-*quater*; d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, artt. 3, c. 1, lett. ii), 54; d.lgs. 16 marzo 2018, n. 29, art. 3.

*Attesa la natura dell'accordo quadro, configurabile quale fattispecie complessa a formazione progressiva, finalizzata a disciplinare, in modo non esaustivo, per il periodo di vigenza, i prezzi e le quantità oggetto dei futuri ed eventuali rapporti contrattuali dallo stesso derivanti (c.d. contratti adesivi discendenti), dalla sua stipula non scaturiscono in via diretta ed immediata obbligazioni o effetti reali e, pertanto, l'accordo non può configurarsi come atto produttivo di effetti finanziari sul bilancio dello Stato e non costituisce titolo legittimante la nascita di un'obbligazione pecuniaria, in assenza della quale non può procedersi all'assunzione dell'impegno di spesa; ciò a differenza dei singoli contratti esecutivi che sono produttivi di effetti obbligatori ed abbisognano di specifici atti di impegno.*

*La competenza a valutare la legittimità dei contratti esecutivi spetta allo stesso ufficio di controllo che ha vagliato la legittimità dell'accordo quadro ai sensi dell'art. 3, c. 1, l. n. 20/1994. (1)*

**Diritto** – 2. La sezione è chiamata a pronunciarsi, previa risoluzione di questione di massima di interesse generale, sulla conformità a legge dei seguenti atti del Ministero della difesa (Comando Forze operative nord, Direzione d'intendenza, Padova):

a) d. 2 dicembre 2022, n. 65 di approvazione dell'accordo quadro n. 198 del 15 novembre 2022 stipulato tra il Comando Brigata di Cavalleria Pozzuolo del Friuli, Direzione d'intendenza e la ditta Autofficina Sandri s.r.l. di Tezze sul Brenta (VI), di durata 24 mesi per il servizio di manutenzione/riparazione e revisione veicolare degli automezzi commerciali in uso presso i reparti dipendenti del Comfop Nord – Lotto 3 Cig: 9230645938. Importo: euro 344.262 Iva esclusa;

b) d. 2 dicembre 2022, n. 66 di approvazione dell'accordo quadro n. 199 del 16 novembre 2022 stipulato tra il Comando Brigata di Cavalleria Pozzuolo del Friuli, Direzione d'intendenza, e la ditta Parts & Services di Roma, di durata 24 mesi per il servizio di manutenzione/riparazione e revisione veicolare degli automezzi commerciali in uso presso i reparti dipendenti del Comfop Nord – Lotti 1-2-5-6-7-8 e 10. Importo presunto, per il Lotto 1 (Cig: 922938596F): euro

333.197 Iva esclusa; per il lotto 2 (Cig: 9230606909): euro 203.607 Iva esclusa; per il lotto 5 (Cig: 9230692004): euro 86.066 Iva esclusa; per il lotto 6 (Cig: 9230702842): euro 44.262 Iva esclusa; per il lotto 7 (Cig: 92307217F0): euro 113.115 Iva esclusa; per il lotto 8 (Cig: 92311455D6): euro 373.770 Iva esclusa; per il lotto 10 (Cig: 9231158092) euro 12.295 Iva esclusa; c) d. n. 67 del 2 dicembre 2022 di approvazione dell'accordo quadro n. 200 del 16 novembre 2022 stipulato tra il Comando Brigata di Cavalleria Pozzuolo del Friuli, Direzione d'intendenza, e la ditta No.Ve.Ri. Auto S.r.l. di Roma, di durata 24 mesi per la fornitura di ricambi per veicoli di derivazione commerciale in uso presso i reparti dipendenti del Comfop Nord – Cig: 9229358329. Importo: euro 720.000 Iva esclusa.

I decreti nn. 65 e 66 (*sub a e b*) fanno parte di un'unica procedura di gara, suddivisa in n. 14 lotti per un valore posta a base di gara di euro 1.769.590,16 i cui servizi di manutenzione e riparazione sono destinati ai veicoli in uso presso i seguenti reparti dipendenti dal Comfop Nord di Padova: Lotto 1 – riferimento Sede Remanzacco (UD); Lotto 2 – riferimento Sede Pordenone; Lotto 3 – riferimento Sede Padova; Lotto 4 – riferimento Sede Cremona; Lotto 5 – riferimento Sede Vercelli; Lotto 6 – riferimento Sede Bologna; Lotto 7 – riferimento Sede Firenze; Lotto 8 – riferimento Sede Pisa; Lotto 9 – riferimento Sede Grosseto; Lotto 10 – riferimento Sede Ancona; Lotto 11 – riferimento Sede Bracciano (Roma); Lotto 12 – riferimento Sede Perugia; Lotto 13 – riferimento Sede Pescara; Lotto 14 – riferimento Sede L'Aquila. Per i Lotti 5-9-12-13 e 14 la gara è andata deserta.

Il d. n. 67 (*sub c*) consegue alla gara, a lotto unico per una spesa massima presunta di euro 720.000 Iva esclusa (Cig Lotto: 9229358329), per l'affidamento della fornitura in accordo quadro di ricambi per veicoli di derivazione commerciale in uso presso le brigate ed i reparti dipendenti dal Comfop Nord.

Per detti decreti, l'ufficio di controllo per il Veneto, a cui gli stessi sono stati sottoposti per competenza territoriale, ha rilevato la necessità della risoluzione di due problematiche specifiche tra di esse collegate, di cui la prima dirimente ai fini della valutazione di legittimità degli atti deferiti.

Trattasi di identiche questioni di massima di particolare importanza, suscettibili di applicazione generalizzata per tutti gli enti della categoria.

In conseguenza, ha rimesso la questione all'adunanza generale di questa sezione centrale, in conformità a quanto previsto dall'art. 3, c. 3, della deliberazione delle Sezioni riunite n. 14/2000, e successive modificazioni, recante il "*Regolamento delle funzioni di controllo della Corte dei conti*".

3. Come già rappresentato in parte narrativa, la prima questione rimessa – che è quella dirimente ai fini della valutazione di legittimità/illegittimità degli atti deferiti – concerne la corretta interpretazione ed applicazione dell'art. 34, c. 2 e c. 2-*bis*, in combinato disposto con il successivo art. 34-*quater*, l. n.

(1) Segue la nota di P. Cosa, *Gli accordi quadro e l'assunzione dei correlati impegni di spesa*.

196/2009, in relazione agli accordi quadro stipulati dagli uffici periferici dell'amministrazione della difesa in qualità di ordinatori primari di spesa (Eops) e, nello specifico, se questi possano prescindere all'atto dell'approvazione di accordo quadro, al quale dovranno successivamente aderire le brigate e i reparti da essi dipendenti, dalla messa a disposizione delle risorse in favore dei funzionari delegati e, quindi, dall'assunzione dell'impegno di spesa delegata.

Il punto è controverso poiché l'amministrazione della difesa sostiene che l'accordo quadro, in quanto contratto "normativo" il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste, non comporta alcun impegno finanziario né un aumento del valore del patrimonio dello Stato e, di conseguenza, non necessita di alcun impegno di spesa che, invece, dovrà essere assunto sui pertinenti capitoli di bilancio, nei limiti della relativa somma da impegnare, dagli ordinatori secondari di spesa all'atto della stipula del contratto discendente, così come comprovato anche dalla giurisprudenza dei giudici contabili richiamata in atti; diversamente, l'ufficio di controllo remittente ritiene che anche per gli accordi quadro, alla luce della richiamata normativa, l'amministrazione debba assumere l'impegno di spesa e, nello specifico, l'impegno di spesa delegata.

Sostiene, infatti, l'ufficio remittente che con l'art. 34-*quater* della l. n. 196/2009, introdotto dall'art. 3 del d.lgs. n. 29/2018 (recante: "*Disposizioni integrative e correttive al d.lgs. 12 maggio 2016, n. 93, recante riordino della disciplina per la gestione del bilancio e il potenziamento della funzione del bilancio di cassa, in attuazione dell'art. 42, c. 1, l. 31 dicembre 2009, n. 196*"), è stata disciplinata la spesa decentrata agli uffici periferici delle amministrazioni statali, configurando la possibilità di provvedere all'assegnazione di fondi da parte delle amministrazioni centrali dello Stato ai propri uffici periferici e che con l'inserimento del c. 2-*bis* nell'art. 34 della stessa l. n. 196/2009, anch'esso introdotto dal d.lgs. n. 29/2018 (art. 1, c. 1, lett. b), è stato disciplinato specificatamente l'impegno di spesa "delegata", che non prelude direttamente alla spesa finale ma alla messa a disposizione delle risorse in favore dei funzionari delegati.

A detta dell'ufficio remittente la prospettazione formulata trova conferma nel fatto che detto impegno necessita di elementi costitutivi diversi da quelli previsti in via generale per le altre tipologie di impegno e che, alla luce del dettato normativo, l'impegno di spesa delegata non ha ad oggetto il pagamento di un creditore puntualmente identificato, bensì la messa a disposizione delle risorse ai funzionari delegati (la c.d. rete dei funzionari delegati) i quali poi, secondo le ordinarie procedure di spesa, dovranno provvedere agli impegni giuridici di propria competenza.

Inoltre, dall'analisi del complessivo quadro normativo di riferimento, emerge che le amministrazioni centrali dovrebbero provvedere a ripartire, in tutto o in

parte, le somme stanziare sui singoli capitoli di spesa tra i propri uffici periferici, sia per l'esercizio delle funzioni attribuite agli stessi da specifiche disposizioni di legge o regolamento che per l'espletamento delle attività ad essi decentrate dagli uffici centrali. Le somme assegnate con le predette ripartizioni sono espressamente equiparate agli stanziamenti di bilancio a tutti gli effetti (art. 34-*quater*, c. 1).

La norma prevede, poi, la possibilità per gli uffici periferici assegnatari delle risorse, di emettere, qualora ne ravvisino la necessità, ordini di accreditamento in favore di funzionari delegati preposti alle eventuali ulteriori articolazioni periferiche degli stessi uffici e stabilisce che gli importi degli impegni di spesa delegata, a fronte dei quali, alla data di chiusura dell'esercizio, non corrispondono ordini di accreditamento costituiscono economie di bilancio mentre gli importi delle aperture di credito non interamente utilizzati dai funzionari delegati entro il termine di chiusura dell'esercizio costituiscono residui di spesa delegata.

Così ricostruito il quadro normativo, l'ufficio di controllo ritiene applicabile la disciplina dell'impegno delegato ai decreti in esame posto che la costituzione degli uffici periferici dell'amministrazione della difesa, quali enti "ordinatori primari di spesa" (Eops), deputati ad assolvere compiti riconducibili alla razionalizzazione dei processi di spesa, compresi quelli per l'approvvigionamento di beni e servizi e all'appalto dei lavori, attraverso l'acquisizione centralizzata, è avvenuta in applicazione del richiamato art. 34-*quater* della legge di contabilità e finanza pubblica e che lo Stato Maggiore dell'esercito – Ufficio generale del Cra "Esercito Italiano" – ha stabilito nel decreto istitutivo (d. 12 luglio 2021, n. 368) che l'ufficio generale del Cra "*predisporrà i decreti di assegnazione fondi a favore degli Eops interessati, per consentire agli stessi lo svolgimento delle attività amministrative decentrate su capitoli di spesa del Cra 004*" esposti in apposito allegato (all. B) al decreto stesso.

3.1. Al riguardo, questa sezione ritiene, ai fini della risoluzione della questione prospettata, ossia dell'impatto sul bilancio e degli adempimenti contabili conseguente alla stipulazione di un accordo quadro, di dover preliminarmente ricostruire il quadro giuridico di riferimento di quest'ultimo, in modo da poterne qualificare la natura giuridica e gli effetti conseguenti.

3.2. L'istituto è attualmente disciplinato dall'art. 54 c.c.p. (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), che ha rimosso le limitazioni applicative previste dall'art. 59 del precedente codice del 2006 (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), consentendo l'applicabilità dell'accordo quadro a settori non contemplati dalla normativa precedente, in un'ottica di progressiva espansione dell'utilizzo di detta formula contrattuale, in conformità al quadro normativo delineato dal legislatore europeo (direttive 90/531/Cee e 93/38/Cee recepite con il d.lgs. n. 158/1995; direttiva 2004/18/Ce, recepita dal codice dei contratti del 2006, in seguito abrogata a decorrere dal 18 aprile 2016 dalla direttiva 2014/24/UE, recepita

dal codice dei contratti del 2016) che ha qualificato lo strumento degli accordi quadro *“una tecnica di aggiudicazione efficiente in tutta Europa”* (considerato n. 60 della direttiva 2014/24/UE cit.), precisandone comunque le condizioni per un uso legittimo e non distorsivo della concorrenza.

In coerenza con la disciplina europea (art. 33, par. 1, c. 2, direttiva 2014/24/UE cit.) il d.lgs. n. 50/2016 all'art. 3, c. 1, lett. iii) definisce l'accordo quadro come *“l'accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste”*.

Quanto alla natura ed alle finalità, oltre a quanto già sopra evidenziato, vanno richiamate le Linee guida per gli appalti pubblici della Commissione europea del 29 ottobre 2015, la giurisprudenza della Corte di giustizia europea e la più recente giurisprudenza amministrativa.

Le prime hanno affermato che *“l'accordo quadro non è un appalto”* ma può essere applicato a tutti i tipi di appalto e può *“dar luogo ad un consistente risparmio di tempo, costi del prodotto e risorse”*, la giurisprudenza europea ha precisato che *“l'accordo quadro rientra, in generale, nella nozione di appalti pubblici, poiché conferisce un'unità ai diversi contratti specifici che disciplina”* (cfr. Sez. III, 19 dicembre 2018, n. C-216/17) e la giurisprudenza amministrativa ha confermato che l'accordo quadro *“costituisce una procedura di selezione del contraente (che non postula alcuna deroga ai principi di trasparenza e completezza dell'offerta) allo scopo di semplificare, sotto il profilo amministrativo, il processo d'aggiudicazione dei contratti fra una o più stazioni appaltanti ed uno o più operatori economici, individuando futuri contraenti, prefissando condizioni e clausole relative agli appalti in un dato arco temporale massimo, con l'indicazione dei prezzi e, se del caso, delle quantità previste. Così facendo l'amministrazione accorpa la maggior parte degli adempimenti amministrativi ed ottiene un risparmio di attività procedimentale, nonché di oneri connessi alle procedure di affidamento...”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6 agosto 2021, n. 5785) e precisato che *“l'accordo quadro è un modello negoziale, riconducibile, lato sensu, agli schemi del contratto normativo e del contratto preliminare e si sostanzia in un accordo con efficacia limitata nel tempo, concluso con uno o più operatori economici al fine di stabilire i termini e le condizioni dei futuri contratti da affidare e, quindi, le caratteristiche generali dei beni, servizi e lavori richiesti dalla stazione appaltante”* (Tar Campania, Sez. I, n. 4264/2016).

Così chiarita la natura dell'accordo emerge, da quanto sin qui osservato, che la finalità dell'istituto è sostanzialmente quella di migliorare l'efficienza degli appalti pubblici, promuovendo concretamente l'aggregazione degli acquisti pubblici al fine di ottenere economie di scala. Lo scopo dell'accordo, in altri

termini, è quello di semplificare le procedure in caso di prestazioni ripetitive, che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di specificare in anticipo i costi di un programma di spese/investimenti, garantendo allo stesso tempo il massimo della flessibilità, l'economicità della prestazione ed il buon andamento dell'azione amministrativa.

Con l'accordo, in pratica, vengono stabilite le clausole relative ai futuri contratti, in particolare per quanto concerne i prezzi e le quantità previste.

La stipulazione dell'accordo quadro, pertanto, realizza una fattispecie complessa, a formazione progressiva, in cui l'accordo (atto iniziale) detta una disciplina sostanziale del rapporto contrattuale generale e, quindi, non esaustiva, ed individua i soggetti fornitori/appaltatori secondo le regole della gara pubblica mentre i successivi singoli atti di adesione (contratti meramente esecutivi/attuativi dell'atto presupposto, cioè dell'accordo) ne completano la disciplina contrattuale in termini di dettaglio (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 15 febbraio 2018, n. 982) e ne curano l'attuazione.

Ne consegue che, in quanto strumento contrattuale per la regolamentazione della stipula di eventuali e futuri *“contratti attuativi”*, ossia dei *“contratti adesivi discendenti”*, che saranno stipulati (in specie: dalle brigate e dai reparti dipendenti dagli Eops) nel corso della sua durata in base alle necessità e priorità rilevate, a monte, dall'amministrazione, la stipula dell'accordo con il soggetto aggiudicatario non è fonte di immediata obbligazione, né impegnativa in ordine all'affidamento dei contratti discendenti e non comporta l'obbligo per l'amministrazione di affidare tutta la prestazione di cui all'importo massimo definito in sede di accordo.

In proposito va anche precisato che il valore economico dell'accordo quadro non costituisce indicazione del corrispettivo contrattuale ma quantifica un fabbisogno presunto: la stazione appaltante individua un importo massimo dell'accordo quadro, al raggiungimento del quale lo stesso si intende concluso, ma non garantisce l'affidamento delle prestazioni né per un valore minimo né per un valore massimo mentre obbliga il fornitore/appaltatore ad eseguire le prestazioni oggetto dei contratti discendenti fino alla concorrenza dell'importo contrattuale massimo stimato.

Quanto agli effetti, come da consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, da cui la sezione non ha motivo di discostarsi, dall'accordo quadro discende *“...non un assetto di specifiche obbligazioni, bensì una disciplina generale alla quale gli operatori economici devono attenersi in vista della stipulazione, a valle, di successivi contratti esecutivi, in numero non predeterminabile, entro il limite economico costituito dalla quota parte di rispettiva assegnazione nell'interesse e secondo le esigenze dell'amministrazione”* (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 6 marzo 2018, n. 1455 richiamato da Tar Campania, Napoli, Sez. I, 7 gennaio 2021, n. 89).

Pertanto, in considerazione di quanto sin qui osservato, dall'accordo quadro non scaturiscono diret-

tamente obbligazioni o effetti reali e, di conseguenza, lo stesso non può configurarsi come atto produttivo in via diretta ed immediata di effetti finanziari sul bilancio dello Stato e, quindi, non costituisce titolo legittimante la nascita di una obbligazione pecuniaria a carico di questo, in assenza della quale l'amministrazione non può procedere all'assunzione dell'impegno di spesa.

Diversamente, i contratti adesivi allo stesso, in quanto produttivi di obbligazioni tra le parti del contratto discendente dall'accordo a monte, daranno luogo a specifici atti di impegno adottati ai sensi del c. 2 dell'art. 34 della legge di contabilità e finanza pubblica.

Sotto tale profilo, quindi, questa sezione ritiene pertinenti le controdeduzioni formulate dall'amministrazione della difesa.

Alla luce delle argomentazioni sopra riportate, in relazione alla prima questione rimessa, questa sezione afferma il principio della non necessità dell'assunzione dell'impegno di spesa per l'accordo quadro.

4. Quanto alla seconda questione sollevata dall'ufficio di controllo per il Veneto, relativa alla individuazione della sezione/ufficio competente per la valutazione di legittimità dei contratti discendenti dall'accordo quadro, il collegio ritiene che l'ufficio competente sia da individuare in quello che ha proceduto al controllo sull'accordo quadro.

Ciò in quanto, tenuto conto dell'operazione complessiva e dell'esigenza di una verifica unitaria sul rispetto delle disposizioni predeterminate in sede di accordo, con riferimento, in particolare, al valore massimo complessivo dei contratti sottoscritti durante l'intera durata dello stesso, sotto un profilo sistematico si impone la necessità di una verifica unitaria e completa sul rispetto delle disposizioni predeterminate in sede di accordo.

In tal senso, quindi, è pacifica la assoggettabilità a controllo preventivo di legittimità dell'accordo quadro alla luce della consolidata giurisprudenza di questa Corte che, attraverso una interpretazione evolutiva dell'art. 3, c. 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20, e successive modificazioni ed integrazioni, ha individuato le diverse fattispecie da qualificare come assoggettabili a tale tipologia di controllo avendo riguardo alla sostanza degli atti, indipendentemente dal *nomen iuris* agli stessi attribuito (cfr. *ex multis*: Corte conti, Sez. centr. contr. legittimità, n. 11/2011; n. 12/2009).

Come già in precedenza evidenziato, infatti, l'accordo quadro rappresenta l'atto iniziale di una fattispecie complessa, a formazione progressiva, di cui detta la disciplina generale da applicare per tutta la durata temporale dello stesso (4 anni settori ordinari, 8 anni settori speciali, salvo "casi eccezionali") che, poi, si completa nei dettagli con i successivi atti di adesione.

L'operazione complessiva si caratterizza per il fatto che ciascun atto discendente trova il suo presupposto, essenziale ed imprescindibile, nell'accordo quadro che diventa, per tale aspetto, anche il parametro di ri-

ferimento per la valutazione di legittimità di ciascun accordo che ad esso aderisce.

Come del resto già osservato con la delib. 16 novembre 2022, n. 5, i "singoli contratti esecutivi, seppur indipendenti l'uno dall'altro, sono strettamente collegati all'accordo quadro che costituisce il primo atto di un'unica operazione economica complessa, data la presenza di un vincolo inscindibile [...] tra l'accordo quadro e i singoli contratti discendenti [...]".

4.1. Alla luce delle argomentazioni sopra riportate, in relazione alla seconda questione rimessa, questa sezione afferma la competenza della sezione/ufficio di controllo che ha sottoposto al controllo l'accordo quadro anche per gli atti adesivi discendenti.

5. In conclusione, definita la questione preliminare di massima deferita, ai sensi dell'art. 3, c. 3, del vigente Regolamento delle funzioni di controllo, dall'ufficio di controllo del Veneto, e in assenza di altri rilievi formulati dall'ufficio di controllo in sede di deferimento e dai componenti del collegio in sede di adunanza, i decreti del Ministero della difesa-Comando Forze Operative Nord, Direzione d'intendenza, Padova, 2 dicembre 2022, nn. 65, 66 e 67, approvativi, rispettivamente, degli accordi quadro 15 novembre 2022, n. 198, 16 novembre 2022, n. 199 e 16 novembre 2022, n. 200, per i servizi di manutenzione/riparazione e revisione veicolare degli automezzi commerciali in uso presso i reparti dipendenti dal Comfop Nord, sulla base della documentazione in atti, devono ritenersi conformi a legge.

*P.q.m.*, l'adunanza generale della Sezione centrale del controllo di legittimità, previa risoluzione della questione di massima rimessa ai sensi dell'art. 3, c. 3, del vigente Regolamento ha deliberato di:

- ammettere al visto e conseguente registrazione i provvedimenti di cui all'odierno ordine del giorno;
- affermare il principio della non necessità dell'assunzione dell'impegno di spesa per l'accordo quadro;
- affermare la competenza della sezione/ufficio di controllo che ha sottoposto al controllo l'accordo quadro anche per gli atti adesivi discendenti.

### **Gli accordi quadro e l'assunzione dei correlati impegni di spesa**

L'istituto dell'accordo quadro, di derivazione comunitaria, la cui disciplina originariamente limitata ai settori speciali (direttiva 90/53/Ce) è stata successivamente estesa a ricomprendere anche i settori ordinari con la direttiva 2004/18/Ce (abrogata dalla direttiva 24/2014/UE), è stato introdotto nell'ordinamento nazionale ai sensi degli artt. 3 e 59 del d.lgs. n. 163/2006. Per accordo quadro si deve intendere un accordo concluso tra una o più amministrazioni aggiudicatrici e uno o più operatori economici allo scopo di definire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un determinato periodo di tempo. Nello speci-

fico la durata degli accordi quadro per i settori ordinari è di quattro anni che raddoppia per i settori speciali. I limiti alla durata appaiono necessari ad assicurare il rispetto della libera concorrenza e della parità di trattamento fra i diversi operatori economici. In forza dell'accordo quadro vengono fissate, infatti, le caratteristiche vincolanti dell'oggetto dei successivi contratti esecutivi; in particolare, devono essere definiti negli atti di gara le specifiche tecniche, i tempi di consegna minimi, la tipologia delle lavorazioni, la loro qualità, i prezzi e quant'altro necessario per identificare compiutamente le prestazioni da eseguire con i successivi contratti.

In ordine alla natura giuridica dell'accordo quadro le posizioni in dottrina non sono del tutto convergenti. Alcuni autori propendono, infatti, per la sua assimilazione al contratto di somministrazione, dal quale differirebbe in ragione del fatto che nello stesso non sono precisate le quantità di beni e servizi che verranno erogati (G. Morbidelli, *L'appalto comunitario nel settore dell'energia*, in *Riv. trim. dir. pubbl. comunit.*, 1993, 787; A. Nobile, *Gli appalti pubblici nei settori speciali*, Roma, Ipzs, 2001, 206). Altri autori ritengono ravvisabili aspetti che avvicinano l'accordo al contratto preliminare rispetto al quale, tuttavia, il contratto preliminare necessita dell'individuazione precisa della quantità dei prodotti oggetto di attività negoziale, mentre l'accordo può prescindere (E. Fonte, *L'accordo quadro in tema di appalti pubblici*, in *Tar.*, 1997, 5-6, II, 145; D. Galli, C. Guccione, *L'istituto dell'accordo quadro nel d.lgs. n. 158/1995*, in *Riv. amm.*, 1996, 9). Una parte della dottrina, inoltre, riconosce la natura dell'accordo quale contratto normativo, mediante il quale viene fissato il contenuto dei contratti che saranno eventualmente stipulati ma senza l'immediata nascita di diritti e obblighi per le parti negoziali. Infine, alcuni autori reputano che la serialità e la standardizzazione delle clausole possano assimilare gli accordi quadro ai contratti aperti (F. De Peppo, *I contratti aperti di manutenzione nei lavori pubblici*, in *Riv. trim. appalti*, 2006, 47).

L'attuale disciplina è contenuta nell'art. 59 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in precedenza la norma di riferimento era l'art. 54 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

In ordine alla giurisprudenza euro-unitaria in materia di accordi quadro, deve rammentarsi che la Corte di giustizia nella recente sentenza *Simonsen & Weel* (Corte giust., Sez. IV, 17 giugno 2021, C-23/20), ha chiarito alcuni aspetti rilevanti per la determinazione delle clausole dei contratti di appalto da aggiudicare ai sensi di un accordo quadro. All'amministrazione aggiudicatrice è richiesto di indicare il valore o la quantità massima e quella stimata delle prestazioni che l'accordo quadro riguarderà. Allo stesso tempo, i documenti di gara possono individuare requisiti ulteriori per la conclusione degli accordi successivi.

Peraltro, incoraggiare il ricorso agli accordi quadro costituisce uno degli scopi della normativa unionale sugli appalti pubblici, in quanto essi consentono di migliorare l'efficienza degli appalti per mezzo delle

economie di scala derivanti dall'aggregazione degli acquisti.

L'affidamento senza nuovo confronto competitivo, dunque, è consentito anche ove l'amministrazione aggiudicatrice che sarà parte del nuovo accordo sia solamente indicata tra i potenziali beneficiari dell'accordo quadro, già nei documenti di gara.

Un primo chiarimento in tal senso era stato offerto dalla Corte di giustizia nella sentenza *Antitrust e Coopservice* (Corte giust., Sez. VIII, 19 dicembre 2018, C-216/17). In quella sede era stato chiarito che l'accordo quadro deve necessariamente indicare il valore complessivo degli accordi successivi. L'impegno assunto per mezzo dell'accordo quadro è dunque individuato entro una determinata quantità, superata la quale l'accordo esaurisce i suoi effetti. Solo in questo modo può dirsi rispettato il principio di parità di trattamento e di non discriminazione che deve informare la procedura di aggiudicazione degli appalti. Quest'ultima deve dunque svolgersi su condizioni e modalità formulate in modo chiaro, preciso e univoco nei documenti di gara, al fine di permettere a tutti gli offerenti di poter valutare correttamente i termini della propria partecipazione. Inoltre, la mancata indicazione della quantità e del valore complessivi dell'accordo potrebbe determinare una suddivisione artificiosa dell'appalto, al fine di eludere le soglie previste dalla direttiva e, dunque, il rispetto delle norme europee.

Con la citata sentenza *Simonsen & Weel*, la Corte di giustizia ha confermato la propria giurisprudenza, fornendo argomenti ulteriori, alcuni dei quali erano invero già delineati nelle conclusioni dell'Avvocato generale presentate nel caso *Antitrust e Coopservice*. La Corte ha precisato che l'indicazione nell'accordo quadro del valore complessivo degli accordi successivi deve essere inteso quale quantità "e/o" come valore massimo. L'amministrazione aggiudicatrice dovrà, altresì, indicare una quantità "e/o" un valore stimato dei prodotti da fornire in forza dell'accordo quadro, così da garantire alle concorrenti la possibilità di formare una offerta consapevole.

Nell'ambito della giurisprudenza in materia di accordi quadro e contratti esecutivi degli accordi medesimi (cfr. *ex plurimis*, Corte conti, Sez. centr. contr. legittimità, 14 dicembre 2022, n. 5, in questa *Rivista*, 2022, 6, 97, con nota di P. Cosa, *La parola ultima della Sezione centrale di controllo di legittimità sugli atti in merito alla vexata quaestio dell'assoggettamento a controllo preventivo di atti di approvazione di contratti esecutivi di accordi quadro*) trova collocazione la pronuncia in epigrafe che ha fornito soluzione a due questioni di massima rimesse alla Sezione centrale di controllo dalla Sezione di controllo per la Regione Veneto, chiamata a vagliare la legittimità degli atti approvativi degli accordi quadro stipulati dal Comando Brigata di Cavalleria Pozzuolo del Friuli con le ditte aggiudicatarie delle procedure per l'affidamento di servizi di manutenzione/riparazione e revisione veicolare degli automezzi commerciali in uso presso i reparti dipendenti dal Comfop Nord.

La prima questione concernente la corretta interpretazione ed applicazione dell'art. 34, c. 2-*bis* in combinato disposto con il successivo art. 34-*quater* della l. n. 196/2009 che ha disciplinato la spesa decentrata degli Uffici periferici delle amministrazioni statali, ovvero la c.d. spesa delegata che ricorre nell'ipotesi in cui la spesa venga demandata a funzionari delegati, a disposizione dei quali devono essere poste le risorse finanziarie. La norma reca un'elencazione precisa degli elementi costitutivi dell'impegno di spesa delegata che diversamente dal consueto non prelude direttamente alla spesa finale ma alla messa a disposizione delle risorse in favore dei funzionari delegati. Nel caso di spesa delegata gli impegni sono assunti, chiaramente, nei limiti degli stanziamenti, con imputazione agli esercizi in cui le obbligazioni assunte o programmate dai funzionari delegati siano esigibili, sulla base di un programma di spesa opportunamente documentato, comunicato all'amministrazione dai medesimi funzionari delegati e commisurato all'effettivo fabbisogno degli stessi, ai fini dell'emissione degli ordini di accreditamento. Gli elementi costitutivi necessari per poter far luogo all'impegno di spesa delegata sono, dunque, la ragione dell'impegno, gli importi da impegnare, l'esercizio o gli esercizi finanziari su cui gravano le scadenze di pagamento programmate e, a differenza dell'impegno delle spese non delegate, non è necessaria l'univoca individuazione del creditore del pagamento. La disposizione precisa, inoltre, che le aperture di credito necessarie in base all'esigibilità delle obbligazioni assunte o programmate dal funzionario delegato vengono disposte dall'amministrazione, a valere sugli impegni di spesa delegata. Qualora non si perfezionino obbligazioni esigibili entro il termine dell'esercizio, i funzionari delegati devono darne notizia all'amministrazione per la conseguente riduzione degli ordini di accreditamento. Gli importi oggetto delle riduzioni rientrano nuovamente nella disponibilità dell'amministrazione, che può procedere all'accREDITAMENTO nello stesso esercizio finanziario a favore di altri funzionari delegati, ovvero farne oggetto di un nuovo impegno. Costituiscono, invece, economie gli importi degli impegni di spesa delegata a fronte dei quali non si siano registrati ordini di accreditamento entro la fine dell'esercizio considerato. Infine, gli importi delle aperture di credito non utilizzati entro la chiusura dell'esercizio costituiscono residui di spesa delegata e possono essere accreditati ai funzionari delegati in conto residui negli esercizi successivi. Pertanto, alla chiusura dell'esercizio le somme già oggetto di impegno di spesa delegata potranno costituire somme impegnate alle quali non corrispondono ordini di accreditamento e, pertanto, economie di bilancio, ovvero, somme oggetto di ordine di accreditamento ma non ancora pagate che costituiscono residui, indipendente dal perfezionamento di un'obbligazione giuridica.

Con il successivo art. 34-*quater* della legge di contabilità, come introdotto dall'art. 3 del d.lgs. 16 marzo

2018, n. 29, è stata prevista la nuova disciplina del procedimento di spesa per le amministrazioni periferiche dello Stato, incentrata sulla possibilità di utilizzo delle forme di pagamento tipiche delle amministrazioni centrali. Queste ultime possono, infatti, provvedere all'assegnazione di fondi ai propri uffici periferici per l'esercizio di funzioni attribuite agli stessi da disposizioni di legge e tali assegnazioni vengono equiparate a stanziamenti di bilancio a tutti gli effetti, ivi compresi i possibili provvedimenti di variazione incrementale o riduttiva. Le somme stanziante/ripartite possono essere, successivamente, impegnate dagli uffici periferici, ovvero dagli stessi utilizzate per ulteriori ordini di accreditamento a favore dei funzionari delegati preposti ad ulteriori articolazioni periferiche degli uffici periferici. Alla luce del cennato quadro normativo l'ufficio di controllo remittente ha ritenuto applicabile alla fattispecie la disciplina dell'impegno delegato ex art. 34-*quater*, posto che agli uffici periferici dell'amministrazione interessata possono considerarsi in tutto e per tutto amministrazione periferica ordinatrice primaria di spesa (Eops).

La Sezione centrale sul punto ha ritenuto di voler sottolineare la natura dell'accordo quadro quale fattispecie a formazione progressiva finalizzata alla regolamentazione degli eventuali contratti attuativi che potranno essere stipulati dagli Eops nel corso della sua durata. Ad una siffatta natura non si ricollega l'insorgenza di un'obbligazione in capo all'amministrazione di affidare tutto l'importo massimo definito in sede di accordo, giacché quest'ultimo individua non un corrispettivo bensì un fabbisogno presunto. L'accordo quadro, come sottolineato dalla sezione centrale, non comporta obbligazioni o effetti reali e non può, pertanto, configurarsi quale atto produttivo di effetti finanziari diretti sul bilancio dello Stato, di tal che non appare necessaria l'assunzione di un impegno di spesa.

La seconda questione riguarda, invece, la competenza territoriale per il controllo sugli atti discendenti dagli accordi quadro e l'applicazione in tale fattispecie delle ordinarie competenze alla stregua di quanto disposto dal *Regolamento delle funzioni di controllo della Corte dei conti*, di cui alla deliberazione delle Sezioni riunite n. 14/2000 s.m.i. ovvero la deroga a tale disciplina in ragione della necessità di controllo unitario da parte dell'ufficio che abbia verificato l'accordo quadro. La soluzione fornita dalla sezione centrale è nel senso di riconoscere competente al vaglio di legittimità dei contratti discendenti lo stesso ufficio di controllo che si è occupato della verifica della rispondenza a legge dell'accordo quadro anche al fine di monitorare il rispetto da parte degli operatori economici delle condizioni poste inizialmente, nel limite delle risorse utilizzabili, in base a quanto programmato.

PAOLA COSA

\*\*\*



### Collegio per il controllo concomitante

8 – Sezione centrale controllo gestione, Collegio controllo concomitante; deliberazione 15 marzo 2023; Pres. Minerva, Rel. Quarato; Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica.

**Amministrazione dello Stato e pubblica in genere – Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) – Investimento per il rimboschimento urbano e tutela del verde – Relazione ex art. 11 l. n. 15/2009 e art. 22 d.l. n. 76/2020.**

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 3, c. 4; l. 4 marzo 2009, n. 15, recante disposizioni in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, art. 11; d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, art. 22.

*Il Collegio per il controllo concomitante, operante presso la Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, ha condotto delle verifiche sull'investimento per il rimboschimento urbano e tutela del verde (Pnrr – M2 C4-3.1), avente l'obiettivo, di migliorare la qualità dell'aria e della vita di 14 città metropolitane e tutelare la biodiversità. Le risorse destinate alla realizzazione dell'investimento sono pari a 330 milioni di euro suddivise fra "Progetti in essere" (34 per il 2020 e 38 per il 2021) per un ammontare complessivo di 30 milioni di euro e "Progetti nuovi", il 40 per cento da destinare al Sud. Per la realizzazione dell'investimento, al fine di garantire il necessario supporto ai soggetti attuatori, il Ministero ha stipulato un accordo con l'Ispra, l'Arma dei carabinieri (Cufa), l'Istat e la Sapientia di Roma ed una convenzione con l'Azienda vivaistica regionale Umbraflor.*

*Sulla base delle verifiche condotte nel corso dell'istruttoria, il Collegio ha evidenziato l'esistenza di criticità riguardanti in primis i "Progetti in essere", per i quali in sede di sopralluogo sono stati riscontrati significativi ritardi di esecuzione e l'inefficienza della messa a dimora delle piante rinvenute già secche. Per quanto riguarda i "Progetti nuovi" la messa a dimora delle piante è risultata appena avviata e l'amministrazione ha ritenuto di poter ovviare ai ritardi equiparando la messa a dimora delle piante alla semina in vivaio delle specie arboree selezionate. Su quest'ultimo aspetto è stata sottolineata nella deliberazione l'esigenza di un pronunciamento della Commissione europea circa l'effettiva equiparabilità, giacché in caso negativo, il target 2022 non potrà considerarsi raggiunto, mentre, in caso positivo, comunque, l'Amministrazione dell'ambiente dovrebbe adottare un cronoprogramma adeguato sui tempi di planting e trasplanting. (1)*

(1) Il testo integrale della deliberazione si legge in <www.corteconti.it>.

10 – Sezione centrale controllo gestione, Collegio controllo concomitante; deliberazione 20 marzo 2023; Pres. Minerva, Rel. Minerva, Palomba, Pesel, Massi; Ministero della salute.

**Corte dei conti – Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) – Controllo concomitante – Definizione delle modalità di collaborazione fra il Collegio centrale e le sezioni regionali di controllo – Individuazione delle tematiche da sottoporre a controllo.**

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 3, c. 4; l. 4 marzo 2009, n. 15, delega al Governo finalizzata all'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, art. 11; d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale, art. 22; d.l. 31 maggio 2021, n. 77 convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure.

*Il Collegio per il controllo concomitante, operante presso la Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, integrato con la partecipazione dei presidenti delle Sezioni di controllo per le regioni Friuli-Venezia Giulia, Marche e Valle d'Aosta, con la pronuncia in commento, ha stabilito le modalità della collaborazione operativa fra le sezioni interessate ed i criteri in base ai quali svolgere le attività di verifica in merito ai tre interventi Pnrr selezionati in materia sanitaria, la cui titolarità risulta attribuita al Ministero della salute. In tale sede, il Collegio ha ribadito la centralità del modello collaborativo nell'ambito del controllo in generale e del controllo concomitante in particolare, attesa la sua peculiare natura che necessita di tutti gli strumenti atti a favorire uno svolgimento rapido ed efficace dei controlli in merito a gestioni distribuite fra amministrazioni centrali e periferiche ma unitariamente verificabili. (1)*

14 – Sezione centrale controllo gestione, Collegio controllo concomitante; deliberazione 17 aprile 2023; Pres. Minerva, Rel. Minerva, Dorigo, Nocerino; Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

**Amministrazione dello Stato e pubblica in genere – Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) – Investimento per il potenziamento e la manutenzione straordinaria delle infrastrutture idriche – Relazione ex art. 11 l. n. 15/2009 e art. 22 d.l. n. 76/2020.**

(1) Il testo integrale della deliberazione si legge in <www.corteconti.it>.

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 3, c. 4; l. 4 marzo 2009, n. 15, delega al Governo finalizzata all'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, art. 11; d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale, art. 22; d.m. trasporti e infrastrutture, 16 dicembre 2021, n. 517, investimenti in infrastrutture idriche primarie per la sicurezza dell'approvvigionamento idrico dell'investimento 4.1, missione 2, componente C4 del Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) art. 1.

*Il Collegio per il controllo concomitante, operante presso la Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, ha condotto delle verifiche sull'investimento per il potenziamento, il completamento e la manutenzione straordinaria delle infrastrutture idriche del Paese (Pnrr-M2C4-14.1), avente l'obiettivo, di garantire la continuità dell'approvvigionamento nelle importanti aree urbane e nelle grandi aree irrigue e migliorare la qualità dell'acqua. Le risorse destinate alla realizzazione dell'investimento sono pari a 2 miliardi di euro e le opere sono state individuate in forza di un apposito decreto ministeriale (d.m. n. 517/2021).*

*Sulla base delle verifiche condotte nel corso dell'istruttoria, il Collegio ha evidenziato l'esistenza di criticità riguardanti in primis la fase pianificatoria, in considerazione della mancata individuazione dei sistemi idrici complessi e del loro rapporto con le singole opere idriche e anche in ragione della sovrapposizione fra l'obiettivo finale euro-unitario e i differenti obiettivi nazionali. Oltre a ciò, sono emerse criticità anche con riferimento alla fase di selezione dei progetti ed all'utilizzo a tal fine di criteri non sempre puntualmente individuati e riferiti, fra l'altro, all'immediata cantierabilità delle opere. Infine, l'analisi ha evidenziato carenze nella realizzazione delle attività di monitoraggio, avviate con forte ritardo e presumibilmente a seguito delle richieste formulate dalla Corte dei conti, oltre che tutt'altro che strutturate ed efficaci, viste anche le misure adottate dall'amministrazione titolare dell'intervento di stralcio di alcuni investimenti di commissariamento di altri.*

*Pur trattandosi di criticità ormai consumate, tuttavia, sono state rivolte al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti alcune raccomandazioni, ed in particolare: l'allineamento delle tappe italiane con quelle euro-unitarie; la tempestiva individuazione delle singole opere che costituiranno i 25 sistemi complessi al fine di consentire la corretta misurabilità dell'obiettivo; lo svolgimento di una più efficiente attività di monitoraggio. (1)*

(1) Il testo integrale della deliberazione si legge in <www.corteconti.it>.

## Sezione controllo enti

30 – Sezione controllo enti; determinazione 27 marzo 2023; Pres. Arrigucci, Rel. Petronio; Ente nazionale per l'energia elettrica-Enel s.p.a.

### **Enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria – Ente nazionale per l'energia elettrica-Enel s.p.a. – Gestione finanziaria 2021 – Relazione al Parlamento.**

L. 21 marzo 1958, n. 259, partecipazione della Corte dei conti al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, art. 12; d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, t.u. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21 l. 6 febbraio 1996, n. 52, art. 1; d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della l. 29 settembre 2000, n. 300, art. 6.

*La relazione riferisce al Parlamento i risultati del controllo eseguito sulla gestione finanziaria relativa all'esercizio 2021 dell'Enel s.p.a.*

*L'Enel s.p.a. opera come holding di partecipazioni, societarie nei settori dell'energia elettrica, dell'idrico, della tutela dell'ambiente, delle comunicazioni, dei servizi multimediali e interattivi, delle strutture a rete, ed in altri ad essi connessi.*

*Il Gruppo Enel che è presente in 47 Paesi di cinque continenti con più di 1.000 società controllate, dove conta complessivamente circa 75,2 milioni di utenti finali, nel 2021 ha operato in un contesto ancora influenzato dalla pandemia da Covid-19 e attualmente contribuisce allo sviluppo di alcuni rilevanti progetti del Pnrr, allineati con la propria strategia, riguardanti l'incremento di capacità rinnovabile, la digitalizzazione e la resilienza della rete e l'elettrificazione degli usi finali dell'energia. Proprio al fine di contribuire alla decarbonizzazione del proprio mix energetico, il Gruppo nel 2021 ha realizzato, a livello globale 5.120 MW di nuova capacità rinnovabile, dismettendo al contempo 1.983 MW di capacità installata a carbone. L'energia prodotta da fonti rinnovabili nell'anno considerato ha raggiunto il massimo storico e le emissioni specifiche di CO<sub>2</sub> si sono attestate a 227 gCO<sub>2</sub>eq/kWh, confermando una tendenza di medio periodo in linea con l'obiettivo di riduzione certificato dalla Science based targets initiative (82 gCO<sub>2</sub>eq/kWh) da conseguirsi entro il 2030.*

*A partire dai primi mesi del 2022 lo scenario economico globale, come noto, è cambiato e da allora risulta condizionato dagli effetti delle tensioni geopolitiche conseguenti al conflitto in Ucraina. L'incertezza in merito alla continuità dell'approvvigionamento di gas russo, da cui l'Europa è largamente dipendente, ha, come noto, determinato un forte incremento dei prezzi di questa materia prima e di tutti i beni connessi ai settori legati al gas, tra cui quello della generazione di energia elet-*

*trica, causando un innalzamento del livello di inflazione e una progressiva stagnazione dell'attività economica. In tale contesto Enel si è posta l'obiettivo di minimizzare gli effetti distortivi generati dalla crisi energetica e di cercare di contenere l'impatto che tali eventi potrebbero avere in futuro.*

*La società risulta soggetta al controllo di fatto da parte del Mef, che ha finora disposto di voti sufficienti nell'assemblea ordinaria per designare la maggioranza degli amministratori, ma che non esercita attività di direzione e coordinamento, in quanto la Società adotta le decisioni gestionali in piena autonomia e nel rispetto delle competenze dei propri organi. A seguito dell'operazione di integrazione di Enel Green Power (nel 2016), la partecipazione del Mef si è ridotta dal 25,5 per cento al 23,58 per cento del capitale sociale.*

*L'organismo di vigilanza della Società nel corso del 2021 ha tenuto le sue riunioni (14) con il coinvolgimento del management delle principali aree di business dell'azienda rilevanti ai fini del modello per esaminare le procedure di controllo a presidio e monitorare le aree di rischio; sulla base delle attività condotte e degli elementi informativi acquisiti, l'Odv ha confermato la sostanziale adeguatezza ed effettiva operatività dei presidi di controllo adottati per la prevenzione dei rischi reato.*

*Il costo del personale per l'esercizio considerato ammonta complessivamente a 179 milioni di euro, con un incremento pari a 61 milioni di euro rispetto al 2020, riferibile principalmente ai costi per i piani di incentivo all'esodo del personale, adottati dall'azienda e ai maggiori costi per salari, stipendi e oneri sociali derivanti dall'aumento della consistenza del personale. Il Gruppo Enel nel 2021 ha rafforzato le misure e i programmi per garantire il benessere dei lavoratori, effettuando campagne di sensibilizzazione per promuovere e tutelare la loro salute psico-fisica, l'equilibrio tra vita personale e professionale e il benessere organizzativo. In particolare, la sezione ha sottolineato le iniziative adottate per promuovere uno stile di vita sano da parte del personale, la sponsorizzazione di programmi di screening volti a prevenire l'insorgenza di malattie, la fornitura di servizi medici e un'apposita policy per la prevenzione, l'individuazione e la gestione dello stress in situazioni lavorative.*

*Uno specifico focus è stato destinato alla disamina del contenzioso, articolato nei diversi filoni che riguardano: la materia ambientale, la materia previdenziale, la clientela, i fornitori, le pubbliche amministrazioni e le società estere. (1)*

## 10. Conclusioni

10.1. Il Gruppo Enel, in termini di capacità installata, numero di clienti ed Ebitda, si colloca tra le principali aziende elettriche europee e in Italia detiene la leadership nel mercato dell'energia elettrica, assu-

mendo anche una posizione rilevante nel mercato della vendita al dettaglio di gas naturale. Enel riveste analoghe posizioni nel mercato elettrico e del gas in Spagna.

10.2. Al 31 dicembre 2021, il capitale sociale interamente versato era rappresentato da n. 10.166.679.946 azioni ordinarie nominative del valore nominale di 1 euro ciascuna, totalmente liberate e assistite dal diritto di voto; la Società risulta soggetta al controllo pubblico di fatto attraverso la partecipazione del Mef, che è rimasta pari al 23,585 per cento del capitale sociale. La proprietà diffusa (il c.d. "flottante") ammonta al 76,4 per cento circa in capo al mercato (circa 640.000 azionisti, tra investitori istituzionali, italiani ed esteri, e risparmiatori individuali; questi ultimi possiedono una quota complessiva pari al 17 per cento circa del capitale).

In base all'art. 3 del d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 1994, n. 474, e alla clausola contenuta nell'art. 6.1 dello Statuto sociale, sussiste un limite di possesso azionario (e di voto) al 3 per cento del capitale sociale, che si applica agli azionisti diversi dallo Stato italiano, da enti pubblici e da soggetti sottoposti al rispettivo controllo. Nelle ultime Assemblee ordinarie la partecipazione del Mef è risultata costantemente inferiore a quella degli altri azionisti presenti, complessivamente considerati.

Considerato il valore strategico della Società, alla luce delle recenti tensioni nel settore energetico, si richiama l'attenzione sulla circostanza che la clausola statutaria posta a presidio del controllo pubblico (art. 6.1), a norma dell'art. 3, ultimo comma, del d.l. n. 332/1994, è destinata a decadere laddove il limite percentuale al possesso azionario venga superato in seguito all'effettuazione di un'offerta pubblica di acquisto in conseguenza della quale l'offerente venga a detenere un partecipazione pari almeno al 75 per cento del capitale sociale con diritto di voto.

La produzione di energia elettrica del Gruppo ha registrato un incremento rispetto al 2020, trainata dall'incremento della domanda a fronte della ripresa economica per il venir meno delle restrizioni connesse al contesto pandemico che ha penalizzato l'anno precedente.

L'incremento della produzione ha riguardato in misura maggiore quella termoelettrica e in misura più contenuta quella rinnovabile, nella quale si è registrato un lieve incremento della produzione idroelettrica e un livello di produzione stabile per quanto riguarda le altre fonti rinnovabili.

La quota di incidenza Enel rispetto alla produzione elettrica netta nazionale è aumentata in conseguenza della maggiore produzione, mentre calano le vendite sul mercato regolato (maggior tutela), per il progressivo passaggio dei clienti al mercato libero e per la fuoriuscita delle piccole imprese dalla maggior tutela verso il servizio a tutele graduali, secondo quanto previsto dalla normativa.

(1) Il testo integrale della relazione si legge in <[www.corteconti.it](http://www.corteconti.it)>.

Nel 2021 il prezzo medio unico nazionale (Pun) sulla Borsa dell'energia elettrica ha riportato considerevoli aumenti, specie nella seconda metà dell'anno (circa il 221 per cento rispetto al valore medio 2020); tuttavia, il prezzo medio annuo (al lordo delle imposte) per l'utenza domestica stabilito dall'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente ("Arera") è aumentato di circa il 31 per cento rispetto all'anno precedente. L'incremento delle bollette dei clienti del servizio di maggior tutela è risultato più contenuto, non avendo il Pun incidenza sulle altre voci che compongono la bolletta ed essendo stato mitigato anche da provvedimenti del Governo, come avvenuto per altri Stati europei. Impatti ancora minori hanno riguardato la maggioranza dei clienti del mercato libero, avendo questi ultimi per lo più sottoscritto contratti con il prezzo della componente energia bloccato per uno o due anni.

Si segnala che la composizione percentuale media dei prezzi di riferimento per il cliente domestico tipo ha subito dei cambiamenti significativi, soprattutto per effetto dell'incremento del prezzo di acquisto dell'energia e delle misure governative che, a partire dal terzo trimestre 2021, hanno ridotto e in alcuni casi azzerato gli oneri di sistema.

Nell'anno in corso il conflitto russo-ucraino ha spinto su livelli ulteriormente elevati il costo delle materie prime, in particolare quelle energetiche, producendo una spirale inflazionistica che ha colpito in particolare l'Europa ed i Paesi importatori di risorse energetiche quali gas e petrolio. All'incremento dei costi di produzione energetica molti Paesi, in particolare l'Italia, sono intervenuti con incentivi fiscali per imprese e famiglie che hanno consentito di sostenere i consumi e assicurare la continuità di molte aziende, in particolare quelle considerate energivore.

Anche in relazione a tali eventi si è intensificato l'impegno profuso da Enel verso il potenziamento della produzione di energia da fonti rinnovabili e la graduale tendenza a ridurre la dipendenza dalle fonti energetiche tradizionali.

#### *Aspetti di governance*

Il sistema di governo societario adottato da Enel è conforme alle disposizioni del testo unico della finanza, nonché ai principi contenuti nel codice di corporate governance pubblicato il 31 gennaio 2020, cui la Società ha aderito nel mese di marzo 2021 quale "società grande" a "proprietà non concentrata" ed è inoltre ispirato alle best practice internazionali.

Nell'ambito delle misure intese ad assicurare il recepimento in ambito Enel delle novità del codice di corporate governance, il Consiglio di amministrazione ha, tra l'altro, adottato nel marzo 2021 un'apposita Politica per la gestione del dialogo con gli investitori istituzionali e con la generalità degli azionisti e degli obbligazionisti di Enel (c.d. "*Engagement policy*"), che ha cristallizzato in larga parte le prassi già seguite da Enel e nella cui elaborazione si è tenuto conto delle

best practice adottate in materia da parte degli investitori istituzionali e riflesse nei codici di "*stewardship*".

Il mandato del collegio sindacale in carica nel corso del 2021 è giunto a scadenza in occasione dell'approvazione del bilancio dell'esercizio 2021 da parte dell'Assemblea degli azionisti del 19 maggio 2022, che ha provveduto al rinnovo dell'organo di controllo. Il nuovo collegio sindacale resterà in carica fino all'approvazione del bilancio dell'esercizio 2024.

10.3. Enel ha assunto iniziative nell'ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) che assegna all'Italia risorse pari a 191,5 miliardi di euro (di cui 68,9 mld di euro in sovvenzioni e 122,6 miliardi di euro in prestiti), alle quali si sommano altri 13 miliardi di euro dal programma React-Eu. A livello nazionale sono stati stanziati inoltre 30,6 miliardi di euro nel Fondo complementare, per un totale di 235 miliardi di euro.

Enel partecipa al Piano coerentemente con la propria strategia, attraverso progetti relativi allo sviluppo di nuova capacità rinnovabile, alla digitalizzazione e resilienza delle reti, nonché all'elettrificazione degli usi finali dell'energia.

Nell'ambito delle iniziative volte a promuovere la transizione verso fonti energetiche pulite, Enel ha presentato nel 2021 tre progetti relativi all'idrogeno verde nei programmi Ipcei, i cui finanziamenti sono stati recentemente approvati dalla Commissione Europea. Tali progetti, di cui uno in collaborazione con Eni e un altro in collaborazione con Saras, prevedono l'installazione di elettrolizzatori alimentati da impianti rinnovabili per la produzione di idrogeno verde.

#### *Aspetti organizzativi*

La struttura organizzativa di Gruppo si basa su una matrice di "Divisioni" e "Geografie", focalizzate sugli obiettivi industriali perseguiti, e contemporanea, altresì, funzioni globali di servizio e funzioni di  *Holding*.

Nel corso dell'esercizio 2021 è stata effettuata una complessiva revisione della struttura organizzativa del Gruppo, in linea con gli obiettivi strategici pianificati. È stata costituita la funzione di servizio "*Global customer operations*", per gestire e ottimizzare i processi di attivazione, fatturazione, credito e customer care. Sono inoltre state costituite due nuove linee di *business* globali: la prima, denominata "*Enel X global retail*", mira a realizzare un'unica strategia commerciale e di *marketing* verso i clienti finali, mentre la seconda, denominata "*Global e-mobility*", è stata costituita per rispondere all'espansione del mercato della mobilità elettrica.

Nell'analisi dei risultati del Gruppo per area geografica, si rileva che in Italia i ricavi sono in crescita, per via dell'aumento delle vendite di energia elettrica e di gas che riflette l'andamento al rialzo dei prezzi delle *commodity*, soprattutto del gas. Anche i costi, in particolare per l'acquisto di "Energia elettrica", "Gas" e "Altri combustibili", sono in aumento per effetto dei maggiori volumi acquistati a prezzi medi crescenti rispetto al precedente esercizio.

Anche in Spagna i ricavi registrano un incremento, soprattutto per l'aumento dei ricavi di vendita di energia elettrica connessi all'aumento dei prezzi medi, nonché alla rilevazione dell'indennizzo relativo ai diritti di emissione di CO<sub>2</sub> assegnati dal “*Plan nacional de asignación de derechos de emisión*” per 186 milioni di euro.

I risultati delle altre aree di interesse del Gruppo sono sostanzialmente determinati dalle stesse dinamiche che hanno interessato il mercato a seguito della ripresa dei consumi dopo gli effetti della pandemia.

10.4. Il Gruppo Enel sta realizzando la trasformazione digitale della gestione dell'intera catena del valore dell'energia; ciò comporta l'esposizione a rischi legati al funzionamento dei sistemi IT (“*Information technology*”) integrati in tutta l'azienda, con possibili impatti anche sui sistemi Ot (“*Operational technology*”), con il conseguente rischio di interruzioni del servizio o perdite di dati.

Il presidio di tali rischi è garantito da una serie di misure interne sviluppate dalla funzione *Global digital solutions*; il sistema di controllo svolto lungo tutta la catena del valore dell'*Information technology* consente di mitigare efficacemente i rischi. Inoltre, viene promossa la diffusione di cultura e competenze digitali, al fine di guidare la trasformazione digitale e minimizzare i rischi associati.

La funzione di servizio *Global procurement* gestisce l'attività di approvvigionamento di beni, lavori e servizi necessari allo svolgimento delle attività del Gruppo attraverso cinque unità di acquisto globali (e nove unità di acquisto locali per *Country/Region*).

Le unità di acquisto hanno il compito di sviluppare e mettere in atto le strategie di approvvigionamento; una specifica unità, denominata *Governance, suppliers management and innovability global procurement*, si occupa, tra l'altro, della qualificazione dei fornitori e della loro valutazione, tramite lo strumento *supplier performance management*.

I processi di acquisto del *Global procurement* e i relativi documenti di *governance* costituiscono un sistema strutturato di norme e punti di controllo che consentono di realizzare gli obiettivi di business nel rispetto dei principi fondamentali espressi nel codice etico, nell'*Enel global compliance program*, nel Piano tolleranza zero alla corruzione e nella policy sui diritti umani, senza rinunciare alla promozione di iniziative volte a uno sviluppo economico sostenibile.

Nel corso del 2021 il Gruppo Enel ha gestito attività di approvvigionamento di beni, lavori e servizi per un totale di 19,9 miliardi di euro, registrando un incremento del 22 per cento rispetto all'anno precedente.

Il valore complessivo delle consulenze assegnate nel corso dell'esercizio 2021 dalle società italiane del Gruppo (con esclusione di quelle *infra-gruppo*) ammonta a 43,68 milioni di euro, con un incremento di circa 8 milioni di euro rispetto al precedente esercizio 2020, sostanzialmente riconducibile agli incrementi

delle consulenze “Legali e societarie”, “Strategiche organizzative-direzionali” e “*Merger & Acquisition*”.

Le operazioni di approvvigionamento delle commodities necessarie per le attività relative al *core business* del Gruppo sono effettuate attraverso la struttura operativa *Global energy and commodity management* che opera sui mercati all'ingrosso e vende elettricità e gas naturale, adottando una strategia di margine integrato che consenta di massimizzare la creazione di valore e di ottimizzare la gestione del rischio, tenuto conto delle peculiarità di ciascun Paese di presenza.

Per quanto riguarda l'approvvigionamento di commodities, la voce più rilevante è costituita dal gas naturale, che viene utilizzato come combustibile nella generazione, nonché venduto ai clienti finali. Nella gestione degli acquisti viene operato il bilanciamento tra contratti a lungo termine per garantire il consumo base, con i quali viene acquistato gas naturale liquefatto (“Gnl”) trasportato via nave e gas trasportato nei gasdotti, e contratti a breve termine per sopperire alle esigenze di flessibilità e modulazione, assicurando una adeguata diversificazione geografica e delle controparti contrattuali.

Le attività sopra descritte, relative agli acquisti e vendite di energia, commodities e servizi energetici, sono gestite secondo le migliori pratiche del *risk management*, nell'ottica di adottare le opportune strategie di copertura (*hedging*) dei rischi dei portafogli industriali, nel rispetto dei vincoli definiti a livello di Gruppo.

10.5. La consistenza del personale del Gruppo Enel si è ridotta, nel 2021, di 438 unità (-0,7 per cento circa) in conseguenza delle variazioni di perimetro derivanti dalle acquisizioni e cessioni intervenute e del saldo negativo tra le cessazioni intervenute nel corso dell'esercizio (n. 5.862) e le assunzioni effettuate nel medesimo periodo (n. 5.401).

A fine 2021 si registra un lieve decremento delle cessazioni in Italia conseguenti all'utilizzo dell'istituto dell'esodo incentivato (passando dalle 55 registrate nel 2020 alle 48 del 2021).

Il costo complessivo del personale del Gruppo Enel nel 2021, pari a 5.281 milioni di euro, ha registrato un incremento del 10,2 per cento rispetto all'esercizio precedente, prevalentemente riconducibile al rilascio avvenuto nel 2020, in Spagna, del fondo per il beneficio dello sconto energia ai dipendenti (515 mln di euro); l'incremento del costo per stipendi e salari, pari al 3,4 per cento, è legato principalmente al costo sostenuto per le nuove assunzioni delle società italiane, negli Stati Uniti e in Argentina. In Italia il costo complessivo del personale del Gruppo Enel nel 2021 è aumentato del 22 per cento, principalmente per i maggiori costi, pari a 480 milioni di euro, derivanti da programmi di ristrutturazione aziendale legati alla transizione energetica.

10.6. Per quanto riguarda la sicurezza sul lavoro, nel 2021 il *total recordable injury frequency rate* è diminuito rispetto al 2020 del 12 per cento attestando-

si a 2,9 eventi infortunistici ogni milione di ore lavorate. Questa diminuzione si riscontra sia nel personale Enel (-19 per cento) sia nel personale delle imprese appaltatrici (-12 per cento).

Tuttavia, nonostante le iniziative adottate, nel 2021 si sono verificati 9 infortuni mortali di cui 3 a dipendenti del Gruppo Enel (due in Italia e uno in Brasile) e 6 infortuni mortali a carico degli appaltatori (due in Brasile, due in Cile, uno in Italia e uno in Spagna), dato questo che ha rappresentato per il Gruppo e per tutti i lavoratori un ulteriore stimolo alla ricerca di nuove e sempre più efficaci iniziative di miglioramento.

10.7. Il piano strategico relativo al periodo 2022-2024, presentato il 24 novembre 2021, indica le nuove linee guida e gli obiettivi di crescita economica e finanziaria del Gruppo, puntando a un'accelerazione dell'elettrificazione dei consumi e alla continua crescita nello sviluppo di rinnovabili a sostegno della decarbonizzazione. Questi, oltre a costituire elementi cruciali per il raggiungimento degli obiettivi sul clima, porteranno vantaggi per i clienti finali, in termini di miglioramenti a livello di spesa energetica complessiva, efficienza, emissioni e stabilità dei prezzi.

Il nuovo Piano strategico, con una visione fino al 2030, mette al centro della strategia l'accelerazione della transizione energetica assieme a una crescita sostenibile e remunerativa per creare un significativo valore condiviso per tutti gli *stakeholder*, tra cui un interessante rendimento per gli azionisti nel tempo, prevedendo di mobilitare circa 210 miliardi di euro tra investimenti diretti e di terze parti, al fine di raggiungere gli obiettivi prefissati.

Il Piano strategico prevede un'accelerazione degli investimenti, sia diretti che indiretti, a supporto dei trend di decarbonizzazione ed elettrificazione; nel periodo 2022-2024, il Gruppo prevede di investire direttamente circa 45 miliardi di euro, di cui 43 miliardi di euro attraverso il modello di *business ownership*, prevalentemente nella crescita delle reti e delle rinnovabili, e circa 2 miliardi di euro in quello di *stewardship*, mobilitando al contempo 8 miliardi di euro di terze parti. Oltre il 90 per cento degli investimenti su base consolidata risulta in linea con gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni unite e si stima che tali investimenti saranno allineati ai criteri della Tassonomia Ue in una percentuale maggiore dell'85 per cento, visto il sostanziale contributo alla mitigazione del cambiamento climatico.

10.8. Continua a essere rilevante, nonché di varia tipologia e contenuto, il contenzioso del Gruppo Enel, sia in Italia che all'estero.

A fronte di detti potenziali oneri, risultano accantonati, nel passivo dello stato patrimoniale, 834 milioni di euro nel Fondo contenzioso legale, rispetto agli 820 milioni di euro del 2020.

10.9. Nel dicembre 2021 si è perfezionata la cessione dell'intera partecipazione detenuta da Enel in *Open Fiber s.p.a.*, pari al 50 per cento del capitale sociale, in favore di *Macquarie Asset Management* (40 per cento) e di *Cdp Equity s.p.a.* (10 per cento), per un

corrispettivo pari a 2.733 milioni di euro. L'operazione si è conclusa a seguito del verificarsi di tutte le condizioni previste per il *closing*, tra le quali il versamento in favore di *Open Fiber*, in linea con gli impegni dei soci già previsti dal relativo piano industriale attuale, di un apporto di capitale di ammontare complessivo pari a 194 milioni di euro, di cui 97 milioni di euro di competenza Enel.

10.10. Dai dati di sintesi del bilancio di esercizio 2021 di Enel si rilevano i seguenti risultati economici:

- un margine operativo lordo, positivo per 1.378 milioni di euro, che registra un miglioramento di 1.552 milioni di euro rispetto all'esercizio precedente, dovuto sostanzialmente alla plusvalenza di 1.629 milioni di euro rilevata nella voce altri proventi a seguito della cessione dell'intera partecipazione detenuta nella società a controllo congiunto *Open Fiber s.p.a.*, compensata in parte dall'incremento dei costi del personale e dei costi per servizi e godimento beni di terzi;

- un risultato operativo, positivo per 644 milioni di euro che, confrontato con il valore rilevato nel 2020, presenta una variazione positiva di 1.007 milioni di euro (+277,4 per cento);

- un risultato netto (utile di esercizio) di 4.762 milioni di euro, in crescita di 2.436 milioni di euro rispetto al 2020, da ricondurre sostanzialmente alla plusvalenza realizzata sulla cessione della partecipazione detenuta in *Open Fiber* e all'incremento dei proventi da partecipazioni.

La struttura patrimoniale al termine del 2021 risulta caratterizzata:

- dall'incremento delle attività immobilizzate nette, determinato sostanzialmente dalla variazione delle partecipazioni detenute in imprese controllate (+9.647 milioni);

- dall'incremento dell'indebitamento finanziario netto di 4.516 milioni di euro, come risultato di una maggiore esposizione debitoria netta a lungo termine per 8.545 milioni di euro, parzialmente compensata da un minore indebitamento finanziario netto a breve termine per 4.029 milioni di euro;

- dall'incremento del patrimonio netto (+13,74 per cento), in aumento di 4.224 milioni di euro rispetto al precedente esercizio, riferibile principalmente: i) alla rilevazione dell'utile complessivo dell'esercizio 2021, pari a 4.907 milioni di euro; ii) alla distribuzione del saldo dividendo dell'esercizio 2020, complessivamente pari a 1.861 milioni di euro, e dell'acconto sul dividendo dell'esercizio 2021, pari a 1.932 milioni di euro; iii) all'emissione di obbligazioni ibride perpetue per 2.214 milioni di euro e alla riconduzione a strumenti ibridi di capitale, per effetto della modifica dei termini e condizioni di prestiti obbligazionari ibridi precedentemente emessi, per un valore di 967 milioni di euro, al netto dei costi di transazione;

- dalla riduzione delle disponibilità liquide e mezzi equivalenti, che al 31 dicembre 2021 si attestano a 952 milioni di euro (2.127 mln di euro all'1 gennaio

2021), da porre in correlazione all'attività di investimento.

Enel s.p.a., nella sua funzione di holding industriale, nel corso dell'esercizio 2021 ha continuato a supportare i programmi e le azioni delle società operative finalizzati al raggiungimento degli obiettivi del Gruppo. La *performance* positiva della Società è da ricondurre alla cessione della partecipazione in *Open Fiber* e ai maggiori dividendi distribuiti dalle società controllate.

10.11. I risultati economici conseguiti nel 2021 dal Gruppo Enel, in raffronto con quelli risultanti dal bilancio consolidato relativo all'esercizio 2020 evidenziano in particolare:

- un incremento dei ricavi per effetto delle maggiori vendite di energia elettrica, a prezzi medi crescenti. Nel dettaglio, i ricavi hanno segnato una crescita del 33,3 per cento passando da 66 miliardi a 88 miliardi di euro. Si segnala inoltre la plusvalenza realizzata dalla cessione di *Open Fiber* per un ammontare complessivo di 1.763 milioni di euro;

- un incremento dei costi prevalentemente per i maggiori approvvigionamenti di *commodity*, soprattutto in relazione all'aumento dei prezzi medi dei combustibili in generale (soprattutto del gas) e dell'energia elettrica;

- un margine operativo lordo che si attesta a 17.567 milioni di euro (+664 mln di euro, pari al +3,9 per cento). Il margine operativo lordo è cresciuto grazie allo sviluppo di nuove iniziative commerciali di Enel X in Italia e all'avvio dei nuovi impianti di energia rinnovabile, specialmente in Brasile, unitamente alla plusvalenza realizzata per la cessione della partecipazione detenuta in *Open Fiber*;

- un risultato operativo che si attesta a 7.680 milioni di euro (-775 mln di euro, pari al -9,2 per cento). Oltre a quanto già commentato con riferimento al margine operativo lordo, il risultato operativo risente delle partite non ricorrenti relative agli adeguamenti di valore degli impianti a carbone, soprattutto in Italia, nell'ambito della più ampia transizione energetica, nonché agli adeguamenti di valore, a seguito di *impairment test*, delle attività relative alle Cgu della Spagna per i c.d. territori non peninsulari;

- un risultato netto complessivo che si attesta a 3.857 milioni di euro (+235 mln di euro), mentre il risultato netto di interessenza del Gruppo si attesta a 3.189 milioni di euro (+579 mln di euro).

I risultati patrimoniali conseguiti nel 2021 dal Gruppo Enel, in raffronto con quelli risultanti dal bilancio consolidato relativo all'esercizio 2020, evidenziano in particolare che:

- le attività immobilizzate nette si incrementano di 8.440 milioni di euro; in particolare: o le attività materiali e immateriali aumentano essenzialmente per gli investimenti del periodo (12.090 mln di euro). Tali impatti sono stati parzialmente compensati prevalentemente dagli ammortamenti e impairment rilevati nell'esercizio per 8.695 milioni di euro;

- o l'avviamento si incrementa a seguito dell'adeguamento dei cambi;

- o le altre attività non correnti nette si sono incrementate per gli adeguamenti al *fair value* dei derivati e per l'incremento delle attività finanziarie connesse a servizi in concessione;

- le attività nette possedute per la vendita si riducono per effetto delle cessioni avvenute nel corso del 2021 di *Open Fiber* e di Enel *Green Power* Bulgaria;

- il capitale investito netto al 31 dicembre 2021 è pari a 94.294 milioni di euro ed è finanziato dal patrimonio netto del Gruppo e di terzi per 42.342 milioni di euro e dall'indebitamento finanziario netto per 51.952 milioni di euro. Quest'ultimo, al 31 dicembre 2021, presenta un'incidenza sul patrimonio netto di 1,23 (1,07 al 31 dicembre 2020). L'incremento risente, in particolare, degli investimenti del periodo, del pagamento dei dividendi e dell'acquisizione di un'ulteriore quota di partecipazione nel capitale di Enel Américas.

La *performance* economico finanziaria del Gruppo Enel nel 2021 ha consentito di chiudere l'anno con ricavi, margine operativo lordo e utile netto di Gruppo in crescita e in linea con gli obiettivi comunicati al mercato. Inoltre, come previsto dalla politica dei dividendi del Gruppo, gli azionisti hanno ricevuto un anticipo sul dividendo (0,19 per azione) già nei primi mesi dell'anno (gennaio 2022).

Infine, la gestione del Gruppo ha permesso di pervenire a risultati positivi, in termini di parametri di sostenibilità, confermati dagli specifici indici di rating internazionalmente riconosciuti.

Le disponibilità liquide e mezzi equivalenti al 31 dicembre 2021 risultano pari a 8.990 milioni di euro, in aumento rispetto al precedente esercizio, quando ammontavano a 6.002 milioni di euro.

10.12. Nel 2021 prosegue la tendenza in aumento dell'indebitamento finanziario (+6.537 mln di euro, pari al 14,4 per cento) riconducibile principalmente al fabbisogno generato dai maggiori investimenti del periodo, pari complessivamente a 13.108 milioni di euro (+28,5 per cento rispetto al 2020).

I flussi di cassa generati dalla gestione operativa (10.069 mln di euro) e la liquidità originata dalla cessione di *Open Fiber* hanno parzialmente compensato il fabbisogno finanziario da coprire.

Il rapporto tra indebitamento finanziario netto ed Ebitda ordinario di Gruppo (*Net debt to Ebitda ratio*) nel 2021 risulta pari a 2,7 e il rapporto con il patrimonio netto di Gruppo nel 2021 (*Net debt to equity ratio*), è risultato pari a 1,23.

In relazione al perdurare della tendenza di crescita dell'indebitamento finanziario netto, questa Corte ribadisce la necessità che i programmi di investimento della Società siano improntati a criteri di prudenza tesi a mantenere l'equilibrio patrimoniale di lungo periodo.

31 – Sezione controllo enti; determinazione 5 aprile 2023; Pres. Arrigucci, Rel. Tomassini; Cassa per i servizi energetici e ambientali-Csea s.p.a.

**Enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria – Cassa per i servizi energetici e ambientali-Csea s.p.a. – Gestione finanziaria 2021 – Relazione al Parlamento.**

L. 21 marzo 1958, n. 259, partecipazione della Corte dei conti al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, art. 12; l. 28 dicembre 2015, n. 208, disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016), art. 1, c. 670.

*La relazione riferisce al Parlamento i risultati del controllo eseguito sulla gestione finanziaria relativa all'esercizio 2021 della Cassa per i servizi energetici e ambientali.*

*La Cassa è stata istituita l'1 settembre 1961 e, in forza del provvedimento del Cip 6 luglio 1974, n. 34 istitutivo del c.d. "sovrapprezzo termico", ha assunto la denominazione di Cassa conguaglio per il settore elettrico (Ccse) e le sono state affidate funzioni finalizzate al rimborso dei maggiori oneri di produzione dell'energia gravanti sulle imprese termoelettriche per il rincaro degli olii combustibili. Alle originarie funzioni perequative si sono, nel tempo, aggiunte nuove e differenti attività, in linea con l'evoluzione del quadro regolatorio, riguardanti produzione, trasmissione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica e del gas.*

*L'art. 1, c. 670, della legge di stabilità per il 2016 ha disposto la trasformazione della Ccse in ente pubblico economico, con la denominazione di Cassa per i servizi energetici e ambientali (Csea), con autonomia organizzativa, tecnica e gestionale e sottoposta alla vigilanza del Ministero dell'economia e delle finanze (Mef) e dell'Arera.*

*La Csea opera nei settori dell'energia elettrica, del gas e dei servizi idrici, amministrando i conti di gestione dei cosiddetti "oneri generali di sistema" e di ulteriori componenti, alimentati da appositi corrispettivi tariffari delle bollette e destinati a rilevanti obiettivi di interesse pubblico dei settori di appartenenza, quali la tutela dei consumatori svantaggiati, la promozione della ricerca di sistema, lo sviluppo delle fonti rinnovabili e dell'efficienza energetica, le agevolazioni per le imprese a forte consumo di energia.*

*A seguito della modifica, l'ente non è più ricompreso nell'ambito di applicazione del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 ma continuano a trovare attuazione nella sua regolamentazione molti istituti pubblicistici in ragione del suo inserimento sin dal 2007 nell'elenco predisposto annualmente dall'Istat (ai sensi del regolamento n. 549/2013/UE del 21 maggio 2013 Sec 2010) ed essa risulta soggetta ai tetti di spesa per consumi intermedi e alla c.d. "spending review".*

*Il risultato economico prima delle imposte nell'esercizio 2021, pur conservando segno positivo, ha fatto registrare una contrazione consistente rispet-*

*to all'esercizio precedente che chiudeva con un utile mentre quello osservato chiude con segno negativo ed una contrazione del 99,7 per cento. (1)*

(1) I. - Il testo integrale della relazione si legge in <[www.corteconti.it](http://www.corteconti.it)>.

**II. - Le iniziative a vantaggio dei consumatori di energia elettrica e gas (cap. 1652 del Ministero delle imprese e del made in Italy): brevi notazioni dagli esiti di un monitoraggio della Sezione del controllo sulla gestione**

L'art. 11-bis del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, come successivamente modificato dall'art. 2 della l. 24 dicembre 2007, n. 244, prevede che l'ammontare derivante dalle sanzioni irrogate dall'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, istituita ai sensi dell'art. 2, l. 14 novembre 1995, n. 481, sia destinato ad un fondo per il finanziamento dei progetti a vantaggio dei consumatori di energia elettrica e gas. La finalizzazione delle predette risorse è stata estesa a ricomprendere anche i consumatori del servizio idrico integrato, in forza dell'art. 30-quater del d.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 116.

Le risorse derivanti dalle sanzioni irrogate dall'Autorità vengono acquisite al capitolo 3592, art. 24 "Somme derivanti da sanzioni amministrative irrogate dall'Autorità per l'energia elettrica ed il gas da destinare al finanziamento di progetti a vantaggio dei consumatori di tali prodotti" del Mef, per essere assegnate, con legge di bilancio, al cap. 1652 dello stato di previsione del Mise (ora Ministero delle imprese e del made in Italy). Il cap. 3592/24 appartiene alle entrate correnti ed in particolare alle entrate correnti da imprese, correlate a multe, ammende, sanzioni o illeciti; gestite tramite riscossione a mezzo ruoli e versamento in tesoreria da debitori diretti.

Diversamente da quanto osservato con riferimento al Fondo in materia di iniziative a favore dei consumatori ex art. 148, l. 23 dicembre 2000, n. 388 ove si dispone che le entrate derivanti dalle sanzioni irrogate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato siano destinate ad iniziative a favore dei consumatori ai sensi dell'art. 2 del codice dei consumatori, che espresamente individua i diritti loro riconosciuti: tutela della salute; sicurezza e qualità dei prodotti e dei servizi; adeguata informazione e corretta pubblicità; esercizio delle pratiche commerciali, secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà; educazione al consumo; correttezza, trasparenza, equità nei rapporti contrattuali; promozione e sviluppo del libero associazionismo; erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e che le predette entrate possano essere riassegnate anche nell'esercizio successivo, con decreto del Mef, ad un apposito Fondo, iscritto nello stato di previsione del Mise (ora Ministero delle imprese e del made in Italy), al cap. 1650, denominato "Fondo derivante dalle sanzioni amministrative irrogate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato da destinare ad iniziative a vantaggio dei consumatori". Il fondo di cui trattasi ha visto nelle annualità passate una quasi completa corrispondenza delle entrate riscosse sul cap. 3592/24 a titolo di sanzioni rispetto a quelle riassegnate al cap. 1652 dello stato di previsione del predetto ministero, a titolo di variazioni di stanziamento in corso d'esercizio.

A seguito dell'applicazione della stabilizzazione delle entrate del tipo considerato, ai sensi dell'art. 23, c. 1-bis, l. n. 196/2009, con le disposizioni recate dalla legge di bilancio 2019 è stato previsto lo stanziamento negli esercizi 2019-2021 di euro 1,8 milioni per il fondo sul suddetto cap. 1652 destinato al finanziamento dei progetti proposti dall'Arera e la cui realizzazione, a seguito dell'approvazione da parte del ministero, è affidata alla ex Cassa conguaglio per il settore elettrico (attuale Csea) ente strumentale dell'Autorità.

Il cap. 3592/24 iscritto nella missione 12 "Regolazione dei mercati, programma, vigilanza sui mercati e sui prodotti, pro-



mozione della concorrenza e tutela dei consumatori” è ricompreso nell’ambito dell’azione “Armonizzazione del mercato, concorrenza, tutela dei consumatori e vigilanza su fondi Con-sap, Unioncamere, sistema delle Cciao, registro delle imprese e Rea”.

Giacché a termini della stabilizzazione, l’ammontare degli stanziamenti deve essere commisurato all’andamento dei versamenti registrati nei singoli esercizi del triennio precedente quello di iscrizione in bilancio, come precisato dal Mef nella circolare n. 1/2018, le entrate effettivamente affluite in bilancio devono essere monitorate, e, nel caso in cui i versamenti effettuati nel corso dell’esercizio risultino di ammontare inferiore a quello oggetto di stanziamento, ove possibile, devono porsi in essere accantonamenti sulle disponibilità di competenza, ovvero deve essere operato il conguaglio a valere sulla previsione di spesa dell’esercizio successivo. Tutto ciò premesso, il trend delle entrate del cap. 3592/24, ha fatto registrare nel periodo considerato dal monitoraggio una decisa contrazione. Per l’esercizio 2020, le entrate hanno fatto registrare accertamenti per euro 1,5 milioni, tutti riscossi e versati nello stesso esercizio a fronte della stabilizzazione allora fissata in 1,8 milioni di euro e attualmente dal 2021 incrementata a 2,5 milioni di euro.

La stabilizzazione ha trovato una soluzione all’annosa questione dell’assenza di stanziamenti a inizio anno per il capitolo e quindi per il Fondo considerato che ha comportato negli anni la carenza di un’efficiente programmazione della spesa, indicatore derivante dal rapporto fra stanziamenti definitivi di competenza e stanziamenti iniziali di competenza. Tale osservazione è da ricondursi alle caratteristiche precipue del fondo considerato, la cui provvista è legata proprio al pagamento delle sanzioni irrogate dall’Arera ed è il risultato di un procedimento che vede interessate oltre all’autorità che irroga le sanzioni i due ministeri competenti Mef e Mise (ora Ministero delle imprese e del made in Italy).

Tuttavia, alla luce delle risultanze emerse dal monitoraggio condotto dalla Corte dei conti – Sezione centrale del controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato – la stabilizzazione delle risorse del capitolo, non ha fornito una soluzione definitiva alle questioni involgenti il settore considerato, che necessita innanzitutto della collaborazione fra più amministrazioni ed in particolare fra l’Arera, chiamata a irrogare le sanzioni sulla base di procedimenti snelli che non impieghino tempi troppo lunghi e incompatibili con le esigenze di foraggiamento del Fondo, il ministero che gestisce le risorse del fondo per le finalità istituzionali allo stesso assegnate ed il Mef che è titolare delle entrate relative al cap. di spesa 1652.

Oltre a quanto detto deve aggiungersi la necessità di una semplificazione procedurale in sede di programmazione dell’utilizzo delle entrate da sanzioni irrogate dall’Arera.

I progetti che hanno ad oggetto attività inerenti alle finalità istituzionali del Fondo in esame sono stati tutti selezionati tramite bando da parte della Csea. Come emerso dal monitoraggio, si tratta, per la maggior parte, di rinnovi o proroghe di precedenti progetti che riguardavano il sostegno all’utilizzo da parte dei consumatori dello strumento della conciliazione paritetica prevista da alcuni appositi protocolli di intesa. Quest’ultima circostanza è stata sottolineata dalla Corte dei conti con accentuazione negativa in considerazione del fatto che le modalità ed i criteri fissati a livello ministeriale per il finanziamento dei progetti richiedono la ricerca di attività innovative e che, in ogni caso, non riproducano quelle già finanziate dal ministero. In aggiunta all’osservata carenza di innovatività la Corte dei conti ha stigmatizzato come i progetti approvati risultino avviati in molti casi con forte ritardo. Considerati i ritardi nel completamento delle procedure di finanziamento e le difficoltà nella fase di approvazione delle proposte formulate dall’Arera, molte delle attività risultavano essere ancora in fase di esecuzione. Anche nel caso in cui, risalendo alle prime an-

## 8. Conclusioni

La Cassa per i servizi energetici e ambientali – Csea, nata nel 1961 con la denominazione di “Fondo di compensazione per l’unificazione delle tariffe elettriche”, giusto provvedimento del Comitato interministeriale prezzi (Cip), con il compito di compensare le perdite delle imprese minori operanti nel settore dell’energia elettrica, derivanti dall’unificazione delle tariffe elettriche, in tutto il territorio nazionale, ha ampliato, nel tempo, tali originarie funzioni.

L’ente, che ha assunto l’attuale denominazione con l’art. 1, c. 670, l. 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità per il 2016), opera nei settori dell’energia elettrica, del gas e dei servizi idrici, amministrando i conti di gestione dei cosiddetti “oneri generali di sistema” e di ulteriori componenti, alimentati da appositi corrispettivi tariffari delle bollette e destinati a rilevanti obiettivi di interesse pubblico dei settori di appartenenza, quali la tutela dei consumatori svantaggiati, la promozione della ricerca di sistema, lo sviluppo delle fonti rinnovabili e dell’efficienza energetica, le agevolazioni per le imprese a forte consumo di energia.

Le originarie funzioni perequative si sono, nel tempo, ampliate con nuove e differenti attività, in linea con l’evoluzione del quadro regolatorio, riguardanti produzione, trasmissione, distribuzione e vendita dell’energia elettrica e del gas, nonché attività in favore dei consumatori, erogazione di “bonus” ai clienti in stato di disagio fisico od economico, ricerca di sistema.

Nell’esercizio di riferimento, a seguito degli aumenti dei prezzi dell’energia, l’ente ha rivestito un ruolo chiave nella politica governativa per limitare

---

nualità interessate dal monitoraggio (2014-2015), tutte le attività risultavano completate e rendicontate si poteva osservare la mancata erogazione delle competenze spettanti ai soggetti beneficiari.

Tra le tematiche oggetto dei progetti finanziati con le risorse del fondo possono annoverarsi: a) il sostegno alle conciliazioni paritetiche previste da alcuni appositi protocolli di intesa stipulati fra associazioni di consumatori iscritte nell’elenco di cui all’art. 137 del codice del consumo e comporta l’erogazione alle associazioni di contribuiti; b) l’accesso al servizio conciliazione clienti energia per i consumatori che non hanno dimistichezza con gli strumenti informatici, consistente in contributi a favore delle associazioni per le attività di orientamento e assistenza alla compilazione delle richieste di attivazione della procedura di conciliazione; c) la promozione dell’accesso ai bonus per la spesa sostenuta dai clienti per la fornitura di energia elettrica e di gas naturale; d) la formazione e aggiornamento per il personale delle associazioni dei consumatori che forniscono assistenza ai consumatori; e) i progetti per la realizzazione di un portale informatico per la raccolta e la pubblicazione in modalità *open data* delle offerte commerciali vigenti e dei contratti di fornitura ancora in essere (cfr. legge sulla concorrenza n. 124/2017); f) la promozione di campagne informative multimediali relative alla piena apertura dei mercati finali dell’energia elettrica e del gas alla cessazione dei regimi di tutela alle garanzie e agli strumenti di tutela disponibili ai consumatori; g) la riduzione degli oneri per bonus idrico attraverso le risorse tratte dal conto per la perequazione istituito presso la Csea. [P. COSA]

l'impatto di tali incrementi sui consumatori finali. In particolare, numerosi provvedimenti legislativi hanno azzerato la componente degli oneri di sistema nelle bollette, conseguentemente disponendo ingenti trasferimenti alla Csea che, nel corso dell'esercizio, sono stati di 4,9 miliardi.

La politica di contenimento degli aumenti energetici è poi continuata nel corso del 2022 a seguito degli eventi bellici in Ucraina, che ha avuto ulteriore impatto sull'approvvigionamento delle materie energetiche da parte del nostro Paese.

È inoltre proseguita l'amministrazione del conto Covid, istituito dall'esercizio 2020 con le delibere dell'Arera nn. 75 e 116/2020, per mitigare le conseguenze dei provvedimenti adottati per contrastare la diffusione della pandemia da Covid-Sars-19, con conseguente significativa contrazione dei consumi a causa della ridotta operatività delle filiere produttive e della chiusura delle attività non essenziali a seguito delle misure limitative della libera circolazione delle persone e riduzione del gettito degli oneri di sistema e delle ulteriori componenti tariffarie nel settore elettrico e gas.

Come già accennato, inoltre, la Csea è stata ulteriormente destinataria di trasferimenti a carico del bilancio dello Stato per compensare la riduzione della spesa energetica stabilita a favore delle imprese che hanno subito la contrazione o la chiusura dell'attività a seguito dell'emergenza sanitaria. Analoghe misure urgenti sono state previste da deliberazioni dell'Arera per il settore rifiuti, al fine di garantire la continuità dei servizi essenziali durante l'emergenza, e per il servizio idrico integrato, come meglio esposto nella precedente relazione.

Nell'esercizio considerato la spesa per gli organi ammonta a euro 162.689, e si è mantenuta sostanzialmente costante, tenuto conto della nomina del Comitato di gestione, subentrato al Commissario, avvenuta nel 2020.

Nel corso del 2021 la Csea, dando seguito all'aumento di organico del personale, disposto con decreto del Mef in data 11 marzo 2021, ha iniziato nuove procedure assunzionali che hanno permesso un consistente incremento, con conseguente aumento, pari a euro 192.228, dei costi relativi, che ammontano a 4.698.401.

Al personale dipendente dell'ente si applica, per legge e per statuto, il contratto collettivo nazionale del settore elettrico.

Trattandosi di ente pubblico, sia pure economico, cui non si applica il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, si rileva il mancato ricorso a procedure aperte per il reclutamento di personale, ivi compreso quello dirigenziale. In tal senso, la selezione interamente interna per la copertura di posizioni dirigenziali, avvenuta nell'esercizio 2022, non sembra conformarsi ai principi generali di buon andamento e imparzialità, oltre che alle disposizioni del regolamento di organizzazione e funzionamento.

Nell'esercizio, tenendo conto di quanto segnalato nella precedente relazione, sono stati adottati criteri obiettivi per procedere alle ispezioni, il cui svolgimento è di fondamentale importanza per il controllo delle dichiarazioni delle imprese e per le erogazioni, spesso di importo particolarmente ingente. Tuttavia, il numero e soprattutto la tipologia dei controlli non appaiono soddisfacenti, pur considerando le criticità operative dovute alla diffusione della pandemia ancora in essere nel periodo di riferimento. Il piano a tale scopo dedicato, che prevedeva 64 ispezioni, è stato soltanto parzialmente completato. Al riguardo si raccomanda, tenuto conto anche del consistente aumento di organico, un incremento apprezzabile delle ispezioni.

Permane altresì la necessità di costante monitoraggio delle situazioni creditorie della Cassa, tenuto conto del consistente aumento registrato nel corso dell'esercizio e dovuto sostanzialmente alla nuova disciplina dell'esazione della componente A3SOS e all'avvalimento, da parte di alcune imprese, di specifici meccanismi dilatori.

Nell'ambito contrattuale, l'ente non si è avvalso della possibilità di deroga alla soglia di cui all'art. 36, c. 2, lett. a), d.lgs. n. 50/2016, degli affidamenti diretti, elevata all'importo di euro 139.000.

Ha dunque applicato, per gli acquisti pari o superiori a euro 40.000, le procedure negoziate di cui all'art. 36, c. 2, lett. b).

Per converso, è ricorso all'affidamento diretto senza consultazione di più operatori economici per gli affidamenti c.d. "fiduciari", come già emerso per l'anno 2020. L'attività contrattuale nell'esercizio, in flessione numerica rispetto al precedente, vede un considerevole aumento dell'importo di aggiudicazione, che passa da circa euro 1,7 mln dell'anno 2020 a euro 5.753.366 per l'anno 2021, per la conclusione di quattro gare a procedura aperta di rilevanza comunitaria per un importo complessivo di aggiudicazione pari a euro 4.101.528.

Tra i contratti passivi merita menzione la questione della locazione della sede dell'ente nell'esercizio di riferimento, oggetto di una vertenza giudiziaria per sfratto per finita locazione iniziata dalla proprietà e definita nel corso del 2022 presso il Tribunale di Roma. Come già esposto, peraltro, alla fine del 2021 la sede è stata trasferita in altro immobile, con rilascio di quello precedente.

L'allocatione nella nuova sede, tuttavia, non è definitiva, attesa la comunicazione, da parte della società proprietaria, della necessità di utilizzo dell'immobile.

La questione relativa alla sede dell'ente, risalente al 2016, a tutt'oggi non è stata risolta, denotando carenze gestionali e una visione a breve termine, pur nell'indubbia difficoltà legata alle particolarità del mercato immobiliare e alla pandemia che ha pesantemente condizionato tutte le attività economiche e produttive. Si rileva, inoltre, che il Comitato di gestione da ultimo insediatosi è stato di diverso avviso rispetto ai precedenti organi, che avevano iniziato le ricerche per l'acquisto di un immobile da adibire a sede

dell'ente, prevedendo la locazione come scelta prioritaria.

Si raccomanda, pertanto, che i vertici gestionali dell'ente provvedano a realizzare tutte le necessarie attività per la risoluzione della problematica, che a tutt'oggi ha cagionato notevoli esborsi per l'erario e disagi dovuti ai traslochi.

Il contenzioso nel quale l'ente è coinvolto, prevalentemente *ad adiuvandum* dell'Arera, riguarda le impugnative delle delibere di quest'ultima davanti al giudice amministrativo. Elevato è, altresì, il contenzioso tributario, a seguito delle impugnazioni delle cartelle emesse dall'Agenzia delle entrate – riscossione con riguardo al recupero dei crediti dell'ente.

La Csea è altresì coinvolta, quale creditore, in numerose procedure concorsuali.

Il conto economico si è chiuso con un utile d'esercizio pari a euro 2.126, con un decremento del 99,7 per cento rispetto al 2020 (euro 631.566 in valore assoluto), a causa della diminuzione del saldo della gestione finanziaria pari a euro 22.833.188 (-62 per cento rispetto al 2020), che non ha compensato il saldo negativo della gestione caratteristica pari a euro -19.153.942 e delle imposte sul reddito di esercizio per euro -3.677.120.

I ricavi commissionali della Csea per il 2021 sono risultati pari ad euro 8.550.973, come da delibera Arera "Rilascio dell'intesa al Ministero dell'economia e delle finanze per l'approvazione del bilancio d'esercizio 2020 della Cassa per i servizi energetici e ambientali e copertura dei relativi costi di funzionamento per l'esercizio 2021": tale deliberazione ha autorizzato la Csea, per l'esercizio 2021, ad effettuare il prelievo di natura commissionale nella misura pari allo 0,61 per mille del valore complessivo degli importi riscossi ed erogati risultanti dal rendiconto finanziario di cui al bilancio 2020. Ai sensi dell'art. 9, c. 5, dello statuto, "le erogazioni istituzionali non hanno effetto sul conto economico ai fini della determinazione del risultato di esercizio"; il saldo tra entrate e uscite dell'attività istituzionale alimenta o riduce il fondo oneri per erogazioni istituzionali.

L'ente ha versato, a favore del bilancio dello Stato, un importo pari a 750 milioni a titolo provvisorio e uno pari a 165 milioni a titolo definitivo. In particolare, nell'esercizio 2021, sono stati restituiti, all'inizio dell'esercizio, 750 milioni versati alla fine del 2020; lo stesso meccanismo è stato attuato, a titolo temporaneo, a fine 2021, con il versamento del medesimo importo, successivamente restituito nei primi giorni dell'esercizio 2022.

Della somma versata in via provvisoria un importo, pari a 650 milioni, è destinato alle "Misure urgenti di crescita economica e per la risoluzione di specifiche situazioni di crisi" in cui è prevista la copertura degli oneri derivanti dagli stanziamenti a favore di Alitalia.

Altri 100 milioni, versati in via provvisoria, sono relativi alle "Disposizioni urgenti per il completamento della procedura di cessione dei complessi aziendali del Gruppo Ilva" come previsto dall'art. 2 del d.l. 29

dicembre 2016, n. 98, convertito con modificazioni dalla l. 27 febbraio 2017, n. 18.

L'ente, inoltre, ha riferito che nel 2021, oltre alle somme derivanti dall'applicazione dei tagli previsti dalle varie norme di riduzione della spesa, sono stati versati al bilancio dello Stato, a titolo definitivo, euro 135 milioni, come previsto dall'art. 1, c. 298, l. 30 dicembre 2004, n. 311, e dall'art. 1, c. 493, l. n. 266/2005; tale importo è costituito dal 70 per cento delle risorse annuali destinate alle misure di compensazione territoriale di cui alla l. 24 dicembre 2003, n. 368, di conversione con modificazioni del d.l. 14 novembre 2003, n. 314 (gettito Mct) e, per la parte restante, tramite prelievo a valere sulle entrate relative alla componente tariffaria A2; euro 29,4 milioni, come previsto dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, di conversione, con modificazioni, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, recante "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese".

Il risultato di esercizio, calcolato prima delle imposte, è stato pari a euro 3.679.246, con un decremento, rispetto al 2020, di euro 8.692.397 (-70,3 per cento).

Il patrimonio netto ammonta a euro 100.195.866, con una diminuzione di euro 599.881 rispetto al precedente esercizio. La movimentazione del patrimonio netto è imputabile alla contrazione dell'utile di esercizio e alla destinazione di quest'ultimo (euro 2.126) alle entrate del bilancio dello Stato.

Il collegio dei revisori ha attestato che l'ente ha correttamente operato le riduzioni previste dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 2010, n. 122.

Inoltre, l'ente ha attestato di aver applicato, come condiviso con il Mef, l'ulteriore riduzione del 5 per cento disposta dal d.l. n. 66/2014. I conseguenti versamenti sono stati effettuati nel corso dell'esercizio.

Il totale delle disponibilità liquide, pari a 7 miliardi nel 2021, cresce del 17,6 per cento (euro 1.063.629.470 in valore assoluto) principalmente a causa dell'aumento della voce "depositi bancari" che passa da euro 5.284.154.132 del 2020 a euro 6.347.782.231.

48 – Sezione controllo enti; determinazione 19 aprile 2023; Pres. Arrigucci, Rel. Romanelli; Italia trasporto aereo-Ita s.p.a.

#### **Enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria – Italia trasporto aereo-Ita s.p.a. – Gestione finanziaria 2021 – Relazione al Parlamento.**

L. 21 marzo 1958, n. 259 partecipazione della Corte dei conti al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, art. 12; d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19, art. 79; d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modifica-

zioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19, art. 1; d.l. 14 agosto 2020, n. 104, convertito con modificazioni dalla l. 13 ottobre 2020, n. 126, misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia, art. 87.

*La relazione riferisce al Parlamento i risultati del controllo eseguito sulla gestione finanziaria relativa all'esercizio 2021 della società Italia trasporto aereo-Ita s.p.a.*

*La società, che è stata costituita con decreto interministeriale del 9 ottobre 2020, in attuazione dell'art. 79 del d.l. n. 18/2020, ha ad oggetto l'esercizio dell'attività d'impresa nel settore del trasporto aereo di persone e merci. Con il citato decreto, in conformità alle previsioni soprarichiamate, si è provveduto, inoltre, ad approvare lo statuto sociale, a stabilire il capitale sociale iniziale nella misura di 20 milioni, interamente sottoscritto e versato dal Mef, a nominare il consiglio di amministrazione e il collegio sindacale ed a fissare i compensi spettanti ai rispettivi componenti.*

*L'attività della società, all'indomani della sua costituzione, è stata rivolta principalmente all'acquisizione di beni e servizi ed al reclutamento del personale necessari per consentire una partenza immediata, in vista della successiva redazione del piano industriale che è stato approvato dal consiglio di amministrazione nella seduta del 18 dicembre 2020. Alla data del 31 dicembre 2020, risultavano essere state assunte in totale 36 unità di personale, di cui 7 dirigenti. L'esercizio 2020 si è chiuso con una perdita, al netto delle imposte anticipate, di poco più di 1 milione di euro, che, per decisione dell'Assemblea, assunta nella seduta del 25 maggio 2021 su conforme proposta del consiglio di amministrazione, è stata portata a nuovo, con conseguente riduzione del patrimonio netto a 18.975.946 euro. Il risultato operativo si è attestato ad un valore negativo pari a 1,3 milioni di euro, sostanzialmente imputabile alle voci costo del lavoro (360 mila euro) e servizi di terzi per consulenze e prestazioni (928 mila euro) ed in particolare per l'attività di consulenza resa dagli advisor per la predisposizione dello schema di piano industriale e per i servizi per il reclutamento e l'amministrazione del personale, per la contabilità e il fisco, nonché per la locazione degli spazi adibiti ad uffici aziendali.*

*Nel primo semestre 2021, l'attività della società è stata principalmente rivolta alla presentazione dello schema di piano industriale approvato dal consiglio di amministrazione alle competenti Commissioni del Parlamento nazionale e alla Commissione europea. Complesso e articolato è stato il confronto con la Commissione europea, teso a stabilire se Ita si ponesse o meno in discontinuità economica nei confronti di Alitalia s.p.a. (in amministrazione straordinaria) in termini di prezzo di mercato, di identità dell'azionista e di oggetto della vendita nonché di logica complessi-*

*va dell'operazione, nonché a valutare la profittabilità economico-finanziaria dell'operazione in osservanza del Meop-Market Economy Operator Principle, secondo cui l'investimento pubblico in una nuova società deve garantire un ritorno al pari di un'operazione svolta da un investitore privato che operi nelle normali condizioni di mercato.*

*L'assemblea ha deliberato, in data 28 luglio 2021, il previsto aumento del capitale sociale sino all'importo complessivo di 720 milioni e di conseguenza l'attività della società si è concentrata, in vista del programmato inizio dell'attività operativa per il successivo 15 ottobre, su quattro principali oggetti: i) la trattativa con Alitalia; ii) la partecipazione alla gara per l'acquisizione dei suoi marchi e domini; iii) l'avvio delle procedure di reclutamento del personale di volo e di terra; iv) l'ottenimento da parte dell'Enac delle certificazioni di legge per l'esercizio dell'attività di vettore aereo. La flotta al 31 dicembre 2021 era rappresentata da 52 aeromobili, acquisiti da Alitalia nell'ambito del perimetro aviation, mediante novazione dei relativi contratti di leasing.*

*Le attività di volo sono state avviate, come programmato, il 15 ottobre 2021 in un contesto di mercato ancora fortemente condizionato dall'epidemia da Covid-19 con la nuova ondata pandemica connessa alla variante Omicron di fine novembre 2021. Tale contesto ha reso necessario un ridimensionamento della capacità di offerta che nel periodo 15 ottobre-31 dicembre 2021 ha visto fino a 37 destinazioni (16 domestiche, 20 internazionali e una intercontinentale) con 48 rotte e 750 frequenze settimanali nel complesso ed un'offerta complessiva di posti pari a 2,4 milioni circa (1,7 mln sulla rete nazionale, 700 mila sulla rete internazionale e 18,5 mila su quella intercontinentale).*

*Il costo del personale per l'esercizio considerato è ammontato complessivamente a 35,5 milioni di euro e 9,34 milioni di euro di consulenze. A tale ultimo proposito, la Corte, pur riconoscendo l'importanza del ricorso a competenze professionali specialistiche esterne in attività come quelle considerate aventi particolare carattere di straordinarietà, complessità e rilievo economico, ha ritenuto doveroso raccomandare, per il futuro, di limitare l'utilizzo delle prestazioni di professionisti esterni ai soli casi in cui l'esigenza da soddisfare trascenda effettivamente le possibilità operative della struttura societaria.*

*Uno specifico aggiornamento è stato destinato alla disamina dei principali fatti della gestione 2022. (1)*

## 8. Conclusioni

1. Italia trasporto aereo s.p.a. (Ita-Società), avente ad oggetto l'esercizio dell'attività d'impresa nel settore del trasporto aereo di persone e merci, è stata costituita con decreto interministeriale in data 9 ottobre 2020 (decreto costitutivo), in attuazione dell'art. 79

(1) Il testo integrale della relazione si legge in <www.corteconti.it>.

del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27 e successive modificazioni ed integrazioni (d.l. n. 18/2020), con un capitale sociale iniziale di 20 milioni, interamente sottoscritto e versato dal Ministero dell'economia e delle finanze (Mef), con previsione di un apporto complessivo sino a 3 miliardi da versarsi in più fasi, anche mediante successivi aumenti di capitale, autorizzandosi, a tal fine, l'acquisto o l'affitto, anche a trattativa privata, di "...rami d'azienda di imprese titolari di licenza di trasporto aereo rilasciata dall'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile, anche in amministrazione straordinaria...".

Con lo stesso decreto si è provveduto, inoltre, ad approvare lo Statuto sociale, alla nomina del Consiglio di amministrazione (composto da nove membri, compreso il Presidente) e del collegio sindacale, nonché alla fissazione dei compensi spettanti ai rispettivi componenti.

L'attività della Società all'indomani della sua formale costituzione (avvenuta a metà del successivo mese di novembre con il versamento del capitale sociale e l'iscrizione nel Registro delle imprese) è stata rivolta principalmente all'acquisizione di beni e servizi ed al reclutamento del personale e dei consulenti necessari per consentire una partenza immediata delle attività sociali, in vista della redazione, entro i seguenti 30 giorni – come previsto dal c. 4-bis dell'art. 79 del d.l. n. 18/2020 – dello schema di piano industriale, da trasmettersi al Parlamento nazionale e alla Commissione europea per le relative determinazioni (poi approvato dal Consiglio di amministrazione in data 18 dicembre 2020).

I risultati dell'esercizio 2020 riflettono la condizione di *start-up* della Società e sono stati evidentemente influenzati dal breve periodo di operatività, nel corso del quale non sono stati realizzati ricavi: l'esercizio si è chiuso, infatti, con risultato operativo negativo di 1,35 milioni circa ed una perdita netta di 1 milione circa, con conseguente riduzione del patrimonio netto a 18.975.946 euro.

2. Nel primo semestre del 2021, l'attività di Ita è stata principalmente rivolta alla presentazione e all'illustrazione dello schema di piano industriale alle competenti Commissioni parlamentari ed alla Commissione europea.

L'VIII Commissione permanente del Senato della Repubblica ha espresso il proprio parere favorevole, con osservazioni, in data 23 febbraio 2021, mentre la IX Commissione permanente della Camera dei deputati, lo ha espresso – anche in questo caso, con osservazioni – in data 17 marzo 2021.

Molto più articolato e complesso è stato il confronto con la Commissione europea che si è prolungato sino alla metà di luglio e che, nella fase finale, ha visto anche la diretta partecipazione di rappresentanti del Governo al massimo livello.

Alla Commissione era rimesso, nello specifico ed in estrema sintesi, un doppio ordine di valutazioni, va-

le a dire, stabilire se Ita si ponesse in discontinuità economica con Alitalia s.p.a. in amministrazione straordinaria (Alitalia) in termini di prezzo di mercato, di identità dell'azionista e oggetto della vendita ed accertare la profittabilità economico-finanziaria dell'operazione in osservanza del "*principio dell'operatore in una economia di mercato*" (*Meop – Market Economy Operator Principle*).

L'approfondita e serrata interlocuzione con le due organizzazioni eurounitarie competenti in materia (Commissariato per la concorrenza – Dgcomp – principalmente, e Direzione generale della mobilità e dei trasporti – Dg Move) si è conclusa soltanto il 15 luglio 2021 con l'invio da parte della Commissione Europea, al Mef – su richiesta di quest'ultimo e dopo l'esito positivo del "*Meop test*" – di una *comfort letter* con la quale è stata anticipata, nelle more dell'adozione della formale Decisione (poi adottata in data 10 settembre 2021), la positiva valutazione del piano industriale con le seguenti principali modifiche, rispetto a quello approvato nel dicembre 2020, in punto di discontinuità economica con Alitalia:

- acquisizione, tramite una negoziazione diretta con quest'ultima, dei soli asset necessari per gestire il settore volo (*aviation*);

- eventuale acquisizione del marchio esclusivamente attraverso una gara pubblica, bandita e gestita dalla stessa Alitalia;

- eventuale acquisizione delle attività comprese nel settore *ground handling* (servizi di terra) e *maintenance* (manutenzione) attraverso una gara pubblica, bandita e gestita da Alitalia, esclusivamente quale azionista (di maggioranza, nel primo caso, e di minoranza, nel secondo) di una nuova costituenda società (*newco*) con altri operatori interessati, con possibilità, nelle more dell'aggiudicazione di queste due gare, di avvalersi delle relative prestazioni attraverso specifici contratti di servizio;

- riduzione, in coerenza con la prevista dimensione iniziale della flotta (52 aeromobili), del 15 per cento degli *slot* già detenuti da Alitalia sull'aeroporto di Milano Linate e del 57 per cento di quelli detenuti sull'aeroporto di Roma Fiumicino;

- assunzione di un numero massimo di dipendenti compreso tra 2.750 e 2.950 unità;

- obbligo di non partecipazione alla gara pubblica per la cessione degli asset legati al programma di fidelizzazione di Alitalia;

- intrasferibilità dei biglietti prepagati emessi da Alitalia non ancora utilizzati al momento dell'avvio dell'attività operativa.

Quanto, invece, al profilo dell'investimento pubblico, la Commissione ha concluso, sulla base del "*Meop test*", che il previsto conferimento di capitale da parte del Mef, per un importo complessivo di 1,35 miliardi (di cui 700 mln nel 2021, 400 mln nel 2022 e 250 mln nel 2023), era da valutarsi come effettuato a condizioni di mercato, senza configurarsi, pertanto, come aiuto di Stato.

3. Una volta deliberato, in data 28 luglio 2021, l'aumento di capitale di 700 milioni, l'attività della Società, in vista dell'imminente inizio dell'attività operativa, si è prioritariamente concentrata sui seguenti quattro principali oggetti: i) la trattativa con Alitalia ai fini dell'acquisizione dei beni, servizi, contratti e rapporti rientranti nel perimetro "aviation" di suo interesse; ii) la partecipazione alla gara per l'acquisizione del marchio "Alitalia"; iii) l'avvio delle procedure di reclutamento del personale di volo e di terra; iv) l'ottenimento da parte dell'Ente nazionale per l'aviazione civile (Enac) delle certificazioni di legge per l'esercizio dell'attività di vettore aereo, vale a dire, il Certificato di Operatore Aereo (Coa) e la Licenza di Esercizio.

La negoziazione diretta con Alitalia per l'acquisizione del perimetro *aviation* ha preso avvio con la trasmissione da parte di Ita, in data 16 agosto 2021, di un'offerta non vincolante per la cessione dell'intero compendio di interesse (principalmente, 52 aeromobili, quanto ai beni materiali e l'applicativo informatico di gestione aziendale, tra quelli immateriali) per un prezzo pari a zero euro; l'offerta è stata così formulata in considerazione, da un lato, del valore (*fair market value*) del compendio acquisendo, stimato in 88,8 milioni, e tenuto conto, dall'altro, dei maggiori costi da sostenere (ammontanti a circa 137 mln e da dedursi, pertanto, dal suddetto valore) per i lavori di manutenzione degli aeromobili necessari per rendere la flotta perfettamente operativa e funzionante al momento dell'inizio delle attività di volo, nonché per gli oneri conseguenti alla novazione dei contratti di leasing che risultavano essere stati stipulati a condizioni fuori mercato (negli stessi termini quantitativi è stata successivamente formulata, il 24 agosto 2021, l'offerta vincolante).

Le successive trattative per l'esatta definizione dei beni, degli asset e dei rapporti da trasferire sono giunte a conclusione, previa accettazione della suddetta offerta vincolante, il 14 ottobre 2021, nella quale data sono stati stipulati i relativi contratti in forma pubblica, per un corrispettivo complessivo pari a 1 euro.

Pendenti le suddette trattative, il Consiglio di amministrazione della Società, nella seduta del 24 settembre 2021, ha, inoltre, deliberato di partecipare alla gara pubblica – medio tempore indetta da Alitalia – per l'alienazione del marchio, autorizzando gli Organi esecutivi a presentare un'offerta vincolante fino ad un importo massimo di 145 mln, sulla scorta della valutazione effettuata dal consulente all'*uopo* incaricato, che ne aveva stimato, per l'appunto, l'*equo* valore tra gli 80 e i 145 milioni.

In data 14 ottobre 2021 ed a seguito di trattativa diretta, nonostante fosse stata medio tempore operata dal *management* la scelta di adottare un nuovo *brand* ("*Ita Airways*"), la società, che era stata l'unica partecipante alla gara, ha acquisito il marchio "Alitalia", per un corrispettivo di 90 milioni.

Il Coa e la Licenza di Esercizio sono stati rilasciati dall'Enac in data 18 agosto 2021, mentre le procedure

di assunzione del personale hanno avuto inizio verso la fine dello stesso mese.

Alla data del 15 ottobre 2021 di inizio dell'attività operativa, risultavano essere state assunte complessivamente 1.922 unità di personale, di cui, 421 piloti, 726 assistenti di volo, 26 dirigenti e 775 addetti ai servizi di terra.

4. "*Ita Airways*" ha iniziato le attività di volo, come programmato, il 15 ottobre 2021 (con il volo Milano Linate/Bari delle ore 6.20) in un contesto di mercato ancora fortemente condizionato dall'epidemia sanitaria, con un recupero atteso dei volumi di traffico stimato al 38 per cento di quello pre-Covid.

Alla data della partenza operativa la flotta era rappresentata da n. 52 aeromobili, acquisiti da Alitalia, di cui 7 di lungo raggio (*wide body*) e 45 di breve/medio raggio (*narrow body*).

Nell'ultimo trimestre del 2021 sono stati negoziati e finalizzati in conformità al piano industriale, vari accordi volti a garantire l'ingresso in flotta, tra il 2022 e il 2025 (in proprietà o in locazione finanziaria), di ulteriori complessivi 64 aeromobili di nuova generazione (36 *narrow body*, 21 *wide body* e 7 *regional*), tutti prodotti dalla stessa casa costruttrice dei 52 aeromobili ex Alitalia.

La compagnia ha operato fino a 37 destinazioni (16 domestiche, 20 internazionali e una intercontinentale) con 48 rotte e 750 frequenze settimanali nel complesso ed un'offerta complessiva di posti pari a 2,4 mln circa (1,7 mln sulla rete nazionale, 700 mila sulla rete internazionale e 18,5 mila su quella intercontinentale, limitata all'unica tratta Roma/New York/Roma, divenuta operativa a partire dal 4 novembre 2021).

I passeggeri complessivamente trasportati da Ita Airways nel periodo dal 15 ottobre al 31 dicembre 2021 sono stati complessivamente 1,25 milioni circa, con un *load factor* (percentuale di riempimento), che si è attestato al 53,7 per cento, sostanzialmente in linea con l'obiettivo previsto nel piano industriale.

Quanto, agli indici di puntualità e di regolarità, merita di essere evidenziato che su un totale di 15.373 voli di linea passeggeri effettuati dall'inizio delle operazioni al 31 dicembre 2021 è stata registrata complessivamente una puntualità, entro i 15 minuti dall'orario previsto, pari al 90,6 per cento per i voli in partenza e al 90,5 per cento per quelli in arrivo e che risulta essere stato effettuato il 99,8 per cento dei voli programmati.

È stato, inoltre, ideato e pubblicizzato un nuovo programma di fidelizzazione (*loyalty*), che al 31 dicembre 2021 ha raggiunto un portafoglio di 221.787 iscritti.

5. L'andamento del traffico nel breve periodo di attività, dopo l'iniziale lento avvio, è migliorato a novembre e, ancor più, a dicembre in conseguenza delle festività natalizie, risentendo, comunque, degli effetti legati alla recrudescenza dell'epidemia Covid per l'insorgenza della variante "*Omicron*".

I ricavi totali si sono attestati, in diminuzione rispetto alle previsioni di *budget*, a 90 mln circa, di cui:

- 74,5 milioni circa riferibili al traffico passeggeri (46 mln circa provenienti dai voli domestici, 25 mln circa dai voli internazionali e 4 mln circa da quelli intercontinentali);

- 9,6 milioni circa relativi al settore cargo;

- 1,4 milioni riferibili al segmento *business charter*;

- 4,5 milioni circa riferibili ad altri ricavi accessori derivanti dal traffico passeggeri.

L'esercizio si è chiuso con un risultato operativo (Ebit) negativo per 177,7 milioni e una perdita complessiva (che è stata riportata a nuovo) di 147,9 milioni, sostanzialmente in linea con le ipotesi di *budget*, che erano state elaborate in considerazione della condizione di *start up* della Società e della partenza operativa in un periodo dell'anno storicamente caratterizzato da scarso traffico rispetto alla stagione estiva.

I costi operativi sono ammontati complessivamente a 267,6 milioni, con una prevalenza dei costi per servizi, che hanno fatto registrare un valore di 166,2 mln; gli ammortamenti, al netto delle svalutazioni, si sono attestati, invece, a 24,2 milioni, i costi del personale a 35,5 milioni, quelli per consumi di materie prime e materiali di consumo a 40,3 milioni, e, residuamente, gli altri costi a 1,4 milioni.

La spesa sostenuta per le consulenze esterne è ammontata a 9,343 milioni circa; essa è principalmente riferibile all'ampio ricorso a prestazioni specialistiche che si sono rese necessarie, dapprima, per l'elaborazione del piano industriale e il suo successivo adattamento durante l'interlocuzione con la Commissione Europea e, successivamente, per la partenza operativa della compagnia aerea in un brevissimo lasso temporale.

La Corte, pur riconoscendo la necessità del ricorso a competenze professionali specialistiche esterne nelle attività aventi particolare carattere di straordinarietà, complessità e rilievo economico, deve, nondimeno, raccomandare, per il futuro, di limitare l'utilizzo delle prestazioni di professionisti esterni ai soli casi in cui, in osservanza al generale principio della corretta gestione delle risorse disponibili, secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, l'esigenza da soddisfare trascenda effettivamente le possibilità operative della struttura societaria.

Per effetto dell'operato aumento di capitale di 700 milioni, il patrimonio netto si è attestato ad un valore di 568,1 mln, mentre la disponibilità finanziaria a fine esercizio è risultata pari a 446,6 milioni.

6. A seguito delle dimissioni, presentate il 17 giugno 2021 dal Presidente nominato con il decreto costitutivo, l'Assemblea, con deliberazione adottata il successivo 18 giugno, ha nominato un nuovo Presidente, autorizzando contestualmente il Consiglio di amministrazione, ai sensi dell'art. 11, c. 11 dello Statuto, a conferire al medesimo maggiori e più ampie deleghe operative rispetto a quelle detenute dal suo predecessore,

con contestuale conseguente riduzione del perimetro di quelle già in capo all'Amministratore delegato.

Con effetto dalla data in cui è stato formalizzato il nuovo assetto delle deleghe nei confronti dei due amministratori esecutivi (23 giugno 2021), il compenso spettante a ciascuno di essi, ai sensi dell'art. 2389, cc. 1 e 3, c.c. (per l'Amministratore delegato comprensivo, anche, della retribuzione relativa all'incarico di Direttore generale rivestito aggiuntivamente), è stato stabilito, paritariamente, in linea con le retribuzioni stabilite in altre società non quotate interamente controllate dal Mef di analoga rilevanza e tenuto conto della natura di start up di Ita, nella misura complessiva di 600 mila euro annui lordi (400 mila euro di compenso fisso e 200 mila euro di compenso variabile), a fronte di quello differenziato fissato precedentemente (220 mila euro per il Presidente e 675 mila euro per l'Amministratore delegato/Direttore generale).

La società si è dotata di una vera e propria struttura organizzativa soltanto in prossimità dell'avvio dell'attività operativa di volo.

Essa, tuttavia, è stata formalmente approvata dal Consiglio di amministrazione in data 27 dicembre 2021, limitatamente, però, alle Direzioni presidiate da dirigenti di primo livello a diretto ed immediato rapporto del Presidente esecutivo e dell'Amministratore delegato/Direttore generale, in rapporto alle deleghe operative a costoro rispettivamente conferite.

7. Nella seduta del 31 gennaio 2022, a distanza di quasi cinque mesi dall'inizio dell'attività operativa ed in vista dell'avvio delle trattative per la scelta del partner strategico (v. *infra*), il Consiglio di amministrazione ha provveduto ad aggiornare il piano industriale, approvato nel luglio nell'anno precedente, estendendone la durata al quinquennio 2022/2026.

Un ultimo aggiornamento concernente l'arco di piano 2023/2026, condiviso con la compagnia aerea con la quale è attualmente in corso la trattativa per la cessione di una quota del capitale sociale (v. *infra*), è stato approvato dal Consiglio di amministrazione nella seduta del 28 marzo 2023.

8. In data 2 marzo 2022 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato l'11 febbraio precedente ai sensi della normativa in materia di dismissione delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici, con il quale, richiamate in premessa le previsioni di cui all'art. 79, c. 4-bis, d.l. n. 18/2020 e del decreto costitutivo, nonché le conformi assunzioni del piano industriale di Ita approvato in data 18 dicembre 2020, concernenti l'esigenza/obiettivo strategico per la Società di sviluppare "...sinergie e alleanze con altri soggetti pubblici e privati, nazionali ed esteri..." si disponeva di "...avviare un processo di apertura del capitale sociale di Ita s.p.a. da realizzare, anche in più fasi, attraverso il ricorso, singolo o congiunto, a una offerta pubblica di vendita e a una trattativa diretta, al fine di favorire il predetto percorso di con-

*clusione di partnership e integrazioni, con l'obiettivo di potenziare l'attività della società e le sue prospettive industriali e occupazionali...".*

La procedura competitiva si è protratta per l'intero anno, senza tuttavia giungere a soluzione, pur dopo l'individuazione, alla fine di agosto, di una cordata concorrente la cui offerta era stata ritenuta maggiormente rispondente agli obiettivi fissati dal dpcm, con il quale era stato avviato un negoziato in esclusiva.

Sicché, alla fine dell'anno, con un altro dpcm adottato in data 22 dicembre 2022, dopo essersi dichiarata conclusa la procedura indetta con il precedente provvedimento, è stata confermata la necessità di procedere alla dismissione della partecipazione del Mef in Ita, rivedendone, tuttavia, integralmente le modalità *"...al fine di accelerare la definizione di partnership che assicurino il perseguimento degli obiettivi di sviluppo e di potenziamento..."* dell'attività della società.

Nello specifico ed in sintesi, è stato previsto:

- che la cessione della partecipazione sarebbe stata effettuata tramite trattativa diretta limitata ai soggetti che *"...singolarmente o nell'ambito di un raggruppamento..."* avevano partecipato alla precedente procedura a condizione che gli stessi non fossero sottoposti a vincoli tali da impedire l'acquisizione del controllo o della maggioranza del capitale;

- che tra gli offerenti doveva essere necessariamente presente una compagnia aerea che sarebbe stata tenuta ad acquisire *"...la maggioranza del capitale oggetto di ciascuna fase dell'operazione..."*;

- che l'offerente doveva garantire che, anche alla data dell'uscita del Mef dal capitale, la maggioranza fosse comunque detenuta da una compagnia aerea;

- che il prezzo di acquisto della partecipazione doveva tener conto del valore del patrimonio netto di Ita quale risultante dal bilancio della società, dalle relazioni finanziarie intermedie e dalle stime di chiusura dell'esercizio e che l'acquisizione della partecipazione avrebbe potuto essere rappresentata, in tutto o in parte, dalla sottoscrizione, da parte dell'acquirente, di uno o più aumenti di capitale, anche riservati, all'uopo deliberati dalla società.

È stato altresì disposto che la trattativa in esclusiva sarebbe stata diretta a definire:

- il piano industriale di sviluppo e crescita, con particolare attenzione allo sviluppo degli *hub* nazionali, all'ingresso in mercati strategici e all'incremento delle rotte a lungo raggio;

- un accordo sulle modalità di gestione della società tali assicurare il conseguimento degli obiettivi del piano industriale, prevedendo, a tal fine, il preminente coinvolgimento della compagnia aerea offerente, il riconoscimento in favore del Mef di adeguati poteri di controllo, del diritto di gradimento su nuovi azionisti e di meccanismi di presidio sulle decisioni rilevanti ai fini del perseguimento degli obiettivi di sviluppo e potenziamento della società;

- le clausole di opzione relative alla cessione della partecipazione residua detenuta dal Mef;

- il contratto che avrebbe disciplinato l'operazione di acquisto o sottoscrizione degli aumenti di capitale che sarebbero stati deliberati.

Con comunicato stampa in data 18 gennaio 2023, il Mef ha reso noto di aver ricevuto, entro il termine fissato (alle ore 18.00 dello stesso giorno) una lettera di intenti per acquisire una quota di minoranza della Società da parte della compagnia aerea europea che aveva partecipato alla procedura indetta con il dpcm 11 febbraio 2022, in associazione con un'altra società di trasporto marittimo, riservandosi di esaminarne la congruità nel rispetto dei requisiti previsti dal dpcm e che, entro lo stesso termine, non erano pervenute altre offerte.

Con comunicato stampa emesso il successivo 27 gennaio, il Mef ha reso noto che, nella stessa data, era stata sottoscritta la suddetta lettera di intenti, da considerarsi propedeutica all'apertura di *"...una trattativa privata tra le parti..."*, preannunciando che non sarebbero stati *"...diffusi ulteriori dettagli sulla discussione in corso..."*.

9. L'anno 2022 è stato caratterizzato da tensioni nell'ambito del Consiglio di amministrazione a causa di una persistente contrapposizione tra il Presidente esecutivo e la maggioranza dei consiglieri non esecutivi su alcuni rilevanti temi di gestione aziendale concernenti, principalmente, la procedura di privatizzazione, di cui si è testé detto, nonché, per alcuni versi, anche quella di determinazione del compenso spettante agli organi esecutivi.

Tali contrasti hanno finito per ripercuotersi negativamente sul funzionamento dell'organo amministrativo, ove si consideri che sei consiglieri non esecutivi in data 29 marzo, hanno rassegnato le loro dimissioni dall'incarico, e che, conseguentemente, essendosi provveduto alla loro sostituzione soltanto il 16 novembre successivo, per buona parte dell'anno la Società è stata amministrata da un organo esecutivo composto, nella maggioranza dei suoi membri, da consiglieri dimissionari rimasti in carica a norma dell'art. 2385, c. 1, c.c.

In prosieguo, il Consiglio di amministrazione, nella seduta del 12 ottobre, con una deliberazione adottata a maggioranza dai sei consiglieri dimissionari e dall'Amministratore delegato (poi confermata nella seduta del 20 ottobre successivo) ha revocato le deleghe esecutive già conferite al Presidente attribuendole all'Amministratore delegato.

A seguito di tale deliberazione, che è stata impugnata dal Presidente in sede civile, si è pervenuti, ad iniziativa del Mef e previa modifica statutaria, ad un nuovo assetto del governo societario, per ciò che concerne sia il numero dei componenti dell'organo amministrativo, sia, parzialmente, le persone chiamate a rivestire l'incarico.

Infatti, in data 8 novembre 2022, l'Assemblea ha deliberato, tra l'altro:

- i) in sede straordinaria, di modificare l'art. 10, c. 1 dello Statuto, ivi prevedendosi, che il Consiglio di



amministrazione fosse composto da un minimo di 3 a un massimo di 9 consiglieri (anziché da un minimo di 5 a un massimo di 11, come precedentemente disposto), nonché il successivo c. 4, con l’inserimento della clausola c.d. *simul stabunt simul cadent*, in caso di dimissioni della maggioranza dei consiglieri;

ii) in sede ordinaria, la revoca, con effetto immediato, del Presidente (anche dall’incarico di componente del Consiglio di amministrazione) per il venir meno del rapporto di fiducia dell’azionista, con riserva di eventuali e successive iniziative a tutela della società.

Successivamente, in data 16 novembre, l’Assemblea ha nominato un nuovo Consiglio di amministrazione composto di 5 membri (che si è regolarmente insediato il 21 novembre seguente), confermando due soltanto dei precedenti componenti ed indicando tra quelli di recente nomina il nuovo (terzo) Presidente della società, autorizzando, altresì, il conferimento a quest’ultimo, da parte del neo-costituito organo amministrativo, delle stesse deleghe già in capo al suo predecessore, salvo quella concernente le “*risorse umane*”.

10. Il Consiglio di amministrazione, nella sopra citata seduta del 12 ottobre 2022, ha approvato la relazione finanziaria semestrale al 30 giugno 2022, che ha evidenziato, in sensibile peggioramento rispetto alle previsioni di *budget*, un risultato netto negativo per circa 272 milioni (principalmente imputabile all’aumento del prezzo del combustibile a seguito del conflitto in Ucraina, alle fluttuazioni nel tasso di cambio tra euro e dollaro statunitense, nonché alla recrudescenza dell’epidemia Covid nei primi mesi dell’anno), che, sommato alle perdite del 2020 e del 2021, complessivamente pari a circa 149 milioni, ha determinato una riduzione del capitale sociale, alla stessa data (pari a 720 mln), di oltre un terzo, così integrandosi, pertanto, la fattispecie di cui all’art. 2446 c.c.

Conseguentemente, a norma del c. 1 della suddetta norma codicistica, è stata disposta la convocazione dell’Assemblea, per l’adozione degli opportuni provvedimenti, contestualmente approvandosi lo schema di relazione da sottoporsi all’esame assembleare, unitamente alle osservazioni del collegio sindacale.

L’Assemblea, nella seduta dell’8 novembre 2022, di cui si è già detto, preso atto della suddetta relazione e delle correlate osservazioni dell’organo di controllo, ha deliberato di procedere al già previsto aumento di capitale di 400 milioni, da versarsi nelle forme di legge, per effetto del quale esso si è attestato, alla stessa data, all’importo di 1,120 miliardi.

Il progetto di bilancio approvato dal Consiglio di amministrazione nella seduta del 28 marzo 2023 evidenzia alla chiusura dell’esercizio, nonostante il notevole valore dei ricavi operativi (1,54 mld), una perdita netta complessiva di 486 milioni (per buona parte riferibile anch’essa ai suddetti eventi straordinari), un valore negativo dell’Ebit pari a 489 milioni, un patrimonio netto di 524 milioni ed una disponibilità di cassa pari a 418 milioni.

47 – Sezione controllo enti; determinazione 26 aprile 2023; Pres. e Rel Arrigucci; Ente nazionale idrocarburi-Eni s.p.a.

**Enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria – Ente nazionale idrocarburi-Eni s.p.a. – Gestione finanziaria 2021 – Relazione al Parlamento.**

L. 21 marzo 1958, n. 259, partecipazione della Corte dei conti al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria; d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da Covid-19, art. 79; d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da Covid-19; d.l. 14 agosto 2020, n. 104, convertito con modificazioni dalla l. 13 ottobre 2020, n. 126, misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell’economia, art. 87.

*La relazione riferisce al Parlamento i risultati del controllo eseguito sulla gestione finanziaria relativa all’esercizio 2021 dell’Ente nazionale idrocarburi s.p.a.*

*La corporate governance della società è articolata secondo il modello tradizionale. Essa opera svolgendo attività di esplorazione, estrazione e produzione nonché distribuzione e commercializzazione di prodotti energetici ed è presente (al 31 dicembre 2021) in 69 paesi con 31.888 dipendenti dei quali 11.256 all’estero. L’Eni è una società quotata e le azioni sono possedute dal Mef e da Cassa depositi e prestiti (Cdp s.p.a.).*

*Il sistema normativo interno risulta articolato in più tipologie di strumenti fra cui: le policy che definiscono principi e regole generali di comportamento, le management system guideline che individuano i ruoli, i comportamenti, i flussi informativi ed i principi di controllo.*

*Il costo del personale per l’esercizio considerato è ammontato complessivamente a 1 miliardo e 415 milioni di euro in incremento rispetto all’annualità precedente (1 miliardo 381 milioni di euro). A tale ultimo proposito, la Sezione ha precisato che il valore differenziale fra le assunzioni e le cessazioni dei rapporti lavorativi ha avuto segno negativo per 1.198 unità. L’età media del personale Eni è di 45 anni. Il numero complessivo al 31 dicembre 2021 è di 31.888 dei quali 20.632 prestano servizio in Italia. La composizione del totale dei dipendenti vede la presenza di donne per circa un quarto del totale, un numero di dirigenti pari a 966. Dei dipendenti che lavorano nelle sedi all’estero 3.462 sono in Europa, 3.189 in Africa, 2.786 in Asia e 1.731 in America.*

*Molteplici le attività svolte nel corso del 2021 da Eni. La relazione riferisce che è stato firmato un contratto per la cessione a Snam del 49,9 per cento delle partecipazioni detenute da Eni nelle società che gesti-*

scono i gasdotti onshore (Algeria Tunisia) e i gasdotti offshore che collegano la costa tunisina all'Italia ed è stata acquisita una quota del 20 per cento da Equinor e Sse Renewables del progetto Dogger Bank terzo cluster del più grande parco eolico offshore al mondo attualmente in costruzione nel Mare del Nord britannico. (1)

10. *Considerazioni conclusive* – 1. Eni s.p.a. (di seguito anche “Eni” o “la Società”) opera, quale azienda globale dell’energia, in tutta la catena del valore, svolgendo attività di esplorazione, estrazione e produzione, nonché distribuzione e commercializzazione di prodotti energetici, fino allo sviluppo di processi di economia circolare.

È società emittente, con azioni quotate sul Mercato telematico azionario gestito da Borsa italiana s.p.a. e con titoli quotati negli Stati Uniti sul New York Stock Exchange (“Nyse”).

Al 31 dicembre 2021, il Gruppo Eni s.p.a. è presente in 69 Paesi con 31.888 dipendenti, di cui 11.256 all'estero. La Società controlla, come capogruppo, 329 società (83 in Italia e 246 all'estero) e detiene partecipazioni in ulteriori 127 società controllate congiuntamente (*joint venture e joint operation*), di cui 32 in Italia e 95 all'estero e altre 26 partecipazioni rilevanti (4 in Italia e 22 all'estero).

La partecipazione azionaria è soggetta al limite statutario del tre per cento del capitale sociale (art. 6.1 dello statuto; sono esclusi da tale limite il Ministero dell'economia e delle finanze, gli enti pubblici, o soggetti da questi controllati), in attuazione dell'art. 3 del d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 1994, n. 474 e successive modificazioni e integrazioni. In forza della partecipazione azionaria detenuta, sia direttamente (con il 4,37 per cento), sia indirettamente (con il 25,96 per cento), tramite Cassa depositi e prestiti s.p.a. (Cdp s.p.a.), il Ministero dell'economia e delle finanze dispone dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria della Società. Eni non è soggetta ad attività di direzione e coordinamento, ai sensi dell'art. 2497 c.c., da parte dello stesso Ministero e di Cdp s.p.a.

2. Nel complesso, il 2021 ha visto il significativo rimbalzo dei risultati consolidati, che chiudono con un utile di 5,82 miliardi rispetto alla perdita di 8,64 miliardi nel 2020 e un flusso di cassa operativo di 12,86 miliardi, cresciuto di circa 8 miliardi rispetto al 2020.

Gli effetti della pandemia hanno continuato a pesare sul settore raffinazione e vendita (*Refining and Marketing-R&M*) a causa della lenta ripresa del traffico aereo internazionale e della conseguente debole domanda di *jet fuel*, che ha penalizzato la redditività della raffinazione tradizionale, su cui hanno pesato anche i maggiori costi delle *utility* indicizzate al gas e i maggiori oneri per acquisto di certificati emissivi,

(1) Il testo integrale della relazione si legge in <www.corteconti.it>.

più che raddoppiati a causa della ripresa e dell'aumento del consumo di carbone in sostituzione del gas.

Il piano strategico 2022-2025, comunicato da Eni a marzo 2022, prevede una strategia volta a garantire la sicurezza e la sostenibilità del sistema energetico, mantenendo una netta focalizzazione sulla transizione energetica equa e sulla creazione di valore per gli *stakeholder*. Eni persegue questi obiettivi facendo leva sull'*upstream* e sulle *partnership* con paesi produttori per reperire opportunità di forniture di gas alternative e addizionali e accelerando i propri obiettivi di decarbonizzazione, per abbattere le emissioni *scope 1, 2 e 3*. Eni accelera il percorso verso l'obiettivo delle zero emissioni nette, con una riduzione delle emissioni *scope 1, 2 e 3* del 35 per cento entro il 2030 e dell'80 per cento entro il 2040, rispetto ai livelli del 2018. Per le emissioni *scope 1 e 2* è previsto un taglio del 40 per cento entro il 2025 e il raggiungimento delle zero emissioni nette entro il 2035, in anticipo di cinque anni rispetto al precedente piano.

3. Nel 2021 la consistenza media del personale in servizio presso Eni s.p.a. risulta in riduzione rispetto al 2020 (-342 risorse medie), principalmente a causa di un efficientamento gestionale; il costo del lavoro passa da 1.238 milioni a 1.286 milioni, con un aumento di 48 milioni rispetto al 2020, principalmente per effetto dell'incremento dei costi per esodi agevolati.

La forza lavoro del Gruppo, a fine 2021, era di 31.888 risorse, di cui 20.632 in Italia (64,7 per cento) e 11.256 all'estero (35,3 per cento). Nel 2021, l'occupazione complessiva cresce di 1.113 persone rispetto al 2020, pari a +3,6 per cento, con una riduzione in Italia (-538 dipendenti) e una crescita all'estero (+1.651 dipendenti). Il costo del lavoro del Gruppo, nel 2021, è sostanzialmente in linea rispetto al 2020 (+25 milioni, pari allo 0,9 per cento), principalmente a seguito dell'apprezzamento dell'euro rispetto al dollaro USA compensato da maggiori oneri per incentivazione all'esodo.

4. In ordine ai principali risultati economico-finanziari, Eni s.p.a. chiude l'esercizio 2021 con un utile netto di 7.675 milioni, rispetto a 1.607 milioni del 2020, con un incremento di 6.068 milioni, per effetto, essenzialmente, del miglioramento del risultato operativo (+4.554 mln), del migliore risultato finanziario (+92 mln), dei maggiori proventi su partecipazioni (+399 mln) e di minori imposte per 1.023 mln. Il miglioramento del risultato operativo è riferibile essenzialmente alle linee di business R&M (+1.933 mln), E&P (+1.692 mln) e Global Gas & LNG Portfolio (+999 mln). Il patrimonio netto di Eni risulta pari a 51.039 mln, in aumento del 14,2 per cento rispetto al 2020 (esercizio in cui era pari a 44.707 mln), per effetto, principalmente, dell'incremento dell'utile dell'esercizio (+6.068 mln), a fronte dell'incremento delle azioni proprie (+377 mln) e del decremento delle altre riserve di utili disponibili (-1.367 mln).

5. Il Gruppo Eni ha chiuso il bilancio con un utile netto di 5.840 mln, rispetto alla perdita netta di 8.628

mln del 2020. I risultati del 2021 sono stati influenzati in maniera significativa dalla ripresa dello scenario dei prezzi delle commodity energetiche. In media, nel 2021, il prezzo di riferimento del marker Brent si attesta a 71 \$/barile (+70 per cento rispetto al 2020). Il mercato europeo del gas è stato caratterizzato da condizioni estreme a causa dell'offerta "corta" e delle incertezze sui flussi di approvvigionamento dalla Russia.

L'utile netto di competenza degli azionisti Eni è stato di 5.821 milioni nel 2021, rispetto alla perdita netta di 8.635 milioni del 2020. Il risultato netto ottenuto, ritornato sui livelli pre-Covid, ha beneficiato della crescita di proporzioni rilevanti dell'utile operativo a 12.341 milioni, rispetto alla perdita operativa di 3.275 milioni del 2020, impattato dalle misure di *lock-down* per contenere la diffusione della pandemia Covid-19.

Il Gruppo ha conseguito, nell'esercizio 2021, un utile netto *adjusted* di 4.330 milioni, per effetto della performance operativa e beneficiando anche del miglioramento del *tax rate* (50 per cento nel 2021, rispetto al 175 per cento del 2020). Il flusso di cassa netto da attività operativa (*cash flow*) ammonta, come detto, a 12,86 miliardi, in aumento, rispetto ai 4,82 miliardi del 2020, del 166,8 per cento, sostenuto dal miglioramento dello scenario *upstream*.

L'indebitamento finanziario netto, al 31 dicembre 2021, è pari a 14.324 milioni, in riduzione di 2.262 milioni rispetto al 2020. I debiti finanziari e obbligazionari ammontano a 27.794 milioni, di cui 4.080 milioni a breve termine (comprensivi delle quote in scadenza entro 12 mesi dei debiti finanziari a lungo termine di 1.781 mln) e 23.714 milioni a lungo termine.

Nel 2021, il risultato della gestione industriale di Gruppo prima degli oneri straordinari (utile operativo *adjusted*) e la generazione di cassa operativa hanno registrato un incremento di quasi 8 miliardi per entrambi rispetto al 2020, dovuto essenzialmente allo scenario prezzi degli idrocarburi.

I ricavi della gestione caratteristica conseguiti nel 2021 (76.575 mln) sono aumentati di 32.588 mln rispetto al 2020 (+74,09 per cento).

Il patrimonio netto è aumentato di 7.022 milioni per effetto, principalmente, dell'incremento dell'utile dell'esercizio (+14.456 mln), a fronte del decremento dell'utile relativo agli esercizi precedenti (-11.293 mln) della riserva Oci per strumenti derivati *cash flow hedge* (-891 mln), della riserva Oci partecipazioni valutate al patrimonio netto (-31 mln) e delle azioni proprie (-377 mln).

Da rilevare, infine, che in un contesto di mercato complessivamente favorevole, i risultati dell'esercizio 2022 sono stati molto positivi, sostenuti dal controllo dei costi, dall'efficacia operativa e dall'attenta gestione dei rischi derivanti dalla volatilità dei prezzi e dalla carenza di offerta. Il Gruppo ha conseguito un utile operativo *adjusted* di 20.386 milioni, in crescita di 10.722 milioni rispetto al 2021, grazie alla forte *performance* operativa di E&P, trainata dai maggiori prezzi di realizzo, dalle ottimizzazioni nel *business*

Ggp, facendo leva sulla flessibilità del portafoglio gas e Gln, nonché del *business* R&M, a seguito della disponibilità degli impianti e dall'ottimizzazione dei costi in un contesto di margini molto favorevoli.

\*\*\*

### Sezione controllo affari comunitari e internazionali

6 – Sezione controllo affari comunitari e internazionali; deliberazione 6 aprile 2023; Pres. e Rel. Coppola; Audit certificate e report International Centre for Genetic, Engineering and Biotechnology (Icgeb)-anno 2022.

### Corte dei conti – Organizzazione delle Nazioni Unite – International Centre for Genetic, Engineering and Biotechnology (Icgeb) – Audit certificate e report relativi all'Audit of the Financial Statements 2022.

*La Sezione di controllo per gli affari comunitari e internazionali ha approvato l'audit certificate e il report relativi all'Audit of the Financial Statements per l'anno 2022 dell'International Centre for Genetic, Engineering and Biotechnology (Icgeb). (1)*

\*\*\*

(1) I. - Il testo integrale della relazione si legge in <[www.corteconti.it](http://www.corteconti.it)>.

II. - Con riguardo all'area dei controlli internazionali posti in essere dalla Sezione affari comunitari e internazionali, con particolare riferimento alle attività di *external auditor*, la medesima, con la deliberazione in esame, ha approvato il Capporto e la relativa Certificazione sui progetti finanziati, nel 2022, dalla South Africa National Research Foundation e gestiti dall'International Centre for Genetic Engineering and Biotechnology (Icgeb).

L'*audit* è stato condotto in conformità con gli standard internazionali delle istituzioni superiori di controllo (Issai) e il regolamento finanziario dell'organizzazione. All'esito del controllo sono state formulate delle raccomandazioni e, inoltre, mediante la formulazione delle c.d. "*other matters*" nella certificazione è stata sottolineata l'importanza di rinforzare l'armonizzazione delle procedure contabili e amministrative tra le componenti dell'organizzazione operante in diversi paesi, rafforzando anche la loro adesione alle norme e ai principi applicabili delle Nazioni Unite.

Nel corso del *Congress* che si è tenuto a Capetown il 10 e l'11 maggio, è stato presentato il rapporto con la relativa certificazione sui *financial statement* 2022. In tale occasione, a conclusione dei tre mandati consecutivi espletati dalla Corte dei conti, il presidente della sezione ha presentato una *Overview* che ha sottolineato l'impatto dell'azione della Corte sull'Organizzazione sia sotto il profilo gestionale sia sotto quello dell'adozione di una contabilità in linea con gli *International Accounting Standard* e supportata da un adeguato sistema gestionale Erp.

## Sezioni regionali di controllo

### Basilicata

29 – Sezione controllo Regione Basilicata; deliberazione 21 marzo 2023; Pres. Tagliamonte, Rel. Gattoni; Ministero dell'istruzione.

**Amministrazione dello Stato e pubblica in genere – Ufficio scolastico regionale – Dirigenti – Provvedimento dell'Ufficio scolastico regionale di assegnazione in eccedenza rispetto alla dotazione organica, disposta in esecuzione di pronuncia del giudice del lavoro – Assenza di autorizzazione ministeriale – Illegittimità – Sussiste.**

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 3.

*È illegittimo, e in quanto tale inidoneo all'ammissione al visto e alla registrazione della Corte dei conti, il decreto dell'Ufficio scolastico regionale che, in esecuzione di una pronuncia cautelare dal giudice del lavoro, disponga – in assenza di apposita autorizzazione ministeriale in deroga – l'assegnazione di un dirigente scolastico in eccedenza rispetto alla dotazione organica regionale. (1)*

(1) I. - Il testo integrale della relazione si legge in <[www.corteconti.it](http://www.corteconti.it)>.

II. - In sede di controllo preventivo di legittimità, la Sezione lucana ha scrutinato l'assegnazione di un dirigente scolastico presso un istituto comprensivo potentino in eccedenza rispetto alla dotazione organica dei dirigenti scolastici prevista per la Regione Basilicata.

Accogliendo il ricorso di un dirigente (immesso in ruolo nell'anno scolastico 2022/2023, a seguito del superamento del corso-concorso nazionale bandito nel novembre 2017 e finalizzato al reclutamento di dirigenti scolastici, e assegnato alla Regione Lombardia sulla base della graduatoria di merito), con ordinanza cautelare ex art. 700 c.p.c. il giudice del lavoro di Milano condannava l'amministrazione ad assegnare il ricorrente al ruolo dirigenziale nella Provincia di Potenza o, in subordine, presso altra sede scolastica della Basilicata o, comunque, più vicina alla residenza del ricorrente medesimo.

In esecuzione di tale pronuncia, con il decreto sottoposto al controllo preventivo l'Ufficio scolastico regionale (Usr) conferiva all'interessato un incarico dirigenziale in eccedenza, non solo rispetto alle unità assegnate dal Ministero alla Regione Basilicata quali vincitrici del citato corso-concorso nazionale ma anche rispetto alla consistenza complessiva della dotazione organica dei dirigenti scolastici della stessa regione definita per l'anno scolastico 2022/2023.

A fondamento del diniego del visto e della conseguente registrazione, la Sezione ha posto i seguenti argomenti.

In primo luogo, ferma restando la necessità per l'Usr di dare esecuzione alla citata ordinanza cautelare del giudice del lavoro, le modalità di esecuzione di quest'ultima avrebbero dovuto tenere conto della consistenza complessiva della dotazione organica dei dirigenti scolastici, con "conseguente impossibilità di attribuzione di un posto in eccedenza [...] in assenza di una espressa autorizzazione e/o rettifica in tal senso da parte dell'Ufficio della direzione generale per il personale scolastico"; ciò in quanto, in mancanza di direttive di segno contrario, "le disposizioni contenute negli atti innanzi indicati esplicano efficacia vincolante per l'Usr rivestendo natura normativa".

In tal senso, la deliberazione ha richiamato l'esplicita dichiarazione dell'amministrazione ministeriale, in base alla quale in nessun caso l'esecuzione della pronuncia del giudice del lavoro avrebbe potuto determinare l'autorizzazione ad aumentare l'organico assegnato.

Inoltre, secondo il collegio, nessun rilievo può assumere il prospettato collocamento a riposo d'ufficio di 4 dirigenti scolastici a decorrere dall'1 settembre 2023, che nella prospettiva dell'Usr avrebbe comportato il riassorbimento dell'incarico conferito in esubero; si tratta, infatti, di circostanza futura, inidonea a spiegare effetti per l'anno scolastico in corso.

In secondo luogo, la legittimità del decreto dell'Usr in esame è stata negata a motivo dell'assenza di una revoca espressa del decreto di conferimento all'interessato dell'incarico dirigenziale presso una scuola lombarda, disposto dal locale Usr.

In assenza di una revoca espressa (e/o di una caducazione in sede giurisdizionale) del decreto da ultimo citato, la registrazione del nuovo atto "si porrebbe in contrasto con il primo, con la conseguente contemporanea – e per certi versi contraddittoria – sussistenza di due decreti di conferimento di incarichi dirigenziali e di due (collegati) contratti individuali di lavoro validi ed efficaci".

III. - Per un primo commento alla deliberazione in esame, cfr. V. Giannotti, *Corte dei conti: diritti di precedenza sempre validi. Il preside non va immesso in ruolo solo perché lo ha ordinato il giudice*, in <[www.Italiaoggi.it](http://www.Italiaoggi.it)>, 4 aprile 2023.

IV. - In base all'art. 112 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo), l'azione di ottemperanza può essere proposta dinanzi al giudice amministrativo per conseguire l'attuazione, tra l'altro, "delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato" (c. 2, lett. c).

Sull'inammissibilità del ricorso per ottemperanza ai fini dell'esecuzione delle ordinanze cautelari ex art. 700 c.p.c., trattandosi di provvedimenti non equiparabili alle sentenze passate in giudicato, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 17 febbraio 2021, n. 1463, secondo cui "l'ordinanza cautelare ex art. 700 c.p.c., se da un lato è una forma di tutela cautelare urgente e atipica – utilizzabile anche in fattispecie non espressamente e tassativamente previste e disciplinate dal c.p.c. –, non per ciò solo s'appalesa scollegata dal giudizio di merito, servendo solo alla parte, che la richieda, di conservare lo *status quo ante* della *res litigiosa* e, in certi casi, d'anticipare per tempo pure un assetto dei diritti assicurandone a priori la fruttuosità, essendo tuttavia evidente che, per i caratteri di strumentalità, provvisorietà ed anticipazione della misura cautelare al giudizio di merito, occorre poi instaurare quest'ultimo e giammai prescindere".

V. - La vicenda in esame integra una di quelle ipotesi che segnalano l'esigenza di momenti di raccordo fra i diversi plessi giurisdizionali, al fine di evitare che il pluralismo delle giurisdizioni si risolva in un fattore di freno per l'operare della pubblica amministrazione, chiamata a dare attuazione a pronunziamenti fra loro in conflitto.

Sul punto merita segnalare che il *Memorandum* sulle tre giurisdizioni superiori – siglato il 15 maggio 2017 dal Primo presidente della Corte suprema di cassazione, dal presidente del Consiglio di Stato, dal presidente della Corte dei conti, dal Procuratore generale presso la Corte suprema di cassazione e dal Procuratore generale presso la Corte dei conti – prevede tra le proprie finalità quella di "rafforzare gli strumenti organizzativi e formativi diretti a rendere certa la capacità di ciascun giudice di pronunciarsi tenendo conto del complesso della giurisprudenza in qualsiasi modo attinente al caso in giudizio, tanto nella propria quanto nell'ambito di altre giurisdizioni, valorizzando l'apporto di ciascuna e assicurando, in modo particolare nei

## Emilia-Romagna

48 – Sezione controllo Regione Emilia-Romagna; deliberazione 18 aprile 2023; Pres. Pozzato; Rel. Carlo, Scognamiglio.

### Contabilità regionale e degli enti locali – Regioni – Regione Emilia-Romagna – Referto annuale sulle tipologie di copertura delle leggi regionali di spesa e sulle tecniche di quantificazione degli oneri.

Cost., art. 81; l. 31 dicembre 2009, n. 196, legge di contabilità e finanza pubblica, artt. 17, 19; d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli artt. 1 e 2 della l. 5 maggio 2009, n. 42, art. 38, allegato 4/1; d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con modificazioni dalla l. 7 dicembre 2012, n. 213, disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012, art. 1, cc. 2 e 5.

*Con la pronuncia in esame, la Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna ha approvato la relazione annuale sulla legislazione onerosa 2022, soffermandosi sulla tipologia delle coperture finanziarie adottate nelle leggi regionali approvate nel corso dell'esercizio e sulle modalità di quantificazione degli oneri.*

*La sezione, infatti, dopo aver illustrato il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento e valutato positivamente il recepimento da parte del legislatore regionale delle osservazioni contenute nella precedente relazione, ha affermato, tra gli altri, i seguenti principi concernenti la centralità della relazione tecnica (che, nell'ordinamento della Regione Emilia-Romagna, assume la denominazione di "scheda tecnico-finanziaria"): 1) nel caso in cui la legge di stabilità preveda nuovi oneri finanziari, ancorché tali previsioni non siano incompatibili con le finalità che l'art. 38 del d.lgs. n. 118/2011 assegna alla legge di stabilità regionale, è comunque necessaria la predisposizione della relativa scheda tecnico-finanziaria. Ciò in quanto il momento logico della quantificazione dell'onere va tenuto distinto da quello dell'individuazione del mezzo di copertura. Pertanto, anche se, per la natura stessa della legge di stabilità, la copertura può essere individuata nella legge di bilancio, contestualmente approvata, ciò non implica che le norme introduttive di nuovi oneri non debbano provvedere alla quantificazione degli stessi. Tale quantificazione deve essere assistita da una puntuale analisi di tutte le variabili rilevanti, che trova la sua corretta collocazione istituzionale nella scheda tecnico-finanziaria di corredo alla disposizione di spesa; 2) la scheda tecnico-finanziaria, che accompagna la legge regionale con cui è disposta la modifica delle*

passaggi evolutivi, la continuità dei principi e delle tradizioni giuridiche incorporate nella giurisprudenza". [G. NATALI]

*aliquote dell'addizionale regionale all'Irpef, deve contenere una stima analitica delle conseguenti variazioni delle correlative entrate e, in particolare, dei dati quantitativi necessari a dimostrare la sostanziale invarianza del gettito atteso dalla norma. (1)*

49 – Sezione controllo Regione Emilia-Romagna; deliberazione 18 aprile 2023; Pres. Pozzato, Rel. Scognamiglio; Comune di Concordia sulla Secchia.

### Contabilità regionale e degli enti locali – Enti locali – Contributi pubblici – Modalità di rappresentazione contabile dei "contributi a rendicontazione" – Imputazione dell'intero importo al primo esercizio – Illegittimità – Esclusione.

D.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli artt. 1 e 2 l. 5 maggio 2009, n. 42, allegato n. 4/2.

*La corretta rappresentazione contabile delle risorse rinvenienti dai c.d. "contributi a rendicontazione", costituiti da trasferimenti erogati annualmente a favore di un ente locale sulla base della rendicontazione delle spese sostenute e di una precedente deliberazione dell'ente finanziatore, richiede che le entrate siano accertate con imputazione ai medesimi esercizi in cui sono stati registrati gli impegni da parte del medesimo ente finanziatore, non rispetta quindi il suddetto principio contabile un'imputazione dell'intero importo del contributo al primo esercizio di rendicontazione; in questo modo, infatti, si sovrastimano le entrate di competenza dell'esercizio con l'effetto di determinare un illegittimo ampliamento delle capacità di spesa dell'ente beneficiario e mettere rischio la complessiva tenuta degli equilibri di bilancio.*

\*\*\*

## Lazio

59 – Sezione controllo Regione Lazio; deliberazione 30 marzo 2023; Pres. Mezzera, Rel. Sucameli; Comune di Roma Capitale.

### Enti locali – Comune – Società – Ristrutturazione proprietaria – Atto deliberativo di costituzione – Controllo della Corte dei conti – Difetto di necessità e sostenibilità finanziaria dell'operazione – Parere negativo.

(1) Sul tema del Referto annuale sulle leggi regionali di spesa sia consentito il rinvio a Sez. contr. reg. Emilia-Romagna, 1 aprile 2022, n. 30, in questa Rivista, 2022, 3, 120, con nota di F. Izzo, *Fate bene, ma fate presto: l'importanza del profilo temporale nelle nuove potenzialità informative delle relazioni annuali delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti sulle coperture finanziarie e le tecniche di quantificazione degli oneri della legislazione regionale*, 121, ove ampi richiami e giurisprudenziali (in particolare sulla rilevanza della relazione tecnica anche per la legislazione regionale v. nt. 11, p. 122).

D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, artt. 5, cc. 3 e 4.

*La Corte dei conti, previo contraddittorio con l'ente locale, riscontrata la natura di parametri di valutazione di stretta legalità con cui è chiamata a giudicare la fattispecie, accerta il difetto di "necessità" e "sostenibilità finanziaria" dell'operazione autorizzata di acquisto delle quote residue del socio privato; rilascia pertanto, parere negativo, con tutti gli effetti di legge previsti dall'art. 5, cc. 3 e 4, Tusp. (1)*

#### Diritto – (Omissis). IV. Il giudizio

10. L'operazione, prospettata supera il test di legalità dell'oggetto. Essa, infatti, prevede la ristrutturazione proprietaria di un soggetto societario con oggetto esclusivo l'erogazione di "un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi" (art. 4, c. 2, lett. a, e art. 4, c. 4, Tusp). Si tratta, cioè, di uno degli oggetti previsti dalla legge.

11. Per la stessa ragione, l'operazione appare conforme, sul piano della legalità degli effetti, al principio d'inerenza, mirando a erogare il servizio scolastico integrato, ai sensi dell'art. 2, lett. o), Tusp. Del resto, da questo punto di vista, la deliberazione dell'Assemblea capitolina n. 49/2023 conferma i contenuti della revocata deliberazione n. 99/2018. Su tale punto, il giudice amministrativo, ha ritenuto che esso è "qualificabile quale 'servizio di interesse generale' ai sensi dell'art. 4, c. 1, d.lgs. n. 175/2016 e inteso quale servizio unico di supporto al regolare funzionamento delle strutture scolastiche. Il servizio è infatti composto da una serie omogenea di attività, le quali si pongono al servizio dell'attività educativa stricto sensu intesa, rendendola più fruibile e ottimizzandola" (Tar Lazio, Sez. II, n. 7888/2019).

12. Tuttavia, questi elementi non sono innovativi, in quanto riproducono, in buona sostanza, quelli della precedente deliberazione n. 99/2018. Il contenuto innovativo riguarda la scelta del modello gestorio *in house*, strumentalmente al quale si revoca la delibera di primo grado e si dispone che Ama acquisti la quota dei soci privati, utilizzando, come prezzo per l'acquisto, la cessione dei rami di azienda *non core*. L'operazione, così configurata, non supera il test di legalità degli effetti, sotto il profilo del principio di necessità e del criterio della sostenibilità finanziaria.

12.1. In proposito, in accordo con la costante giurisprudenza amministrativa, per necessità non si intende indispensabilità (necessità assoluta) ma una necessità relativa, nel senso di dimostrabile e dimostrata maggiore idoneità della partecipazione ad assolvere al compito pubblicistico di fornire un servizio di interesse generale in modo qualitativamente più adeguato e a condizioni economiche più favorevoli rispetto all'ordinaria modalità esternalizzatrice (un "qualifica-

to nesso", basata su "reali necessità istituzionali degli enti", Cons. Stato, Sez. III, 11 marzo 2011, nn. 1572 e 1573).

12.2. Gli argomenti spesi in tale senso da Roma Capitale per dimostrare la presenza del presupposto, infatti, risultano infondati.

13. Il primo argomento consiste nella sopravvenienza di una normativa statale per cui le istituzioni educative devono usare personale di supporto interno. Tale *ius superveniens*, richiamato nella motivazione, ha dato abbrivio, come riportato in fatto, all'istruttoria ordinata dalla giunta capitolina, che ha condotto alla revisione consiliare delle scelte effettuate nel 2018.

13.1. Più nel dettaglio, la deliberazione n. 49/2023 ritiene che la costituzione dell'organismo *in house* sarebbe imposta dalla sopravvenienza dell'art. 1, c. 760, della legge di bilancio 2019 (l. n. 145/2018). La disposizione richiamata ha novellato l'art. 58 d.l. n. 69/2013, stabilendo che "5-bis. A decorrere dal 1° gennaio 2020, le istituzioni scolastiche ed educative statali svolgono i servizi di pulizia e ausiliari unicamente mediante ricorso a personale dipendente appartenente al profilo dei collaboratori scolastici e i corrispondenti posti accantonati, ai sensi dell'art. 4 del regolamento di cui al d.p.r. 22 giugno 2009, n. 119, sono resi nuovamente disponibili, in misura corrispondente al limite di spesa di cui al comma 5. Il predetto limite di spesa è integrato, per l'acquisto dei materiali di pulizia, di 10 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2020".

13.2. L'amministrazione capitolina ha riconosciuto che si tratta di norma che concerne una fattispecie del tutto diversa e che non impone l'istituzione di un organismo *in house*. Essa, infatti, riguarda: a) istituzioni di livello statale, b) aventi come oggetto istituzionale l'erogazione del servizio educativo scolastico (non l'ente *dominus* a fini generali) e, in ogni caso, c) impone l'uso del personale con rapporto giuridico direttamente ascrivibile alla stessa istituzione educativa e non di organismi terzi. Come è evidente, Roma Capitale non è un'istituzione educativa né titolare diretta del rapporto di lavoro con i dipendenti di Rms.

13.3. Tuttavia, sulla motivazione della deliberazione n. 49/2023, il comune ha chiarito che il richiamo della legge di bilancio 2019 documenta un *favor* ordinamentale per l'utilizzo di personale scolastico ausiliario sotto il proprio controllo diretto, condizione che realizzerebbe attraverso il controllo analogo che il comune verrebbe a esercitare su un organismo *in house*. In quest'ottica, la legge di bilancio 2019 concorrerebbe a rendere "relativamente necessario" il ricorso a tale modello organizzativo.

13.4. L'argomento, anche con queste precisazioni, resta infondato per dimostrare la necessità di cui all'art. 5 Tusp. Oltre a riguardare una fattispecie diversa, la norma esprime un disfavore verso l'utilizzo di personale il cui rapporto di lavoro (e il relativo costo) si imputa sul bilancio di un ente autonomo. In altri termini, da un punto di vista contabile, la disposizione impone l'identità tra il bilancio su cui si imputa

(1) Segue la nota di A. Carapellucci, *Il "parere" ex art. 5 Tusp è un controllo successivo di legittimità?*

la spesa del rapporto di lavoro e la titolarità giuridica del rapporto medesimo. In questo modo, il principio che se ne ricava è che l'autoproduzione dei servizi in questione deve essere sia formale che sostanziale, garantendo un controllo completo del rapporto di lavoro e dei suoi costi.

13.5. Per contro, il ricorso all'intermediazione di una società *in house* per l'autoproduzione e l'erogazione di beni e servizi, anche strumentali, resta circondato da un chiaro sfavore ordinamentale, come risulta dall'art. 4, c. 4, Tusp e dall'art. 192 d.lgs. n. 50/2016 (richiamato, a sua volta, dall'art. 16, c. 7, Tusp), norme che dispongono limiti precisi alla costituzione e affidamento diretto di beni e servizi a tali soggetti. Tale approccio resta confermato dall'art. 17 d.lgs. n. 201/2022, il quale ha ribadito che gli “enti locali e gli altri competenti possono affidare i servizi di interesse economico generale di livello locale a società *in house*, nei limiti e secondo le modalità di cui alla disciplina in materia di contratti pubblici e di cui al d.lgs. n. 175/2016”.

14. La decisione di acquisto delle quote di minoranza per la costituzione di un organismo *in house*, in secondo luogo, viene motivata ritenendo che (con il dettaglio contenuto nell'allegato B) l'affidamento diretto a un organismo in controllo analogo, di per sé, per evidenza logica, “consentirebbe di raggiungere soprattutto l'obiettivo del miglioramento della qualità del servizio scolastico integrato, sia in ragione dell'innegabile caratterizzazione educativa del ruolo svolto dagli operatori del servizio stesso [...], sia mediante una costante e programmata attività di formazione del personale, di monitoraggio e controllo delle prestazioni” (p. 16 della deliberazione, richiamando l'allegato B).

14.1. In buona sostanza, si ritiene che la necessità della costituzione di una società *in house* deriverebbe da un sicuro ed evidente miglioramento della qualità dei servizi collegata, astrattamente, alla modalità gestoria. La gestione *in house*, mediante il controllo analogo, infatti, garantirebbe, oltre a un maggiore accentramento e controllo sulla formazione del personale, l'eliminazione dello storico contenzioso con Rms.

14.2. Il ragionamento risulta giuridicamente e concretamente infondato. Come detto, dal punto di vista giuridico, la preferenza per l'erogazione pubblica di beni e servizi per mezzo di organismi *in house* non può basarsi sul richiamo all'art. 1, c. 760, della legge di bilancio 2019. La società partecipata e *in house* integra una forma di autoproduzione soltanto indiretta, intermediata da una struttura con un proprio bilancio e un'autonomia di funzionamento assicurata dal diritto civile, specie sotto il profilo contabile. In secondo luogo, sussiste una preferenza verso il ricorso diretto al mercato.

14.3. In proposito, la preferenza per il ricorso al mercato o all'autoproduzione, per l'ordinamento europeo, è una scelta rimessa al legislatore interno (Corte giust. Ue, Sez. IX, ord. 6 febbraio 2020, cause C-89/19 a C-91/19, punti 41 e 47). La legislazione na-

zionale, per contro, a livello costituzionale, contempla il principio di sussidiarietà orizzontale, ai sensi dell'art. 118 Cost., secondo cui “Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale”. A livello di legislazione ordinaria, sussistono numerose norme che, inoltre, esprimono uno sfavore per la costituzione di strutture pubbliche che derogano al principio dell'universalità del bilancio, attraverso sistemi contabili di diritto privato, che non prevedono gli stessi presidi pubblicistici a tutela dell'equilibrio di bilancio (contabilità autorizzatoria e controlli *ex 148-bis* Tuel). La costituzione di una società *in house*, infatti, da un lato, consente forme di controllo gestorio analoghe all'erogazione interna e in economia, ma, allo stesso tempo, consente di derogare alla regola dell'universalità di bilancio dell'ente *dominus* e di affidare risorse pubbliche a un soggetto che può operare sui mercati di destinazione, con finanziamenti pubblici, con rischio di alterare la concorrenza (Corte cost., n. 325/2010, punto 3.1.1.1. *in diritto*), attraverso una contabilità che non prevede un sistema autorizzatorio per la copertura delle spese (art. 81, c. 3, Cost.), alla stregua di quanto previsto per l'ente *dominus*.

14.4. In ragione dei principi richiamati, il legislatore statale ha optato per una disciplina restrittiva che pone limiti alla costituzione *ad hoc* di società a scopo di autoproduzione e all'attività contrattuale a valle (art. 4, c. 4, e 16, c. 7, richiamante l'art. 192 d.lgs. n. 50/2016). Tale ultima disposizione, più nel dettaglio, fornisce i criteri legali per effettuare la scelta tra affidamento diretto in autoproduzione e ricorso al mercato.

14.5. Ne consegue che il criterio normativo per riscontrare la necessità del ricorso alla costituzione di società *in house*, finalizzate, come nel caso di specie, al dichiarato fine di pervenire a un affidamento diretto, è proprio l'art. 192 del codice dei contratti, il quale opera come parametro interposto dell'art. 5, cc. 1 e 3, Tusp. In conclusione, non esiste nessuna preferenza né logica né ordinamentale per la costituzione di organismi *in house* nella forma di società partecipate.

14.6. Fatta questa premessa, che esclude qualsiasi validità dell'argomento astratto della garanzia di migliori servizi, in termini qualitativi e finanziari, attraverso la costituzione di un organismo *in house* (allegato B della delib. n. 49/2023), anche gli argomenti in concreto forniti risultano privi di riscontro. Il primo riguarda la prospettiva dell'eliminazione di un contenzioso che, dalla documentazione resa, non risulta affatto legata al modello precedentemente prescelto, ma a concrete opzioni manageriali dello stesso comune. Rms, infatti, è attualmente un organismo societario misto, sotto il controllo dell'amministrazione capitolina, con il 51 per cento della partecipazione. In quest'ottica, sono imputabili al comune sia l'abuso delle proroghe tecniche, sia la scelta di concentrare il *business* di Rms sul *global service* che ha creato, da un lato, una rendita di posizione su mercato per

l'attuale concessionario, per altro verso, una vera e propria dipendenza economica tra bilancio di Rms e continuità del *global service* per il servizio scolastico. In entrambe le scelte, il comune si pone come centro decisionale, ora delle committenze, ora quale baricentro della *governance* della società *target*. In buona sostanza, il contenzioso che Roma Capitale imputa a disfunzioni del mercato deriva da scelte manageriali che sono riconducibili allo stesso comune, quale socio di controllo, e non al modello di gestione prescelto.

14.7. La dipendenza economica dalla commessa comunale, infatti, è ampiamente documentata nella *due diligence*, che evidenzia l'assenza di un'adeguata diversificazione del *business*, per cui il *global service* per il servizio scolastico e il connesso ramo d'azienda si pongono come l'unico valore aziendale rilevante, a fronte della residualità degli altri rami d'azienda. Questa situazione economica e organizzativa ha indotto il consiglio di amministrazione di Rms a sollevare e proseguire il contenzioso per il mantenimento della commessa e per la partecipazione alla gara a doppio oggetto (verbali delle adunanze del consiglio di amministrazione del target tenutesi dal 9 luglio 2020 al 21 giugno 2022). In merito, Deloitte, nella relazione di *due diligence* osserva: “*si segnalano, con riferimento ai rapporti della società con Roma Capitale e, in particolare, alla richiesta dei soci Ama e Rekeep di abbandonare i contenziosi con Roma Capitale, le risultanze degli approfondimenti interni svolti dalle competenti strutture della società, secondo cui l'abbandono del contenzioso (dal quale si attende esito positivo) potrebbe: [...] a) privare la società del suo attuale asset principale, ossia il contratto di servizi con Roma Capitale; b) produrre seri effetti sulla continuità aziendale, poiché la società si troverebbe a dover fronteggiare un crollo verticale del fatturato senza un altrettanto crollo dei costi, il tutto a fronte di un'esposizione debitoria immutata*”.

15. Il secondo argomento utilizzato per dimostrare la necessità della costituzione dell'organismo *in house*, è il fallimento del mercato a fronte dell'evidente convenienza economica della gestione *in house*. Questa dimostrazione verrebbe fornita attraverso l'allegato A e il piano economico-finanziario della gestione *in house* di Rms riferita al solo *global service* del servizio scolastico integrato.

15.1. La consolidata giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102; Sez. IV, 19 ottobre 2021 n. 7023), sulla base dell'art. 192 del codice dei contratti, sottolinea che il ricorso all'*in house* presuppone il riscontro di due condizioni: a) la dimostrata incapacità del mercato di offrire il servizio *de quo* alle medesime condizioni qualitative, economiche, di accessibilità, garantite dal gestore oggetto del controllo analogo (fallimento del mercato); b) la sussistenza di specifici benefici per la collettività derivanti dall'affidamento diretto *in house*, come già detto, concretamente dimostrati.

15.2. Nel caso di specie, le condizioni non sono state dimostrate, risultando, per contro, evidenze a)

dell'esistenza di un mercato e, per altro verso, b) della comparabilità delle offerte tra operatori a controllo pubblico e operatori privati. In terzo luogo, c) la dimostrazione della maggiore efficienza e convenienza dell'operatore a controllo pubblico si è avvalsa di una metodologia che, *ab extrinseco* (senza entrare nel merito dei singoli parametri di costo), appare irragionevole.

15.3. Quanto al primo profilo, a valle della deliberazione dell'Assemblea capitolina n. 99/2018, si è pervenuti: a) alla manifestazione di interesse di 6 imprese; b) alla partecipazione effettiva di 1; c) all'aggiudicazione, sebbene non ancora definitiva, del servizio con prezzi comparabili a quelli con cui il servizio viene attualmente erogato da Rms. Esiste, pertanto, un mercato e anche un'evidente comparabilità delle offerte, per qualità e prezzi, tra operatori pubblici e privati.

15.4. Inoltre, la convenienza economica dell'offerta pubblica, nell'allegato A, viene dimostrata sulla base di un ragionamento che appare viziato dal punto di vista logico. L'amministrazione, infatti, si profonde in una comparazione tra l'offerta attualizzata di Cns (a suo tempo, provvisoriamente aggiudicataria) e l'offerta con cui Rms ha ottenuto l'affidamento in una gara-ponte sulla base di una diversa *lex specialis*.

15.5. A prescindere dalle considerazioni che, nel caso concreto, trattandosi di revoca di una precedente deliberazione che travolge gli atti di gara di un'altra procedura (con l'effetto di giustificare la revoca attraverso una procedura competitiva del tutto virtuale e senza possibilità di un confronto concreto a parità di condizioni), il raffronto tra le offerte di mercato utilizzate come *proxy* appare irragionevole, poiché la comparazione non tiene conto di elementi necessari, con l'effetto di rendere i risultati dell'allegato A inattendibili e iniqui. Ci si riferisce, in particolare: 1) al diverso contesto giuridico (*lex specialis* di riferimento) e temporale (situazione di mercato, durata della commessa) della gara a doppio oggetto e della gara-ponte; 2) al vantaggio competitivo derivante dalla posizione di mercato dell'attuale concessionario; 3) alla costruzione di un piano economico-finanziario senza tenere conto della precaria situazione economico-finanziaria di Rms, il cui risanamento determinerà un costo preliminare per il gruppo municipale. Infatti, è del tutto ragionevole immaginare che i debiti pregressi e le perdite non emerse nel patrimonio netto di Rms potranno essere accollate integralmente sull'attuale socio privato, al momento dell'acquisto delle partecipazioni e della cessione di rami di azienda *non core*.

15.6. Le offerte comparate, infatti, prendono a riferimento costi che si basano su situazioni di mercato distanti nel tempo, che hanno sicuramente l'effetto della fluttuazione dei prezzi dei fattori di produzione. In secondo luogo, la durata del contratto a gara su cui si sono formulate le offerte (6 anni la gara a doppio oggetto, 2 anni quella ponte) incide notevolmente sull'offerta, che deve potere ammortizzare i costi fissi di avviamento.



15.7. Inoltre, la seconda offerta (Rms nella gara-ponte), si avvale dell'indubitabile vantaggio competitivo di non dover subire tali costi di avviamento (in quanto Rms è già titolare del servizio); tale vantaggio competitivo abbatte, in modo occulto, tutti i costi considerati nell'allegato A e posti a raffronto.

15.8. Così ragionando, l'affidamento in proroga o con gara-ponte, più che ventennale, a Rms diventa ragione della prevalenza competitiva *a priori* dell'attuale affidatario e, quindi, della necessità di costituire una società *in house* per confermare il servizio in affidamento diretto.

16. Tale vantaggio completo, produttivo di minori costi, peraltro, è compensato in negativo dalla situazione economico-finanziaria di Rms del tutto sottaciuta dalla motivazione della deliberazione n. 49/2023, ma emergente dall'allegato di Deloitte, richiamato *per relationem* dalla deliberazione dell'Assemblea capitolina. Infatti, la deliberazione non supera nemmeno il test degli effetti sul piano di sostenibilità finanziaria, poiché la documentazione rassegnata (relazione di *due diligence* di Deloitte) e quella disponibile negli archivi pubblici (bilancio 2021), dimostrano una grave crisi finanziaria di Rms.

16.1. Un più attento esame dell'allegato C (relazione di *due diligence* di Deloitte), cui la deliberazione fa rinvio, contiene, infatti, informazioni che smentiscono la prospettiva di equilibrio e di produzione di utili del soggetto partecipato (sostenuta nell'allegato A), anche in caso di acquisto della quota partecipativa dei privati. Il comune sostiene che i due documenti non sono comparabili, poiché il piano economico-finanziario si sviluppa nel presupposto della cessione di rami *non core*, senza in nessun modo però chiarire a chi e come verranno accollati i debiti e le perdite occulte in sede di ripartizione dei rami di azienda e quale sarà il costo di rifinanziamento per la parte *core*. Pertanto, si deve presumere che perdite, costi e debiti resteranno prevalentemente a carico della nuova Rms, quanto meno in termini proporzionali.

16.2. Nel documento del consulente esterno, infatti, si sottolinea l'aleatorietà della valutazione della società *target*, in ragione dell'esistenza di possibili costi occulti non ancora registrati in poste di bilancio (accantonamenti, svalutazione, sopravvenienze passive). Infatti, la valutazione secondo il metodo del patrimonio netto rettificato conduce a un valore della partecipazione *target* più alto, di circa 6,8 milioni; la metodologia reddituale conduce, invece, a un valore più basso di circa 3,1 milioni. In tale senso è, infatti, l'incertezza sull'esigibilità di crediti con le parte correlate, segnatamente: "a) un ingente credito vantato nei confronti di Atac in procedura concorsuale, per circa 13,6 milioni; b) un credito riconosciuto dal Tar Lazio per adeguamento del corrispettivo contrattuale per il global service nei confronti del Dipartimento scuola di Roma Capitale, per circa 5,9 milioni; c) corrispettivi a canone e congruo costo orario dei servizi prestati per il global service nei confronti del Dipartimento scuola di Roma Capitale (aggiudicato a

*canone e applicato invece a misura da Roma Capitale) per gli ultimi 4 anni scolastici, per circa 9,1 milioni".*

16.3. In sede di concordato con Atac, in stato di profonda crisi finanziaria, l'ingente credito (per circa 13,6 mln), è stato di fatto ridotto a soli 4,2 milioni, da incassare, auspicabilmente, entro il 2023. I restanti 9,4 milioni si sono trasformati in strumenti finanziari partecipativi, costituenti passività subordinate, ossia capitale di rischio di Atac. Si tratta di strumenti finanziari che non danno più diritto all'incasso del capitale, se non in caso di liquidazione giudiziaria di Atac e, comunque, in modo postergato rispetto agli altri creditori, sull'eventuale residuo patrimoniale in caso di liquidazione della società. In buona sostanza, al credito di valuta, si sostituisce un credito di valore, incorporato in uno strumento finanziario che dà diritto solo a eventuali utili.

16.4. L'operazione, pertanto, realizza uno scambio reciproco di capitale di rischio tra partecipata (Rms) e partecipante (Roma Capitale, socio unico tanto di Ama che di Atac). In questo modo, Rms ha finanziato per 9,4 milioni il capitale di Atac e, allo stesso tempo, ha accettato di realizzare una sopravvenienza passiva che, una volta contabilizzata, peserà per il 51 per cento su Ama, quale socio pubblico di Rms (e quindi sul gruppo del Comune di Roma).

16.5. Le sopravvenienze non si sono peraltro ancora manifestate nel bilancio di Rms (e, quindi, non impattano sul patrimonio netto e sul conto economico). Infatti, il fondo svalutazioni crediti, ma anche il fondo rischi, non registrano alcunché di correlato a tale operazione. Di qui, la divergenza tra i due metodi di calcolo del valore nella *due diligence* e la non credibilità della prospettiva di produzione di utili.

16.6. Si riporta, di seguito, l'ammontare del fondo svalutazioni crediti verso i controllanti e i clienti:

Tabella 1. *Fondo svalutazione crediti verso controllanti. Estratto da bilancio 2021 Rms*

Tabella 2. *Fondo svalutazione crediti verso clienti. Estratto da bilancio 2021 Rms*

16.7. Per il fondo rischi e oneri, in nota integrativa risulta un accantonamento esiguo rispetto ai valori in gioco, che non tiene conto del valore fallimentare, allo stato, degli strumenti partecipativi in Atac (le cui prospettive di utile sono lontane e, comunque, non in grado di compensare l'immediata perdita di valore sul credito di valuta e sul capitale finanziario investito).

Tabella 3. *Estratto da nota integrativa bilancio Rms 2021. Fondo rischi ed oneri*

16.8. Il bilancio 2021, pertanto, incrociato con le altre informazioni disponibili (di cui si dà notizia, peraltro, nella relazione sulla gestione) evidenzia costi netti occulti, in grado di incidere sul conto economico di Rms e sul suo patrimonio netto. Infatti, per evitare che la partecipazione incrociata realizzi lo svuotamento del capitale di Rms, autorizzando distribuzioni di utile senza un effettivo aumento dell'attivo patrimoniale, la variazione patrimoniale dovrebbe generare un

prudenziale accantonamento per pari valore, fino a chiusura della fase esecutiva (art. 249 d.lgs. n. 14/2019) del concordato e pieno ripristino della condizione di impresa *in bonis* di Atac. In buona sostanza, il credito verso Atac si palesa come fonte di costi latenti per svalutazioni crediti o accantonamenti a fondo rischi che non hanno ancora avuto, a detta del documento allegato (*due diligence* di Deloitte) e del rendiconto 2021, una manifestazione di bilancio e che mina i risultati della stima della società *target*.

17. Inoltre, la documentazione riferisce di una crisi finanziaria non limitata a questi aspetti. La società è, infatti, esposta al rischio incombente di liquidazione giudiziaria, atteso che, nella stessa *due diligence*, si parla del ritiro dei fidi dei partner bancari e di una crisi di liquidità.

17.1. Ubi Banca (oggi Intesa San Paolo) ha, infatti, imposto un “piano di rientro di un affidamento in essere di 6,5 milioni per la cessione del credito concordatario Atac, dal verbale del 31 marzo 2021”.

17.2. Inoltre, “a detta del collegio sindacale, la situazione finanziaria di Rms è “prossima a non avere soluzioni” a causa della scarsa liquidità e dei debiti bancari che ammontano a circa 7,5 milioni nel breve termine, cui si aggiungono gli ulteriori 5 milioni incassati da Banca Progetto, quasi del tutto già assorbiti per azzerare debiti fiscali e previdenziale”. La situazione, si scrive nella *due diligence*, potrebbe peggiorare in quanto Rms è esposta “al rischio che l'accensione delle procedure di licenziamento collettivo possa determinare la decadenza dal beneficio del termine e l'obbligo di immediata restituzione delle somme di cui al contratto con Banca Progetto”.

17.3. Pertanto, lo stato economico-finanziario in cui versa la società *target*, in caso di acquisto del controllo analogo, mina la credibilità della produzione di utili, con *income* capace di determinare l'autofinanziamento del ciclo di bilancio del servizio scolastico (utili evocati nella motivazione). Anzi, l'acquisto della partecipazione cointestata a Rekeep e alla Veneta Servizi rischia di tradursi in una manleva dei privati da tali rischi e, allo stesso tempo, di accollare su Roma Capitale il risanamento della società partecipata, nella sua integralità.

18. La deliberazione n. 49/2023, infine, non tiene in nessun conto del costo aggiuntivo per il bilancio di Roma Capitale, in termini di accantonamenti necessari al fondo rischi per il contenzioso generato con Cns (ricorso notificato a gennaio, prima della deliberazione dell'Assemblea capitolina). Anche questo elemento, come detto sotto, genera un costo che, al momento, non rende sostenibile finanziariamente la scelta organizzativa compiuta dal punto di vista del bilancio dell'ente territoriale. Del resto, solo a seguito degli approfondimenti istruttori, è emerso che il comune ha accantonato nel proprio bilancio di previsione una somma riferita a tale contenzioso, attualmente pari a 270.501,86 euro.

18.1. Tale accantonamento, peraltro, non corrisponde all'intero costo latente per il bilancio dell'amministrazione civica. Infatti, la quantificazione del rischio si effettua sulla base degli Ias e Oic (oltre che dell'Ipsas n. 19, par. 20 ss.), secondo i quali si possono distinguere 4 categorie di rischio (certo, probabile, possibile, remoto). Secondo un percorso metodologico standard, consolidato nella giurisprudenza contabile (Sez. contr. reg. Lombardia, n. 95/2022/Par e n. 69/2020/Prsp; Sez. contr. reg. Emilia-Romagna, n. 229/2021/Prse; Sez. contr. reg. Lazio n. 60/2021/Prsp; Sez. contr. reg. Campania, n. 240/2017/Prsp), occorre liquidare il valore del rischio, moltiplicando il valore del contenzioso per un coefficiente associato alla classe di rischio.

18.2. L'Avvocatura civica ha classificato il rischio di soccombenza come “possibile”. Secondo il documento Oic n. 31, è tale la passività per cui il grado di avveramento dell'evento che la può generare è inferiore al probabile; per lo Ias 37 il grado di possibile ricorre se è più verosimile che il fatto non si verifichi piuttosto che il contrario, cioè la probabilità che il fatto non si verifichi è maggiore della probabilità che si verifichi (un 51 per cento che non si verifichi contro un 49 per cento che si verifichi, un 52 per cento contro un 48 per cento e così via). Quindi, il *range* di accantonamento potrebbe essere da un massimo del 49 per cento fino a un minimo che si determina in base alla soglia del successivo criterio di classificazione. Come riportato in fatto, il comune ha classificato il rischio come possibile; in assenza di un'espressa quantificazione, si può ritenere che esso sia almeno del 10 per cento.

18.3. La quantificazione del valore di causa, peraltro, non è stata fornita, replicando argomentazioni che attengono al merito sperato della causa (probabile soccombenza, al massimo, rispetto al solo interesse negativo). Tuttavia, tale valore non è nella disponibilità del comune; esso è un dato oggettivo ricavabile dagli atti (ricorso di Cns, qui inviato il 3 marzo), mentre le valutazioni di merito hanno indotto la stessa Avvocatura a valutare solo come “possibile” il rischio di soccombenza. Considerato che la base d'asta della gara a doppio oggetto relativa all'erogazione per 6 esercizi aveva un valore totale di ricavi e che essa è stata aggiudicata a Cns, con ribasso a 265.017.956,80 euro, e che il *mark-up* presunto per l'imprenditore erogante, in base agli atti di gara prodotti (che tengono conto della partecipazione agli utili al 49 per cento), si può quantificare in circa il 5 per cento dei ricavi e che la richiesta di risarcimento del danno comprende danno emergente e lucro cessante, il valore del contenzioso è quantificabile in circa 13,5 milioni.

18.4. L'interesse positivo richiesto è quindi quantificabile in tale misura. Applicando il coefficiente di rischio indicato dalla stessa Avvocatura (possibile, con la percentuale più ottimistica) tale operazione comporta un onere di accantonamento immediato sul risultato di amministrazione presunto del bilancio in corso di esecuzione ben definibile, pari al 10 per cento

dell'importo presuntivo di 13,5 milioni, ossia di circa 1,35 milioni (oltre al rischio di soccombenza calcolato sull'interesse negativo).

18.5. Di tale accantonamento non vi è traccia di menzione nella deliberazione n. 49/2023. In ogni caso, il ragioniere generale ha riferito che sul bilancio di previsione 2023 è stato effettuato un accantonamento per euro “270.501,86 (Iva 22 per cento inclusa) riferito alla passività a titolo di potenziale indennità per i rischi derivanti dalle istanze di ricorso presentato dalla società Cns”. Inoltre, non è stato chiarito in quante annualità si prevede di procedere all'accantonamento complessivo, nel rispetto dei principi contabili, i quali stabiliscono che in “presenza di contenzioso di importo particolarmente rilevante, l'accantonamento annuale può essere ripartito, in quote uguali, tra gli esercizi considerati nel bilancio di previsione o a prudente valutazione dell'ente” (principio contabile applicato allegato 4/2, d.lgs. n. 118/2011, punto 5.2, lett. h). In quest'ottica, la ripartizione dell'accantonamento complessivo non può superare la durata degli archi temporali previsti dagli artt. 193-194 e 188 Tuel. Di questo processo di valutazione e della ripartizione di un rischio ragionevolmente di circa 1,35 milioni non è stato dato conto nella motivazione della deliberazione n. 49/2023, né tantomeno con riferimento al bilancio in corso di esecuzione, su cui gli approfondimenti verranno effettuati nelle competenti sedi di cui all'art. 148-bis Tuel.

#### V. Conclusioni.

19. La deliberazione n. 49/2023 è una deliberazione di secondo grado, i cui contenuti innovativi si limitano alla scelta del modello gestorio *in house*, strumentalmente al quale si revoca la delibera di primo grado del 2018 e si dispone che Ama acquisti la quota dei soci privati (utilizzando, come prezzo, la cessione dei rami di azienda *non core*).

20. Come evidenziato dalle Sezioni riunite in sede di controllo (delib. n. 16/2022/Qmig), nell'esame “previsto dall'art. 5, c. 3, Tusp sui parametri della sostenibilità finanziaria e della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa, la competente sezione della Corte dei conti verifica la completezza e l'adeguatezza degli approfondimenti condotti dall'amministrazione, anche in ragione della complessità dell'operazione sottoposta ad esame, nonché l'affidabilità e attendibilità delle stime effettuate, ai fini di una valutazione complessiva di coerenza, ragionevolezza e compatibilità delle conclusioni cui perviene l'amministrazione”. I molteplici e complessivi elementi di incoerenza con i precetti di ‘necessità’ e ‘sostenibilità finanziaria’ sopra evidenziati impediscono di esprimere parere positivo ai sensi dell'art. 5, c. 3, Tusp, in ordine alla sopra descritta operazione.

21. In particolare, la scelta per la costituzione di una società *in house* (in uno con l'obiettivo del futuro l'affidamento diretto) è avvenuta ignorando l'esistenza di un mercato e argomentando, in ogni ca-

so, il suo fallimento sulla base di un astratto *favor* logico e normativo per l'affidamento diretto (insussistente). Da tale argomento l'amministrazione ricava che il controllo analogo sarebbe in sé capace di assicurare il miglioramento qualitativo del servizio rispetto a quanto può essere offerto dal mercato. Per contro, laddove la motivazione prova a dimostrare in concreto la preferenza per tale opzione, l'amministrazione si avvale di una comparazione virtuale logicamente viziata, in quanto non considera adeguatamente: a) il diverso contesto giuridico (*lex specialis* di riferimento) e temporale (situazione di mercato, durata della commessa) della gara a doppio oggetto e della gara-ponte; b) il vantaggio competitivo derivante dalla posizione di mercato dell'attuale concessionario; c) i costi economici e finanziari del necessario, preliminare, risanamento del bilancio di Rms, nonché gli effetti diretti sul bilancio di Roma Capitale.

22. La motivazione, infatti, ignora gli attuali problemi finanziari della società partecipata che hanno un potenziale impatto di circa 13 milioni, a fronte di un patrimonio netto di Rms di circa 6 milioni. Per quanto attiene al bilancio di Roma Capitale, la deliberazione non ha tenuto conto del costo connesso al prevedibile contenzioso sorto per effetto delle decisioni assunte.

23. Infine, sulla base delle considerazioni che precedono, l'operazione negoziale per l'acquisto delle partecipazioni dei privati in Rms si prospetta tutt'altro che finanziariamente neutra, sia per i costi non considerati, sia per la necessità preliminare di risanare il bilancio di Rms (nel rispetto dell'art. 14 Tusp) e, comunque, per l'impossibilità di comprendere come il debito e i costi latenti di Rms saranno distribuiti e assorbiti nella trattativa tra Ama e Rms che, in ogni caso, deve essere rispettosa delle leggi in materia di contratti pubblici.

*P.q.m.*, la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Lazio:

- esprime, per le ragioni indicate in parte motiva, parere negativo in ordine all'acquisizione di quote di Rms; (*omissis*).

#### Il “parere” ex art. 5 Tusp è un controllo successivo di legittimità?

Sommario: 1. *Premessa. Una norma di compromesso.* – 2. *Il contributo della Sezione regionale di controllo per il Lazio.* – 3. *Il problema dell'oggetto del controllo, fra atto e motivazione.* – 4. *Gli effetti del parere negativo: autotutela vincolata?* – 5. *Una possibile lettura alternativa.*

#### 1. *Premessa. Una norma di compromesso*

La pronuncia in commento rappresenta uno dei contributi più significativi nella direzione di individuare, per il parere previsto dall'art. 5 Tusp sugli atti deliberativi in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, una collocazione nel

quadro dei controlli intestati alla Corte dei conti e, in particolare, alle sezioni regionali di controllo.

Le Sezioni riunite, con la deliberazione n. 16/2022, hanno chiarito che la novella legislativa ha affidato alla Corte una nuova forma di controllo, non riconducibile alla funzione consultiva. Molti dubbi permangono, tuttavia, circa la natura del controllo, i suoi limiti e le concrete modalità operative dell'istituto. La deliberazione della Sezione Lazio tenta di fornire una risposta ad alcuni di questi interrogativi.

Prima di affrontare la sua analisi è opportuno, tuttavia, spendere alcune parole sulla genesi della norma attribuita della nuova competenza, che può offrire elementi utili alla sua interpretazione.

La legge per la concorrenza 2021 (l. 5 agosto 2022, n. 118), all'esito di un complesso viatico parlamentare (1), sembra infatti aver optato, sul punto, per una soluzione di compromesso.

La versione iniziale del disegno di legge governativo (2) prevedeva – in materia di servizi pubblici locali – un ruolo estremamente incisivo dell'Agcm, chiamata ad esprimersi in via preventiva sulla decisione dell'ente di ricorrere all'autoproduzione, nonché – sugli atti deliberativi in materia di partecipazioni societarie – un parere della Corte dei conti “in ordine alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficacia, efficienza ed economicità”.

Nel corso dell'esame del disegno di legge, la nuova competenza dell'Agcm veniva eliminata ma, parallelamente, erano avanzate proposte emendative nelle quali al parere della Corte si sostituiva una deliberazione con effetti vincolanti, espressamente qualificata come impugnabile innanzi alle Sezioni riunite in speciale composizione (3).

Diversa e, in un certo senso, “ibrida” è la soluzione accolta nel testo definitivo, probabilmente frutto di un compromesso raggiunto in sede parlamentare.

L'invio dell'atto deliberativo alla Corte dei conti, già previsto a fini conoscitivi (4), diviene funzionale all'emissione di un parere, il cui oggetto è rappresentato essenzialmente dalla conformità a norme giuridiche. Il parere della Corte dev'essere reso entro un termine perentorio (60 giorni), non ha carattere vincolante ma obbliga, se negativo, a “motivare analiticamente” le ragioni per le quali l'amministrazione intende discostarsene, dandone adeguata pubblicità.

(1) Sul quale v. *Iter parlamentare del d.d.l. S. 2469*, e i relativi dossier, in <www.senato.it>.

(2) D.d.l. n. 2469, XVIII legislatura, in <www.senato.it>.

(3) Cfr., oltre agli atti parlamentari già citati, Confindustria, *Nota di aggiornamento sul d.d.l. concorrenza 2021*, in <www.confindustria.it>, 4 agosto 2022, nonché C. Fotina, *Pnrr, il D.d.l. concorrenza arranca frenata sui servizi pubblici locali*, in <www.ilsole24ore.com>, 5 maggio 2022.

(4) Sulla sua integrazione nell'esistente sistema dei controlli v. F.A. Cancilla, *Le società a partecipazione pubblica*, Roma, Direkta, 2019, 63 ss.

Appare chiara la finalità del parere, volto a presidiare il rispetto dei limiti e delle condizioni che il legislatore ha posto all'utilizzo dello strumento societario, in coerenza con le finalità generali del testo unico. La possibilità di ricorrere allo strumento societario per perseguire i fini istituzionali dell'ente pubblico è infatti fortemente limitata sotto il profilo sostanziale e procedurale dalle norme del d.lgs. n. 175/2016 (5).

A tale scopo, il legislatore ha dapprima assoggettato l'atto deliberativo a motivazione rafforzata (“onere di motivazione analitica”) (6) e precisato il rapporto tra questo e gli atti negoziali attuativi: l'invalidità dei primi determina l'inefficacia dei secondi (7).

Tra la fase pubblicistica e quella privatistica, si inserisce ora la pronuncia della Corte, a garanzia della quale è previsto un termine di *standstill* in cui sembra preclusa all'amministrazione la possibilità di dare seguito alle proprie determinazioni (così, espressamente, la deliberazione in commento).

Inevitabile domandarsi in cosa consista, concretamente, il nuovo controllo “in forma” di parere. Il legislatore non ha voluto sottoporre al controllo preventivo di legittimità gli atti in questione, né assoggettarli esplicitamente a un controllo successivo. Allo stesso tempo, ha però scartato la soluzione inizialmente proposta dal Governo, quella di un parere relativo alla sostenibilità finanziaria della scelta, più facilmente riconducibile alla funzione consultiva.

## 2. Il contributo della Sezione regionale di controllo per il Lazio

Nella pronuncia in commento, il controllo *ex art. 5 Tusp* è esplicitamente ricondotto alla categoria dei controlli di legittimità-regolarità (par. 4.5 della motivazione in diritto) e descritto quale controllo successivo agganciato a parametri di sostenibilità finanziaria, ai sensi dell'art. 20 della l. n. 243/2012 (par. 4.2).

L'oggetto del controllo è individuato nella legittimità della scelta compiuta dall'amministrazione, sia pure per il tramite dello scrutinio sulla “motivazione analitica”. Afferma infatti la Sezione Lazio (par.

(5) Per questa lettura del d.lgs. n. 175/2016, in relazione alla generale capacità giuridica di diritto privato delle pubbliche amministrazioni, v. A. Blasini, *Principio di legalità e capacità di diritto privato dell'amministrazione pubblica* in *Dir. amm.*, 2018, in particolare 433-435.

(6) Il generale obbligo (o dovere) di motivazione (art. 3 l. n. 241/1990) diviene “onere”, nelle parole del legislatore, tradendo lo sfavore per lo strumento societario, la cui ammissibilità è assoggettata al soddisfacimento di un *onere probatorio* circa la sussistenza di sufficienti ragioni per farvi ricorso.

(7) Art. 8, c. 2, Tusp. Secondo la lettera della disposizione, sia la totale mancanza dell'atto deliberativo che l'esistenza di un atto illegittimo ma efficace (ad esempio, perché divenuto inoppugnabile) priverrebbero comunque di efficacia l'atto negoziale attuativo (da considerarsi nullo?). La scarsa attenzione per le categorie giuridiche, che interessa ormai anche gli interventi sulla legge sul procedimento amministrativo, è fortemente stigmatizzata dalla dottrina: v. M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2019, in particolare 589 ss.

7.2.2) che il controllo sull'atto deliberativo “non può essere meramente formale, ossia consistente nel solo riscontro dell'esistenza di una motivazione analitica del provvedimento”, ma che esso si concreta in un “rigoroso sindacato estrinseco del percorso ragionativo della motivazione e della documentazione data” (sul punto si tornerà nel prosieguo)

Circa gli effetti del parere negativo della Corte, la pronuncia afferma che esso obbligherebbe l'amministrazione (par. 4.1) al riesame in senso tecnico dell'atto deliberativo, nell'esercizio di autotutela vincolata. In questo senso il controllo produrrebbe i suoi effetti non nei confronti dell'atto, ma nei confronti dell'ente, in coerenza con l'art. 20 della l. n. 243/2012 (par. 4.2).

Si tratterebbe, quindi, di un peculiare controllo sugli atti, che produce i suoi effetti sull'amministrazione che li ha adottati, riconducibile – per i parametri e per la natura dicotomica dell'esito – alla categoria dei controlli di legittimità-regolarità (8).

Un controllo, tuttavia, che per l'oggetto e il particolare effetto prodotto, mostra evidenti affinità con la categoria dei controlli successivi di legittimità. È rispetto a questi ultimi, in effetti, che si è prospettata la doverosa rimozione dell'atto in autotutela quale conseguenza dell'esito negativo (9).

### 3. Il problema dell'oggetto del controllo, fra atto e motivazione

L'art. 5 Tusp individua l'oggetto del controllo nella conformità dell'atto deliberativo a norme giuridiche, ma non risparmia un richiamo alla sostenibilità finanziaria e ai principi di efficienza, efficacia ed economicità, cui faceva esclusivo riferimento la versione originaria del disegno di legge.

In proposito, la deliberazione in commento si limita a evidenziare come la posizione costituzionale della Corte impedisca una valutazione delle possibili scelte alternative dell'amministrazione, precisando peraltro che a tale conclusione si giunge “considerata la natura giudiziaria del controllo” (par. 7.2).

La Sezione Lazio, in concreto, esercita un controllo non distinguibile, sul piano dell'oggetto, delle modalità e dei parametri, dal controllo di legittimità sugli atti (nel caso di specie, successivo), svolto attraverso un “rigoroso sindacato estrinseco del percorso ragio-

nativo della motivazione e della documentazione data”.

Sul punto è opportuno soffermarsi.

Nel mai sopito dibattito sul rapporto tra potere amministrativo e sindacato giurisdizionale, le locuzioni “sindacato debole/sindacato forte” hanno ormai soppiantato la più tradizionale dicotomia tra sindacato estrinseco ed intrinseco. Si ritiene infatti comunemente che i poteri oggi attribuiti al giudice amministrativo consentano l'accesso diretto al fatto, superando lo “schermo” del provvedimento (10). È proprio l'accesso diretto al fatto a sollevare il problema del sindacato c.d. forte o sostitutivo, della cui ammissibilità si discute con particolare riferimento alle valutazioni tecniche (11).

La Corte dei conti, nel tradizionale controllo preventivo di legittimità sugli atti, come nelle ipotesi di controllo successivo, non dispone di mezzi istruttori né di tempi analoghi a quelli del giudice amministrativo. Da ciò si potrebbe dedurre che il suo sindacato sugli atti sia necessariamente di tipo estrinseco.

Le Sezioni riunite, nella deliberazione n. 16/2022, hanno delineato i criteri generali per l'esercizio del controllo ex art. 5 Tusp richiamando le acquisizioni della giurisprudenza in materia di sindacato sulle valutazioni tecniche e concludendo nel senso di un sindacato che potrebbe definirsi intrinseco, riguardando l'attendibilità delle valutazioni effettuate, ma che è pur sempre riferito all'adeguatezza dell'istruttoria e alla complessiva ragionevolezza delle conclusioni dell'amministrazione (12). In un contesto in cui è esclusa la consulenza tecnica, del resto, è difficile immaginare un sindacato intrinseco nel senso in cui la giurisprudenza amministrativa normalmente lo intende.

Più delle definizioni, è però il concreto atteggiarsi del sindacato sulle scelte dell'amministrazione ad assumere rilievo.

(10) *Ex multis*, M. D'Orsogna, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019, 290. L'origine della svolta è ricondotta alla decisione del Consiglio di Stato n. 610/1999.

(11) Senza che siano state, ad oggi, individuate soluzioni soddisfacenti. L'approccio casistico e settoriale della giurisprudenza è ben illustrato in un recente saggio: A. Moliterni (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, Napoli, Jovene, 2021.

(12) “Nell'esame previsto dall'art. 5, c. 3, Tusp sui parametri della sostenibilità finanziaria e della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa, la competente sezione della Corte dei conti verifica la completezza e l'adeguatezza degli approfondimenti condotti dall'amministrazione, anche in ragione della complessità dell'operazione sottoposta ad esame, nonché l'affidabilità e attendibilità delle stime effettuate, ai fini di una valutazione complessiva di coerenza, ragionevolezza e compatibilità delle conclusioni cui perviene l'amministrazione” (Corte conti, Sez. riun. contr., 3 novembre, 2022, n. 16, in questa *Rivista*, 2022, 6, 85).

(8) Ricondurre il parere ex art. 5 Tusp alla categoria dei controlli di legittimità-regolarità solleva il problema della sua impugnabilità ai sensi dell'art. 11 c.g.c., espressamente affrontato nella discussione parlamentare, ma con riferimento alle proposte in cui la pronuncia della corte non era qualificata come parere ed era vincolante per l'amministrazione (v. memoria delle Sezioni riunite in sede di controllo alla 10ª Commissione permanente del Senato della Repubblica, n. 1/2022/Aud). Si ritornerà sul punto nelle conclusioni.

(9) V. M. Atelli, *I controlli successivi di legittimità su atti della Corte dei conti: effettività e portata*, in questa *Rivista*, 2021, 5, 25, che affronta il problema anche con riferimento ai controlli sui provvedimenti di revisione straordinaria delle partecipazioni societarie, previsti dallo stesso Tusp.

Nella deliberazione in commento, la Sezione Lazio esercita un sindacato piuttosto incisivo, che certamente si estende, oltre che al vizio di violazione di legge, all'eccesso di potere nella sua più moderna accezione, quella di vizio della funzione, che consente il controllo del percorso logico-argomentativo seguito dall'amministrazione nel controllo del perseguimento del fine pubblico (13).

È opportuno ricordare come, in passato, si dubitasse che lo stesso controllo preventivo di legittimità potesse estendersi all'eccesso di potere (14). Il problema, più che teorico, è pratico, attenendo alla effettiva possibilità di scrutinare la scelta dell'amministrazione alla luce degli elementi disponibili.

È forse per questo motivo che altre sezioni della Corte, nel rendere il parere negativo, hanno precisato che l'oggetto del proprio controllo *ex art. 5 Tusp* è rappresentato principalmente dalla motivazione (15).

L'idea di un controllo sulla motivazione (16) – e conseguentemente sull'istruttoria i cui esiti la stessa richiama – consente, fra l'altro, di valorizzare la scelta del legislatore di prevedere un supplemento di motivazione in caso di parere negativo.

Secondo le categorie tradizionali del diritto amministrativo, una motivazione viziata è infatti *sintomo* di eccesso di potere, cioè di cattivo esercizio della discrezionalità, da cui può discendere il giudizio di illegittimità del provvedimento, in assenza di elementi di segno contrario (17). Nel caso di specie, l'esito negativo del controllo può essere superato, per espressa previsione legislativa, da un supplemento di motivazione, dal quale possono emergere elementi che dimostrino il corretto perseguimento dell'interesse pubblico nel caso concreto. (si tratterebbe, in questo senso, di una motivazione "postuma", pur al di fuori del contesto processuale).

Diversa è però la prospettiva adottata dalla Sezione Lazio, che attribuisce alla motivazione sul superamento del parere negativo la natura di atto di secondo grado.

(13) V. R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, 447.

(14) M. Sciascia, *La Corte dei conti*, Milano, Giapeto, 2020, 57 ss.

(15) Così Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte, n. 31/2023, ove si parla di controllo "rapportato principalmente all'onere motivazionale [...] in linea con il principio generale immanente all'ordinamento giuridico, secondo il quale ogni decisione amministrativa deve essere debitamente motivata".

(16) La distinzione fra vizi della motivazione in quanto tale e vizi della funzione è concettualmente possibile: v. G. Bergonzi, *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, Jovene, 2001, 317.

(17) P. Lazzara, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in A. Romano (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022, 208. Sul punto v. anche R. Cavallo Perin, *La cura dell'interesse pubblico come dovere istituzionale che esclude l'annullamento dell'atto amministrativo per violazione di legge*, in *Dir. amm.*, 2022, 126.

#### 4. Gli effetti del parere negativo: autotutela vincolata?

La pronuncia in commento considera l'ipotesi dell'esito negativo del controllo e del suo superamento da parte dell'amministrazione nella prospettiva del riesame.

Il parere negativo obbligherebbe infatti a un nuovo esercizio del potere, risultante in un provvedimento di secondo grado (quindi in un atto che sostituisce il precedente, esaminato dalla Corte).

Il riesame potrebbe avere esito caducatorio ma anche confermativo, in ciò concretandosi la possibilità di "procedere egualmente" prevista dalla norma. È l'attivazione del procedimento di riesame (18), quindi, ad essere (in tesi) doverosa.

Tale ricostruzione, certamente suggestiva, suscita alcune perplessità.

Di "autotutela vincolata" si è dibattuto, nella dottrina amministrativistica, in due contesti piuttosto diversi.

Il primo, più tradizionale, è quello in cui, trattando del fondamento del potere di autotutela e in particolare dell'annullamento d'ufficio, ci si interrogava sulla sua natura discrezionale o vincolata e si enunciavano ipotesi nelle quali esso risulterebbe doveroso. Archetipo di queste ipotesi è l'accertamento dell'illegittimità da parte del giudice ordinario, privo del potere di annullare l'atto ai sensi della legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865 (19).

Il contesto in cui tali riflessioni venivano sviluppate è di molto precedente alla codificazione del potere di annullamento d'ufficio e di convalida (art. 21-*nonies* l. n. 241/1990), in cui il legislatore ha optato per una concezione dell'autotutela come potere latamente discrezionale, sottoposto a limiti temporali ed esercitabile solo in presenza di un interesse pubblico specifico alla rimozione dell'atto (20). A fronte di tale previsione generale, si è evidenziato che le eccezioni, pur ipotizzabili, richiederebbero un'espressa previsione di legge (21).

La dottrina tradizionale, inoltre, si misurava con un processo amministrativo nella quale non erano previsti azioni e poteri di condanna pubblicistica: non era

(18) Sulla necessaria distinzione tra obbligo di procedere e obbligo di provvedere, anche in relazione all'autotutela, v. S. Vernile, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, Esi, 2017, 121 ss.

(19) V. ad esempio, A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984, 14<sup>a</sup> ed., 710.

(20) In dottrina si è autorevolmente affermato come anche nei casi di autotutela doverosa il potere di annullamento d'ufficio comporta la valutazione dell'interesse pubblico: non circa l'esistenza – in positivo – di un interesse alla rimozione dell'atto, bensì – in negativo – sull'assenza di ragioni per la sua conservazione. V. ancora R. Villata, M. Ramajoli, *op. cit.*, 560, che richiamano, in proposito, V. Cerulli Irelli, *Principii del diritto amministrativo*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2005, 261.

(21) V. in proposito, M. Immordino, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. Scoca (a cura di) *Diritto amministrativo*, cit., 311.

quindi ipotizzabile alcuna forma di coercibilità dell'autotutela da parte del privato.

Proprio per questo motivo il dibattito attuale si concentra, invece, sulla (eventuale) doverosità del riesame alla luce di istanze del privato, in funzione di tutela di interessi individuali qualificati, nelle ipotesi in cui il provvedimento sia divenuto inoppugnabile (22).

La giurisprudenza in materia ammette, a livello teorico, che in particolari circostanze l'autotutela sia doverosa (23), ma sono rare le pronunce in cui tali circostanze sono accertate. Ciò per l'evidente ragione che l'autotutela doverosa (quindi coercibile) si presta all'elusione del termine il cui decorso conferisce all'atto amministrativo l'inoppugnabilità, con conseguenze indesiderabili sul piano della certezza dei rapporti giuridici.

Nel caso del controllo previsto dall'art. 5 Tusp, ci si deve, in primo luogo, domandare se un'ipotesi di autotutela vincolata sia configurabile alla luce del dettato normativo. Si può sostenere – sul piano dell'interpretazione letterale – che una norma siffatta, priva di alcun riferimento espresso a un nuovo esercizio del potere (“ove l'amministrazione interessata *intenda procedere egualmente*”), configuri un'eccezione alla regola dell'autotutela discrezionale di cui all'art. 21-*nonies*?

Ancora, ci si deve chiedere se sia realmente riconducibile alle ipotesi di annullamento d'ufficio a seguito di controllo con esito negativo un riesame (in tesi) doveroso nell'*an*, ma con possibile esito conservativo, cioè di conferma della decisione adottata. La dottrina tradizionale si soffermava, infatti, su ipotesi di *annullamento* doveroso, frequentemente connesso al problema dell'estensione degli effetti del giudicato, della possibilità di rinunciarvi o di approfittarne (24).

Non vanno inoltre trascurate le conseguenze di tale interpretazione sulla tutela dei terzi.

Esistono soggetti controinteressati rispetto all'annullamento in autotutela dell'atto deliberativo: la società (già esistente) destinataria dell'acquisto delle partecipazioni; i suoi soci, pubblici e privati; i molti *stakeholders*, almeno qualora l'intervento configuri, come nel caso affrontato dalla pronuncia in commento, un sostanziale salvataggio.

Per tali soggetti, non è indifferente che ci si trovi dinnanzi a un'autotutela vincolata, esperibile in modo automatico, senza considerazione delle ragioni di inte-

resse pubblico e dell'affidamento ingenerato nei privati (25).

Si potrebbe obiettare che l'autotutela si attiverebbe immediatamente, prima della stessa esecuzione dell'atto deliberativo, che non potrebbe quindi ingenerare alcun affidamento tutelabile.

Così opinando, si trascurerebbero però le ipotesi patologiche di inerzia dell'amministrazione, nonché i suoi eventuali comportamenti elusivi.

Se l'ente, a fronte del parere negativo della Corte, rimanesse inerte o si affrettasse ad adottare un formale supplemento di motivazione per poi procedere con l'esecuzione della deliberazione, si aprirebbe la possibilità, per i soggetti a ciò interessati, di ricorrere al giudice amministrativo al fine di obbligare al riesame dell'atto. Si immagini l'impresa interessata alla messa a gara di un contratto oggetto di affidamento diretto a una società *in house*: nel termine di un anno potrebbe esperire il ricorso avverso il silenzio-inadempimento (art. 31 c.p.a.), mettendo in discussione la stabilità degli atti di diritto societario con i quali l'amministrazione ha nel frattempo dato attuazione alla propria delibera.

Sono quindi diverse le ragioni per cui l'autotutela vincolata – *rectius* il riesame doveroso, con esito caducatorio o confermativo – a fronte del parere negativo della Corte appare problematica.

##### 5. Una possibile lettura alternativa

Una possibile lettura alternativa della norma valorizza il ruolo – autonomo e del tutto peculiare – della motivazione, in coerenza con la rubrica dell'art. 5 Tusp (“Oneri di motivazione analitica”) e muove dalla considerazione che le numerose ipotesi di “motivazione postuma” conosciute nella prassi non configurano necessariamente ipotesi di riesame, cioè di nuovo esercizio del potere (26).

Con la novella legislativa è stato introdotto un aggravamento procedurale al ricorso allo strumento societario da parte delle pubbliche amministrazioni, che consiste nell'acquisizione del parere della Corte e nel successivo, eventuale, supplemento di motivazione.

La finalità perseguita è quella del rispetto dei vincoli posti dall'ordinamento al ricorso allo strumento societario da parte delle amministrazioni pubbliche e una maggiore responsabilizzazione (*accountability*) del decisore, presidiata dagli obblighi di pubblicazione.

Se ogni provvedimento amministrativo è necessariamente motivato (art. 3 l. n. 241/1990), gli atti deliberativi in questa materia sono assoggettati a un obbligo motivazionale rafforzato: i commi primo e se-

(22) C. Micciché, *L'autotutela necessaria e i poteri sostitutivi su iniziativa degli interessati: tra partecipazione e organizzazione*, in <www.federalismi.it>, 4 maggio 2022.

(23) Di recente, Cons. Stato, Sez. VI, 6 aprile 2022, n. 2564.

(24) E. Casetta, *Sulla potestà d'annullamento d'ufficio, di revoca e di rinuncia della pubblica amministrazione di fronte al giudicato amministrativo*, in *Rass. dir. pubb.*, 1951, 3, 178 (oggi in Id., *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2015, 19).

(25) L'esistenza di un interesse pubblico all'annullamento assume rilievo, infatti, innanzitutto nella sua comparazione con gli interessi dei privati coinvolti alla conservazione dell'atto.

(26) N. Berti, *Autotutela conservativa, motivazione del provvedimento e giudizio amministrativo* (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385), in *Dir. proc. amm.*, 2022, 198.

condo dell'art. 5 delineano il contenuto della motivazione in termini ben più specifici e rigorosi della norma generale della legge sul procedimento. L'eventuale sindacato del giudice amministrativo (certamente "intrinseco") è reso più penetrante dalla motivazione analitica.

Il controllo intestato alla Corte si incentra sulla motivazione dell'atto deliberativo ed esprime, in questo senso, un sindacato di tipo estrinseco, coerente con i tempi, i poteri istruttori e la struttura del controllo.

In caso di parere negativo, l'amministrazione è chiamata a un supplemento di motivazione, che ha come riferimento esclusivo i rilievi contenuti nel parere. L'onere motivazionale dell'atto deliberativo è così *ulteriormente* aggravato e proprio in ciò consiste l'effetto giuridico del parere negativo.

Il giudice amministrativo potrà annullare la deliberazione, viziata da eccesso di potere, per il solo fatto che il supplemento di motivazione non è idoneo a superare i rilievi della Corte dei conti, mentre la totale inerzia a fronte del parere negativo potrebbe addirittura integrare il vizio di violazione di legge: l'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 l. n. 241/1990, nel caso di specie, si sostanzia infatti in due atti successivi.

Resta naturalmente possibile, in base alle regole generali, che l'amministrazione opti, in alternativa, per il riesame, finalizzato all'annullamento d'ufficio dell'atto o alla sua convalida, con eliminazione del vizio di legittimità (nei casi in cui ciò è possibile). L'ipotesi della conferma in senso tecnico è parimenti ammissibile.

L'eventuale annullamento dovrà essere motivato, oltre che con le ragioni dell'illegittimità, anche con riferimento all'interesse pubblico: ad esempio, con l'inopportunità dell'investimento a fronte del rischio di future contestazioni dell'affidamento diretto di contratti (in un caso come quello di specie, in cui l'operazione societaria è finalizzata all'affidamento *in house* del servizio scolastico integrato). Dovrà inoltre tenersi conto, in ragione del tempo effettivamente trascorso, dell'affidamento ingenerato nei soggetti controinteressati.

Il riesame della decisione è quindi discrezionale, non coercibile e assoggettato ai limiti di cui all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990.

In questa diversa prospettiva, il controllo della Corte dei conti resta pienamente efficace, senza però identificarsi, nella sostanza, con il controllo di legittimità sugli atti né sollevare il problema dell'impugnabilità del parere negativo che, secondo la pronuncia in commento, pur senza vincolare l'amministrazione a una specifica scelta, le imporrebbe di rimuovere o sostituire l'atto deliberativo.

ANDREA CARAPPELLUCCI

\* \* \*

## Lombardia

80 – Sezione controllo Regione Lombardia; deliberazione 27 marzo 2023; Pres. Riolo, Rel. Cucuzza; Comune di Cornaredo.

**Enti locali – Comune – Società – Delibera di conferma della decisione di acquisire una partecipazione societaria già sottoposta al controllo della Corte dei conti ai sensi dell'art. 5, c. 3, Tusp – Non luogo a deliberare.**

D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, art. 5, cc. 3 e 4; l. 5 agosto 2022, n. 118, legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, art. 11.

*Non vi è luogo a provvedere sulla delibera del consiglio comunale che conferma una precedente decisione di acquisizione di una partecipazione societaria finalizzata all'affidamento in house del servizio di igiene urbana ed ambientale, già precedentemente sottoposta al controllo della Corte dei conti nelle forme del parere di cui all'art. 5, cc. 3 e 4, d.lgs. n. 175/2016 (Tusp). (1)*

(1) I. - La massima fornisce alcune coordinate interpretative in merito ai limiti della nuova funzione assegnata alla Corte dei conti dall'art. 11 l. n. 118/2022 che ha modificato l'art. 5, cc. 3 e 4, Tusp. In base al nuovo quadro normativo, gli atti deliberativi di costituzione di una società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta, da parte di una pubblica amministrazione, devono essere trasmessi, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'art. 21-*bis* l. 10 ottobre 1990, n. 287, e alla Corte dei conti; diversamente dal testo precedente alla modifica, che qualificava l'invio alla magistratura contabile ai soli fini conoscitivi, la novella legislativa dispone che la Corte dei conti delibera, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto ai vincoli normativi in materia, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. Qualora la Corte non si pronunci entro il termine di cui al primo periodo, l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione. In caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'amministrazione pubblica interessata intenda procedere egualmente è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere e a dare pubblicità, nel proprio sito internet istituzionale, a tali ragioni.

II. - Le modalità e i confini del sindacato rimesso alla Corte dei conti sono stati definiti, in via nomofilattica dalle Sezioni riunite in sede di controllo: Corte conti, Sez. riun. contr., 18 novembre 2022, n. 16 e 23 novembre 2022 n. 19, entrambe, in questa *Rivista*, 2022, 6, 85 e 97, con nota di P. Cosa.

III. - Sul punto, la massima in commento esclude che possa essere nuovamente sottoposto a parere l'atto con cui il comune conferma la decisione di acquisto di partecipazioni societarie già esaminato dalla Corte dei conti. In materia di esercizio del controllo sugli atti deliberativi di costituzione societarie o di acquisto di partecipazioni, v. anche:

- Corte conti, Sez. contr. reg. Toscana, 21 dicembre 2022, n. 289, che ha escluso dall'assoggettamento al parere *ex art.* 5 Tusp gli atti deliberativi con cui un comune esercita il diritto di prelazione per l'acquisto di partecipazioni in una società di cui è già socio;



*Rilevato* – che il Comune di Cornaredo ha trasmesso la delibera di Consiglio comunale n. 8 del 28 febbraio 2023, avente ad oggetto «Conferma deliberazione c.c. n. 44 del 24 ottobre 2022 avente ad oggetto “ingresso nel capitale sociale di Amga Legnano s.p.a. mediante conferimento del 100 per cento delle quote societarie di Acsa s.r.l., finalizzato all’affidamento *in house* a società del gruppo Amga del servizio di igiene urbana ed ambientale e servizi collegati nel comune di Cornaredo - approvazione atti e documenti necessari e adempimenti conseguenti”»;

che nella medesima delibera il comune, dando atto che gli effetti della predetta delibera sono meramente “confirmatori del provvedimento già approvato”, espressamente esclude di dover reiterare, con riferi-

---

- Corte conti, Sez. contr. reg. Toscana, 19 dicembre 2022, n. 245, la quale ha statuito che la magistratura contabile non può esprimersi ai sensi dell’art. 5 Tusp su atti amministrativi che, con riferimento a specifiche operazioni societarie, abbiano natura di deliberazione meramente programmatica, in quanto prefiguranti vicende societarie solamente prospettive ed eventuali, ovvero condizionate al previo perfezionamento di altre operazioni dalle stesse presupposte, ma non ancora definite. Il controllo attribuito alla Corte dei conti dalla novella legislativa del 2022 si colloca proprio nel passaggio tra la fase pubblicistica, finalizzata a pervenire alla determinazione della volontà dell’ente di acquisire la veste di socio in uno dei tipi societari, tra quelli ammessi dal Tusp, e quella privatistica volta a tradurre in attuazione la determinazione amministrativamente assunta, attraverso gli strumenti del diritto societario (quali, l’atto costitutivo e lo statuto, il contratto di acquisto della partecipazione in via diretta o mediante aumento di capitale); esso ha il chiaro 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;

- Corte conti, Sez. contr. reg. Toscana, 6 febbraio 2023, n. 27, che ha escluso dall’assoggettamento al parere *ex art. 5 Tusp* gli atti deliberativi con cui un comune prendeva parte ad un’operazione di azzeramento del capitale di una società con contestuale ricostituzione dello stesso *ex art. 2482-ter c.c.*;

- Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, 6 ottobre 2022, n. 141, *ibidem*, 5, 158, con nota di A.M. Quaglini, la quale ha affermato il principio che non vi è luogo a provvedere sulla richiesta di parere ai sensi dell’art. 5, cc. 3 e 4, d.lgs. n. 175/2016, concernente la decisione di un comune di aderire ad un consorzio ai sensi dell’art. 2602 c.c., in quanto il negozio consortile non genera una società ed è pertanto estraneo all’applicazione del Tusp;

- Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte, 31 gennaio 2023, n. 17, *ivi*, 2023, 1, 152, con nota di richiami, secondo cui sono soggette a controllo *ex art. 5 Tusp* le deliberazioni di costituzione o acquisto di partecipazioni da parte dei consorzi di enti locali *ex art. 31 Tuel*, in quanto questi ultimi sono espressamente previsti nella definizione di “amministrazioni pubbliche” soggette alle disposizioni dell’art. 2, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 175/2016.

In tema di competenza a conoscere degli atti deliberativi di acquisto di partecipazioni o di costituzione societaria si veda Corte conti, Sez. riun. contr., 18 novembre 2022, n. 18, *ivi*, 2022, 6, 97, secondo cui la competenza per l’espletamento del controllo di cui art. 5 Tusp in merito ad un provvedimento relativo ad un’operazione di acquisizione di partecipazioni societarie da parte di una camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura spetta alla sezione regionale di controllo, competente per territorio ai sensi del citato art. 5, c. 4, Tusp. [A.M. QUAGLINI]

mento alla nuova delibera, gli adempimenti previsti dall’art. 5, c. 3, d.lgs. n. 175/2016 nei confronti della Corte dei conti e dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato; che, sulla deliberazione del consiglio comunale n. 44/2022, questa sezione si è già pronunciata con deliberazione n. 209/2022;

*ritenuto* – che, con riferimento ai casi in cui il decisum amministrativo rimane sostanzialmente inalterato a seguito di nuova deliberazione assunta dall’ente successivamente alla pronuncia adottata dalla Corte dei conti *ex art. 5, c. 3, d.lgs. n. 175/2016*, la Sezione non debba procedere ai sensi del medesimo art. 5 Tusp (cfr. Sez. contr. reg. Lombardia n. 56/2023); che restano comunque fermi gli altri poteri di controllo attribuiti alle sezioni regionali della Corte dallo stesso Tusp, con particolare riferimento ai controlli sulla razionalizzazione periodica delle partecipazioni, nonché dall’art. 1, c. 166, l. n. 266/2005 e dall’art. 148-*bis*, c. 2 Tuel cit., nell’ambito dei controlli di legittimità-regolarità sui bilanci dell’Ente locale;

*P.q.m.*, la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, dichiara il non luogo a deliberare, ai sensi dell’art. 5, cc. 3 e 4, d.lgs. n. 175/2016, come modificato dall’art. 11 della l. 5 agosto 2022, n. 118, in ordine alla deliberazione del consiglio comunale n. 8 del 28 febbraio 2023 del Comune di Cornaredo.

\* \* \*

## Marche

53 – Sezione controllo Regione Marche; deliberazione 20 marzo 2023; Pres. Palomba, Rel. Marsico; Comune di Castelpiano.

**Enti locali – Comune – Società – Acquisto di partecipazione indiretta – Costituzione di una nuova società – Società *in house* – Valutazione della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria dell’operazione ai sensi dell’art. 5 Tusp – Motivazione analitica riferita all’ente locale – Necessità.**

D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, artt. 4, 5, 16; l. 5 agosto 2022, n. 118, legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, art. 11.

*La delibera, con cui l’ente locale, nel prevedere l’acquisto di una partecipazione indiretta in una società consortile, che, non ancora costituita, risulta già affidataria, secondo il modello dell’“in house”, del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani da parte dell’ente di governo dell’ambito territoriale ottimale, si limita a rinviare alle valutazioni e alle decisioni adottate dall’assemblea dell’ente di governo del medesimo ambito territoriale, non è conforme al modello legale stabilito dall’art. 5 del d.lgs. n. 175/2016, secondo cui è l’amministrazione comunale, interessata all’acquisto della partecipazione, a dover valutare la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria*

dell'operazione con riguardo agli effetti e alle ricadute della stessa sul proprio bilancio. (1)

*Fatto* – Con nota del Comune di Castelpiano in data 27 gennaio 2023 è stata trasmessa a questa sezione, ai sensi dell'art. 5, c. 3, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, d'ora innanzi anche Tusp), la delibera di consiglio comunale n. 2 del 26 gennaio 2023 avente ad oggetto "approvazione costituzione di società consortile a partecipazione indiretta per la gestione del servizio di igiene urbana affidato dall'assemblea territoriale d'ambito n. 2 Ancona".

*Considerato in Diritto* – (Omissis). La deliberazione consiliare n. 2/2023 ha per oggetto l'assunzione da parte del Comune di Castelpiano di una "partecipazione di capitale" nella costituenda società consortile, denominata Corum s.c.a.r.l., in regime c.d. "in house providing", per il tramite della propria partecipata "Viva servizi s.p.a.": quest'ultima, unitamente alle società Ecofon Conero s.p.a. e Jesiservizi s.r.l., intende costituire il nuovo organismo societario denominato appunto Corum s.c.a.r.l. Tale organismo societario, sebbene ancora in via di costituzione da parte delle tre menzionate società partecipate dagli enti locali della provincia di Ancona, risulta già affidatario del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani in forza del provvedimento n. 28 del 27 dicembre 2022 dell'Ata che aveva fatto seguito al provvedimento della stessa Ata in data 7 dicembre 2022, n. 23, volto ad approvare la "Relazione illustrativa delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti per l'affidamento del servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti urbani alla società NewCo (relazione ex art. 34) quale esito della attività istruttoria dell'Ata a supporto della scelta della forma di gestione in house secondo l'indirizzo richiamato da ultimo in delib. n. 7/2022 e, dunque, quale relazione che assolve all'onere motivazionale prescritto dal combinato disposto degli artt. 192, c. 2, d.lgs. n. 50/2016 e 34, c. 20, d.l. n. 179/2012 per gli affidamenti in house providing".

Occorre, al riguardo, premettere che gli artt. 200 ss. del d.lgs. n. 152/2006 prevedono che il servizio di igiene urbana venga organizzato sulla base di ambiti territoriali ottimali delineati dalle regioni e che l'affidamento venga disposto dalle autorità d'ambito; precisamente, ai sensi dell'art. 202 d.lgs. n. 152/2006, "L'Autorità d'ambito aggiudica il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, secondo la disciplina vigente in tema di affidamento dei servizi pubblici locali [...]". In attuazione di tali disposizioni, la legge regionale Marche n. 24/2009, recante "Disciplina regionale in materia di gestione integrata dei rifiuti e bonifica dei siti inquinati", ha istituito, all'art. 6, c. 2, lett. b), l'Ato2-Ancona, coincidente con il territorio della provincia di Ancona, al quale partecipano obbligatoriamente i comuni e la provincia ricadenti

nel territorio di riferimento. Il successivo art. 7 disciplina le funzioni dell'Assemblea territoriale d'ambito (Ata), tra le quali sono ricomprese "l'organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e assimilati, secondo criteri di efficienza, efficacia, economicità e trasparenza" (c. 4, lett. a) e "l'affidamento, secondo le disposizioni statali vigenti, del servizio di gestione integrata dei rifiuti, comprensivo delle attività di realizzazione e gestione degli impianti, della raccolta, della raccolta differenziata, della commercializzazione, dello smaltimento e del trattamento completo di tutti i rifiuti urbani e assimilati prodotti nell'Ato" (c. 4, lett. d). L'art. 7 l. reg. n. 24/2009 stabilisce anche che "le funzioni già esercitate dalle Autorità d'ambito di cui all'art. 201 d.lgs. n. 152/2006 sono svolte dall'Assemblea territoriale d'ambito (Ata) alla quale partecipano obbligatoriamente i comuni e la provincia ricadenti in ciascun Ato [...]". In tale contesto, è opportuno, altresì, richiamare quanto previsto dall'art. 3-bis, c. 1-bis, d.l. n. 138/2011, il quale dispone, tra l'altro, che "le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del c. 1 del presente articolo cui gli enti locali partecipano obbligatoriamente".

Con riferimento all'atto consiliare del Comune di Castelpiano pervenuto a questa sezione, per quanto si può evincere dalla documentazione trasmessa, le tre società partecipate dagli enti locali della provincia di Ancona (Viva servizi s.p.a., Jesiservizi s.r.l., Ecofon Conero s.p.a.) che andrebbero a costituire la nuova società ("Corum s.c.a.r.l.") hanno presentato all'Ata la candidatura a svolgere il servizio di gestione integrata dei rifiuti; tale candidatura, secondo quanto rappresentato in atti, comporterebbe la nascita di un nuovo e ulteriore organismo societario, la c.d. *NewCo* denominata "Corum scarl" cui è stato affidato il servizio secondo il modello "in house providing" (delibere Ata nn. 23 e 28/2022). Dunque, la delibera del consiglio comunale di Castelpiano n. 2/2023 pervenuta a questa sezione è stata adottata a seguito della presentazione della candidatura a svolgere il servizio da parte di una sua società partecipata (Viva servizi s.p.a.) congiuntamente ad altre società nell'ambito della *NewCo* (delib. Ata n. 23/2022) cui è seguito l'affidamento del servizio alla costituenda società (delib. Ata n. 28/2022).

Orbene, a margine della complessa sequenza di atti brevemente tratteggiata (cfr. anche par. 2) è significativo, innanzitutto, constatare come nella deliberazione consiliare in argomento si affermi che "questo consiglio comunale non può che prendere atto e recepire gli argomenti istruttori, elaborati ed apprezzati dall'Autorità di ambito in sede di redazione della relazione ex art. 34, c. 20, d.l. n. 179/2012 e s.m.i."

(1) Segue nota di F. Izzo.

Tanto premesso, deve constatarsi come la decisione assunta dal consiglio comunale di Castelpiano con la citata d.c.c. n. 2/2023 appaia carente di un autonomo apprezzamento in merito alle circostanze legittimanti l'operazione societaria, trovandosi l'ente quasi a "ratificare" una volontà già formatasi in precedenza ed in altra sede (Assemblea Ata). Del resto, anche la motivazione c.d. *per relationem* dell'atto consiliare rispetto ad altro provvedimento in esso citato (delibere Ata), non dovrebbe limitarsi alla mera indicazione della fonte di riferimento, ma esplicitare, sia pure in via sintetica, i contenuti rilevanti ai fini della decisione di modo che gli stessi siano oggetto di autonoma valutazione da parte dell'ente procedente. In proposito, sembra potersi rilevare come l'atto consiliare pervenuto a questa sezione appaia non esprimere alcuna effettiva volontà decisionale nel senso dell'adozione dello strumento societario, tenuto conto che il provvedimento del comune prende atto dell'"*intervenuto affidamento*" del servizio alla costituenda società in regime c.d. "*in house providing*". In questa ottica, pare emergere una ambigua sequenza di atti volti alla definizione e all'approvazione dell'operazione societaria, senza che sia possibile cogliere esattamente in che termini si sia perfezionato il procedimento formativo della volontà dell'ente, anche con riferimento alla stessa scelta di ricorrere ad un ulteriore strumento societario in regime c.d. *in house providing*. Dunque – pur prendendo atto che, in ragione del quadro normativo e dell'iter decisionale sopra richiamati, vi fossero limitati margini di discrezionalità per la deliberazione del consiglio comunale – la successione e la cronologia degli atti di cui fa menzione il provvedimento consiliare all'esame ed il tenore letterale dei richiami contenuti nello stesso provvedimento a precedenti atti adottati in altra sede (Assemblea Ata) non consentono a questa sezione di esprimere una valutazione di conformità sul punto.

Ad ogni modo, in relazione a quanto precede, il collegio, pur considerando le poc'anzi descritte caratteristiche dell'iniziativa all'esame, formula il proprio parere ai sensi dell'art. 5 Tusp nelle considerazioni che seguono.

### 3.2. "Vincoli di scopo" e "vincoli di attività" (art. 5, c. 1, e art. 4 Tusp)

Nella materia delle partecipazioni pubbliche trova applicazione il principio della funzionalizzazione della capacità negoziale della pubblica amministrazione allo scopo istituzionale, sicché, nel declinare il contenuto dell'onere motivazionale posto in capo all'amministrazione, l'art. 5, c. 1, Tusp esige, innanzitutto, una analitica motivazione "*con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'art. 4*". Il combinato disposto dei cc. 1 e 2 dell'art. 4 Tusp individua per le partecipazioni societarie degli enti pubblici un "vincolo di scopo pubblico" e un "vincolo di attività" (cfr. Corte cost. n. 86/2022).

In particolare, l'art. 4 Tusp introduce un "vincolo di scopo" al c. 1 – ai sensi del quale "*Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*" – cui si accompagna al c. 2 un "vincolo di attività" in base al quale le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle seguenti attività: a) produzione di un servizio di interesse generale; b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra pubbliche amministrazioni; c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica o di un servizio d'interesse generale, attraverso un contratto di partenariato; d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, o allo svolgimento delle loro funzioni; e) servizi di commitenza.

Le disposizioni dell'art. 4 Tusp – cui fa puntuale rinvio l'art. 5, c. 3, Tusp ai fini della pronuncia di cui trattasi – costituiscono norme espressive di principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica (cfr. Corte cost. n. 201/2022; Corte conti, Sez. reg. contr. Emilia-Romagna n. 110/2022).

Con riferimento alla verifica della "stretta inerenza" dell'acquisizione della partecipazione di cui trattasi con le finalità istituzionali del comune, la deliberazione consiliare all'esame, in correlazione con la disciplina del citato art. 4 Tusp afferma che "*le amministrazioni pubbliche possono costituire una società di capitali e mantenerne la partecipazione qualora la società debba essere adibita alla "produzione di un servizio di interesse generale", come, nel caso in esame, sicuramente è il c.d. "ciclo integrato dei rifiuti"*

Sul punto, la valutazione di conformità può essere positiva in quanto i servizi in oggetto sono di interesse generale oltre che di stretta inerenza con le finalità istituzionali dell'ente comunale.

Nondimeno, tenuto conto che l'acquisizione di partecipazioni societarie pubbliche deve essere rigorosamente ascrivibile alle fattispecie tipiche individuate dall'art. 4, c. 2, Tusp, non può non constatarsi come, sul versante organizzativo e funzionale, dalla documentazione disponibile (cfr. all. A – "Domanda di candidatura" – delib. Ata n. 23/2022) emerga che solo Jesiservizi s.r.l. svolge ed ha svolto direttamente nel triennio 2019-2021 il servizio di igiene urbana, mentre per Ecofon Conero s.p.a. si dichiara che "*acquisirà la dotazione impiantistica utile per assolvere il Servizio mediante la configurazione del titolo partecipativo sottoscritto dalla società Astea s.p.a.*" e per Viva Servizi s.p.a. si attesta che "*nelle more della definitiva acquisizione della dotazione impiantistica utile ad assolvere il servizio, sottoscriverà appositi contratti di affitto di ramo d'azienda*". Inoltre, sul piano della

completezza del corredo informativo e motivazionale posto a giustificazione dell'operazione e considerato, altresì, che tale operazione avviene esclusivamente in funzione di un affidamento *in house*, si deve rilevare come dalla deliberazione consiliare non emerga chiaramente quale sia, per le società consorziate/candidate, la situazione rispetto agli adempimenti ex art. 192 del d.lgs. n. 50/2016, anche con riferimento all'eventuale provvedimento di iscrizione da parte di Anac nell'elenco di cui al citato art. 192. La Relazione ex art. 34 d.l. n. 179/2012 (cfr. all. B-delib. Ata n. 23/2022), con riferimento ai requisiti per l'affidamento *in house* ("1. Partecipazione totalmente pubblica 2. Controllo analogo 3. Attività prevalente"), dopo aver precisato che "[...] pur potendo influire sull'affidamento che sta facendo l'Ega, la competenza all'attestazione della sussistenza dei requisiti per il modello *in house* / all'iscrizione all'elenco Anac delle consorziate è riconducibile ai rispettivi comuni soci", riferisce che per Viva servizi s.r.l. e Jesiservizi s.r.l. "Con rilevanza su tutti e tre i requisiti è avviata istruttoria Anac [...] per cui si rinvia al relativo esito istruttorio" e che per Ecofon Conero s.p.a. "Non risulta né in corso l'istruttoria Anac né risulta già l'iscrizione".

La situazione così rilevata mostra criticità sotto il profilo della funzionalità e della razionalità operativa ed appare, quindi, in grado di frustrare in origine proprio lo scopo di tale complessa operazione societaria finalizzata unicamente all'affidamento *in house*, poiché, da quanto emerge in atti, neppure per tutti i soggetti consorziati già partecipati dai vari enti locali vi è piena contezza della effettiva situazione rispetto ai sopra richiamati adempimenti, mentre la NewCo risulta già affidataria del servizio in regime di *in house providing* in forza della delib. Ata n. 28 del 27 dicembre 2022.

3.3. *Adempimento dell'onere di motivazione sulla "compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese". Adempimento relativo all'indicazione, qualora l'amministrazione sia un ente locale, che "lo schema di atto deliberativo" sia stato sottoposto "a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate" (art. 5, c. 2, Tusp)*

L'art. 5, c. 2, d.lgs. n. 175/2016 dispone quanto segue: "L'atto deliberativo di cui al c. 1 dà atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate."

Sotto il primo profilo è possibile constatare che il provvedimento consiliare nulla riferisce al riguardo. Va altresì evidenziato, in questo ambito, che la delibera dell'ente di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta, conte-

stualmente all'invio alla sezione di controllo competente, deve essere trasmessa anche "all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'art. 21-bis della l. 10 ottobre 1990, n. 287".

Con riferimento al secondo aspetto, ossia la consultazione pubblica, nel dispositivo della deliberazione consiliare n. 2/2023 viene dato atto che "lo schema di atto è stato sottoposto a forme di consultazione pubblica, ai sensi e per gli effetti dell'art. 5, c. 2, d.lgs. n. 175/2016, mediante pubblicazione all'Albo Pretorio comunale e nella Sezione amministrazione trasparente – enti controllati – Società partecipate del sito web istituzionale dell'ente".

3.4. *Adempimento degli oneri di motivazione analitica con riguardo alla "sostenibilità finanziaria", alla "convenienza economica" e alla "compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa" (art. 5, cc. 1 e 3, Tusp)*

La sostenibilità finanziaria, come osservato dalle sezioni riunite di questa Corte, "assume una duplice accezione: una di tipo oggettivo, concernente le caratteristiche proprie dell'operazione di investimento societario che l'amministrazione intende effettuare; l'altra di carattere soggettivo, tesa a ponderarne gli effetti in relazione alla situazione finanziaria specifica dell'ente pubblico interessato" (delib. n. 16/2022).

Sotto il profilo oggettivo, la sostenibilità finanziaria sottende la capacità della società di garantire, in via autonoma e in un adeguato lasso temporale, l'equilibrio economico-finanziario attraverso l'esercizio delle attività che ne costituiscono l'oggetto sociale. Questa deve essere puntualmente analizzata da parte dell'amministrazione procedente. In tal senso, le Sezioni riunite, nella più volte menzionata delib. n. 16/2022, hanno osservato come l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione delle partecipazioni dovrebbe essere, quantomeno, suffragato dallo sviluppo di un approfondito *business plan* (o di forme analoghe di analisi di fattibilità) dell'attività di impresa che si intende espletare, accompagnato da apposite note esplicative che ne esponano le ipotesi di sviluppo (es. natura dei ricavi e relativa struttura, evoluzione dei costi, indicatori di bilancio quali redditività, liquidità ed indebitamento).

Per quanto attiene, poi, al profilo soggettivo, la sostenibilità finanziaria dell'operazione di costituzione della società o di acquisto delle partecipazioni deve essere valutata con riguardo alla situazione specifica dell'amministrazione procedente, al fine di vagliare la compatibilità dell'investimento iniziale e dei possibili successivi trasferimenti all'organismo societario con la situazione finanziaria dell'ente (ci si riferisce, ad esempio, alla possibilità per l'ente di procedere ad effettuare i necessari accantonamenti, ai sensi dell'art. 21 Tusp, in caso di perdite registrate dalla società).

È, parimenti, importante verificare che la motivazione analitica dell'atto deliberativo esterne le ragioni

di convenienza economica sottese alla scelta di fare ricorso allo strumento societario; anche tale nozione trova una definizione nel codice dei contratti pubblici, il quale, all'art. 3, c. 1, lett. fff), descrive la convenienza economica – in tema di contratti di concessione e di operazioni di partenariato – come “*la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito*”.

Dunque, occorre siano motivati la funzionalità della soluzione rispetto alle esigenze e agli obiettivi dell'amministrazione (profilo dell'efficacia) e il corretto impiego delle risorse pubbliche (ottica dell'efficienza ed economicità) (cfr. Sez. reg. contr. Toscana n. 227/2022; Sez. reg. contr. Molise n. 186/2022; Sez. reg. contr. Lombardia n. 194/2022).

Da ultimo, la “*convenienza economica*” deve essere esplicitata anche sotto il profilo della scelta della modalità di erogazione del servizio. La concreta fattispecie di affidamento a società *in house* deve essere supportata da una valutazione sulla “*congruità economica dell'offerta*” predisposta dai soggetti *in house* rispetto all'oggetto e al valore della prestazione, nonché da una motivazione aggravata sul “*fallimento del mercato*” e sui benefici per la collettività che la gestione *in house* riuscirebbe a perseguire rispetto agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche” (cfr. Sez. reg. contr. Lombardia nn. 161 e 209/2022; Sez. reg. contr. Molise n. 190/2022). Peraltro, in base al già citato d.lgs. n. 201/2022 (cfr. par. 3), in vigore dal 31 dicembre 2022, “*Nel caso di affidamenti in house di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici [...] gli enti locali e gli altri enti competenti adottano la deliberazione di affidamento del servizio sulla base di una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando [...] i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni in house, tenendo conto dei dati e delle informazioni risultanti dalle verifiche periodiche di cui all'art. 30*” (cfr. art. 17 d.lgs. n. 201/2022; Sez. reg. contr. Lombardia n. 13/2023).

In questo ambito, è bene, poi, ricordare come le Sezioni riunite di questa Corte abbiano avuto modo di precisare che “*lo scrutinio dell'atto deliberativo è teso ad accertare che l'istruttoria dell'amministrazione abbia confrontato i risultati economici prevedibilmente derivanti dalle varie possibili forme di gestione tenendosi conto della qualità del servizio erogato e del diverso grado di efficienza nello svolgimento attraverso l'uno o l'altro strumento, mediante un calcolo dettagliato dei costi e dei benefici di ciascuno di essi*”

(Sez. riun. n. 16/2022). In tal senso, la valutazione di convenienza economica non si riduce alla dimostrazione di redditività dell'investimento nella prospettiva lucrativa, ma implica che la motivazione dell'atto dia conto sia della funzionalità della soluzione rispetto alle esigenze e agli obiettivi dell'amministrazione (profilo dell'efficacia) sia del corretto impiego delle risorse pubbliche (ottica dell'efficienza ed economicità), anche attraverso il raffronto con soluzioni gestionali diverse (Sez. riun. n. 27/2022).

Ciò posto, in riferimento ai richiamati oneri motivazionali, la deliberazione consiliare in argomento rinvia, massicciamente, alle delibere Ata n. 23/2022 (di approvazione della relazione *ex art.* 34 d.l. n. 179/2012) e n. 28/2022 (di affidamento del servizio alla *NewCo*) nonché ai documenti allegati alle predette delibere Ata. Fermo restando quanto già sopra riportato, nell'illustrare le ragioni e le modalità dell'operazione societaria in argomento, la deliberazione del consiglio comunale di Castelpiano n. 2 del 26 gennaio 2023 afferma, tra l'altro, quanto segue:

- «*questo consiglio comunale è chiamato – nel deliberare circa la congruità della assunzione della partecipazione sociale rispetto allo scelta di organizzazione del servizio di interesse economico generale costituito dal c.d. “ciclo integrato dei rifiuti” – ad evitare duplicazioni di valutazioni e comunque sovrapposizione od interferenze di competenze ed attribuzioni in ordine, in particolare, precisamente alla modalità di organizzazione e conseguente scelta del modello di affidamento; [...] ferma rimanendo tale esigenza di salvaguardia delle prerogative delle amministrazioni competenti, questo consiglio comunale non può che prendere atto e recepire gli argomenti istruttori, elaborati ed apprezzati dall'Autorità di ambito in sede di redazione della relazione *ex art.* 34, c. 20, d.l. n. 179/2012 e s.m.i. [...]; in particolare, tale relazione – nel giungere a determinarsi in favore della scelta del modello c.d. “in – house providing” – evidenzia, in particolare che: la costituzione della società consente la formazione di un centro unico di interesse d'impresa in cui viene resa possibile la confluenza – e quindi il mantenimento e la non dispersione – delle pregresse esperienze di qualificazione professionale e competenza tecnica, così come, nel tempo e nel territorio, maturate; la forma consortile di tale società assicura, evitando duplicazioni tra le società partecipate, che vi sia una appropriata ripartizione di compiti tra la direzione d'impresa e la conduzione operativa del servizio nei rispettivi territori interessati; l'andamento della società – come si evince dal Piano economico finanziario – può svolgersi, in condizioni di equilibrio economico e finanziario nonché in termini sostenibilità, nel tempo, di tale equilibrio; la partecipazione c.d. “indiretta” nella “NewCo” – nell'accomunare tutti i comuni componenti dell'Assemblea territoriale di ambito di riferimento – concorre ad assicurare l'osservanza dei requisiti di esatta configurazione istituzionale del modello c.d. “in – house providing”;*

- “questo consiglio comunale – ai fini degli argomenti a sostegno della propria decisione favorevole all’assunzione della partecipazione indiretta in esame – ritiene di condividere quelli svolti nella relazione ex art. 34, c. 20, d.l. n. 179/2012 e s.m.i., rinviando ai contenuti della medesima, specificamente ai sensi e per gli effetti dell’art. 3, c. 3, l. n. 241/1990 e s.m.i.”;

- “le risultanze dei documenti sopra citati evidenziano (1) una marcata convenienza economica del “Pef” della costituenda NewCo rispetto ai riferimenti rappresentati dalle altre procedure di gara di ATO/SubATO, con uno scarto di ca. il 25 per cento ed altresì (2) una, sia pur quantitativamente contenuta, convenienza economica del Pef della costituenda “NewCo” rispetto al Pef predisposto da Ata per la gara (scarto dell’1,06 per cento) nonché (3) una sostanziale equivalenza del Pef della costituenda “NewCo” rispetto al Pef 2022 del bacino Ata (scarto dello 0,03 per cento); ed infine (4) un maggior costo del Pef della costituenda “NewCo” rispetto ai fabbisogni standard (scarto del 7,3 per cento), in modo analogo peraltro a quanto già in essere, come evidenziabile confrontando i Pef 2022 approvati da Ata con i suddetti fabbisogni standard nonché (5) un esito discordante rispetto alle rilevazioni dei diversi riferimenti di costo Ispra, con una convenienza del Pef della “NewCo” rispetto al costo Ispra del centro Italia (scarto del 18,6 per cento) e per contro un maggior costo del Pef della “NewCo” rispetto al costo Ispra della Regione Marche (scarto del 5,5 per cento) e a quello nazionale (+0,7 per cento)”;

- “[...] complessivamente i dati rinvenibili sono coerenti rispetto alla valutazione di opportunità istituzionale nonché di vantaggiosità economica a fondamento del favorevole orientamento verso la costituzione di tale “NewCo” e la contestuale assunzione della partecipazione c.d. “indiretta” in capo a questa amministrazione comunale; [...] tale organizzazione di società consortile a partecipazione indiretta con servizi a rete consente una razionalizzazione delle partecipazioni societarie di tutti i comuni interessati poiché tende a riorganizzare le società che attualmente gestiscono il servizio e consente il miglioramento organico e sistematico del servizio di igiene urbana su base di ambito territoriale”.

Il suddetto provvedimento consiliare delibera, altresì, “di dare atto che la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria, ex art. 5 d.lgs. n. 175/2016, sono dimostrate, come dettagliatamente esplicitato nel documento istruttorio, nelle deliberazioni dell’Assemblea territoriale dell’Ato n. 2 Marche n. 23 del 7 dicembre 2022 e n. 28 del 27 dicembre 2022, di affidamento a livello d’ambito del servizio integrato dei rifiuti, cui si fa espresso rinvio, anche ai fini dell’art. 3 l. n. 241/90 e s.m.i. [...]”.

In relazione a tutto quanto precede – ferme le osservazioni già svolte nei precedenti paragrafi e pur considerando che, in ragione del quadro normativo e dell’iter decisionale sopra richiamati, vi fossero limitati margini di discrezionalità per il provvedimento del

consiglio comunale – la sezione rileva la non conformità della deliberazione consiliare in argomento e dell’operazione societaria complessivamente considerata alle norme del Tusp e, in particolare, all’art. 5 Tusp, con riguardo ai profili di seguito rappresentati.

Sotto un profilo generale, la deliberazione consiliare non fornisce una motivazione analitica della decisione assunta ai sensi dell’art. 5 Tusp, ma appare indirizzata, più che altro, ad approvare valutazioni istruttorie contenute in documenti e atti adottati dall’Ata (delibere Ata, relazione ex art. 34 d.l. n. 179/2012, candidatura società consorziate) (cfr. *supra* par. 3.1). In proposito, la sezione sottolinea come tali valutazioni non possano, in ogni caso, sollevare l’amministrazione procedente dal suo specifico e peculiare obbligo istituzionale di vagliare la congruità e la convenienza economico-finanziaria dell’operazione, sia in considerazione delle risorse pubbliche utilizzate per l’acquisizione societaria e per il successivo affidamento del servizio, sia in considerazione delle ricadute sulla collettività amministrata delle scelte gestionali effettuate.

Non può, inoltre, ritenersi aprioristicamente adeguata, da parte delle amministrazioni comunali interessate, la scelta della creazione di un nuovo ulteriore organismo a partecipazione pubblica per il solo fatto che l’Autorità d’ambito decida di affidargli il servizio, così rischiando di pretermettere, in via pressoché sistematica, una concreta valutazione delle possibilità di assegnazione, tramite gara pubblica, di servizi potenzialmente contendibili sul mercato.

Dalla documentazione disponibile in atti (v. *supra* par. 3.2) risulta, peraltro, che due delle tre società consorziate candidatesi a svolgere il servizio, devono ancora acquisire o completare l’acquisizione della dotazione impiantistica necessaria allo svolgimento del servizio di cui la NewCo, da esse in prospettiva derivante, risulta già affidataria.

La situazione così rilevata evidenzia criticità di carattere funzionale poiché appare in grado di frustrare in origine proprio lo scopo di tale complessa operazione societaria preordinata unicamente all’affidamento *in house*. D’altra parte, anticipando quanto precisato nel prosieguo, il citato provvedimento del consiglio comunale non sembra mostrare chiari riferimenti al raffronto tra i risultati economici prevedibilmente derivanti dalle varie possibili forme di gestione del servizio pubblico (cfr. n. 16/2022).

La deliberazione consiliare in esame manca, comunque, di richiamare le ragioni del mancato ricorso a procedure competitive ad evidenza pubblica e agli elementi che in concreto ne avrebbero precluso lo svolgimento, posto che la competenza ad aggiudicare il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani, “mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie”, sembra tradurre le stesse ragioni di esistenza dell’Autorità d’ambito (cfr. art. 202, d.lgs. n. 152/2006; v. *supra* par. 3.1).

Sotto il profilo della sostenibilità soggettiva, la deliberazione consiliare in oggetto non fornisce specifi-

che argomentazioni in punto di sostenibilità finanziaria dell'operazione da parte dell'amministrazione comunale né si esprime compiutamente su aspetti di assoluta rilevanza economico-finanziaria e patrimoniale per l'ente locale (a cominciare dagli stessi costi connessi alla creazione e al mantenimento di un ulteriore veicolo societario in mano pubblica). Trattasi di una significativa carenza in considerazione, quantomeno, dei seguenti aspetti: lo statuto della *NewCo* (cfr. art. 12) prevede che *“I soci dovranno deliberare la corresponsione di contributi in denaro e/o in natura per l'organizzazione comune dei mezzi necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale. I soci dovranno altresì concorrere all'attività della società consortile fornendo tutte quelle prestazioni, il cui contenuto, tempi e modalità di esecuzione saranno determinati in un regolamento consortile predisposto dagli amministratori e approvato con decisione dei soci”*; due dei tre consorziati già partecipati da svariati enti locali (*Viva servizi s.p.a.* ed *Ecofon Conero s.p.a.*) devono ancora acquisire la dotazione impiantistica necessaria allo svolgimento dello stesso servizio (v. *supra*) che, nondimeno, risulta già affidato da Ata alla *NewCo* con delib. n. 28/2022; la deliberazione consiliare in parola non contiene una qualche attestazione relativamente al rispetto delle prescrizioni dell'art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011 (convertito con modificazione dalla l. n. 148/2011) in base al quale *“Nel caso di affidamento in house, gli enti locali proprietari procedono, contestualmente all'affidamento, ad accantonare pro quota nel primo bilancio utile, e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio nonché a redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario in house”*.

Inoltre, nulla viene riferito in ordine ai possibili effetti finanziari sul bilancio comunale correlati agli aspetti di gestione e riscossione della tariffa: in particolare, nella deliberazione consiliare non sembrano potersi rinvenire puntuali indicazioni riguardo allo svolgimento di tale attività da parte dell'affidatario del servizio (*NewCo*) in quanto dalla documentazione disponibile risulta che, dopo un periodo transitorio, a partire dall'1 gennaio 2026 *“NewCo assumerà la Gestione della Tariffa per il tramite di gestione diretta del servizio e/o affidamento a società autorizzate alla gestione di tale servizio direttamente – ove ne ricorrano le condizioni – o mediante gara”* (cfr. all. A – “Domanda di candidatura” – delib. Ata n. 23/2022); ciò fa emergere anche sul versante della gestione e della riscossione della tariffa, il rischio di una ulteriore esternalizzazione di attività da parte della *NewCo* che, da quanto risulta in atti, già non provvederebbe direttamente allo stesso servizio di igiene urbana (v. *infra*).

Anche sotto il profilo della sostenibilità oggettiva dell'operazione, alcune significative incertezze sembrano emergere dalla stessa *“Asseverazione del piano economico finanziario relativo all'affidamento del servizio spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti urbani nel territorio dell'Ata Ancona”* rilasciata in da-

ta 28 novembre 2022 (cfr. all. B delib. Ata n. 23/2022) in cui si dichiara, tra l'altro, che: *«Il Piano è stato predisposto nell'ambito dell'affidamento con modalità “in house providing” della gestione del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto rifiuti nel territorio dell'Ata 2 di Ancona. Il Piano è basato su un insieme di ipotesi che includono assunzioni ipotetiche relative ad eventi futuri ed azioni descritte nella relazione di accompagnamento del progetto e qui di seguito sinteticamente riepilogate, che non necessariamente si verificheranno. [...] i dati prospettici essendo basati su ipotesi di eventi futuri e azioni degli organi amministrativi, sono caratterizzati da connotati elementi di soggettività e da incertezze e, in particolare, dalla rischiosità connessa al fatto che eventi preventivati ed azioni dai quali traggono origine possano non verificarsi, ovvero possano verificarsi in misura diversa da quella prospettata, mentre potrebbero verificarsi eventi ed azioni non prevedibili al tempo della loro preparazione [...]»*.

La deliberazione consiliare non fornisce, comunque, informazioni, neppure sommarie, sulla situazione prospettica (economica, patrimoniale e finanziaria) e sui costi di gestione delle società consorziate già partecipate che costituiscono la *NewCo*; eppure, dalla documentazione disponibile emerge che *“In relazione alla bancabilità del Pef NewCo presentato, considerate anche le rilevanti esigenze evidenziate di reperimento di finanziamenti, è stato indicato dai candidati, nell'ambito dell'interlocuzione intercorsa con Ata, che la suddetta bancabilità va valutata non tanto nell'ottica del progetto unitario ma nell'ottica della gestione delle tre società consorziate. Sia la gestione operativa sia quella amministrativa-finanziaria sarà espletata in capo alle singole consorziate e saranno queste ultime a dover reperire i fondi necessari. Pertanto, la bancabilità andrà valutata secondo la solidità patrimoniale economica e finanziaria delle singole consorziate, tenuto conto dell'integrazione del nuovo servizio e dei flussi da esso generati.”* (cfr. all. B – delib. Ata n. 23/2022). Ad ogni modo, l'atto consiliare pervenuto alla sezione appare sfornito di valutazioni, anche sintetiche, in merito alla dotazione organica, ai costi di funzionamento e ai costi relativi alla spesa per il personale e per gli amministratori delle società consorziate e, peraltro, anche della costituenda società consortile.

Nella deliberazione consiliare viene dato atto che *“con la costituzione della NewCo, risulta rispettato il divieto di cui all'art. 20, c. 2, lett. c), Tusp”*, ma dalla medesima deliberazione non emerge alcuna attestazione riguardo alla insussistenza, anche in relazione alle società consorziate e chiamate a realizzare il servizio, delle diverse condizioni descritte dall'art. 20, c. 2, d.lgs. n. 175/2016. Al riguardo, si deve constatare che *Ecofon Conero s.p.a.*, chiamata a svolgere il servizio di gestione rifiuti nell'ambito della compagine societaria della *NewCo* *“Corum s.c.a.r.l.”*, presenta consistenti criticità che fanno emergere anche la sussistenza di alcune condizioni previste dall'art. 20, c. 2,



Tusp ai fini della razionalizzazione della medesima società: infatti, la società Ecofon Conero s.p.a. è in perdita dal 2018 poiché fa registrare un risultato economico negativo in tutti e quattro gli ultimi bilanci di esercizio (cfr. bilanci di esercizio 2018-2019-2020-2021 – Fonte: banca dati Telemaco); la società ha un consiglio di amministrazione di 4 membri e nessun dipendente (nel bilancio di esercizio 2021 si dichiara esplicitamente che “*La società non ha personale alle proprie dipendenze*”); dai bilanci relativi agli esercizi 2018-2019-2020-2021 risulta che in tali esercizi i ricavi da vendite e da prestazioni sono stati sempre pari a zero ed il valore della produzione si è avvicinato sempre più allo zero (6.653 euro nel 2018, 392 euro nel 2019, 30 euro nel 2020, 2 euro nel 2021); in tutti i bilanci di esercizio dal 2018 al 2021 si afferma che la società non è risultata operativa. In tal senso, con riferimento all’ultimo bilancio approvato relativamente all’esercizio 2021 la nota integrativa (cfr. pag. 15) indica espressamente che “*Nel corso dell’esercizio del 2021 la società è risultata non operativa*”; analoghe affermazioni sono rinvenibili anche nella documentazione di bilancio dei tre esercizi precedenti e, nello stesso senso, si esprime la relazione del collegio sindacale annessa al bilancio di esercizio 2021 (in cui si dichiara che “*Durante il 2021 la società non ha svolto alcuna attività*”) e al bilancio di esercizio 2020 (in cui si dichiara che “*Durante il 2020 così come nel corso dell’anno precedente la società non ha svolto alcuna attività*”).

Per la società Ecofon Conero s.p.a. – “*risultata non operativa*” eppure già affidataria del servizio nell’ambito della NewCo (delib. Ata n. 28/2022) – sussistono, quindi, anche le condizioni individuate dall’art. 20, c. 2, Tusp ai fini della razionalizzazione e della dismissione della stessa, sicché l’operazione societaria complessivamente considerata mostra profili di opacità generando, peraltro, il rischio di trasferire sull’intera compagine societaria situazioni di squilibrio economico-finanziario e di crisi strutturale di un organismo societario già esistente. Tale aspetto, unitamente ai profili già sopra rilevati, pregiudica ulteriormente qualsiasi possibile valutazione in punto di sostenibilità finanziaria, di vantaggiosità e di convenienza economica dell’operazione nonché di compatibilità della stessa con il principio di sana e prudente gestione e con i principi di efficacia, efficienza ed economicità dell’azione amministrativa.

Diversamente da quanto affermato nella deliberazione consiliare in oggetto, si osserva come con l’operazione di cui trattasi non venga posta in essere né realizzata alcuna razionalizzazione delle partecipazioni già detenute da tutti gli enti locali; anzi, viene costituito un ulteriore organismo societario a partecipazione pubblica, la NewCo denominata “*Corum scarl*”, mentre dalla deliberazione consiliare si evince che: “*le attività operative sul territorio (raccolta, trasporto e spazzamento) saranno espletate direttamente dalle società consorziate*”. Sulla stessa linea, dalla documentazione annessa alla delib. Ata n. 23/2022 (alle-

gati A e B) emerge che: “*La NewCo espletterà e/o coordinerà direttamente le attività istituzionali, di rapporto con l’Autorità di ambito nonché quelle verso l’utenza. [...] I servizi prestati dai candidati a NewCo saranno regolati da appositi contratti di servizio da stipularsi fra le parti tenuto conto del “Disciplinare tecnico prestazionale per la gestione integrata dei rifiuti urbani nell’Ato 2 – Ancona” predisposto dall’Ata*». E ancora, nello schema di statuto della NewCo (cfr. art. 2.4) si indica che “*Per il raggiungimento dell’oggetto sociale, la società provvederà, nel rispetto degli obblighi di legge di cui al d.lgs. n. 50/2016 e successive modifiche e integrazioni, inoltre direttamente o tramite i propri soci e/o società controllate o collegate, controllate da una comune controllante, ovvero tramite contratti di incarico professionale e/o di appalto e/o di rete e/o di affitto di ramo d’azienda tra i soggetti sopra indicati ovvero in attuazione di facoltà previste dagli atti organizzativi interni del consorzio assunti in forma di regolamento od altro analogo atto e/o atti e/o impegni delle singole consorziate (o strumenti analoghi comunque compatibili con il regime in house del servizio)*”.

Per quanto concerne, poi, la riscossione della tariffa, come già accennato risulta che “*NewCo assumerà la Gestione della tariffa per il tramite di gestione diretta del servizio e/o affidamento a società autorizzate alla gestione di tale servizio direttamente – ove ne ricorrano le condizioni – o mediante gara*” (cfr. all. A – “*Domanda di candidatura*” – delib. Ata n. 23/2022).

Dunque, non viene posto in essere né realizzato alcun procedimento di razionalizzazione, aggregazione o dismissione di partecipazioni già detenute dagli enti locali; piuttosto, la creazione della NewCo sembra denotare profili di incoerenza con il divieto posto dall’art. 20, c. 2, lett. c) e con gli stessi principi ispiratori del Tusp (cfr. art. 1, c. 2; art. 4, cc. 1 e 2) per i molti enti locali interessati che già detengono partecipazioni in società chiamate a svolgere tale servizio; ciò, ancor più in considerazione del fatto che la NewCo non espletterebbe il servizio integrato di gestione dei rifiuti, ma “*le attività istituzionali, di rapporto con l’Autorità di ambito nonché quelle verso l’utenza*”(v. *supra*), così delineando una parcellizzazione di compiti e funzioni e, quindi, una operazione societaria non in linea con il criterio di efficienza e con i principi affermati dall’art. 200 del d.lgs. n. 152/2006, secondo il quale “*La gestione dei rifiuti urbani è organizzata sulla base di ambiti territoriali ottimali*” ed è improntata, tra l’altro, al “*superamento della frammentazione delle gestioni*”.

Sul versante, infine, della convenienza e della coerenza della scelta con i principi di economicità, efficienza ed efficacia, la motivazione della deliberazione consiliare di cui trattasi, come la stessa operazione societaria che ne forma oggetto, non appare, in ogni caso, idonea a giustificare la creazione dell’ulteriore autonomo veicolo societario (NewCo), con i correlati oneri gravanti sulle consorziate e, in definitiva, sui bilanci comunali a fronte del mantenimento di vari altri



organismi partecipati da parte degli stessi enti locali (le stesse consorziate e le società da queste controllate e collegate) e, quindi, a fronte di un ulteriore livello di “delegazione” del servizio che ne avrebbe precluso l’affidamento secondo procedure competitive ad evidenza pubblica, mentre comporterebbe comunque il mantenimento delle società già partecipate dagli enti locali interessati (a cominciare dalla stesse società candidate a formare la *NewCo*).

L’atto consiliare in parola, nell’aderire al descritto modello organizzativo e gestionale della *NewCo* con affidamento del servizio in regime c.d. *in house providing*, non fa riferimento, neanche in modo succinto, all’impatto economico-finanziario e patrimoniale sul bilancio del comune del modello prescelto in quanto ritenuto preferibile rispetto all’affidamento con gara pubblica. In particolare – data la caratterizzazione della costituenda società quale soggetto operante, a sua volta, tramite altre società (v. *supra*) – l’iniziativa volta alla costituzione della *NewCo* appare scarsamente motivata sul piano della ragionevolezza, in quanto stride con la nozione di “vincolo di attività” derivante dall’art. 4 Tusp e tradisce in parte anche lo stesso modello dell’*in house providing* cui si indirizza, posto che l’*in house* è un modulo organizzativo di matrice pubblicistica ontologicamente alternativo all’*outsourcing*, ossia un modello di organizzazione mediante il quale un’amministrazione pubblica sostanzialmente provvede, in via di autoproduzione, ai propri bisogni mediante lo svolgimento di attività direttamente tramite proprie strutture o servizi.

Ad ogni modo, la deliberazione consiliare in esame ignora le voci di spesa che necessariamente dovranno essere impiegate per la creazione ed il mantenimento dell’autonomia “soggettiva” del nuovo organismo, senza considerare l’inesorabile moltiplicazione e frammentazione dei rapporti amministrativi, finanziari e gestionali tra i vari soggetti coinvolti (Ata, *NewCo*, società consorziate e loro controllate e/o collegate, amministrazioni comunali), anche a fronte della previsione di un organo, il “Comitato sul controllo analogo” (cfr. art. 11 Statuto *NewCo*), con funzioni di verifica della qualità dei servizi e di vigilanza sulle attività svolte dalla società che finiscono per essere sovrapponibili a quelle già attribuite per legge all’Ata cui compete, tra l’altro, il controllo del servizio (cfr. art. 7 l. reg. Marche n. 24/2009; art. 3-*bis* d.l. n. 138/2011).

In conclusione, alla luce di tutto quanto precede, la sezione rileva la non conformità del provvedimento consiliare e dell’operazione societaria in argomento alle norme del d.lgs. n. 175/2016 osservando, altresì, come né dalla delibera consiliare all’esame né dalle descritte caratteristiche dell’operazione complessivamente considerata emergano elementi che possano giustificare il ricorso a questo ulteriore nuovo organismo societario a partecipazione pubblica di cui l’amministrazione comunale approva la costituzione. Del resto, la costituzione di nuove società o l’acquisizione di partecipazioni societarie, anche indirette, da parte delle amministrazioni locali deve rite-

nersi fortemente circoscritta ad esigenze eccezionali, in coerenza con il principio costituzionale del buon andamento e con i principi dettati dallo stesso Tusp, con particolare riguardo “*all’efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica*” (art. 1, c. 2, d.lgs. n. 175/2016).

### **Nota a Sezione controllo Regione Marche n. 53/2023**

La deliberazione qui massimata è la prima di un gruppo di trentaquattro deliberazioni della Sezione regionale di controllo per le Marche, aventi numerazione dal n. 53 al n. 86 e riguardanti tutte la valutazione preventiva della medesima operazione di costituzione di una nuova società da parte degli enti locali aggregati nell’ambito territoriale ottimale (Ato) n. 2 di Ancona (1).

Le deliberazioni degli enti locali hanno riguardato un’operazione di costituzione di una società consortile, che sarebbe dovuta sorgere quale “gestore unico” del servizio di gestione dei rifiuti per effetto della partecipazione di più società, a loro volta già interamente partecipate dai comuni del medesimo ambito territoriale.

L’assemblea dell’ente di governo dell’ambito territoriale aveva infatti stabilito che alla *NewCo* venisse affidato il servizio pubblico su tutto il territorio di competenza sul modello del c.d. *in house* “a cascata”,

(1) Sul tema della nuova funzione consultiva, di cui all’art. 5 t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, come novellato dall’art. 11, c. 1, lett. a), l. n. 118/2022, che ha introdotto una specifica deliberazione della Corte dei conti nel procedimento finalizzato alla costituzione di una nuova società pubblica ovvero all’acquisto di una partecipazione da parte di un’amministrazione pubblica, oltre alle riflessioni svolte da P. Cosa, *La nuova tipologia di attività consultiva affidata alla Corte dei conti dalle recenti novelle del Tusp*, nota di commento a Corte conti, Sez. contr. enti, 25 ottobre 2022, in questa *Rivista*, 2022, 5, 144, all’indomani della sopravvenienza normativa, si fa rinvio ai richiami di cui alla nota a Sez. contr. reg. Toscana, 25 novembre 2022, n. 222, *ibidem*, 6, 126, cui si può aggiungere, nell’ambito delle pronunce più recenti, Sez. contr. reg. Veneto, 30 gennaio 2023, n. 12, *ivi*, 2023, 1, 162, con nota di A.M. Quaglini.

In tema di organizzazione del servizio di gestione dei rifiuti cfr. Sez. contr. reg. Campania, 10 febbraio 2023, n. 13, *ibidem*, 1, 144, con nota di L. Alesiani, che ha affrontato il caso dell’acquisto di una partecipazione maggioritaria nella società di gestione da parte dell’ente di governo d’ambito territoriale della Provincia di Caserta, negando l’ammissibilità della stessa.

V. anche Cass., S.U., ord 14 marzo 2022, n. 8186, *ivi*, 2022, 2, 248, con nota di D.M. Locatello, *Inadempimento del contratto di servizio tra pubblica amministrazione e società “in house” affidataria nella prospettiva del riparto di giurisdizione*, che, di là dalla questione di giurisdizione, risolta a favore del giudice ordinario, affronta il caso della pretesa risarcitoria avanzata da un comune in ragione dell’inadempimento contestato una società partecipata interamente dagli enti locali di un ambito territoriale, tra i quali lo stesso comune attore, agli obblighi scaturenti dal contratto di servizio avente a oggetto la gestione del ciclo integrato dei rifiuti.

sebbene la nuova società fosse ancora da costituire e da iscrivere all'elenco tenuto presso l'Anac ai sensi dell'art. 192 d.lgs. n. 50/2016 (2).

Nell'affermare il principio di cui in massima, la sezione regionale ha osservato che la deliberazione consiliare, nel limitarsi a una mera presa d'atto delle decisioni assunte dall'organo assembleare dell'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale, non assolve gli oneri di motivazione analitica di cui al c. 1 dell'art. 5 del d.lgs. n. 175/2016, in quanto non compie alcuna valutazione propria degli effetti finanziari, economici e patrimoniali che l'operazione può produrre nei confronti degli equilibri di bilancio dell'ente locale.

Nel parere, si fa riferimento, in particolare, alla mancata valutazione da parte del consiglio comunale degli effetti conseguenti alla previsione, contenuta nello statuto della costituenda società consortile, dell'obbligo a carico dei soci di corrispondere "contributi in denaro e/o in natura per l'organizzazione comune dei mezzi necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale", nonché degli effetti finanziari sul bilancio comunale delle attività di gestione e riscossione della tariffa rifiuti, che l'assemblea dell'Ato aveva deliberato di affidare alla società di nuova costituzione.

La sezione ha anche rilevato la mancanza di indicazioni, nella deliberazione consiliare esaminata, in ordine al rispetto di quanto stabilito dall'art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011 (3), che, nel caso di affidamento *in house* di un servizio pubblico locale, impone agli "enti locali proprietari" di "accantonare pro quota nel primo bilancio utile, e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio".

A tali considerazioni, la sezione marchigiana, alimentando dubbi sotto il profilo della funzionalità e della razionalità operativa della complessiva operazione, ha aggiunto, sul piano degli elementi fattuali valorizzati in tutti i pareri resi in argomento, che:

- una delle società pubbliche, che dovrebbe assumere la qualità di socio della nuova società consortile, risulta essere "non operativa" dal 2018 e ricadere quindi in almeno due delle condizioni, che, ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. n. 175/2016, ne imporrebbero il "riassetto". Ciò ingenera perplessità sulla sostenibilità

(2) L'elenco è stato però soppresso dal nuovo "Codice dei contratti pubblici", di cui al d.lgs. n. 36/2023, a decorrere dall'1 luglio 2023.

Sull'inutilità dell'acquisto di quote di una società consortile, cui l'Anac abbia negato la qualifica di società *in house*, da parte di un consorzio di bacino costituito da comuni cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte, 31 gennaio 2023, n. 17, *ivi*, 2023, 1, 152, con nota di richiami di L. Alesiani.

(3) Sull'applicazione dell'obbligo di accantonamento di cui all'art. 3-*bis* citato nel testo nel caso di partecipazione a una società *in house* affidataria del servizio idrico integrato cfr. Sez. contr. reg. Piemonte, 26 settembre 2022, n. 108, *ivi*, 2022, 5, 162, con nota di L. Alesiani, secondo cui l'ente socio non può sottrarsi a tale adempimento accampando "generici impedimenti finanziari", trattandosi dell'"erogazione di servizi inerenti a un bene primario".

complessiva dell'operazione, sulla sua vantaggiosità e soprattutto sulla sua compatibilità "con il principio di sana e prudente gestione", in considerazione del "rischio di trasferire sull'intera compagine societaria situazioni di squilibrio economico-finanziario e di crisi strutturale di un organismo societario già esistente".

- lo scopo ultimo dell'operazione appare essere soltanto quello della costituzione di un nuovo "organismo societario a partecipazione pubblica", che non svolgerebbe il servizio integrato ma soltanto attività di relazione con l'ente di gestione dell'ambito territoriale e con l'utenza, in quanto nella deliberazione consiliare viene precisato che le attività di raccolta, spazzamento delle strade e trasporto dei rifiuti saranno comunque svolte da ciascuna delle società consorziate nei rispettivi territori di riferimento. Ciò si pone in contrasto con il divieto posto dall'art. 20, c. 2, lett. c), d.lgs. n. 175/2016, nonché "con gli stessi principi ispiratori del Tusp (cfr. art. 1, c. 2; art. 4, cc. 1 e 2)".

FILIPPO IZZO

\*\*\*

## Umbria

14 – Sezione controllo Regione Umbria; deliberazione 10 marzo 2023; Pres. Colosimo, Rel. Leoni; Comune di Marsciano.

**Enti locali – Comune – Società – Acquisto di partecipazione in società consortile – Svolgimento di servizi di committenza – Insussistenza della qualifica di centrale di committenza – Non conformità a legge dell'operazione.**

D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, artt. 4, 5, 16; l. 5 agosto 2022, n. 118, legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, art. 11.

*La delibera, con cui l'ente locale prevede l'acquisto di una partecipazione in una società consortile con la finalità di svolgere servizi di committenza, non rispetta il vincolo posto dall'art. 4 d.lgs. n. 175/2016 in quanto, la società consortile, cui l'ente locale intende partecipare, risulta essere priva della qualifica di centrale di committenza ovvero di soggetto aggregatore. (1)*

(1) L'immediato precedente, espressamente richiamato dal parere qui massimato, è costituito da Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte, 31 gennaio 2023, n. 17, in questa *Rivista*, 2023, 1, 152, con nota di L. Alesiani, cui si rinvia per gli ulteriori specifici richiami.

Sui contenuti e sui problemi applicativi posti dalla nuova funzione consultiva attribuita alla Corte dei conti dall'art. 5 del t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, come novellato dall'art. 11, c. 1, lett. a), l. n. 118/2022, si rinvia a Corte conti, Sez. contr. reg. Marche, 20 marzo 2023, n. 53, in questo fascicolo, 158, con nota di F. Izzo.

*Fatto – (Omissis)* Il Comune di Marsciano ha trasmesso, ai sensi dell'art. 5, c. 3, d.lgs. n. 175/2016 (di seguito Tusp), la deliberazione di consiglio comunale n. 66 del 15 dicembre 2022, con la quale è stata assunta la decisione di procedere all'acquisto, mediante sottoscrizione, di una quota societaria di Asmel Consortile s.c.a.r.l. (di seguito Asmel consortile) di euro 2.730.

2. L'ente ha, preliminarmente, rappresentato di essersi associato (delibera giunta comunale n. 341 del 6 dicembre 2022) all'Associazione per la sussidiarietà e la modernizzazione degli enti locali (di seguito Asmel), associazione senza scopo di lucro che ha promosso la costituzione di Asmel consortile “*quale Centrale di committenza tra i comuni associati, il cui capitale sociale, a partire dall'11 novembre 2015, è interamente detenuto da enti locali associati*” (Omissis).

*Considerato in diritto – (Omissis)* 1.1. *Osservanza delle regole di competenza e del contenuto motivazionale (art. 8 Tusp)*

L'operazione, consistente, come visto, nell'acquisto di partecipazione societaria, risulta in primo luogo correttamente deliberata dal consiglio comunale con deliberazione, come richiesto dall'art. 7, c. 1, Tusp, applicabile alla fattispecie in ragione del rinvio operato dal successivo art. 8, c. 1, Tusp.

In merito al requisito di analitica motivazione prescritto dall'art. 5, c. 1, Tusp richiamato dall'art. 8, c. 1, Tusp a mezzo del rinvio operato all'art. 7, c. 2, Tusp, si osserva che l'atto deliberativo presenta alcune criticità, come meglio si chiarirà nei successivi paragrafi.

1.2. *Rispetto dei vincoli tipologici (art. 3 Tusp) e finalistici (art. 4 Tusp)*

1.2.1. L'art. 3, c. 1, Tusp individua i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica, stabilendo che “*le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa*”. Pertanto, l'acquisizione in esame risulta conforme alle previsioni di legge, essendo Asmel consortile società consortile a responsabilità limitata e, pertanto, rientrante tra le tipologie ammesse.

1.2.2. Le partecipazioni in società da parte delle “amministrazioni pubbliche” individuate dall'art. 2, c. 1, lett. a), Tusp sono, inoltre, assoggettate ad un duplice vincolo finalistico, in ragione dell'art. 4 Tusp: quello generale di scopo di cui al c. 1, consistente nella produzione di beni e servizi strettamente necessari al perseguimento delle finalità istituzionali; quello di attività, dovendo la società operare in uno dei campi elencati dai successivi commi del medesimo art. 4.

Tale ultima disposizione definisce, infatti, il perimetro entro il quale può ritenersi ammissibile il ricorso allo strumento societario da parte delle amministrazioni pubbliche, a partire dal preliminare divieto generale, imposto dal c. 1, di costituzione, diretta o indiretta, di “*società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il*

*perseguimento delle proprie finalità istituzionali*”, nonché di acquisizione o mantenimento di partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. Il successivo c. 2 individua, quindi, le attività il cui svolgimento, premessi i limiti del c. 1, giustifica la costituzione di società o l'acquisizione o mantenimento di partecipazioni in società da parte delle amministrazioni pubbliche: a) la produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; b) la progettazione e la realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'art. 193 d.lgs. n. 50/2016; c) la realizzazione e la gestione di un'opera pubblica, ovvero l'organizzazione e la gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'art. 180 d.lgs. n. 50/2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'art. 17, cc. 1 e 2, Tusp; d) l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 50/2016.

L'analitica motivazione che, ai sensi dell'art. 5, c. 1, deve supportare l'atto deliberativo, investe, *in primis*, proprio la necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente, come declinate dall'art. 4 Tusp.

In proposito, la deliberazione del Comune di Marsciano, pur non compiutamente argomentando su tale profilo, sia nel proprio oggetto – “*Acquisto quote societarie centrali di committenza Asmel consortile a.r.l. ai sensi dell'art. 37, c. 4, d.lgs. n. 50/2016 [...] e dell'art. 4, c. 2, lett. e), d.lgs. n. 175/2016 (Tusp)*” – sia nel corpo motivazionale – ove si riferisce alla qualificazione di Asmel consortile quale centrale di committenza ai sensi dell'art. 37, c. 4, d.lgs. n. 50/2016 “*nel rispetto delle disposizioni dell'art. 4, c. 2, lett. e), d.lgs. n. 175/2016*”, all'iscrizione della stessa quale centrale di committenza all'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti, ai sensi dell'art. 216, cc. 9 e 10, d.lgs. n. 50/2016, all'obbligatorietà, di cui all'art. 52, c. 12 [rectius, c. 1, lett. a, punto 1.2], d.l. n. 77/2021 del ricorso alle centrali di committenza per gare rientranti in tutto o in parte nel Pnrr e all'intenzione dell'amministrazione di usufruire delle “*azioni intraprese di centralizzazione delle gare e coordinamento di servizi innovativi*” e di “*non disperdere il patrimonio di esperienze sviluppate e le buone pratiche implementate in seno dalla rete Asmel anche al fine di superare l'attuale sistema di frammentazione degli appalti pubblici e semplificare le attività di gestione delle procedure ad evidenza pubblica*” – porta a ritenere che l'acquisizione societaria sia finalizzata dall'ente allo svolgimento delle attività di cui all'art. 4, c. 2,

lett. e) “servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all’art. 3, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 50/2016”. A tale interpretazione pare contribuire anche il passaggio motivazionale in cui si evidenzia che «Asmel consortile risponde alla previsione di cui all’art. 9, c. 2, l. n. 108/2021 di conversione del decreto governance Pnrr, d.l. n. 77/2021, che espressamente dispone che “al fine di assicurare l’efficace e tempestiva attuazione degli interventi del Pnrr, le amministrazioni [...] possono avvalersi del supporto tecnico operativo assicurato per il Pnrr da società a prevalente partecipazione pubblica, rispettivamente, statale, regionale e locale e da enti vigilati”».

Sul punto il collegio non può esimersi dall’esprimere le proprie perplessità in merito all’effettiva idoneità dell’acquisizione a soddisfare le esigenze che hanno determinato l’amministrazione alla deliberazione – in ciò condividendo quanto già segnalato da questa magistratura contabile in altra recente deliberazione relativa a fattispecie sempre involgente l’acquisizione di partecipazioni nella società Asmel consortile (Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte 17/2023/Pasp) – a fronte delle osservazioni mosse proprio sulla natura di Asmel consortile dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e dall’Autorità nazionale anticorruzione.

È emerso, infatti, che già il Consiglio di Stato, con decisione n. 6975/2020, abbia affermato che Asmel consortile non possa rivestire la posizione di centrale di committenza; inoltre, più recentemente, con delibera n. 570 del 30 novembre 2022, l’Anac, richiamati i propri precedenti in ordine alla mancata qualifica di Asmel quale centrale di committenza/oggetto aggregatore (cfr. delibere n. 32/2015, n. 780/2019, n. 179/2020, n. 202/2021), ha segnalato che “con la delibera dell’Autorità n. 643 del 22 settembre 2021 è stata rigettata la domanda di iscrizione nell’elenco dei soggetti aggregatori di cui all’art 9 d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito con modificazioni dalla l. 23 giugno 2014, n. 89, impugnata da Asmel presso il competente tribunale amministrativo, confermandosi nella sostanza la carenza del requisito soggettivo individuato dall’art. 2 d.p.c.m. 11 novembre 2014. Al riguardo, è stato evidenziato che la centrale di committenza può essere costituita dagli enti locali non capoluogo di provincia nella forma di associazioni, unioni, consorzi, ma occorre, in ogni caso, che sia territorialmente limitata agli ambiti di una o più aree vaste, ovvero sub regionale, così come ribadito dallo stesso c. 5 dell’art. 37 del nuovo codice dei contratti pubblici, anche al fine di perseguire l’armonizzazione dei piani di razionalizzazione della spesa e realizzando sinergie nell’utilizzo degli strumenti informatici per ottimizzare il sistema del public procurement, negando altresì la sussistenza dei connotati di organismo in house” e, ancora, «sotto il profilo del rispetto dei requisiti per l’in house providing di cui all’art. 5 d.lgs. n. 50/2016 e degli artt. 4 e 16 d.lgs n. 175/2016,

l’Autorità con la delibera n. 130 del 16 marzo 2022 ha rigettato la domanda di iscrizione all’Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house di cui all’art. 192, c. 1 d.lgs. n. 50/2016, presentata dal Comune di [Omissis] in nome e per conto di n. 843 enti soci della Asmel in relazione, nella sostanza, al “mancato rispetto del limite quantitativo in relazione ai requisiti dell’attività prevalente e del controllo analogo, così come richiesti espressamente dal d.lgs. n. 50/2016 e dal d.lgs. n. 175/2016”. Nell’ambito di tale delibera, che risulta impugnata, viene rilevato, tra l’altro, in relazione al criterio del fatturato, che impone che più dell’80 per cento del fatturato sia svolto in favore dell’ente pubblico o degli enti pubblici soci, che “nel caso di specie, è stato documentato che negli anni oggetto di analisi (2018, 2019, 2020 e 2021) la quasi totalità del fatturato è frutto di una operazione commerciale a carico degli aggiudicatari”. Profili di carenza risultano ulteriormente accertati anche in relazione alla sussistenza “di un effettivo controllo sull’attività della società da parte degli innumerevoli soci enti pubblici”, laddove l’Autorità ha avuto modo di rilevare che “si rileva che la partecipazione di un elevatissimo numero di comuni associati [...] comporta che il singolo comune socio abbia in concreto un potere sempre più parcellizzato e diluito in quanto condiviso con un elevatissimo numero di soci (in continua variazione) e, pertanto, alquanto limitato sulla vita societaria”. Ne consegue che, a seguito di tale diniego di iscrizione nell’elenco in house, Asmel consortile non può operare come centrale di committenza».

L’Autorità ha, quindi contestato la qualificazione assunta da Asmel quale centrale di committenza, ritenendo che non possa, conseguentemente, «essere assolto, da parte dei comuni non capoluogo di provincia, l’adempimento di cui all’art. 52, punto 1.2., d.l. n. 77/2021, convertito con legge di conversione n. 108/2021 mediante ricorso ad Asmel, laddove si richiede che “Nelle more di una disciplina diretta ad assicurare la riduzione, il rafforzamento e la qualificazione delle stazioni appaltanti, per le procedure afferenti alle opere Pnrr e Pnc, i comuni non capoluogo di provincia procedono all’acquisizione di forniture, servizi e lavori, oltre che secondo le modalità indicate dal citato art. 37, c. 4, attraverso le unioni di comuni, le province, le città metropolitane e i comuni capoluogo di provincia”, essendo pacifico che Asmel consortile non risponde ad alcun legittimo modello organizzativo di aggregazione di enti locali per l’aggiudicazione degli appalti».

Esclusa, quindi la configurabilità di Asmel quale centrale di committenza, «ne consegue che alla stessa risulta precluso lo svolgimento delle attività di centralizzazione delle committenze, disciplinate dall’art. 3, c. 1, lett. l), del codice [...] Ne consegue pertanto che ad Asmel, che non riveste la natura di centrale di committenza, restano precluse altresì le attività di committenza ausiliarie di cui all’art. 3, c. 1, lett. m),

punto 4, del Codice, identificabile come “gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata”. Per quanto concerne le ulteriori attività di committenza ausiliaria, va osservato che tali attività di committenza, qualora non svolte da una centrale di committenza congiuntamente alla fornitura di attività di centralizzazione di committenze, devono essere affidate conformemente al Codice, mediante procedura competitiva, ovvero mediante ricorso ad una società in house. Di conseguenza, non essendo Asmel una società in house, le attività offerte da Asmel ai propri soci, inquadrabili nelle attività di committenza ausiliaria (consulenze sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto, nonché la messa a disposizione di infrastrutture tecniche che consentono di affidare contratti pubblici), incontrano i limiti inerenti al rispetto delle regole dell’evidenza pubblica, in relazione alle soglie per l’affidamento diretto ex art. 36, c. 2, lett. a) e b), del Codice, come ad oggi integrato dall’art. 1, c. 2, l. n. 120/2020, nonché il divieto di frazionamento artificioso degli appalti ex art. 35 del medesimo Codice, unitamente al rispetto del principio della rotazione in ordine alla mancata possibilità di ricorrere al medesimo soggetto affidatario».

L’Anac ha, inoltre, qualificato come «censurabile il comportamento degli enti locali soci, che fanno ricorso alle attività di supporto di Asmel al di fuori dell’applicazione delle procedure di affidamento prescritte dal vigente codice dei contratti, tenuto conto di quanto rilevato dalla medesima società consortile di poter “vantare un’attività di supporto operativo, dal 2013 ad oggi, su oltre 6.200 gare con un transato complessivo di [Omissis]”, nei riguardi “di oltre 1.600 enti pubblici locali, comuni o loro aggregazioni”».

Le considerazioni espresse nella delibera dell’Autorità – intervenuta, peraltro, prima dell’adozione dell’atto consiliare in esame – devono, pertanto, essere adeguatamente esaminate e valutate dall’amministrazione comunale, incidendo direttamente sull’idoneità dell’operazione di acquisizione della partecipazione sociale al perseguimento delle finalità istituzionali dell’ente, così come dallo stesso individuate nell’atto deliberativo in esame, ai sensi dell’art. 4 Tusp; il collegio, pertanto, ritiene che gli elementi finora emersi già esprimano profili di non conformità ai vincoli di legge della deliberazione di acquisizione delle quote societarie di Asmel consortile da parte del Comune di Marsciano.

1.3. *L’onere di motivazione circa la sostenibilità finanziaria (art. 5, c. 1, Tusp) la convenienza economica e la compatibilità con i principi di efficienza, efficacia ed economicità (art. 5, cc. 1 e 3, Tusp)*

Le valutazioni della sezione investono, inoltre, ai sensi dell’art. 5, cc. 1 e 3, Tusp, l’adempimento dell’onere motivazionale in relazione a profili di carattere economico-finanziario, che si sostanziano nell’esposizione delle ragioni e delle finalità dell’operazione sotto l’aspetto della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché, in via

conseguente, della gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato e della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell’azione amministrativa.

Occorre preliminarmente ricordare che “in questi ambiti l’amministrazione esercita un potere caratterizzato da discrezionalità tecnica, essendo chiamata a fare applicazione di criteri, regole e canoni propri di conoscenze specialistiche diverse dalla scienza giuridica, richiamati in modo diretto dalle norme. Nel caso di specie vengono in rilievo giudizi tecnici basati su competenze del settore aziendalistico e finanziario, caratterizzati da margini di opinabilità, in quanto non suffragati da scienze esatte o da relazioni universalmente accettate” (così Corte conti, Sez. riun. contr. n. 16/2022/Qm cit.).

La natura del potere esercitato conforma, anche ai fini che interessano, la tipologia di sindacato riservato al giudice che, “nell’esame previsto dall’art. 5, c. 3, Tusp sui parametri della sostenibilità finanziaria e della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell’azione amministrativa”, si sostanzia nella verifica, da parte della competente sezione della Corte dei conti, “[del]la completezza e [del]l’adeguatezza degli approfondimenti condotti dall’amministrazione, anche in ragione della complessità dell’operazione sottoposta ad esame, nonché [del]l’affidabilità e attendibilità delle stime effettuate, ai fini di una valutazione complessiva di coerenza, ragionevolezza e compatibilità delle conclusioni cui perviene l’amministrazione” (così principio di diritto n. 5 affermato da Sez. riun. contr. n. 16/2022/Qm cit.).

La sostenibilità finanziaria – che trova definizione nell’ambito del d.lgs. n. 50/2016 all’art. 3, c. 1, lett. fff), in merito all’equilibrio economico-finanziario delle concessioni o delle operazioni di partenariato pubblico-privato, ove indica “la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento” – costituisce parametro che, nell’ambito degli investimenti societari, assume connotazioni, in primo luogo, di tipo oggettivo, riguardando le caratteristiche proprie dell’operazione che l’amministrazione intende effettuare.

Si riferisce “alla capacità della società di garantire, in via autonoma e in un adeguato lasso temporale di previsione, l’equilibrio economico-finanziario attraverso l’esercizio delle attività che ne costituiscono l’oggetto sociale” (così Sez. riun. contr. n. 16/2022/Qm cit.). Nel caso delle società a partecipazione pubblica, la valutazione della sostenibilità finanziaria prospettata dell’attività, intesa come idoneità a preservare l’equilibrio tra ricavi e costi, assume rilievo particolarmente pregnante, stanti le rigide limitazioni imposte al socio pubblico dall’art. 14 Tusp con riguardo agli interventi di sostegno finanziario alle società partecipate in difficoltà, in virtù del principio di legalità finanziaria e del divieto di soccorso finanziario generalizzato.

Tale profilo deve essere specificamente verificato dall'ente procedente in sede istruttoria *“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 quanto meno suffragato dallo sviluppo di un approfondito business plan (o di forme analoghe di analisi di fattibilità) dell'attività di impresa che si intende avviare o proseguire”* (così Sez. riun. contr. n. 16/2022/Qm cit.); nella prospettiva della pianificazione aziendale, deve fornire gli elementi descrittivi relativi all'operazione societaria che si intende eseguire; specificamente, *“nel caso di acquisto di partecipazioni, occorrerà fornire un quadro della società in cui si intende investire, che ne riepiloghi l'evoluzione operativa ed economica degli ultimi esercizi; nel caso di nuova iniziativa sarà necessario esternare le linee generali del progetto, con particolare riferimento al contesto del mercato di riferimento, in termini di domanda potenziale e di offerta già esistente, e al posizionamento strategico che la società si prefigge di conseguire”* (così Sez. riun. contr. n. 16/2022/Qm cit.). Hanno chiarito le Sezioni riunite che tali elementi costituiscono le ipotesi di fondo sulla base delle quali devono essere sviluppate le previsioni finanziarie, sia di conto economico (quindi riportando le stime dei costi e dei ricavi), sia relative ai *cash flow* complessivi, ossia ai flussi finanziari derivanti dalle varie aree gestionali (attività operativa, attività di investimento e attività di finanziamento come definiti nel principio contabile Oic 10 “Rendiconto finanziario”). Parimenti, l'esercizio di previsione deve riguardare la situazione patrimoniale prospettica della società che ci si accinge a costituire o partecipare, delineandone l'evoluzione delle attività (liquide, correnti o immobilizzate) e delle relative fonti di finanziamento (passività e patrimonio netto). Le previsioni del *business plan* (in seguito anche BP) devono essere accompagnate da apposite note esplicative che, nel rispetto dei principi di trasparenza e chiarezza, ne espongano le ipotesi di sviluppo.

Andrà, in particolare, esplicitata la natura dei ricavi (ad esempio se consistenti in trasferimenti pubblici o da prestazioni di beni e servizi) e la relativa struttura (quali le ipotesi circa la determinazione del fatturato in termini di volumi e i prezzi dei prodotti/servizi); specularmente dovrà essere descritta la composizione ed evoluzione dei costi, sia variabili, sia fissi, con specifico riguardo a quelli strutturali, quali le esigenze di personale e gli oneri finanziari. Ciò anche al fine di mettere in luce il momento di pareggio aziendale (*break even point*) in cui il flusso atteso di ricavi sarà in grado di garantire la copertura dei costi complessivi stimati.

Nella prospettiva della trasparenza e della semplificazione, le proiezioni economico-finanziarie del BP possono essere opportunamente accompagnate dall'elaborazione di alcuni indicatori di bilancio, i quali restituiscono, in via sintetica, valutazioni sui

principali aspetti gestionali: la redditività, la liquidità e l'indebitamento. In questo quadro, il principio di prudenza richiama l'opportunità di integrare l'analisi del BP con l'individuazione dei rischi principali legati all'iniziativa, in grado di incidere sulle proiezioni finanziarie sviluppate. Ciò consente, attraverso l'analisi di sensitività, di definire anche scenari alternativi, più avversi rispetto a quello di base utilizzato per le previsioni, mettendone in luce le conseguenze sui risultati delle stime effettuate.

In merito, le verifiche della sezione dovranno riguardare *“il piano finanziario sviluppato dall'amministrazione, valutandone la completezza e l'adeguatezza di approfondimento. Il requisito della completezza implica la verifica che l'istruttoria condotta dall'amministrazione contenga tutti gli elementi informativi per la comprensione del progetto deliberato. Il parametro dell'adeguatezza, invece, si riferisce alla valutazione dell'intensità degli approfondimenti istruttori richiesti, da modularsi in chiave proporzionale rispetto al grado di complessità dell'operazione societaria deliberata”*; ulteriori profili di scrutinio attengono *“all'affidabilità e attendibilità del business plan o di altra documentazione istruttoria relativa alla fattibilità economico-finanziaria dell'operazione. Il criterio dell'affidabilità attiene al procedimento per la formulazione delle proiezioni del piano, sotto il profilo dei dati utilizzati e del metodo di elaborazione; quello dell'attendibilità, invece, postula una valutazione complessiva di coerenza, ragionevolezza e compatibilità delle conclusioni che l'amministrazione trae in merito alla sostenibilità finanziaria dell'operazione. Nel caso di acquisizione di partecipazioni in realtà societarie già esistenti, il giudizio di attendibilità dovrà altresì tenere in considerazione la coerenza delle previsioni formulate con i dati di bilancio disponibili per il passato”*.

La sostenibilità finanziaria dell'operazione deve, poi, essere verificata guardando alla situazione specifica dell'amministrazione procedente, dovendosi dar conto della compatibilità degli investimenti finanziari iniziali e dei successivi trasferimenti eventualmente previsti nel BP con gli strumenti di bilancio, tenendo anche conto dei profili di onerosità indiretta eventualmente scaturenti dall'acquisizione della qualifica di socio.

In questo ambito valutativo, le amministrazioni locali devono considerare anche gli accantonamenti che saranno tenute a stanziare, ai sensi dell'art. 21 Tusp, a fronte di eventuali perdite evidenziate nel BP negli esercizi successivi a quello di costituzione della società o acquisizione della partecipazione; l'esame della Corte dei conti dovrà, pertanto, riguardare la verifica della copertura delle spese legate all'investimento societario a carico del bilancio dell'amministrazione procedente e al rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio anche in chiave prospettica.

In merito all'onere motivazionale sul profilo della convenienza economica – nozione anch'essa definita dall'art. 3, c. 1, lett. fff), d.lgs. n. 50/2016 in tema di

contratti di concessione e di operazioni di partenariato, come “la capacità del progetto di creare valore nell’arco dell’efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito” – osservano le Sezioni riunite n. 16/2022/Qm che “in ambito di costituzione di una società o di acquisizione di partecipazioni in un soggetto societario esistente, la valutazione [...] implica che la motivazione dia conto sia della funzionalità della soluzione rispetto alle esigenze e agli obiettivi dell’amministrazione (profilo dell’efficacia) sia 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 espressa nel BP, 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, 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 mediante affidamento del servizio, ove tali strade siano percorribili. Ciò dovrà avvenire comparando i benefici e i costi attualizzati delle singole soluzioni possibili”; con riferimento a ciò “lo scrutinio dell’atto deliberativo è teso ad accertare che l’istruttoria dell’amministrazione abbia confrontato i risultati economici prevedibilmente derivanti dalle varie possibili forme di gestione tenendosi conto della qualità del servizio erogato e del diverso grado di efficienza nello svolgimento attraverso l’uno o l’altro strumento, mediante un calcolo dettagliato dei costi e dei benefici di ciascuno di essi”.

Ebbene, anche relativamente tali profili il collegio ravvisa la sussistenza di diffuse criticità; invero la deliberazione in esame non è supportata da adeguata motivazione in merito alla sostenibilità finanziaria e alla convenienza economica dell’operazione, nonché in ordine alle modalità di gestione del servizio e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell’azione amministrativa.

Oltre alle indicazioni, richiamate nella premessa in fatto, circa la natura della società Asmel consortile, l’atto deliberativo contiene alcune valutazioni circa l’opportunità della partecipazione, ritenendo “strategico l’obiettivo di aderire alla Asmel consortile s.c. a r.l., naturale sviluppo delle azioni intraprese di centralizzazione delle gare e coordinamento di servizi innovativi, di cui questa amministrazione vuole usufruire; necessario e opportuno, non disperdere il patrimonio di esperienze sviluppate e le buone pratiche implementate in seno dalla rete Asmel anche al fine di superare l’attuale sistema di frammentazione degli appalti pubblici e semplificare le attività di gestione delle procedure ad evidenza pubblica” e giustificando, quindi, l’assunzione della posizione di socio da parte dell’ente “tenuto conto della peculiarità dei fini di

pubblico interesse statutariamente perseguiti dalla predetta società consortile”.

L’atto deliberativo non fornisce informazioni in ordine a valutazioni circa la sostenibilità finanziaria dell’operazione, mancando considerazioni sia in merito alla situazione prospettica (economica, patrimoniale e finanziaria) della società, sia con riferimento alla situazione specifica dell’amministrazione precedente; analogamente, non risultano presenti osservazioni circa la convenienza economica dell’operazione e la compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell’azione amministrativa, né confronti con soluzioni gestionali alternative.

1.4. *Compatibilità dell’intervento con la disciplina europea in materia di aiuti di stato alle imprese (art. 5, c. 2, Tusp)*

Ai sensi dell’art. 5, c. 2, Tusp, l’atto deliberativo deve anche dare atto della compatibilità dell’intervento con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.

*P.q.m.*, la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per l’Umbria:

- ai sensi dell’art. 5, cc. 3 e 4, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, come modificato dall’art. 11 l. 5 agosto 2022, n. 118, esprime parere negativo sulla deliberazione del Consiglio comunale di Marsciano n. 66 del 15 dicembre 2022, alla stregua delle considerazioni esposte (*omissis*).

\*\*\*

## PARERI

### Calabria

24 – Sezione controllo Regione Calabria; parere 17 marzo 2023; Pres. e Rel. Scerbo; Comune di Belvedere Marittimo.

#### **Enti locali – Amministratori – Indennità di funzione – Lavoratori dipendenti a tempo determinato – Determinazione.**

D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, artt. 81, 82 ss.; d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli artt. 1 e 2 della l. 5 maggio 2009, n. 42, art. 1.

*Il dimezzamento dell'indennità di funzione da corrispondere all'amministratore locale, nel caso di lavoratori dipendenti che non abbiano richiesto l'aspettativa, opera, ai sensi dell'art. 82 Tuel, nei confronti di tutti coloro che non siano stati collocati in aspettativa non retribuita, indipendentemente dalla circostanza che la mancata collocazione in aspettativa sia l'effetto di una scelta personale o sia dettata da disposizioni legislative e/o contrattuali; ratio ispiratrice dell'istituto dell'indennità di funzione è, infatti, quella di garantire l'accesso alle cariche pubbliche, assicurando, in funzione corrispettiva, un compenso a chi, per l'espletamento del mandato, deve necessariamente sacrificare la propria attività lavorativa con conseguente perdita della retribuzione, laddove, viceversa, il mancato collocamento in aspettativa consente lo svolgimento dell'attività lavorativa e la percezione del trattamento stipendiale, con il conseguente ridimensionamento dell'individuata esigenza fondante l'istituto. (1)*

(1) I giudici contabili calabresi, con la pronuncia in commento (e con la coeva pronuncia “gemella” n. 25/2023, sempre del 17 marzo 2023, di identico contenuto), tornano sul tema, già esaminato con la propria delib. 10 febbraio 2021, n. 27, relativo al dubbio interpretativo, prospettato dal richiedente il parere, circa la misura dell'indennità di funzione da corrispondere all'amministratore locale che rivesta la qualità di dipendente pubblico a tempo determinato, precisando, in via preliminare, che rimane impregiudicato, non potendo formare oggetto del parere medesimo, per la sua estraneità alla materia della contabilità pubblica, ogni profilo attinente ai limiti soggettivi e oggettivi del diritto potestativo di richiedere l'aspettativa non retribuita e, in particolare, per quanto attiene alla dedotta incompatibilità con i contratti a tempo determinato.

Per la verità, il collegio calabrese, ritenendo di non doversi discostare dalle proprie conclusioni già espresse nel parere sopra citato n. 27/2021, ma anche fatte proprie dalla più recente giurisprudenza contabile sul tema (cfr., negli stessi termini, Corte conti, Sez. contr. reg. Siciliana, 22 dicembre 2021, n. 194, Sez. contr. reg. Abruzzo, 11 dicembre 2020, n. 291, Sez. contr. reg. Veneto, 10 aprile 2019, n. 88, Sez. contr. reg. Sardegna, 18 febbraio 2020, n. 8, in questa *Rivista*, 2020, 1, 197, con nota di A. Luberti, *In materia di determinazione dell'indennità*

*Fatto* – Con nota prot. 26 gennaio 2023, n. 2406, acquisita in pari data al protocollo di questa sezione al n. 436, il Sindaco del Comune di Belvedere Marittimo ha formulato la seguente richiesta di parere: “*l'art. 82, c. 1, secondo periodo, d.lgs. n. 267/2000 prevede il dimezzamento dell'indennità di funzione per i sindaci*

*di carica degli amministratori locali*), osserva che la lettera dell'art. 82 Tuel fa riferimento ai lavoratori dipendenti che non abbiano richiesto l'aspettativa, senza distinguere se la mancata richiesta dipenda da una scelta personale o sia preclusa da disposizioni legislative e/o contrattuali; con la conseguenza che il dimezzamento opera nei confronti di tutti coloro che non siano stati collocati in aspettativa non retribuita.

Del resto, per i giudici calabresi, il dimezzamento dell'indennità è strettamente correlato alla *ratio* ispiratrice dell'istituto dell'indennità di funzione, che è quella di garantire l'accesso alle cariche pubbliche assicurando in funzione corrispettiva un compenso a chi per l'espletamento del mandato deve necessariamente sacrificare la propria attività lavorativa con conseguente perdita della retribuzione. Il mancato collocamento in aspettativa consente lo svolgimento dell'attività lavorativa e la percezione del trattamento stipendiale; con il conseguente ridimensionamento dell'individuata esigenza, fondante l'istituto.

Pertanto, ricostruita in questi termini la *ratio* della norma, appare coerente trarne la conclusione che il dimezzamento dell'indennità operi anche nei confronti di coloro che nella qualità di dipendenti a tempo determinato non possono, in virtù di previsioni legislative o contrattuali fruire dell'aspettativa e, quindi, continuano a svolgere un'attività lavorativa, sia pure a tempo determinato; in altri termini, è la mancata fruizione dell'aspettativa a giustificare la riduzione dell'indennità, restando irrilevante il fatto che sia dipeso da una scelta volontaria o dall'impossibilità giuridica.

Del resto, una diversa soluzione giuridica finirebbe con il creare, in nome di una pretesa parità di trattamento, effetti distortivi, perché consentirebbe ai lavoratori a tempo determinato di fruire del doppio trattamento economico, l'indennità per intero e i proventi dell'attività lavorativa (v., in tal senso, Sez. contr. reg. Sardegna n. 8/2020, cit.).

V., in senso diverso, un orientamento delle sezioni regionali e, in particolare, Sez. contr. reg. Emilia-Romagna 9 febbraio 2010, n. 23 e Sez. contr. reg. Campania 22 febbraio 2011, n. 172, per le quali, invece, la disposizione in esame assicurerebbe all'amministratore pubblico/dipendente pubblico la corresponsione dell'indennità di funzione nella misura intera qualora lo stesso non possa richiedere l'aspettativa, in quanto non prevista dal proprio contratto di lavoro, equiparandolo, in tal modo, all'amministratore pubblico/libero professionista, che non è nelle condizioni di esercitare il suddetto diritto di scelta.

D'altro canto, nel senso del dimezzamento dell'indennità di funzione anche per i lavoratori a tempo determinato la Sezione calabrese ha richiamato, altresì, i più recenti pareri del Ministero dell'interno 3 settembre 2021, n. 8306, e 10 agosto 2022, n. 22847, secondo i quali riconoscere una indennità piena al lavoratore a tempo determinato, che non può assolvere all'incarico della funzione pubblica a tempo pieno ed esclusivo, configurerebbe una disparità di trattamento ed una ingiustificata discriminazione tra l'amministratore in aspettativa non retribuita – con diritto a percepire la sola indennità di funzione – e l'amministratore/lavoratore a termine che, oltre all'indennità in misura piena, acquisirebbe il proprio trattamento stipendiale. Dunque, sebbene non sia possibile per il lavoratore a tempo determinato essere collocato in aspettativa non retribuita, quest'ultimo non potrà percepire l'indennità di funzione in misura piena. [L. ALESIANI]



*e gli assessori lavoratori dipendenti che non abbiano richiesto l'aspettativa. Si chiede di conoscere se tale dimezzamento debba essere applicato anche ai sindaci o assessori lavoratori dipendenti a tempo determinato, tenuto conto dell'incompatibilità dell'istituto dell'aspettativa con la tipologia dei contratti a tempo determinato”.*

*Diritto* – 1) La richiesta di parere che precede è ammissibile sotto entrambi i profili, soggettivo e oggettivo.

La legittimazione del comune (c.d. legittimazione soggettiva esterna), ex art. 7, c. 8, l. n. 131/2003 (nel difetto dell'operatività nella Regione Calabria, del Cal ancorché istituito con la l. reg. n. 1/2007) coesiste con quella del sindaco (c.d. legittimazione soggettiva interna) che ha inoltrato la richiesta di parere, a ciò legittimato dalla sua qualità, ai sensi dell'art. 50 Tuel, di legale rappresentante dell'ente;

2) In ordine al profilo dell'ammissibilità oggettiva di specifici quesiti, che, come quello in esame, attengono alla misura dell'indennità di funzione degli amministratori locali, nella giurisprudenza contabile si sono registrati, orientamenti non univoci, anche se quelli non favorevoli sono assolutamente minoritari. Le pronunce declaratorie dell'inammissibilità si fondono sul difetto del requisito dell'astrattezza e generalità stante la riconducibilità del parere a un atto specifico da adottarsi da parte del richiedente (Sez. Calabria n. 71/2016), ovvero sulla circostanza che i quesiti posti non sollecitano l'interpretazione di norme che pongono limiti e divieti strumentali al contenimento della spesa (Sez. Marche n. 31/2023).

Questo collegio ritiene di uniformarsi alle pronunce affermative dell'ammissibilità oggettiva, confermando una propria recente deliberazione (Sez. Calabria n. 27/2021) per le ragioni che di seguito si espongono.

Come è noto, l'ambito oggettivo di esercizio della funzione consultiva attribuita alla magistratura contabile dall'art. 7, c. 8, l. n. 131/2003 (*ex plurimis*, Sez. autonomie atto di indirizzo del 27 aprile 2004, delib. n. 5/2006; n. 9/2009; nn. 3-4/2014; Sez. riun. contr. n. 54/2010; n. 27/2011) si identifica nella materia “della contabilità pubblica”, con la precisazione che la relativa nozione, secondo consolidati orientamenti giurisprudenziali, va intesa non restrittivamente, come semplice tenuta delle scritture contabili e/o come normativa avente per oggetto le modalità di acquisizione delle entrate e di erogazione delle spese, ma come quel più ampio settore ricomprensivo “*la normativa ed i relativi atti applicativi che disciplinano in generale l'attività finanziaria che precede o che segue i relativi interventi di settore, ricomprendendo in particolare la disciplina dei bilanci ed i relativi equilibri, l'acquisizione delle entrate, l'organizzazione finanziaria-contabile, la disciplina del patrimonio, la gestione delle spese, l'indebitamento, la rendicontazione ed i relativi controlli*” (Sez. autonomie n. 5/2006). Nell'ambito della delineata visione dinamica della contabilità pubblica rientrano, quindi anche i quesiti

attinenti a problematiche interpretative inerenti a statuizioni recanti limiti e divieti “*strumentali al raggiungimento degli specifici obiettivi di contenimento della spesa ed idonei a ripercuotersi sulla sana gestione finanziaria dell'ente e sui relativi equilibri di bilancio*” (Sez. riun. 17 novembre 2010, n. 54). Sono state, così, ricondotte alla nozione di contabilità pubblica, in una visione dinamica della materia, polarizzata sulla tutela degli equilibri di bilancio e della finanza pubblica in generale, tutti quei “*quesiti che risultino connessi alle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche, nel quadro di specifici obiettivi di contenimento della spesa sanciti dai principi di coordinamento della finanza pubblica contenuti nelle leggi finanziarie, in grado di ripercuotersi direttamente sulla sana gestione finanziaria dell'ente e sui pertinenti equilibri di bilancio*” (Sez. riun. contr. n. 54/2010) e ciò anche se tali materie risultino estranee nel loro nucleo originario alla “*materia della contabilità pubblica*”.

Ulteriore indefettibile requisito è quello dell'astrattezza e della generalità.

Orbene, la richiesta di parere nel caso specifico investe, in termini generali e astratti, la portata applicativa della disciplina sull'indennità di funzione degli amministratori locali e, quindi, l'interpretazione di disposizioni legislative che riguardano la gestione di una categoria di spese che, interessando tutti gli amministratori locali, ricorre nei bilanci di tutti gli enti locali e, in quanto tale, astrae dalle specificità di un caso concreto.

L'art. 82 d.lgs. 8 agosto 2000, n. 267, infatti, nel prevedere (c. 1) la spettanza al sindaco e ad altri amministratori locali dell'indennità di funzione, ne rimette la misura a un decreto del Ministero dell'interno di concerto con quello del tesoro, sentita la Conferenza Stato-città e autonomie locali (c. 8) “*nei limiti fissati dal presente articolo*” (c. 1). Ulteriori limiti con specifico riferimento ai casi di divieto di cumulo e incompatibilità sono fissati dal successivo art. 83 Tuel, completando un ordito normativo che pur prevedendo la corresponsione di indennità per rendere agevole anche ai meno abbienti l'accesso al *munus publicum*, vuole escludere esborsi di denaro pubblico che non siano giustificati dall'interesse di consentire la partecipazione di *quisque de populo* al governo locale.

La richiesta di parere si risolve, pertanto, in un quesito astratto sulla portata applicativa della norma privo di riferimenti al caso concreto, pertanto ricorrono, i requisiti dell'astrattezza e della generalità, nei condivisibili termini enucleati dalla Sezione delle autonomie con la delibera n. 17/2020/Qmig, secondo la quale “*L'esigenza che i quesiti siano formulati in termini generali e astratti non implica [...] un'insostenibile interpretazione in astratto, che prescindendo del tutto dalla considerazione dei fatti gestionali ai quali applicare le norme coinvolte dalla richiesta stessa e che quindi spezzi il necessario circolo interpretativo tra le esigenze del caso e quelle del diritto [...]. Più semplicemente, il fatto, alla cui regolazione è destinata la norma da interpretare, non sarà*

*un fatto storico concreto, come avviene nelle controversie da risolvere in sede giurisdizionale, ma la sua concettualizzazione ipotetica, restando in tal modo assicurata l'esclusione di un coinvolgimento della Sezione regionale in specifiche problematiche gestionali o addirittura strumentali”.*

Il quesito, inoltre, per quanto risulta, non interferisce con le funzioni giurisdizionali del giudice contabile né con quelle di altre magistrature.

Nel merito, il dubbio interpretativo prospettato dal richiedente attiene alla misura dell'indennità di funzione da corrispondersi ad amministratore locale che rivesti la qualità di dipendente pubblico a tempo determinato.

Rimane impregiudicato, non potendo formare oggetto del presente parere per la sua estraneità alla materia della contabilità pubblica, ogni profilo attinente ai limiti soggettivi e oggettivi del diritto potestativo di chiedere l'aspettativa non retribuita e, in particolare, per quanto attiene alla dedotta incompatibilità con i contratti a tempo determinato

L'art. 82 Tuel, nel disciplinare la misura dell'indennità di funzione prevista dal precedente art. 81, stabilisce che *“tale indennità è dimezzata per i lavoratori dipendenti che non abbiano richiesto l'aspettativa”.*

Questa sezione si è già espressa su identico quesito con il parere n. 27/2021, dalle cui conclusioni prevalenti e più recenti nella giurisprudenza contabile, non intende discostarsi per le ragioni di seguito esposte, che si fondono su un'interpretazione letterale e teleologica (*in terminis*, Sez. Sicilia n. 194/2021, Sez. Abruzzo n. 291/2020, Sez. Veneto n. 88/2019, Sez. Sardegna n. 8/2020).

In primo luogo, si osserva che la lettera della legge fa riferimento ai lavoratori dipendenti che non abbiano chiesto l'aspettativa, senza distinguere se la mancata richiesta dipenda da una scelta personale o sia preclusa da disposizioni legislative e/o contrattuali. con la conseguenza che il dimezzamento opera nei confronti di tutti coloro che non siano stati collocati in aspettativa non retribuita.

Il dimezzamento dell'indennità è strettamente correlato alla *ratio* ispiratrice dell'istituto dell'indennità di funzione che è quello di garantire l'accesso alle cariche pubbliche garantendo in funzione corrispettiva un compenso a chi per l'espletamento del mandato deve necessariamente sacrificare la propria attività lavorativa con conseguente perdita della retribuzione. Il mancato collocamento in aspettativa consente lo svolgimento dell'attività lavorativa e la percezione del trattamento stipendiale; con il conseguente ridimensionamento dell'individuata esigenza, fondante l'istituto.

Ricostruita nei termini che precedono la *ratio* della norma appare coerente tranne la conclusione che il dimezzamento dell'indennità operi anche nei confronti di coloro che nella qualità di dipendenti a tempo determinato non possono, in virtù di previsioni legislative o contrattuali fruire dell'aspettativa e, pertanto,

continuano a svolgere un'attività lavorativa, sia pure a tempo In. altri termini è la mancata fruizione dell'aspettativa a giustificare la riduzione dell'indennità, restando irrilevante, contrariamente a quanto sostenuto in talune pronunce (Sez. Campania n. 172/2011, Sez. Puglia n. 19/2013) il fatto che sia dipeso da una scelta volontaria o dall'impossibilità giuridica.

Analogamente, anche la disciplina in materia di contributi previdenziali assistenziali e assicurativi (art. 86 Tuel) prende in considerazione solo il fatto del collocamento in aspettativa non retribuita stabilendo che per gli amministratori locali che si trovino in tale situazione vengano versati direttamente dagli enti, senza fare alcun riferimento alla categoria dei dipendenti a tempo determinato che non hanno la possibilità di chiedere l'aspettativa, mentre una disciplina differenziata è dettata per i lavoratori autonomi.

Come è stato osservato, una diversa soluzione giuridica finirebbe con il creare, in nome di una pretesa parità di trattamento, effetti distorsivi perché consentirebbe ai lavoratori a tempo determinato di fruire del doppio trattamento economico, l'indennità per intero e i proventi dell'attività lavorativa (Sez. Sardegna n. 8/2020).

Nei termini del dimezzamento dell'indennità di funzione anche per i lavoratori a tempo determinato, sono i pareri del Ministero dell'interno 3 settembre 2021, n. 8306 e 10 agosto 2022, n. 22847.

*P.q.m.*, nelle sopraesposte considerazioni è il parere reso dalla Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Calabria, in riscontro alla richiesta di parere inoltrata dal sindaco di Belvedere Marittimo.

\* \* \*

### Piemonte

40 – Sezione controllo Regione Piemonte; parere 5 aprile 2023; Pres. Chiarenza, Rel. Carnia; Comune di Fossano.

**Contabilità regionale e degli enti locali – Comuni – Contribuzione patrimoniale a favore di privati di natura convenzionale – Obbligo di motivazione per dimostrare la finalizzazione all'esclusiva soddisfazione di interessi della collettività amministrata – Sussiste.**

Cost., artt. 97, 118, u.c., 119; l. reg. Piemonte, 7 marzo 1989, n. 15, Individuazione negli strumenti urbanistici generali di aree destinate ad attrezzature religiose. Utilizzo da parte dei Comuni del fondo derivante dagli oneri di urbanizzazione e contributi regionali per gli interventi relativi agli edifici di culto e pertinenze funzionali all'esercizio del culto stesso, artt. 4, 5; l. 7 agosto 1990, n. 241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, artt. 3, 12; d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, t.u. delle leggi sull'ordinamento degli

enti locali; d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazione dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica art. 6, c. 9; d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli artt. 1 e 2 l. 5 maggio 2009, n. 42, allegato n. 4/3; l. 24 dicembre 2012, n. 243, disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'art. 81, c. 6, Cost.; d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, codice dei contratti pubblici, artt. 180, 183, 187, 189 ss.; l. 30 dicembre 2018, n. 145, bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021, art. 1, c. 821.

*Il principio, più volte elaborato dalla giurisprudenza contabile, secondo cui l'attribuzione patrimoniale a titolo gratuito a favore di terzi è da considerarsi lecita solo se finalizzata allo svolgimento di servizi pubblici o, comunque, di interesse per la collettività nel rispetto del principio di congruità della spesa, presuppone una corretta attuazione dei principi di sussidiarietà orizzontale ex art. 118, u.c., Cost., di predeterminazione dei criteri che giustifichino la contribuzione gratuita ai sensi degli artt. 12 l. n. 241/1990 e 183 Tuel, di adeguata motivazione logica dell'iter posto a base dell'attribuzione patrimoniale in forza dell'art. 3 l. n. 241/1990; ne deriva che, qualsiasi forma di contribuzione gratuita, anche convenzionale, a favore di soggetti terzi risulta soggetta a rigorosi limiti di applicabilità, dovendosene escludere l'erogazione laddove l'attività svolta in forma sussidiaria dal soggetto privato non rientri nelle competenze dell'ente locale, gli impegni di spesa ad essa legati non risultino adeguatamente predeterminati, la motivazione, a comprova della legittimità dell'intervento, non giustifichi adeguatamente l'iter logico posto alla base dell'erogazione a sostegno dell'attività svolta dal destinatario del contributo. (1)*

(1) Con la pronuncia in commento, i giudici contabili piemontesi, rispondendo ad alcuni quesiti in materia di contabilità pubblica formulati dal Comune di Fossano, affrontano la delicata tematica delle attribuzioni patrimoniali in favore di soggetti terzi operanti sul territorio comunale, con particolare riguardo al conferimento di *utilitas* per le esigenze della collettività.

Sul punto, viene in primo luogo ricordato come la giurisprudenza della Corte dei conti in sede consultiva abbia, da sempre, posto in evidenza che la sussistenza dei presupposti che legittimano l'erogazione "a fondo perduto" di contributi, soprattutto se destinati a privati, deve essere valutata in modo particolarmente rigoroso, in quanto la motivazione deve essere idonea a superare la presunzione che «l'attribuzione negoziale a titolo gratuito, poiché espone gli enti a un potenziale impoverimento, riducendone i mezzi patrimoniali, si presume incompatibile con gli scopi istituzionali, sia che si agisca con moduli di diritto pubblico che con strumenti di diritto privato [...] Del resto, le prestazioni gratuite e a "fondo perduto" devono avere un fondamento espresso nella legge (e negli scopi istituzionali dell'ente) e si realizzano di norma attraverso atti amministrativi, per i quali il Legislatore ha cura di fissare precisi limiti normativi e procedurali (art. 12 l. n. 241/1990), nel senso

della trasparenza» (v., in tal senso, Corte conti, Sez. contr. reg. Campania, 6 ottobre 2014, n. 205).

D'altra parte, la giurisprudenza contabile, nel ribadire che l'attività deve rientrare nelle competenze dell'ente che eroga il contributo, ha quindi espresso il principio secondo cui «l'attribuzione patrimoniale è da considerarsi lecita solo se finalizzata allo svolgimento di servizi pubblici o, comunque, di interesse per la collettività insediata sul territorio sul quale insiste il comune, anche, in via meramente esemplificativa, di carattere artistico, culturale o economico. In ogni caso, l'eventuale attribuzione dovrà essere conforme al principio di congruità della spesa mediante una valutazione comparativa degli interessi complessivi dell'ente locale. In caso contrario, l'attribuzione non troverebbe alcuna giustificazione» (cfr., in tal senso, Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, 29 giugno 2006, n. 9; 13 dicembre 2007, n. 59; 5 giugno 2008, n. 39; 5 novembre 2010, n. 981; 31 maggio 2012, n. 262; 11 settembre 2011, n. 279, nonché Sez. contr. reg. Piemonte, 24 marzo 2016, n. 29 e 31 maggio 2022, n. 78).

Pertanto – aggiungono i giudici piemontesi –, le attribuzioni patrimoniali di qualunque genere (es. spese di conservazione o manutenzione straordinaria, trasferimenti a titolo gratuito o concessioni in godimento di beni), anche se apparentemente "a fondo perduto", non possono equivalere ad un depauperamento del patrimonio comunale, in considerazione dell'utilità che l'ente o la collettività vengono a ricevere dallo svolgimento del servizio pubblico o di interesse pubblico effettuato dal soggetto che riceve il contributo (v., in tal senso, Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte sopra richiamate n. 78/2022 e n. 29/2016, e la giurisprudenza ivi citata).

Altro aspetto importante valorizzato nella ricostruzione della problematica esaminata ai fini della soluzione al quesito dichiarato ammissibile e affrontato nella pronuncia in commento riguarda la corretta interpretazione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale ex art. 118, u.c., Cost., non più limitato alla mera allocazione delle funzioni amministrative nella logica verticale del riparto di competenze Stato-enti territoriali, ma esteso anche a mettere in luce la centralità del valore della persona umana e delle formazioni sociali cui la struttura amministrativa si pone in prospettiva servente. Plurime risultano le concrete applicazioni del principio in questione e, fra queste, anche fattispecie nelle quali formazioni sociali partecipano attivamente alla realizzazione di attività (manutentive, conservative, culturali, ricreative, sociali) volte a valorizzare l'interesse pubblico della comunità civica amministrata.

Da ciò l'importante corollario, più volte ribadito dalla giurisprudenza contabile, secondo cui «l'elemento che connota, nell'ordinamento giuscontabile, le contribuzioni tuttora ammesse (distinguendole dalle spese di sponsorizzazione ormai vietate) è lo svolgimento da parte del privato di un'attività propria del comune in forma sussidiaria. L'attività, dunque, rientra infatti nelle competenze dell'ente locale ma viene esercitata, in via mediata, da soggetti privati destinatari di risorse pubbliche, piuttosto che (direttamente) da parte di comini e province, rappresentando una modalità alternativa di erogazione del servizio pubblico» (v., in tal senso, Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, n. 262/2012 e n. 279/2015, cit.).

Ne deriva che, in generale, oggetto della contribuzione debba essere una materia che la legge riserva espressamente alla competenza dell'amministrazione comunale, non essendo arbitrariamente alterabile dal singolo ente l'ordine delle competenze fissato in via tassativa dalla legge; laddove l'accordo riguardi una materia che la legge riserva alla competenza dell'amministrazione comunale, non vi sono, in linea generale motivi che possano escludere a priori possibili attribuzioni patrimoniali a favore di terzi di natura convenzionale, nei limiti individuati dalla stessa giurisprudenza contabile. [L. ALESIANI]

*Premesso* – Con nota a firma del sindaco *pro tempore* del Comune di Fossano, pervenuta a questa sezione in data 14 febbraio 2023, l'amministrazione ha formulato alcuni quesiti strettamente legati alla corretta interpretazione del principio formulato dalla giurisprudenza contabile, in forza del quale qualunque attribuzione patrimoniale disposta da enti locali a favore di terzi soggetti “è da considerarsi lecita solo se finalizzata allo svolgimento di servizi pubblici o, comunque, di interesse per la collettività insediata sul territorio sul quale insiste il comune, anche, in via meramente esemplificativa, di carattere artistico, culturale o economico. In ogni caso, l'eventuale attribuzione dovrà essere conforme al principio di congruità della spesa mediante una valutazione comparativa degli interessi complessivi dell'ente locale. In caso contrario, l'attribuzione non troverebbe alcuna giustificazione”

In particolare, l'istante, ha richiesto alla sezione se il principio contabile sopra richiamato:

- “possa essere interpretato nel senso di annoverare, tra le attività e i servizi pubblici o di interesse pubblico in relazione ai quali si ritengono giustificate attribuzioni patrimoniali a terzi, le attività di carattere esclusivamente religioso”;

- “possa essere interpretato nel senso che l'attribuzione patrimoniale a terzi soggetti può considerarsi lecita anche laddove non venga in rilievo lo svolgimento di un servizio pubblico o un'attività o un servizio di interesse pubblico, bensì l'interesse storico, artistico o culturale rivestito da un bene, mobile o immobile, di proprietà di terzi”;

- infine “se, a fronte di specifiche previsioni di legge applicabili al caso concreto e che permettono il miglior perseguimento degli interessi pubblici coinvolti, il principio espresso dalla giurisprudenza contabile sopra richiamato giustifichi il ricorso a strumenti atipici, tra cui accordi negoziali volti a disciplinare, anche a tempo indeterminato, oneri manutentivi, ovvero legittimi attribuzioni al di fuori dei presupposti, delle modalità e dei limiti individuati dall'ordinamento in relazione alla fattispecie concreta”.

*Merito* – Prima di addentrarci nel merito della questione ritenuta ammissibile, va evidenziato come essa, analogamente a quanto richiesto nei primi due quesiti, affronti la tematica delle attribuzioni patrimoniali in favore di soggetti terzi operanti sul territorio comunale, con particolare riguardo al conferimento di *utilitas* per le esigenze della collettività.

In argomento, la giurisprudenza della Corte dei conti in sede consultiva ha posto in evidenza che la sussistenza dei presupposti che legittimano l'erogazione “a fondo perduto” di contributi, soprattutto se destinati a privati, deve essere valutata in modo particolarmente rigoroso, in quanto la motivazione deve essere idonea a superare la presunzione che “l'attribuzione negoziale a titolo gratuito, poiché espone gli enti a un potenziale impoverimento, riducendone i mezzi patrimoniali, si presume incompatibi-

le con gli scopi istituzionali, sia che si agisca con moduli di diritto pubblico che con strumenti di diritto privato...”. «Del resto, le prestazioni gratuite e a “fondo perduto” devono avere un fondamento espresso nella legge (e negli scopi istituzionali dell'ente) e si realizzano di norma attraverso atti amministrativi, per i quali il Legislatore ha cura di fissare precisi limiti normativi e procedurali (art. 12 della l. n. 241/1990), nel senso della trasparenza» (Sez. contr. reg. Campania, del. 6 ottobre 2014, n. 205, p. 10).

La giurisprudenza, nel ribadire che l'attività deve rientrare nelle competenze dell'ente che eroga il contributo, ha quindi espresso il principio che “l'attribuzione patrimoniale è da considerarsi lecita solo se finalizzata allo svolgimento di servizi pubblici o, comunque, di interesse per la collettività insediata sul territorio sul quale insiste il comune, anche, in via meramente esemplificativa, di carattere artistico, culturale o economico. In ogni caso, l'eventuale attribuzione dovrà essere conforme al principio di congruità della spesa mediante una valutazione comparativa degli interessi complessivi dell'ente locale. In caso contrario, l'attribuzione non troverebbe alcuna giustificazione”. (Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, delib. n. 9/2006; n. 59/2007; n. 39/2008; n. 981/2010; n. 262/2012; n.279/2015 Sez. contr. reg. Piemonte n. 29/2016; n. 78/2022).

Pertanto, attribuzioni patrimoniali di qualunque genere (es. spese di conservazione o manutenzione straordinaria, trasferimenti a titolo gratuito o concessioni in godimento di beni), anche se apparentemente “a fondo perduto”, non possono equivalere ad un depauperamento del patrimonio comunale, in considerazione dell'utilità che l'ente o la collettività vengono a ricevere dallo svolgimento del servizio pubblico o di interesse pubblico effettuato dal soggetto che riceve il contributo (v., in tal senso, la delib. di questa sezione n. 78/2022 e n. 29/2016, e la giurisprudenza ivi citata; in particolare: le deliberazioni della Sez. contr. reg. Lombardia, 29 giugno 2006, n. 9; 13 dicembre 2007, n. 59 e 5 giugno 2008, n. 39).

Da un punto di vista strettamente contabile, le attribuzioni in questione trovano inoltre specifica regolamentazione nel principio contabile applicato contenuto nell'allegato n. 4/3 del d.lgs. n. 118/2011, dedicato alla contabilità economico-patrimoniale. Il punto 4.18 del principio affronta infatti l'argomento sotto il profilo delle percentuali di ammortamento applicabili a spese di miglioria su beni di soggetti terzi, con ciò presupponendo che l'amministrazione, nei casi consentiti dall'ordinamento, possa effettuare attribuzioni patrimoniali in chiave manutentiva anche qualora i beni immobili non appartengano all'ente locale (sul punto, v. delib. di questa sezione n. 27 dicembre 2021, n. 170 e 31 maggio 2022, n. 78).

Collegando tali osservazioni al quesito in esame, va osservato come la l. reg. n. 15/1989 abbia previsto la possibilità, per i Comuni siti in Piemonte, di contribuire anche in modo significativo ad interventi edilizi su beni e attrezzature religiose, individuando ammon-

tare, limiti, modalità e linee programmatiche del contributo.

L'art. 4 della citata legge prescrive infatti che sia *“annualmente riservata ed eventualmente accantonata dai comuni, una quota dei proventi derivanti dagli oneri per opere di urbanizzazione secondaria, per gli interventi relativi alla categoria di opere concernenti le attrezzature religiose [...]”. Tale quota è definita annualmente dal consiglio comunale con adeguata motivazione, tenuto conto delle domande corredate di programmi, anche pluriennali, presentati ai sensi del successivo art. 5 e della consistenza delle confessioni religiose richiedenti [...]. Gli interventi realizzabili con la quota di cui al c. 2 consistono in opere di straordinaria manutenzione, di restauro e di risanamento conservativo, di ristrutturazione e ampliamento, di eliminazione totale o parziale delle barriere architettoniche che sono di ostacolo alla vita di relazione dei minorati, ai sensi del d.p.r. n. 384/78, nonché in opere di nuova realizzazione...”*.

Il successivo art. 5 prevede poi che *“i legali rappresentanti delle confessioni religiose, autorizzati a norma degli ordinamenti interni delle stesse, presentano domanda al sindaco del comune entro il 31 ottobre di ogni anno, corredandola con la documentazione del fabbisogno e con i progetti planivolumetrici delle opere con i relativi preventivi, comprensivi dei costi della progettazione, nonché formulando eventuali proposte in ordine alla priorità, all'ammontare ed alle forme del concorso richiesto”*; *“che il Consiglio comunale, in presenza di necessità rilevate dal comune e di eventuali domande avanzate, in sede di approvazione del bilancio, adotta un programma ove sono determinate le opere beneficiarie, nonché l'ammontare e la forma del concorso comunale”*; e, infine, che *“il programma dovrà privilegiare gli interventi di recupero e ristrutturazione degli edifici a valenza storica, artistica e culturale, nonché tener conto delle priorità indicate all'atto della domanda, nell'ambito di una valutazione complessiva sulle destinazioni di spesa dell'intero ammontare degli oneri”*.

Dall'analisi della normativa sorge l'interrogativo se forme di contribuzioni similari possano delinearsi anche all'interno di accordi o convenzioni negoziali atipiche fra ente locale e parrocchia.

La questione non può prescindere da una corretta interpretazione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale (cfr. art. 118, u.c., Cost.), non più limitato alla mera allocazione delle funzioni amministrative nella logica verticale del riparto di competenze Stato-enti territoriali, ma esteso anche a mettere in luce la centralità del valore della persona umana e delle formazioni sociali cui la struttura amministrativa si pone in prospettiva servente. Plurime risultano le concrete applicazioni del principio in questione e, fra queste, anche fattispecie nelle quali formazioni sociali partecipano attivamente alla realizzazione di attività (manutentive, conservative, culturali, ricreative, socia-

li) volte a valorizzare l'interesse pubblico della comunità civica amministrata.

Da ciò l'importante corollario, più volte ribadito dalla giurisprudenza contabile, secondo cui *“l'elemento che connota, nell'ordinamento giuscontabile, le contribuzioni tuttora ammesse (distinguendole dalle spese di sponsorizzazione ormai vietate) è lo svolgimento da parte del privato di un'attività propria del comune in forma sussidiaria. L'attività, dunque, rientra infatti nelle competenze dell'ente locale ma viene esercitata, in via mediata, da soggetti privati destinatari di risorse pubbliche, piuttosto che (direttamente) da parte di comuni e province, rappresentando una modalità alternativa di erogazione del servizio pubblico”* (in particolare, Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, delib. n. 262/2012, n. 279/2015).

Dall'inciso giurisprudenziale si desume chiaramente come, in generale, oggetto della contribuzione debba essere una materia che la legge riserva espressamente alla competenza dell'amministrazione comunale, non essendo arbitrariamente alterabile dal singolo ente l'ordine delle competenze fissato in via tassativa dalla legge. Laddove l'accordo riguardi una materia che la legge riserva alla competenza dell'amministrazione comunale, non vi sono, in linea generale motivi che possano escludere a priori possibili attribuzioni patrimoniali a favore di terzi di natura convenzionale, nei limiti sopra descritti.

Ovviamente dovranno essere analiticamente regolamentati ammontare, limiti, modalità e linee programmatiche della contribuzione. Nulla esclude infatti che, per la realizzazione o la manutenzione di opere di interesse locale nei più svariati settori (opere pubbliche scuola, governo del territorio, servizi sociali, sport, turismo etc.) formazioni sociali di qualunque genere possano formulare all'ente territoriale competente proposte operative di pronta realizzabilità, sulla falsariga di fattispecie normative già contemplate in chiave giuscontabile dalla disciplina in materia di contratti pubblici (artt. 180, 183, 187 e, in particolare, 189 ss. di cui al d.lgs. n. 50/2016).

Ciò deve tuttavia avvenire in un quadro negoziale che risulti conforme alle norme di legge e ai principi contabili che l'ente è tenuto ad osservare, anche al fine di ottenere l'equilibrio economico patrimoniale sulla base dei principi posti dagli art. 97 e 119 Cost. e delle norme che ad essi hanno dato attuazione (l. n. 243/2012, d.lgs. n. 118/2011 e n. 267/2000, all'art. 1, c. 821, l. n. 145/2018).

Tra gli altri, a mero titolo esemplificativo, l'amministrazione è sempre tenuta alla corretta applicazione dell'art. 183 Tuel, che presuppone la sussistenza di un'obbligazione giuridicamente perfezionata avente quindi un oggetto determinato, dei limiti all'assunzione di obbligazioni pluriennali, della necessità di provvedere anticipatamente alla verifica di congruità della spesa. Peraltro, lo stesso art. 5 l. reg. n. 15/1989 prevede, in sostanza, che il finanziamento risulti il più possibile predeterminato sia da un punto di vista finanziario che temporale. Onde evitare oneri fi-

nanziari non adeguatamente regolamentati nel *quantum* e nei limiti di durata, risulta imprescindibile che qualsiasi proposta di intervento risulti corredata da un adeguato cronoprogramma in grado di dettagliare analiticamente costi e tempi della contribuzione richiesta.

Da quanto sopra esposto, si evince che incombe sull'amministrazione, che intenda dare una contribuzione ad un privato nei casi consentiti dalla legge, uno specifico onere motivazionale, a comprova della legittimità dell'intervento, da cui emerga adeguatamente l'iter logico posto alla base dell'erogazione a sostegno dell'attività svolta dal destinatario del contributo. Al riguardo la motivazione riveste un ruolo essenziale, dovendo risultare particolarmente pregnante nell'indicare con estrema puntualità le basi di fatto e le ragioni giuridico-contabili che hanno determinato impegni di spesa congrui e determinati in grado di garantire il mantenimento nel tempo degli equilibri economico-finanziari del bilancio e della gestione. Di particolare rilievo risulterà poi l'allegazione e la prova dei presupposti necessari per il raggiungimento delle finalità pubbliche che l'amministrazione intende perseguire con il rilascio delle contribuzioni, nonché la verifica di corrispondenza fra valore degli interventi programmati ed effettiva utilità conseguita dalla comunità locale in termini di fruizione dei servizi ricevuti.

In tale contesto l'ente è tenuto, infine, a valutare di non impingere, in concreto, nel divieto di spese per sponsorizzazioni ex art. 6, c. 9, d.l. n. 78/2010. Una simile valutazione implica adeguate forme di controllo *ex ante*, sostanzialmente volte a stabilire se la contribuzione a favore di terzi miri a promuovere esclusivamente l'immagine del comune oppure a generare un'*utilitas* per la comunità locale.

Nel primo caso la spesa risponde alla mera esigenza di segnalare ai cittadini la presenza del comune per fini di immagine; nella seconda ipotesi il sostegno finanziario risulta finalizzato all'esclusiva soddisfazione di interessi della collettività, nell'ambito di impegni di spesa contabilmente imputabili a contributi per gli investimenti a favore di iniziative intraprese da un soggetto terzo nell'ambito di competenze spettanti al comune.

Entro il sopra delineato quadro complessivo l'amministrazione comunale dovrà, pertanto, procedere ad effettuare le valutazioni discrezionali di propria esclusiva competenza.

\* \* \*

## Sicilia

90 – Sezione controllo Regione Siciliana; parere 15 marzo 2023; Pres. Carra, Rel. La Porta; Comune di Palermo.

### Enti locali – Agente contabile consegnatario di azioni – Individuazione del soggetto tenuto alla resa del conto giudiziale – Criteri.

C.g.c., artt. 137 ss.; r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato, artt. 73-75; r.d. 23 maggio 1924, n. 827, regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato, artt. 20 ss.; r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, approvazione del t.u. delle leggi sulla Corte dei conti, art. 44; d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, artt. 93, cc. 1 e 2, 233, c. 1; d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, art. 9.

### Contabilità regionale e degli enti locali – Enti locali – Principi contabili – Partecipazioni in società controllate e partecipate – Valutazione – Criteri.

D.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli artt. 1 e 2 l. 5 maggio 2009, n. 42, allegati 4/3 e 4/4.

*Alla stregua di una prospettiva ermeneutica tesa a privilegiare l'aspetto della disponibilità giuridica delle azioni rispetto a quello della loro disponibilità materiale, la figura dell'agente contabile consegnatario di azioni deve essere individuata nel soggetto che gestisce la partecipazione societaria ovvero nel soggetto che, per delega dell'ente, esercita i diritti di socio. (1)*

*In base ai vigenti principi contabili, le partecipazioni degli enti locali in società controllate e partecipate devono essere valutate secondo il metodo del patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio delle società medesime (art. 2426, c. 1, n. 4, c.c.), ferma restando la possibilità di assumere a riferimento un progetto di bilancio formalmente redatto dall'organo amministrativo, in assenza dell'approvazione da parte dell'assemblea. (2)*

(1-2) I. - La nozione di agente contabile si ricava dall'art. 73 r.d. n. 2440/1923 (legge di contabilità generale dello Stato), che si riferisce a "gli agenti e funzionari appartenenti ai ruoli delle amministrazioni dello Stato, i quali, per il servizio loro affidato, hanno gestione di pubblico denaro o di qualunque altro valore o materia".

In base all'art. 74 r.d. n. 2440/1923 e all'art. 178 r.d. n. 827/1924 (regolamento di contabilità generale dello Stato), gli agenti contabili si distinguono in: a) agenti pagatori o tesorieri; b) agenti della riscossione; c) agenti consegnatari.

A tali figure (*agenti contabili di diritto*) si affiancano gli *agenti contabili di fatto*, soggetti che – privi di regolare investitura – si ingeriscono nella gestione dei beni pubblici.

Gli agenti contabili sono tenuti alla resa del conto, oggetto di giudizio da parte della Corte dei conti.

Attualmente la disciplina del giudizio sui conti è contenuta nella parte III del codice di giustizia contabile (d.lgs. n. 174/2016), il cui unico titolo si compone di tre capi.

Il capo I (artt. 137-140) reca le *disposizioni generali*, in base alle quali:

- la Corte dei conti giudica sui conti degli agenti contabili dello Stato e delle altre pubbliche amministrazioni (art. 137);

- a tal fine le amministrazioni comunicano alla sezione giurisdizionale territorialmente competente i dati identificativi relativi ai soggetti nominati agenti contabili e tenuti alla resa di conto giudiziale; questi dati alimentano l'anagrafe degli agenti contabili, gestita dalla Corte dei conti attraverso un sistema informatico (art. 138, cc. 1 e 2);

- gli agenti che vi sono tenuti, entro il termine di sessanta giorni, salvo il diverso termine previsto dalla legge, dalla chiusura dell'esercizio finanziario, o comunque dalla cessazione della gestione, presentano il conto giudiziale all'amministrazione di appartenenza; quest'ultima individua il responsabile del procedimento che, espletata la fase di verifica o controllo amministrativo previsti dalla vigente normativa, entro trenta giorni dalla approvazione, previa parificazione del conto, lo deposita, unitamente alla relazione degli organi di controllo interno, presso la sezione giurisdizionale territorialmente competente (art. 139, cc. 1 e 2);

- il conto, munito dell'attestazione di parifica, è depositato nella segreteria della sezione giurisdizionale competente, che lo trasmette al giudice designato quale relatore dal presidente; il deposito del conto costituisce l'agente dell'amministrazione in giudizio (art. 140, cc. 1 e 3).

Il capo II (artt. 141-144) regola il *giudizio per la resa del conto*, promovibile dal pubblico ministero contabile nei casi di: a) cessazione dell'agente contabile dal proprio ufficio senza aver presentato il conto della sua gestione; b) deficienze accertate dall'amministrazione in corso di gestione o comunque prima della scadenza del termine di presentazione del conto; c) ritardo a presentare i conti nei termini stabiliti per legge o per regolamento e il conto non sia stato compilato d'ufficio; d) omissione del deposito del conto (art. 141, c. 1).

Infine, il capo III (artt. 145-150) si occupa del *giudizio sul conto*.

II. - Alla Sezione siciliana sono stati posti due quesiti: i) il primo vertente sull'individuazione del soggetto tenuto alla presentazione del conto giudiziale di azioni, prospettandosi l'alternativa fra una tesi formale, legata alla materiale disponibilità dei titoli, e una sostanziale, connessa con la disponibilità giuridica degli stessi; ii) il secondo teso a conoscere il valore della partecipazione da riportare nel conto del consegnatario, considerato che alla data di scadenza del termine per la resa del conto da parte dell'agente consegnatario (entro 30 giorni dalla chiusura dell'esercizio finanziario a cui si riferisce: art. 233 Tuel) il valore patrimoniale delle partecipazioni non è noto, in quanto, a quella data, non sono stati ancora approvati i bilanci societari relativi all'esercizio finanziario chiuso.

III. - In relazione al primo quesito, il collegio ha preso le mosse da un arresto delle Sezioni unite della Corte di cassazione (Cass., S.U., ord. 27 marzo 2007, n. 7390, in questa *Rivista*, 2007, 2, 201) con cui, richiamata la distinzione tra gestione amministrativa e gestione finanziaria, è stato ritenuto che l'esercizio delle funzioni di maneggio/custodia "non può, in alcun modo, dar luogo ad un sindacato sull'esercizio dei diritti spettanti all'azionista pubblico", cosicché detto consegnatario "non può, quindi, essere chiamato a rispondere, in sede di giudizio di conto, di atti di esercizio dei diritti all'azionista o del titolare di partecipazioni (quali l'espressione del voto, la stipulazione di patti di sindacato, l'esercizio di un diritto di opzione)".

*Fatto* – Con nota prot. n. 68646 del 27 gennaio 2023 il sindaco del Comune di Palermo inoltrava la richiesta di parere in esame.

Al riguardo, premessa la normativa in materia di conti giudiziali e di giudizio di conto, di cui:

- all'art. 93, cc. 1 e 2, d.lgs. n. 267/2000, il quale dispone che "1. Per gli amministratori e per il personale degli enti locali si osservano le disposizioni vigenti in materia di responsabilità degli impiegati civili dello Stato. 2. Il tesoriere ed ogni altro agente contabile che abbia maneggio di pubblico denaro o sia incaricato della gestione dei beni degli enti locali, nonché coloro che si ingeriscano negli incarichi attribuiti a detti agenti devono rendere il conto della loro ge-

A fronte di tale interpretazione, che circoscrive il sindacato del giudice contabile nella materia in esame, la sezione ha ricordato la lettura aggiornata del dato normativo offerta da due recenti ordinanze (Corte conti, Sez. giur. reg. Piemonte, ord. 8 aprile 2022, nn. 21 e 22), lettura tesa a non ridurre la figura dell'agente contabile consegnatario di azioni al soggetto incaricato di custodire materialmente i titoli partecipativi. In base a tale opzione ricostruttiva, "se per strumenti finanziari non partecipativi il consegnatario sembra poter coincidere con il depositario materiale dei titoli stessi, nel caso di titoli partecipativi il consegnatario non può che corrispondere con il soggetto che gestisce la partecipazione, ovvero colui che ha la delega dell'ente per l'esercizio dei diritti di socio".

Il collegio ha quindi condiviso la conclusione raggiunta dalle ordinanze in menzione che – nell'affrontare il connesso problema delle variazioni del valore dei titoli e dei dividendi distribuiti – hanno affermato che "dare atto delle variazioni dei titoli necessariamente implica riconoscere la figura dell'agente contabile nel soggetto in grado di dare conto degli atti gestionali che dette variazioni hanno determinato, che porta ad individuare tale soggetto nell'organo o ufficio preposto alla gestione del servizio e al concreto esercizio nelle assemblee societarie del diritto di voto e degli altri diritti e facoltà di partecipazione societaria".

IV. - In merito al secondo quesito, relativo al valore della partecipazione da riportare nel conto del consegnatario, la deliberazione ha chiarito che esso trova la sua disciplina nel d.lgs. n. 118/2011, allegato 4/3 (recante il principio contabile applicato concernente la contabilità economico-patrimoniale degli enti in contabilità finanziaria), secondo cui nel bilancio dell'ente le partecipazioni in società controllate e partecipate sono valutate in base al metodo del patrimonio netto, che deve risultare dall'ultimo bilancio approvato; nelle more dell'approvazione, è possibile (in base ai principi in materia di bilancio consolidato) fare riferimento a un progetto di bilancio formalmente redatto dall'organo amministrativo della società interessata.

V. - In dottrina, v. G. Comite, *La responsabilità contabile*, in A. Canale et al. (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Milano Giuffrè, 2019, 467 ss., secondo cui "in ambito rapporto Parlamento/Governo, l'obbligo di rendicontazione avviene attraverso la c.d. *rendicontazione generale* (art. 81 della Carta), sottoposta al controllo giurisdizionale di *parificazione* della Corte dei conti; in ambito rapporto amministrazione/agenti mediante la c.d. *rendicontazione speciale*, parimenti sottoposta al "Giudizio necessario di conto" del giudice contabile. E in un tale contesto, non potrà sfuggire che quest'ultimo diviene strumento integrativo della c.d. *rendicontazione generale* (art. 81 Cost.) e, quindi, mezzo di chiusura del complesso di garanzie poste a tutela della corretta gestione delle risorse pubbliche" (pp. 467-468). [G. NATALI]

stione e sono soggetti alla giurisdizione della Corte dei conti secondo le norme e le procedure previste dalle leggi vigenti”;

- all'art. 233, c. 1, d.lgs. n. 267/2000, a norma del quale “Entro il termine di 30 giorni dalla chiusura dell'esercizio finanziario, l'economista, il consegnatario di beni e gli altri soggetti di cui all'art. 93, c. 2, rendono il conto della propria gestione all'ente locale, il quale lo trasmette alla competente sezione giurisdizionale della Corte dei conti entro 60 giorni dall'approvazione del rendiconto”;

- all'art. 20, lett. c), r.d. 23 maggio 1924, n. 827, secondo cui “I beni mobili dello Stato si distinguono come segue: (omissis) c) diritti ed azioni che a norma del codice civile sono considerati come beni mobili”;

e richiamata la recente giurisprudenza in materia di conto della gestione dell'agente contabile consegnatario di azioni, veniva formulato il quesito, così articolato:

- circa il soggetto tenuto alla resa del conto ha rappresentato il comune che “l'individuazione del sindaco o di colui che esercita i diritti dell'azionista, anche per delega, quale agente consegnatario, porta, ad una sostanziale frammistione tra i concetti di maneggio/custodia e diritti del socio, tra principio di separazione, tra attività di indirizzo/governo e attività di gestione ed alla necessità di dover delimitare il perimetro della figura dell'agente consegnatario” ed ancora che “qualora il soggetto nominato agente consegnatario dei titoli fosse un dirigente che non ha ricevuto le citate specifiche direttive ai fini dell'esercizio dei diritti di azionista – diritti esercitati, invece, dall'organo politico – non avrebbe alcun senso che lo stesso, quale semplice consegnatario a materia, esponesse nel conto giudiziale del consegnatario le partecipazioni al loro valore patrimoniale e le rispettive variazioni risultanti dai fatti di gestione societaria, come se lo stesso fosse in qualche maniera coinvolto nella suddetta gestione/esercizio dei diritti dell'azionista”;

- circa il valore della partecipazione da riportare nel conto del consegnatario, ha rappresentato l'amministrazione comunale che «Al momento dell'impianto normativo di cui al r.d. n. 827/1924 e prima della progressiva dematerializzazione dei titoli, non vi è dubbio che i titoli – intesi quale bene mobile dato in consegna (art. 20, lett. c, r.d. n. 827/1924) per i quali sussiste l'obbligo di resa del conto giudiziale da parte del “consegnatario di beni mobili”, il quale “costituisce un agente contabile c.d. a ‘materia’ – dovrebbero essere indicati nel conto giudiziale al loro valore nominale e che le variazioni della consistenza dei titoli, eventualmente intervenute tra l'inizio e la fine dell'esercizio finanziario, dovessero essere riferite ad eventuali nuove acquisizioni o cessioni di partecipazioni», viceversa, «Il nuovo orientamento invece, discostandosi dal concetto originario di bene mobile e di consegnatario a materia, vorrebbe che le partecipazioni siano indicate al valore patrimoniale e le relative variazioni intervenute tra l'inizio e la fine

dell'esercizio finanziario siano quelle risultanti dalla gestione della partecipata (utile/perdita).

Non viene considerato, però, che alla data di scadenza del termine per la resa del conto da parte dell'agente consegnatario, previsto dall'art. 233 Tuel e fissato entro 30 giorni dalla chiusura dell'esercizio finanziario a cui si riferisce, il valore patrimoniale delle partecipazioni non è noto, in quanto, a quella data, non sono stati ancora approvati i bilanci societari relativi all'esercizio finanziario chiuso. Dunque, anche volendo sposare la “concezione più ampia del concetto di ‘maneggio’ non si comprende, come sia possibile indicare nel conto del consegnatario il valore patrimoniale della partecipazione dell'esercizio finanziario chiuso (anno n), né si ritiene confacente indicare il valore patrimoniale riferito all'esercizio finanziario precedente (anno n-1)”».

*Diritto – (Omissis)* L'amministrazione comunale ha formulato richiesta di parere in materia di resa del conto giudiziale dell'agente contabile consegnatario di azioni, alla luce della recente evoluzione giurisprudenziale che ha ridefinito gli ambiti applicativi dei richiamati principi normativi.

Invero, il consegnatario di beni mobili è un agente contabile c.d. a “materia”, espressione già prevista dagli artt. 44 t.u. n. 1214/1934 – “valori e materie di proprietà” – e 74 r.d. n. 2440/1923 – “debito di materie” – formulazione nella quale, devono ritenersi ricomprese le partecipazioni pubbliche in società che, a norma dell'art. 20 r.d. n. 827/1924, costituiscono beni mobili dello Stato, per i quali sussiste l'obbligo di resa del conto giudiziale (lett. c) del citato art. 20, r.d. n. 827/1924), esteso agli enti locali dall'art. 93 d.lgs. n. 267/2000.

Il consegnatario di azioni, quindi, deve rendere annualmente il conto della propria gestione compilando il modello 22 previsto dal d.p.r. n. 194/1996 denominato “Conto della gestione dell'agente contabile consegnatario di azioni delle province, dei comuni, delle comunità montane, delle unioni di comuni e delle città metropolitane”.

In materia, la Suprema Corte di cassazione, nel pronunciarsi su ricorso per regolamento di giurisdizione afferente alla figura di agente contabile consegnatario di azioni, premesso che il giudizio di conto, quale giudizio di carattere oggettivo e necessario (Corte cost. n. 114/1975), ha primariamente ad oggetto l'accertamento della regolarità del documento contabile depositato e delle gestioni contabili ivi rappresentate, oltre che nel contempo le conseguenti ed eventuali responsabilità dell'agente contabile, ha affermato che “la indefettibile funzione di garanzia della regolare gestione contabile e patrimoniale rende necessario l'esercizio della giurisdizione di conto su tutte le componenti patrimoniali e finanziarie”, comprensive quindi anche dei diritti e delle azioni (Cass., S.U., ord. 6 febbraio-27 marzo 2007, n. 7390).

Ha, altresì, precisato che il giudizio di conto della gestione dell'agente contabile consegnatario di azioni “non può essere limitato al titolo originario nella sua



materialità, ma deve riguardare anche le variazioni del valore dei titoli e gli utili o dividendi distribuiti” (ex art. 28, u.c., r.d. n. 827/1924-Regolamento generale di contabilità dello Stato), anche nella considerazione che sovente le pubbliche amministrazioni sono proprietarie di partecipazioni in soggetti privati c.d. non materializzate.

Nella stessa ordinanza, tuttavia, la Suprema Corte circoscrive, al contempo, l’ambito di cognizione ed il correlato sindacato del giudice contabile nella materia *de qua*.

In particolare, sul punto la Suprema Corte, dopo aver qualificato quale “fondamentale principio regolatore del sistema della contabilità pubblica” quello di distinzione tra la gestione amministrativa e quella finanziaria (della quale quella contabile costituisce “il momento finale o esecutivo”), ha ritenuto che l’esercizio delle funzioni, proprie dell’agente contabile, di maneggio/custodia “non può, in alcun modo, dar luogo ad un sindacato sull’esercizio dei diritti spettanti all’azionista pubblico”, cosicché detto consegnatario “non può, quindi, essere chiamato a rispondere, in sede di giudizio di conto (enfasi agg.), di atti di esercizio dei diritti all’azionista o del titolare di partecipazioni (quali l’espressione del voto, la stipulazione di patti di sindacato, l’esercizio di un diritto di opzione)”, salva ovviamente l’eventualità che l’ente pubblico abbia impartito, come sempre dovrebbe accadere in ossequio ai principi di buon andamento, efficienza, efficacia ed economicità del pubblico agire, specifiche direttive all’agente contabile ai fini dell’esercizio dei diritti di azionista e che l’agente contabile non si sia attenuto a dette indicazioni prescrittive.

Detto orientamento è stato, quindi, confermato dalla successiva giurisprudenza delle sezioni giurisdizionali di questa Corte, in sede di giudizi di conto di agenti contabili consegnatari di titoli azionari.

In relazione al soggetto tenuto alla resa del conto la giurisprudenza più recente di questa Corte dei conti ha affermato che “per quel che riguarda il comune, in mancanza della nomina di uno o più dirigenti cui affidare la gestione delle partecipazioni, è il sindaco, nella sua qualità di organo di vertice dell’amministrazione, che assume la veste di agente contabile, come confermato, ora, dall’espressa previsione dell’art. 9 d.lgs. n. 175/2016: per le partecipazioni di enti locali i diritti di socio sono esercitati dal sindaco o dal presidente o da un loro delegato” (Corte conti, Sez. giur. reg. Toscana, sent./ord. n. 127/2020).

Ed ancora che, dovendosi individuare il soggetto tenuto alla resa del conto, in applicazione del generale principio posto dalla Suprema Corte, con ordinanza n. 7390/2007, “si deve concludere che il conto deve essere presentato dal soggetto incaricato (contabile di diritto) dall’ente, auspicabilmente con atto di carattere generale con l’indicazione del termine di durata e di cessazione (Sez. giur. reg. Umbria n. 86/1999), di esercitare le funzioni concernenti i diritti di azionista nelle società partecipate, ovvero comunque dal sog-

getto che in concreto abbia esercitato le funzioni in questione (contabile di fatto). Il conto va sottoscritto dall’agente contabile ed è sottoposto al visto di regolarità del responsabile del servizio finanziario, il quale attesta la corrispondenza con le scritture contabili dell’ente locale e la esaustività e regolarità della documentazione giustificativa” (Sez. giur. reg. Veneto n. 99/2019).

Inoltre, secondo ormai pacifica giurisprudenza, occorre che siano documentate, ai fini del giudizio di conto, le modalità di esercizio della gestione da parte delle società stesse e le modalità di applicazione delle direttive impartite da parte dei titolari delle azioni o partecipazioni pubbliche (Sez. giur. reg. Veneto n. 62/2012 e n. 99/2019).

Ciò premesso, in materia si richiamano anche le recenti ordinanze nn. 21 e 22/2022 della Sezione giurisdizionale per il Piemonte, con le quali detta sezione si è pronunciata “in via preliminare, su questioni giuridiche dalla cui soluzione discende l’esame e l’accertamento della regolarità in sede giurisdizionale di detta particolare tipologia di conto giudiziale”. Prendendo spunto dalla richiamata giurisprudenza di legittimità (Cass. S.U. ord. n. 7390/2007), la Sezione giurisdizionale Piemonte ha affrontato il profilo dell’individuazione dell’agente contabile in un’ottica più “attuale” del quadro normativo, tesa “a non ridurre la figura dell’agente contabile consegnatario di azioni al soggetto incaricato di custodire materialmente i titoli partecipativi” affermando che “Trattasi dell’unica soluzione coerente con quella pacificamente desumibile dal dato normativo e dalla giurisprudenza prevalente di legittimità e contabile [...] in ordine alla necessità di non limitare la giurisdizione di conto, quando ha per oggetto il maneggio o la custodia di titoli azionari o comunque partecipativi, al titolo originario nella sua materialità”.

Precisa, quindi, la Sezione giurisdizionale Piemonte che “se per strumenti finanziari non partecipativi il consegnatario sembra poter coincidere con il depositario materiale dei titoli stessi nel caso di titoli partecipativi il consegnatario non può che corrispondere con il soggetto che gestisce la partecipazione, ovvero colui che ha la delega dell’ente per l’esercizio dei diritti di socio”.

Invero, le richiamate ordinanze nn. 21 e 22/2022 della Sezione giurisdizionale Piemonte, emesse, si ribadisce, per la soluzione preliminare delle questioni interpretative afferenti la specifica tipologia di conti giudiziali di che trattasi, hanno affrontato anche il problema delle variazioni del valore dei titoli e degli utili o dividendi distribuiti, problema strettamente connesso all’individuazione del soggetto tenuto alla presentazione del conto giudiziale di azioni.

Infatti, nel redigere il conto, tramite la compilazione del modello 22, l’agente consegnatario deve elencare i titoli delle partecipazioni dell’ente locale esponendone la loro consistenza in quantità e valore all’inizio e alla fine dell’anno di riferimento, indicando nella sezione “Motivi delle variazioni” le variazioni

intervenute nel corso dell'esercizio, e ciò sia nel caso in cui i titoli abbiano natura documentale, che nel caso si tratti di titoli dematerializzati.

Secondo la “*visione tradizionale*”, il conto giudiziale reso dal consegnatario di azioni espone la consistenza delle partecipazioni all'inizio e alla fine dell'anno di riferimento, in quantità e al valore che, in assenza di specificazioni, si è ritenuto essere quello nominale; nella sezione “*Motivi delle variazioni*” sono indicate le variazioni intervenute nel corso dell'esercizio, riferite ad eventuali nuove acquisizioni o cessioni di partecipazioni.

Viceversa, il più recente orientamento giurisprudenziale supera il criterio del valore nominale delle azioni da riportare nel modello 22.

Si è al riguardo, affermato, infatti, che “*dare atto delle variazioni dei titoli necessariamente implica riconoscere la figura dell'agente contabile nel soggetto in grado di dare conto degli atti gestionali che dette variazioni hanno determinato, che porta ad individuare tale soggetto nell'organo o ufficio preposto alla gestione del servizio e al concreto esercizio nelle assemblee societarie del diritto di voto e degli altri diritti e facoltà di partecipazione societaria*”.

Viene dunque a prevalere l'aspetto della disponibilità giuridica delle azioni, più che l'aspetto della disponibilità materiale e affermata, dunque, la figura dell'agente contabile consegnatario di azioni nel soggetto che gestisce la partecipazione societaria ovvero nel soggetto che per delega dell'ente, esercita i diritti di socio. Ciò viepiù nell'attuale ordinamento del diritto societario il quale, a far data dalla riforma di cui al d.lgs. n. 6/2003, si basa sulla dematerializzazione dei titoli (v. Sez. giur. reg. Molise n. 53 /2018).

Circa, infine, il valore da indicare nel suddetto modello 22, questo collegio richiama il principio contabile n. 6.1.3 di cui all'allegato 4/3 d.lgs. n. 118/2011, secondo cui nel bilancio dell'ente le partecipazioni in società controllate e partecipate sono valutate in base al metodo del patrimonio netto di cui all'art. 2426, c. 4, c.c.

Si ricordano, anche, i principi in materia di bilancio consolidato, i quali prevedono, in ordine alla data di riferimento del bilancio della partecipata, il principio che “*Il metodo del patrimonio netto si applica utilizzando il bilancio approvato della partecipata, riferito alla stessa data del bilancio della partecipante. È, tuttavia, accettabile assumere un progetto di bilancio formalmente redatto dall'organo amministrativo della partecipata, qualora non sia ancora intervenuta l'approvazione da parte dell'assemblea*”.

La giurisprudenza contabile in materia ha, sul punto, precisato che la disciplina che regola la metodologia di valutazione delle partecipazioni al patrimonio netto, ha la finalità di consentire di prendere in considerazione nel bilancio del soggetto partecipante, le quote di utili o di perdite e tutte le altre variazioni del patrimonio netto della società partecipata. Con l'effetto che il valore originario della partecipazione viene sistematicamente rettificato per evidenziare i

risultati della gestione della partecipata: l'applicazione di tale metodo, coerente con il d.lgs. n. 118/2011, consente di evidenziare la situazione finanziaria reale e trasparente delle partecipazioni e della loro incidenza sul bilancio dell'ente (Sez. giur. reg. Piemonte, ord. nn. 21 e 22/2022).

\*\*\*

## Veneto

90 – Sezione controllo Regione Veneto; parere 3 aprile 2023; Pres. Locci, Rel. Mio; Comune di Spinea.

### **Contabilità regionale e degli enti locali – Proroga del termine di approvazione del bilancio di previsione – Divieto di assunzione di personale – Esclusione.**

D.l. 24 giugno 2016, n. 113, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2016, n. 160, misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio, art. 9, c. 1-*quinquies*; d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, art. 151.

*Il divieto di assunzione di personale a qualsiasi titolo, imposto dall'art. 9, c. 1-quinquies, d.l. n. 113/2016 agli enti locali che non rispettano il termine previsto per l'approvazione dei bilanci di previsione, non trova applicazione, in caso di proroga disposta dalla legge o da un decreto ministeriale, nel periodo intercorrente tra la scadenza ordinaria prevista dal Tuel per tale adempimento (31 dicembre dell'esercizio precedente a quello cui il bilancio si riferisce) e il termine successivo individuato dalla specifica disposizione di proroga. (1)*

(1) La pronuncia in epigrafe ricostruisce la disciplina che ha introdotto – in via derogatoria – proroghe ai termini di approvazione dei bilanci di previsione degli enti locali, in ragione delle condizioni emergenziali degli ultimi anni, coordinandola con il divieto previsto dall'art. 9, c. 1-*quinquies*, d.l. n. 113/2016, che impedisce le assunzioni di personale agli enti locali non in regola con le scadenze di approvazione dei documenti contabili. Al riguardo, la massima specifica che il rinvio ai termini previsti per l'adozione del bilancio di previsione deve intendersi come “dinamico” e, quindi, riferito a quello ordinario (31 dicembre dell'anno precedente a quello cui si riferisce il bilancio) o a quello successivo, ove siano intervenute proroghe normative dello stesso. In tale ultima ipotesi, l'ente locale che al 31 dicembre non abbia approvato il bilancio di previsione si ritroverà in esercizio provvisorio, ma non incorrerà nel divieto di assunzione di personale fino alla data successiva individuata dalla disposizione di proroga del termine ordinario. In linea con la massima v. Corte conti, Sez. autonomie, 10 dicembre 2021, n. 19, in questa *Rivista*, 2021, 6, 137.

La pronuncia riepiloga anche gli atti programmatici che si rendono necessari per procedere con le assunzioni, richiamando in particolare il Piano integrato delle attività e dell'organizzazione (Piao). A tale riguardo, va ricordato che, in base all'art. 11-*ter* l. n. 14/2023, gli enti locali, nelle more dell'approvazione del bilancio di previsione, possono aggiornare la sottosezione del Piao relativa alla programmazione del fabbisogno di personale al solo fine di procedere alle assunzio-

*Fatto* – Il Sindaco del Comune di Spinea (VE) ha inviato alla sezione una richiesta di parere avente il seguente oggetto “*Quesito sul divieto di assunzione previsto dall’art. 9, c. 1-quinquies, d.l. n. 113/2016 agli enti locali che non abbiano approvato il bilancio di previsione*”.

In punto di fatto il comune istante dichiara che la giunta comunale ha predisposto lo schema di bilancio di previsione 2023-2025, che il consiglio comunale non ha proceduto all’approvazione entro la data del 31 dicembre 2023, che alcune unità di personale cesseranno dal servizio, per dimissioni volontarie o pensionamento, nei prossimi mesi del primo semestre dell’anno 2023 e che nuove assunzioni di personale non andrebbero a gravare sulle finanze comunali in quanto mere sostituzioni di personale già cessato.

In punto di diritto il comune richiama l’art. 1, c. 775, l. 29 dicembre 2022, n. 197 di proroga del termine dei bilanci di previsione degli enti locali e l’art. 8 [rectius 9], c. 1-quinquies, d.l. 24 giugno 2016, n. 113 convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2016, n. 160, così come integrato dall’art. 7, c. 6, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2021, n. 113.

Alla luce di quanto esposto in punto di fatto e di diritto il comune chiede “*se l’ente possa procedere con l’assunzione di personale, a tempo indeterminato o determinato, in sostituzione di unità di personale che cesseranno il loro servizio entro il 30 giugno 2023 o comunque, entro la data ultima fissata dal Ministero o dal legislatore per l’approvazione del bilancio di previsione*”.

#### *Diritto – (Omissis)*

IV. Nel merito il comune istante chiede di conoscere se ad esso si applichi la disposizione sul divieto di assunzione, previsto dall’art. 9, c. 1-quinquies, d.l. n. 113/2016, in capo agli enti locali che non abbiano approvato il bilancio di previsione e, in caso di risposta negativa, se possa procedere con l’assunzione di personale, a tempo indeterminato o determinato, in sostituzione di unità di personale che cesseranno il loro servizio entro il 30 giugno 2023 o comunque, entro la data ultima fissata dal ministero o dal legislatore per l’approvazione del bilancio di previsione.

Quanto all’applicabilità del divieto si ricorda che la disposizione dell’art. 9, c. 1-quinquies, d.l. n. 113/2016 prevede che “*In caso di mancato rispetto dei termini previsti per l’approvazione dei bilanci di previsione, dei rendiconti e del bilancio consolidato, nonché di mancato invio, entro trenta giorni dal termine previsto per l’approvazione, dei relativi dati alla banca dati delle amministrazioni pubbliche di cui all’art. 13 della l. 31 dicembre 2009, n. 196, compresi*

*i dati aggregati per voce del piano dei conti integrato, gli enti territoriali, ferma restando per gli enti locali che non rispettano i termini per l’approvazione dei bilanci di previsione e dei rendiconti la procedura prevista dall’art. 141 del testo unico di cui al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, non possono procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo, con qualsivoglia tipologia contrattuale, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa e di somministrazione, anche con riferimento ai processi di stabilizzazione in atto, fino a quando non abbiano adempiuto*”.

L’art. 7, c. 6, d.l. n. 80/2021 ha aggiunto a detto comma il seguente periodo “*È fatto altresì divieto di stipulare contratti di servizio con soggetti privati che si configurino come elusivi della disposizione del precedente periodo. Gli enti di cui ai precedenti periodi possono comunque procedere alle assunzioni di personale a tempo determinato necessarie a garantire l’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, nonché l’esercizio delle funzioni di protezione civile, di polizia locale, di istruzione pubblica, inclusi i servizi, e del settore sociale nonché lo svolgimento delle funzioni fondamentali di cui all’art. 14, c. 27, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, nei comuni delle isole minori con popolazione fino a 10.000 abitanti, ove nell’anno precedente è stato registrato un numero di migranti sbarcati superiore almeno al triplo della popolazione residente, nel rispetto dei limiti di spesa previsti dalla normativa vigente in materia*”.

L’art. 1, c. 775, l. 29 dicembre 2022 n. 197 ha, infine, stabilito che “*in via eccezionale e limitatamente all’anno 2023, in considerazione del protrarsi degli effetti economici negativi della crisi ucraina, gli enti locali possono approvare il bilancio di previsione con l’applicazione della quota libera dell’avanzo, accertato con l’approvazione del rendiconto 2022. A tal fine il termine per l’approvazione del bilancio di previsione per il 2023 è differito al 30 aprile 2023*”.

Preliminarmente va affrontata la questione ermenutica concernente l’individuazione del termine di approvazione del bilancio di previsione decorso il quale l’ente incorre nel divieto di assunzione di personale.

Sul punto, seppur con riferimento alla diversa fattispecie dell’incentivo economico a favore dei dipendenti comunali per le attività connesse alla partecipazione del comune all’accertamento dei tributi erariali, si è espressa la Sezione autonomie di questa Corte nell’ambito della propria funzione nomofilattica (delib. 29 novembre 2021, n. 19/Qmig e 10 dicembre 2021), enunciando il seguente principio di diritto «*La locuzione “entro i termini stabiliti dal testo unico di cui al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267” contenuta nell’art. 1, c. 1091, l. n. 145/2018, si riferisce anche al diverso termine prorogato, per il bilancio di previsione, con legge o con decreto del Ministro dell’interno (ai sensi dell’art. 151, c. 1, ultimo periodo, Tuel) e, per il rendiconto, con legge*».

---

ni di personale con contratto di lavoro a tempo determinato, nel rispetto degli stanziamenti di bilancio e delle regole per l’impegno di somme durante l’esercizio provvisorio. [A.M. QUAGLINI]

La Sezione autonomie ha così motivato «*La soluzione della questione rimessa alla valutazione di questa sezione richiede preliminarmente di precisare la portata del rinvio alla norma del Tuel che prevede, in via generale, i termini di approvazione del bilancio di previsione (art. 151, c. 1), operato dalla norma di cui all'art. 1, c. 1091, l. n. 145/2018. Orbene, l'art. 151, c. 1, Tuel, nel fissare per il bilancio di previsione il termine ordinario di approvazione al 31 dicembre, contestualmente prevede la possibilità che questo possa essere differito al ricorrere di giustificate ragioni. Al di là della presunzione generale favorevole alla natura formale dei rinvii normativi generici (la regola che vuole che nella generalità dei casi il rinvio sia considerato "mobile" è stata affermata anche dalla Corte costituzionale nella sent. n. 311/1993), il riferimento all'interpretazione letterale appare come il criterio orientativo da adottarsi nel caso specifico. La tesi secondo la quale l'art. 1, c. 1091, si riferisce esclusivamente al termine del 31 dicembre – sostenuta dalle pronunce più sopra richiamate – implicherebbe che esso operi un rinvio alla sola prima parte dell'art. 151, c. 1, Tuel, secondo un'interpretazione che, ad avviso di questa sezione, deve essere rivista nel senso che il dettato normativo non appare frazionabile in mancanza di un riferimento esplicito della norma che opera il rinvio».*

Il collegio ritiene che l'iter motivazionale sopra espresso possa trovare applicazione anche alla fattispecie ora in esame e che, pertanto, fino alla scadenza del termine prorogato di approvazione del bilancio di previsione, il comune istante non incorrerà nel divieto di assunzione di personale previsto dalla disposizione dell'art. 9, c. 1-*quinquies*, d.l. n. 113/2016 in quanto si troverà nella diversa situazione di esercizio provvisorio, disciplinato dall'art. 163 Tuel.

Con riferimento alla possibilità per l'ente di procedere con l'assunzione di personale, a tempo indeterminato o determinato, in sostituzione di unità di personale che cesseranno il loro servizio entro il 30 giugno 2023 o comunque, entro la data ultima fissata dal ministero o dal legislatore per l'approvazione del bilancio di previsione si premette quanto segue.

La Corte dei conti ha costantemente sottolineato l'importanza della tempestività nella adozione degli atti di programmazione da parte degli enti locali ai fini del corretto esplicarsi del ciclo del bilancio (cfr., Sez. autonomie n. 2/2022/Inpr; n. 14/2017/Inpr; n. 9/2016/Inpr; n. 18/2014/Inpr e n. 23/2013/Inpr).

Con la deliberazione n. 18/2014/Inpr, la Sezione delle autonomie, ha rappresentato le implicazioni negative derivanti dal reiterato slittamento del termine per l'approvazione del bilancio preventivo di seguito elencate: «*criticità nel riferire la gestione finanziaria in esercizio provvisorio agli stanziamenti di spesa dell'anno precedente in presenza di manovre di riduzione delle risorse e della spesa (in ultimo il d.l. 24 aprile 2014, n. 66 recante "Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale", attualmente non ancora convertito in legge); impatto negativo sugli*

*equilibri di competenza e di cassa, quest'ultimo connesso anche al ritardo nella riscossione dei tributi propri; difficoltà di approvare efficaci manovre finanziarie finalizzate alla razionalizzazione e riduzione della spesa, ad esercizio finanziario inoltrato; disagi per i cittadini e conseguenze sfavorevoli per la finanza dell'ente per effetto del ritardo nella determinazione delle aliquote, riduzioni ed esenzioni dei tributi o dei costi dei servizi; difficoltà nell'adozione delle azioni di riequilibrio per quegli enti che hanno presentato nell'esercizio precedente disavanzo di amministrazione e/o di gestione, nonché nel perfezionamento di eventuali piani di riequilibrio finanziario pluriennale; problematicità nei processi di riconoscimento e finanziamento di debiti fuori bilancio accertati o in corso di formazione; difficoltà di attivare, in assenza dello strumento autorizzatorio, fonti di finanziamento nazionali e comunitarie da destinare ad interventi di investimento, con il conseguente rischio di dover rinunciare ai conferimenti assegnati; mancata approvazione del Piano esecutivo di gestione, con riflessi negativi sugli aspetti connessi alla valutazione della performance della dirigenza e del personale degli enti».*

La medesima Sezione delle autonomie ha, altresì, ribadito «*la necessità che gli enti si dotino di strumenti provvisori di indirizzo e di programmazione finanziaria e operativa (quali ad esempio il Piano esecutivo di gestione provvisorio e/o direttive vincolanti degli organi di governo) al fine di sopperire all'assenza, all'inizio dell'esercizio, degli strumenti di programmazione previsti dall'ordinamento. Ciò deve consentire di raggiungere i principali obiettivi sopra richiamati, in attesa della definitiva approvazione del bilancio di previsione. È quindi da evitare una gestione in esercizio provvisorio "al buio", carente, cioè, di indirizzi approvati dai competenti organi di governo».*

Come già esposto poc'anzi, fino al 30 aprile 2023 (termine di approvazione del bilancio di previsione ex art. 1, c. 775, l. n. 197/2022) il comune istante, qualora non approvasse, nelle more, il bilancio di previsione, si troverebbe in esercizio provvisorio ex art. 163 Tuel e non incorrerebbe nel divieto di assunzione di personale.

Il collegio ritiene, comunque, necessario precisare che l'assunzione di personale sarà consentita solo nei limiti previsti dalla normativa vigente in materia.

In particolare, come affermato da questa sezione con riferimento al Piano triennale dei fabbisogni di personale, ora confluito nel Piano integrato delle attività e dell'organizzazione (Piao) «*Il combinato disposto del citato art. 6 con il successivo art. 35, c. 4, d.lgs. n. 165/2001 e s.m.i. – a mente del quale tutte le "determinazioni relative all'avvio delle procedure di reclutamento sono adottate [...] sulla base del Piano triennale dei fabbisogni" – attribuisce, infatti, a tale provvedimento la natura di condicio sine qua non per ogni eventuale procedura assunzionale di personale nella pubblica amministrazione, indipendentemente*

dalle modalità di acquisizione» (Sez. contr. Veneto n. 113/2019/Par).

In relazione a quest'ultimo punto si evidenzia, infine, che l'art. 11-ter della l. 24 febbraio 2023, n. 14 *“Conversione in legge con modificazioni d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, recante disposizioni urgenti in materia di termini legislativi. Proroga di termini per l'esercizio di deleghe legislative”* ha previsto che *«All'art. 6, c. 7, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2021, n. 113, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: “In caso di differimento del termine previsto a legislazione vigente per l'approvazione del bilancio, gli enti locali, nelle more dell'approvazione del Piano, possono aggiornare la sottosezione relativa alla programmazione del fabbisogno di personale al solo fine di procedere, compatibilmente con gli stanziamenti di bilancio e nel rispetto delle regole per l'assunzione degli impegni di spesa durante l'esercizio provvisorio, alle assunzioni di personale con contratto di lavoro a tempo determinato ai sensi dell'art. 9, c. 1-quinquies, ultimo periodo, d.l. 24 giugno 2016, n. 113, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2016, n. 160».*

\* \* \*

## GIURISDIZIONE

### Sezione I centrale d'appello

107 – Sezione I centrale d'appello; sentenza 16 marzo 2023; Pres. Chiappiniello, Est. Laino; P.M. Iadecola; M.D. e altro c. Proc. gen.

*Conferma Corte conti, Sez. giur. reg. Toscana, 27 aprile 2021, n. 177.*

**Processo contabile – Imposta di soggiorno – Norma sopravvenuta di estensione della qualifica di responsabile di imposta a casi pregressi – Natura di interpretazione autentica – Sussistenza – Perpetuatio iurisdictionis – Esclusione – Preclusioni processuali alla sua deducibilità – Esclusione.**

C.g.c., artt. 13, 15, 193; d.lgs. 14 marzo 2021, n. 23, disposizioni in materia di federalismo fiscale municipale, art. 4; d.l. 21 ottobre 2021, n. 146, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2021, n. 215, misure urgenti in materia economica e fiscale, a tutela del lavoro e per esigenze indifferibili, art. 5-quinquies.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Rapporto di servizio tra gestore di struttura ricettiva e comune – Sussistenza – Modifiche normative – Rilevanza – Esclusione.**

C.g.c., art. 1; d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19, art. 18; d.lgs. 14 marzo 2021, n. 23, art. 4; d.l. 21 ottobre 2021, n. 146, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2021, n. 215, art. 5-quinquies.

*La disposizione di cui all'art. 5-quinquies d.l. n. 146/2021, che estende l'attribuzione della qualifica di responsabile del pagamento dell'imposta di soggiorno al gestore della struttura ricettiva anche ai casi verificatisi prima del 19 maggio 2020, ha natura di interpretazione autentica e non di modifica normativa; ne consegue l'inapplicabilità del principio della "perpetuatio iurisdictionis" che cristallizza il quadro normativo allo stato di fatto e di diritto al momento della proposizione della domanda e la possibilità di dedurre l'applicazione in ogni stato e grado del giudizio, non operando le preclusioni di cui agli artt. 13, 15 e 193 c.g.c.*

*Le modifiche normative di cui agli artt. 18 d.l. n. 34/2020 e 5 d.l. n. 146/2021 non hanno riguardato la sussistenza del rapporto di servizio tra responsabile della struttura ricettiva e comune, discendente dagli ulteriori adempimenti gravanti sui suddetti gestori ai sensi della normativa di settore e dei regolamenti comunali.*

119 – Sezione I centrale d'appello; sentenza 23 marzo 2023; Pres. Chiappiniello, Est. Bussi; *Omissis* c. Inps. *Conferma Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 23 luglio 2020, n. 309.*

**Processo pensionistico – Appello – Motivi riguardanti questioni di fatto – Questioni medico-legali – Ammissibilità del gravame – Limiti.**

C.g.c., art. 170, c. 1.

*I motivi di appello in materia pensionistica non possono avere ad oggetto questioni di fatto, tra cui rientrano anche i profili riguardanti la valutazione medico-legale delle patologie; ne consegue l'inammissibilità del gravame, a meno che la motivazione della decisione impugnata evidenzii lacune non emendabili, quali la motivazione apparente e la carenza di motivazione.*

\*\*\*

### Sezione II centrale d'appello

57 – Sezione II centrale d'appello; sentenza 13 marzo 2023; Pres. Loreto, Est. Chesta, P.M. Martina; A.C. e altri c. Proc. gen.

*Riforma parzialmente Corte conti, Sez. giur. reg. Campania, 21 aprile 2021, n. 404.*

**Processo contabile – Citazione a giudizio – Notificazione – Termine – Perentorietà – Esclusione – Analogia con la disciplina della riassunzione del giudizio sospeso o interrotto – Esclusione.**

C.g.c., artt. 43, c. 2, 88, c. 2, 107, c. 1, 109, c. 3.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Amministratori comunali – Indebita erogazione di emolumenti per un progetto di recupero dell'evasione dei tributi comunali – Prescrizione – Dies a quo – Occultamento doloso del danno – Dalla data della deminutio patrimonii – Impedimento giuridico alla conoscibilità del fatto illecito – Slittamento – Esclusione.**

C.c., art. 2935; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1, c. 2.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Unione di comuni – Amministratori, revisori e dipendenti comunali – Tassa per il servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani (Tarsu) – Indebita erogazione di emolumenti aggiuntivi per il recupero dell'evasione – Assenza di previsione legislativa – Tipicità delle fonti di previsione dei compensi incentivanti – Sussistenza – Disposizione derogatoria per il personale delle unioni di comuni – Esclusione – Fattispecie.**

D.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, istituzione dell'imposta regionale sulle attività produttive, revisione degli scaglioni, delle aliquote e delle detrazioni dell'Irpef e istituzione di una addizionale regionale a tale imposta, nonché riordino della disciplina dei tributi locali, art. 59, c. 1, lett. p); d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, disposizioni in materia di enti locali, art. 239, c. 1, lett. b) e d); d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, art. 41, c. 6; l. 30 di-

cembre 2004, n. 311, disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, art. 1, c. 557.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Riparazione del danno – Commisurazione del danno all'entità delle somme percepite per il medesimo titolo – Esclusione.**

L. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1.

*I termini previsti dal codice di giustizia contabile in generale, in assenza di specifiche disposizioni di legge, ivi contenute, che ne statuiscano la perentorietà, sono ordinatori, con conseguente inapplicabilità della sanzione di nullità nel caso di loro violazione; ne consegue che non è applicabile all'atto di citazione in giudizio la sanzione prevista in tema di riassunzione del giudizio sospeso o interrotto, la cui disciplina prevede, invece, la perentorietà del termine per tale incombente a carico della parte cui spetta rinnovare la citazione, proseguire, integrare o riassumere il giudizio.*

*La difficoltà per il procuratore contabile di acquisire la documentazione utile alle indagini non costituisce un impedimento giuridico idoneo a procrastinare il decorso del termine prescrizione, che inizia dal pagamento degli indebiti compensi, né è necessaria l'approvazione del rendiconto comunale per rendere effettivo il documento derivante dall'indebita erogazione di emolumenti aggiuntivi a personale comunale per un progetto di recupero dell'evasione fiscale.*

*Costituisce danno erariale l'erogazione di compensi incentivanti ai dipendenti comunali per lo svolgimento di un progetto di recupero dell'evasione dei tributi locali e il mancato rilievo dell'illegittimità da parte del revisore dei conti; infatti, atteso il principio dell'onnicomprendività della retribuzione dei dipendenti pubblici e della necessità di esplicite previsioni legislative in tal senso, recepite dalla contrattazione collettiva, il compenso erogato a titolo di retribuzione ordinaria copre anche tutte le ulteriori attività svolte dal personale; al riguardo, non costituisce disposizione derogatoria il principio per il quale le unioni di comuni possono servirsi dell'attività lavorativa di dipendenti a tempo pieno di altre amministrazioni locali purché autorizzati dall'amministrazione di provenienza, poiché la norma nulla prevede circa eventuali emolumenti aggiuntivi (nella specie, è stata ritenuta la responsabilità del Presidente della giunta unionale, degli assessori, del segretario e di due funzionari per l'erogazione indebita di compensi incentivanti in favore di dipendenti dell'ente, per il recupero dell'evasione Tarsu).*

*Nel caso di illegittima percezione di incentivi retributivi non previsti da fonti legislative, il danno va commisurato all'effettivo contributo causale di ciascun agente alla produzione del danno e non all'entità delle somme percepite.*

75 – Sezione II centrale d'appello; sentenza 27 marzo 2023; Pres. Loreto, Est. Razzano, P.M. Corsetti; F.F. ed altri c. Proc. gen.

*Riforma parzialmente Corte conti, Sez. giur. reg. Liguria, 12 marzo 2019, n. 41.*

**Giurisdizione e competenza – Danno indiretto – Nozione di fatto dannoso – Competenza territoriale – Luogo nel quale è avvenuto il fatto generatore della perdita patrimoniale della pubblica amministrazione.**

Cost., art. 28; c.g.c., art. 1, c. 1, lett. b).

**Notificazione e comunicazione di atti – Notificazione – Atto di citazione – Domicilio eletto nella fase preprocessuale – Rilevanza – Sussistenza – Necessità di valida procura ad litem – Esclusione.**

C.g.c., artt. 29, 88, c. 5.

**Prescrizione e decadenza – Danno indiretto – Prescrizione – Termine iniziale – Dalla data del pagamento.**

C.c., art. 2935.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Accertamento della causalità materiale e giuridica – Necessità – Sussistenza – Nozione.**

C.p., artt. 40 e 41; c.c., art. 1223; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1.

**Processo contabile – Sentenza penale di non doversi procedere per essere il reato estinto per prescrizione – Efficacia nel giudizio contabile – Esclusione.**

C.p.p., art. 652; c.c., artt. 2043, 2729; Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, art. 6, c. 2; l. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Agenti e funzionari di Polizia – Condanna in sede penale al pagamento delle provvisionali, spese di giudizio e spese relative al patrocinio gratuito – Condotte costituenti reato – Elemento soggettivo doloso – Sussiste.**

L. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Solidarietà passiva – Distinzione dalla solidarietà civilistica – Sussistenza – Differenza dal concorso e dalla cooperazione colposa di persone nel reato – Sussiste.**

C.c., artt. 1292, 2055; c.p., artt. 110, 113; c.g.c., l. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1, c. 1-*quinquies*.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Danno indiretto – Quantificazione – Ritenute fiscali e previdenziali – Vantaggi in favore delle amministrazioni o della comunità amministrata – Esclusione.**

L. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1, c. 1-*bis*.

*Il "fatto dannoso" rilevante ai fini della determinazione della competenza territoriale, nel caso del c.d. danno indiretto, è il fatto illecito foriero della responsabilità patrimoniale della pubblica amministrazione nei confronti del soggetto terzo leso dal comportamento del pubblico dipendente; ne consegue che la*

competenza territoriale si radica nel luogo nel quale detto comportamento illecito si è verificato, indipendentemente da quello del risarcimento al terzo.

Nel caso di elezione di domicilio effettuata dal convenuto durante la fase preprocessuale, l'atto di citazione è validamente notificato nel domicilio eletto, indipendentemente dal rilascio di una valida procura ad litem; infatti, il codice di giustizia contabile ha previsto che il criterio del luogo ove l'indagato ha eletto domicilio sia prevalente rispetto alla residenza anagrafica, che costituisce un criterio meramente sussidiario.

Nel caso di danno indiretto, il termine del decorso della prescrizione va individuato nella data del pagamento da parte della pubblica amministrazione danneggiata o dall'amministrazione d'appartenenza condannata quale responsabile civile, indipendentemente dal passaggio in giudicato della sentenza che stabilisce il risarcimento del danno, posto che le sentenze civili, nonché le statuizioni civili delle sentenze penali, da ritenersi meri presupposti processuali, sono immediatamente esecutive, salva la ripetizione dell'indebito nel caso di caducazione del titolo, cosicché ancorare il decorso del termine prescrizione al suo passaggio in giudicato equivale a reintrodurre la pregiudiziale civile o penale, in antitesi con il principio di autonomia e separatezza dei vari processi.

Al fine della verifica della sussistenza del nesso eziologico tra condotta dannosa e obbligo risarcitorio, nell'ambito del c.d. "danno indiretto", occorre valutare sia la causalità materiale, con i principi desunti dal diritto penale, sia quella giuridica, sulla sussistenza del nesso tra la condotta pregiudizievole e i suoi effetti, tra cui rientra la soccombenza in giudizio dell'amministrazione e il conseguente risarcimento del danno ai terzi lesi dalle condotte antiggiuridiche tenute dai soggetti in rapporto di dipendenza dalla pubblica amministrazione.

La pronuncia di assoluzione in sede penale, pronunciata a seguito di dibattimento, per essere il reato estinto per prescrizione non vincola il giudice contabile, atteso che non accerta la commissione o meno del fatto; pertanto, in base al principio di autonomia dei giudizi, il giudice contabile deve procedere all'accertamento della condotta dannosa, tramite l'esame degli elementi costitutivi dell'illecito erariale e non di quelli del fatto-reato, del quale è chiamato a valutare esclusivamente gli effetti giuridici, tra i quali può esservi la produzione di un danno erariale con conseguente suo risarcimento; pertanto, la pronuncia di condanna per danno erariale non pone in discussione la "presunzione di non colpevolezza" sancita dall'art. 6 par. 2 Cedu, neppure qualora il giudice contabile abbia utilizzato gli elementi di prova del processo penale, dai quali abbia inferito, anche mediante una valutazione degli indizi, l'imputabilità del danno all'agente pubblico.

Sussiste la responsabilità amministrativa contabile di funzionari e agenti pubblici che siano stati condannati, in sede penale, per reati di violenza a danno di terzi, con conseguente condanna del Ministero

dell'interno al pagamento di provvisionali in favore delle parti civili nonché all'anticipazione delle spese processuali e del patrocinio gratuito da parte del Ministero della giustizia (in motivazione si precisa che deve ritenersi che le condotte sono connotate da dolo, almeno eventuale, essendosi gli agenti rappresentati, anche in termini di accettazione del rischio, le conseguenze della violazione degli obblighi di servizio).

Il vincolo solidale che astringe più soggetti che, con condotte concorrenti, cagionino un danno erariale si distingue sia dalla solidarietà civilistica sia dal concorso di persone nel reato o dalla cooperazione colposa previsti dal codice penale; sotto il primo aspetto, la solidarietà passiva non presuppone l'unicità del titolo da cui nasce l'obbligazione soggettivamente complessa, mentre sotto il secondo profilo l'obbligazione risarcitoria erariale prescinde dalla consapevolezza dell'altrui contributo causale, presentando indubbi elementi di specialità, nell'ottica di una maggiore garanzia di adempimento e di ripristino dell'integrità patrimoniale a favore del soggetto pubblico danneggiato.

Il danno indiretto subito dalla pubblica amministrazione postula l'integrale risarcimento della diminuzione patrimoniale patita, ne consegue che non possono essere decurtati dal quantum debeatur le ritenute fiscali o previdenziali operate dal sostituto di imposta o versate dal contribuente, in assenza di identità soggettiva e oggettiva, del fatto generatore del danno.

90 – Sezione II centrale d'appello; sentenza 3 aprile 2023; Pres. Acanfora, Est. Razzano, P.M. Tomassini; Omissis s.a.s. e altro c. Proc. gen. Conferma Corte conti, Sez. giur. reg. Calabria, 20 maggio 2021, n. 175.

**Unione europea – Finanziamenti pubblici – Irregolarità della documentazione presentata – Illegittimità dei finanziamenti – Frode e irregolarità – Nozione – Realizzazione totale o parziale dell'opera finanziata – Irrilevanza.**

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1; Convenzione elaborata in base all'articolo K.3 del Trattato sull'Unione europea relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, art. 2, c. 2; l. 29 settembre 2000, n. 300, ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'articolo K. 3 del Trattato dell'Unione europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o



degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della Convenzione Ocse sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997. Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica, art. 1.

*Il conseguimento di finanziamenti pubblici di derivazione comunitaria va considerato indebito qualora sia connotato da irregolarità, totale o parziale, della documentazione allegata, infatti, la normativa comunitaria, recepita da quella interna, adotta un concetto di irregolarità più ampio di quello interno, incentrata sul concetto di qualsiasi violazione del diritto comunitario che abbia o possa avere, quale conseguenza, un pregiudizio al bilancio comunitario attraverso la diminuzione o la soppressione di entrate provenienti da risorse proprie percepite direttamente per conto della Comunità o a causa di una spesa indebita; all'interno del concetto di irregolarità rientra quello della "frode", che è un'irregolarità connotata dall'intenzionalità della condotta, pertanto, qualora venga accertata la discrepanza tra la documentazione fornita e le attestazioni del percipiente e la realtà fattuale, il finanziamento va considerato illecito, e conseguito a seguito di frode ai danni dell'Unione europea, indipendentemente dalla totale o parziale realizzazione dell'opera finanziata.*

\* \* \*

### Sezione III centrale d'appello

183 – Sezione III centrale d'appello; sentenza 13 aprile 2023; Pres. Zuccheretti, Est. Comite, P.M. Tomasini; G.G. e altri c. Proc. gen.

*Riforma parzialmente Corte conti, Sez. giur. reg. Calabria, 23 dicembre 2019, n. 569.*

**Contabilità regionale e degli enti locali – Gruppi consiliari – Fondi destinati ai gruppi consiliari – Rendicontazione – Irregolarità – Corte dei conti – Controllo di regolarità della sezione regionale – Omessa o tardiva impugnazione della deliberazione di irregolarità – Obbligo di restituzione – Sussiste.**

D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, art. 243-*quater*; d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con modificazioni dalla l. 7 dicembre 2012, n. 213, disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012, art. 1, cc. 9 ss.

**Corte dei conti – Deliberazioni delle sezioni regionali di controllo – Identità concettuale con l'atto amministrativo – Esclusione – Giudicato contabile – Operatività.**

C.c., art. 2909; d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 243-*quater*; d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, art. 1, cc. 9 ss.

*Non è ravvisabile un profilo di immunità costituzionalmente garantita in capo agli organi regionali, come l'Ufficio di Presidenza, quale organo di gestione, avendo anch'essi l'obbligo di rispettare il vincolo di destinazione dei contributi erogati ai gruppi consiliari, vincolo che impone, ai gruppi consiliari che non hanno impugnato la deliberazione della sezione regionale di controllo o la cui impugnazione è stata dichiarata inammissibile perché tardiva, la restituzione al bilancio regionale delle somme dichiarate irregolari, senza possibilità alcuna di rimedi alternativi-elusivi.*

*Esclusa qualsivoglia identità concettuale tra deliberazione della sezione regionale di controllo e atto amministrativo, il giudicato contabile opera solo inter partes ex 2909 c.c., cosicché sono eccezionali i casi di giudicato amministrativo con effetti ultra partes, i quali si giustificano solo grazie all'inscindibilità degli effetti dell'atto o all'inscindibilità del vizio dedotto. (1)*

*Ragioni del decidere* – 1. In quanto proposte separatamente contro la stessa sentenza le impugnative devono riunirsi in un solo processo, ex art. 184, c. 1, c.g.c., al fine di emanare un unitario provvedimento giurisdizionale.

2. Ciò premesso, i gravami delle parti private, contenenti, pur nella diversità dei ruoli, contestazioni sostanzialmente sovrapponibili sono da disaminare congiuntamente e parzialmente da accogliere relativamente al profilo del *quantum* da ristorare; l'appello incidentale del Procuratore regionale è, invece, da disattendere.

2.1. Riguardo alle condotte alle quali è riconducibile causalmente la posta di danno di euro 531.106,77, unico pregiudizio di cui è stata riconosciuta l'ontologica esistenza dalla prima sentenza, per via dell'inadempimento – asseccato con la delibera, ritenuta inescusabile, n. 36 del 10 giugno 2015, dell'Ufficio di Presidenza del consiglio regionale – all'obbligo restitutorio imposto dai cc. 11 e 12 dell'art. 1 d.l. n. 174/2012, si impongono i chiarimenti del collegio a comprova delle affermate responsabilità. La sezione, invero, è tenuta a prendere posizione sulle tesi argomentative sviluppate dagli odierni appellanti, quanto alla permeabilità della delibera n. 36/2015 da esimente politica (aspetto che affiora negli atti difensivi dei consiglieri regionali); alla legittima (ma in termini opinabili) sterilizzazione (presente in tutti gli atti gravatori) dell'obbligo restitutorio della contribuzione pubblica, fruita per spese dichiarate irregolari per il personale a progetto di taluni gruppi consiliari, indotta *ex ante*, attraverso l'estensione degli

(1) Segue la nota di L. Iocca, *La giustiziabilità delle deliberazioni di controllo sui rendiconti dei gruppi consiliari e il giudicato delle Sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione.*

effetti e, quindi, dei principi affermati in sentenze passate in giudicato delle Sezioni riunite ovvero con una rivisitazione delle spese medesime in applicazione di principi di “equità”, *ex post* (in sede di giudizio), con l’applicazione dell’istituto della compensazione, previsto al novellato art. 7 l. reg. Calabria n. 13/2002, “sussistendo un importo complessivo e capiente di euro 966.605,81 per poterla operare”, operazione che renderebbe la delibera improduttiva di effetti negativi sulla situazione patrimoniale complessiva dell’ente regione; al valore da assegnare alle deliberazioni delle sezioni regionali di controllo, in particolare alla delib. n. 26/2014, da taluni degli appellanti ritenuta inidonea a produrre effetti giuridici, anche di tipo risarcitorio, in quanto adottata in “difetto di attribuzione”; al significato da attribuire, ai fini dell’eventuale esclusione dell’elemento soggettivo, al parere reso dal dirigente del Servizio legale della Regione Calabria. Si tratta di aspetti decisivi, la cui soluzione nel senso auspicato dagli appellanti potrebbe far venire meno i presupposti della responsabilità erariale.

Orbene, senza addentrarsi in categorie definitorie non richieste dal tema, anche in ragione della circostanza che i ripetuti interventi in sede giurisprudenziale sono privi di univocità, nella giurisprudenza costituzionale prevale una teoria mista che vede i gruppi consiliari quali soggetti associativi privati, chiara proiezione dei partiti politici, e insieme pubblici, laddove si consideri il profilo dell’esercizio delle funzioni istituzionali all’interno del consiglio regionale, rese fattibili dalle risorse finanziarie assegnate a quest’ultimo a carico del bilancio regionale (Corte cost. n. 39/2014). Si tratta, pertanto, di una realtà multiforme e complessa di natura pubblicistica e privatistica insieme, conoscibile, quanto ai risvolti delle condotte gestorie, anche dal giudice contabile nelle sue differenti espressioni funzionali. Invero, in quanto organi strumentali all’attività deliberativa dell’Assemblea regionale, l’approvvigionamento ai gruppi regionali di risorse pubbliche è giustificato dalla necessità di consentire a “ogni consigliere di concorrere all’espletamento delle molteplici e complesse funzioni attribuite al consiglio regionale” (Corte cost. n. 1130/1988), quindi dalle funzioni di rilievo pubblicistico che gli stessi sono chiamati ad assolvere (Corte conti, Sez. riun. n. 30/2014), in cui però non resta insensibile, perciò sullo sfondo, l’eventuale sottrazione delle stesse a detti fini, circostanza che ha indotto il legislatore a introdurre il sindacato della Corte dei conti nella verifica dell’effettivo utilizzo (c.d. inerenza) della contribuzione pubblica.

Perciò, il potere di spesa dei gruppi consiliari non resta, a motivo della natura delle risorse, privo di conseguenze, anche perché “nel sistema costituzionale non vi è potere senza responsabilità” (Cass. n. 2370/2023). A tale stregua, il d.l. n. 174/2012, convertito dalla l. n. 213/2012, all’art. 1, cc. 9, 10, 11 e 12 ha introdotto il potere di verifica delle sezioni regionali di controllo sui rendiconti dei gruppi consiliari regionali, con l’intento di rafforzare il coordinamento della

finanza pubblica statale con quella regionale. In breve, il c. 9 dispone che “Ciascun gruppo consiliare dei consigli regionali approva un rendiconto di esercizio annuale”, finalizzato ad assicurare la corretta rilevazione dei fatti gestori unitamente alla regolare tenuta della contabilità; i cc. 10, 11 e 12 disciplinano, invece, la procedura di esame del rendiconto da parte della sezione regionale di controllo e le conseguenze dell’accertamento e della dichiarazione di non regolarità delle spese in esso rappresentate.

La Consulta con la sentenza n. 39/2014 ha chiarito che “il rendiconto delle spese dei gruppi consiliari costituisce parte necessaria del rendiconto regionale, nella misura in cui le somme di tali gruppi acquisite e quelle restituite devono essere conciliate con le risultanze del bilancio regionale”.

L’obbligo restitutorio, previsto quale necessaria conseguenza di legge all’esito di quanto accertato dalle sezioni regionali di controllo, ha come finalità quella di garantire l’equilibrio di bilancio, congiuntamente a quella di ripristinare l’equilibrio stesso, ove lesa da spese non adeguatamente documentate (profilo della veridicità), non riferibili alle finalità istituzionali dei gruppi o irragionevoli (con riferimento alla entità e proporzionalità), per ciò stesso suscettibili di inficiare la regolarità del rendiconto.

Per detta ragione, l’art. 1 d.l. n. 174/2012 ha previsto che la competente sezione regionale di controllo si pronunci sulla regolarità contabile del rendiconto, ascrivendolo nell’ambito dei controlli di carattere esterno, svolti da un organo magistratuale terzo e neutrale, sulla sana gestione finanziaria delle regioni. La Consulta, a tal riguardo, ha affermato che “le attribuzioni della Corte dei conti in tema di controllo sulla gestione finanziaria delle amministrazioni pubbliche trovano fondamento [...] oltre che nell’art. 100, c. 2, Cost. [...], nella tutela del principio del buon andamento dell’amministrazione (art. 97, c. 1), della responsabilità dei funzionari pubblici (art. 28 Cost.), del tendenziale equilibrio di bilancio (art. 81 Cost.) e del coordinamento della finanza regionale con quella dello Stato, delle province e dei comuni (art. 119 Cost.), cioè di principi che sono anch’essi riferiti a tutti gli enti che fanno parte della finanza pubblica allargata” (sent. n. 39/2014).

I parametri e criteri ai quali deve conformarsi l’attività di verifica delle sezioni regionali di controllo sono contenuti nelle linee guida approvate, in attuazione delle prescrizioni di cui all’art. 1, c. 9 ss. d.l. n. 174/2012, dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, recepite con d.p.c.m. del 21 dicembre 2012.

I singoli criteri e parametri enucleati dal suddetto d.p.c.m. integrano il presupposto per l’esercizio del controllo intestato alle sezioni regionali, trattandosi di regole tecniche volte a soddisfare esigenze di omogeneità nella redazione dei rendiconti dei gruppi (Corte cost. sent. n. 39/2014). In sintesi, alle sezioni regionali di controllo resta precluso il sindacato di merito delle

scelte discrezionali rimesse all'autonomia politica dei gruppi; tuttavia, poiché afferente all'aspetto sostanziale dell'attinenza delle spese alle funzioni istituzionali svolte, la verifica della Corte dei conti è volta al riscontro della coerenza delle stesse con le finalità previste dalla legge (Corte cost. n. 263/2014). La materia del finanziamento dei gruppi consiliari regionali rinvia disciplina nella l. reg. Calabria n. 13/2002, nel testo vigente al tempo dei fatti, in cui il procedimento di controllo si risolveva essenzialmente con una sorta di "autoliquidazione responsabilizzante".

In breve, essa prevede(va) l'intervento del consiglio regionale al fine di assicurare, ai gruppi consiliari, con spesa a carico del proprio bilancio, il personale e i mezzi necessari all'assolvimento delle loro funzioni nei limiti di quanto previsto dallo statuto e dalla legge (art. 1); il divieto di finanziamento per attività estranee alle finalità dei gruppi (art. 5); il divieto di utilizzazione dei contributi pubblici per il finanziamento di attività estranee ai gruppi e alle loro finalità; l'obbligo di presentare, entro il 31 marzo di ogni anno, una nota ripilogativa delle spese inerenti effettivamente sostenute nell'anno precedente, perciò effettuate con i fondi consiliari. Con l'entrata in vigore del d.l. n. 174/2012, la disciplina nazionale ha integrato la fonte regionale, introducendo, tra l'altro, il controllo delle sezioni regionali.

Alla stregua di tale ordito disciplinare, come interpretato dal giudice delle leggi e dalle Sezioni riunite in composizione speciale, può affermarsi che le condotte tenute dall'Ufficio di Presidenza ed esitate nella delibera n. 36/2015, in quanto incidenti sulla missione pubblica del finanziamento assegnato ai gruppi consiliari, sono espressione non di attività di indirizzo politico, bensì di attività di gestione, essendo il suindicato Ufficio, pur composto da consiglieri regionali, organo di gestione del Consiglio regionale della Calabria, come evincibile, tra l'altro, dall'art. 11, del Regolamento interno approvato con delibera n. 5 del 27 maggio 2005.

Difatti, l'Ufficio di Presidenza propone al consiglio il bilancio di previsione e il rendiconto annuale, oltre ad amministrare i fondi assegnati per il funzionamento del consiglio medesimo, provvede all'organizzazione e alla disciplina dell'attività degli uffici del consiglio e adotta i provvedimenti di propria competenza relativi al personale; provvede alle necessità dei gruppi consiliari adottando il modello di rendiconto e determinando in concreto l'ammontare dei contributi; una volta ricevuta la segnalazione delle irregolarità nella spendita dei contributi, deve esso stesso procedere all'applicazione delle misure correttive previste dalla legge regionale.

Di talché, rimane in un siffatto alveo la verifica rimessa alla Corte dei conti sulla difformità nell'utilizzo dei contributi erogati ai gruppi consiliari, in ciò consistendo propriamente il giudizio di non inerente delle attività di gestione, che può discendere anche dalla irretrattabilità-inoppugnabilità di una deliberazione della competente sezione regionale di control-

lo, che obbliga alla restituzione al bilancio regionale delle somme dichiarate non rendicontabili. In tal senso deve intendersi il principio secondo cui non è ravvisabile un profilo di immunità costituzionalmente garantita in capo agli organi regionali, come l'Ufficio di Presidenza, quale organo di gestione, avendo anch'essi l'obbligo di rispettare il vincolo di destinazione dei contributi erogati ai gruppi, vincolo che, in ipotesi, esigeva dai gruppi consiliari, che non hanno impugnato la deliberazione n. 26/2014 della Sezione regionale di controllo per la Calabria o la cui impugnazione è stata dichiarata inammissibile perché tardiva, la restituzione al bilancio regionale delle somme dichiarate irregolari, senza possibilità alcuna di rimedi alternativi-elusivi.

In specie, la Sezione regionale di controllo con deliberazione del 28 maggio 2014, n. 26 ha accertato e dichiarato, ai sensi dell'art. 1, c. 12, d.l. n. 174/2012, l'irregolare rendicontazione di una parte delle spese sostenute dai gruppi consiliari della Regione Calabria, in ipotesi di quelle sostenute nel corso dell'esercizio finanziario 2013 per i contratti del personale a progetto. Il riesame avverso le deliberazioni delle sezioni regionali di controllo è stato introdotto dal legislatore statale con l'art. 33, c. 2, lett. a), n. 3, d.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 116, che ha inserito un secondo periodo all'art. 1, c. 12, d.l. n. 174/2012 che dispone: "Avverso le deliberazioni delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti [...] è ammessa l'impugnazione alle Sezioni riunite [...] in speciale composizione, con le forme e i termini di cui all'art. 243-*quater*, c. 5, d.lgs. n. 267/2000".

Sicché, a decorrere dai rendiconti relativi all'esercizio 2013 sono applicabili le disposizioni preceptive contenute nel d.l. n. 174/2012 e il suo conseguente impianto sanzionatorio esitante nell'obbligo restitutorio, con previsione della tutela giurisdizionale a fronte di delibera lesiva, "che [...] può essere impugnata entro 30 giorni (dalla sua comunicazione o comunque conoscenza legale), nelle forme del giudizio a istanza di parte". Come riportato in narrativa, la delibera n. 26/2014 è stata gravata da tutti i gruppi consiliari con l'eccezione del 'Gruppo misto' e della 'Federazione della sinistra'. Con le sentenze n. 36/2014/El dell'11 novembre 2014, e n. 1/2015/El del 4 febbraio 2015, le Sezioni riunite hanno dichiarato inammissibili per tardività i ricorsi proposti dai gruppi 'Italia dei Valori' e 'Scopelliti presidente'.

Per gli altri gruppi il collegio, con le sentenze 40, 41, 42, 43, 45 del 13 novembre 2014, e n. 5 del 13 marzo 2015, in accoglimento di parte dei motivi formulati, ha ridotto il *quantum* delle voci di spesa ritenute irregolari, dal cui ambito ha escluso le spese per il personale a progetto. Con deliberazione n. 21/2015 del 14 aprile 2015, la Sezione regionale di controllo calabrese ha accertato l'irregolare rendicontazione di contribuzioni pubbliche con riferimento anche all'esercizio 2014. Nella medesima la Corte ha rilevato "l'inadempimento degli obblighi restitutori [...]"

scaturenti dal rispetto della deliberazione n. 26/2014”. Difatti, con l’ausilio operativo e tecnico del dott. L.L.D., dirigente del Servizio bilancio e ragioneria del consiglio regionale, l’Ufficio di Presidenza, composto dai consiglieri G.G., S.A., G.G., N.G. e D.A.F., con delibera n. 36 del 10 giugno 2015, atteso che “rientra nell’ambito della discrezionalità dell’ente la possibilità di estendere gli effetti del giudicato favorevole [...], sia per motivi di equità che di buona amministrazione (Cons. Stato nn. 7462 e 2101/2004/2004)”, ha determinato di estendere il giudicato favorevole delle sentenze delle Sezioni riunite ai “gruppi consiliari che non hanno proposto ricorso avverso la deliberazione n. 26/2014”.

A tale stregua, gli amministratori regionali, in ciò indotti dal responsabile del Servizio bilancio (e non solo), hanno realizzato un’arbitraria “rinuncia dell’ente al credito erariale ormai certo, in contrasto con il principio di tendenziale indisponibilità delle pretese pecuniarie ascritte allo Stato o agli enti pubblici”, vantato per euro 288.531,47, dal gruppo ‘Scopelliti Presidente’, per euro 62.438,58, da ‘Italia dei Valori’, per euro 160.253,85, dal ‘Gruppo misto’ e per euro 19.882,87, dalla ‘Federazione della sinistra’, per un complessivo nocumento, alle entrate della Regione Calabria, pari a euro 531.106,77. Ora, che si tratti di “Estensione del giudicato [...]”, come riportato in modo inequivoco nell’oggetto della delibera n. 36/2015, o di “applicazione di principi di giustizia uguali per tutti trattandosi di contratti identici gestiti direttamente dal consiglio regionale e non dai singoli gruppi”, quel che conta sono gli effetti giuridici e patrimoniali prodotti dalla detta delibera, che in concreto ha realizzato un rimedio alternativo all’impugnazione di fronte alle Sezioni riunite, tra l’altro, in palese conflitto di interessi poiché proveniente controllato.

A tale stregua, è d’obbligo rilevare che le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti non sono sussumibili nel concetto di pubblica amministrazione e non si pronunciano mediante l’emissione di atti o provvedimenti amministrativi; la natura di Organo magistratuale neutrale e indipendente esclude ogni assimilazione a essa. Di fatti, sia le funzioni svolte dalla Corte dei conti in sede di controllo di legittimità-regolarità (anche dei rendiconti) che di giurisdizione costituiscono “un’attività rigorosamente ancorata a parametri legali, tanto che la stessa attività di controllo è sottoponibile al sindacato giurisdizionale delle Sezioni riunite in speciale composizione” (Corte cost. n. 228/2017).

Lo scrutinio del giudice contabile si fonda, invero, su parametri e concetti di legalità e di inerenza a fini istituzionali delle spese, in cui il *decisum* finale della pronuncia adottata è idoneo ad acquisire il carattere della irretrattabilità, con effetti cogenti e legislativamente definiti per l’ente regione (obbligo restitutorio delle somme dichiarate irregolari). In sostanza, il peculiare procedimento di controllo, analiticamente disciplinato dall’art. 1, c. 9, d.l. n. 174/2012, sia nei presupposti, sia nelle modalità di svolgimento, sia negli

effetti, sia nelle forme inderogabili dell’impugnazione di fronte alle Sezioni riunite, esclude rimedi alternativi rimessi alla discrezionalità dell’Ufficio di Presidenza, che in ipotesi non poteva disporre del credito erariale. Perciò, “le pronunce delle sezioni regionali di controllo [...] pur non essendo ‘sentenze’ in senso stretto trattandosi di atti atipici promananti da un Organo appartenente all’Ordine giudiziario (Sez. riun. giur. n. 15/2017, n. 19/2017), intervengono all’esito di un’apposita fase di contraddittorio penetrante e pregnante instaurato con le amministrazioni territoriali in seguito alla contestazione di specifici parametri normativi in posizione di indipendenza e terzietà (Sez. riun. giur. n. 7/2018)”. A tal riguardo, pur non essendo predicabile per le medesime un vero e proprio “passaggio in giudicato, pare indiscutibile che definiscano il fatto e il diritto con i crismi della certezza giuridica, una volta trascorso il termine per la loro impugnazione ovvero per l’ipotesi di esito negativo della medesima” (Sez. riun. giur. n. 10/2017, n. 7/2018).

Sicché, una volta conclusa la fase dell’impugnazione con la declaratoria di inammissibilità di alcuni gravami, perché proposti tardivamente, ovvero in mancanza di impugnativa, la deliberazione n. 26/2014 della Sezione regionale di controllo per la Calabria è divenuta irretrattabilmente definitiva (Sez. riun. giur. n. 61/2015), non potendo più essere posta in discussione dai gruppi consiliari e revocata in dubbio dall’Ufficio di Presidenza del consiglio regionale e dai dirigenti del medesimo organo, che non potevano incidere sull’art. 1, c. 12, d.l. n. 174/2012, fonte dell’obbligo restitutorio delle somme per spese irregolari (Corte cost. n. 39/2014).

In una tale evenienza, il preteso potere discrezionale di estensione del giudicato è escluso dalla stessa giurisprudenza amministrativa, compresa quella risalente richiamata nella deliberazione n. 36/2015, che dispone, in modo non equivoco, “che il giudicato intervenuto *inter alios* non è estensibile ai rapporti giuridici derivanti da provvedimenti divenuti definitivi per mancata tempestiva impugnazione nei termini di legge” (Cons. Stato n. 7462/2004, p. 9, e n. 2101/2004), aspetto del tutto obliterato nella deliberazione n. 36/2015 e nel parere legale richiesto a supporto.

Ora, esclusa qualsivoglia identità concettuale tra deliberazione della sezione regionale di controllo e atto amministrativo, mette conto rilevare che il giudicato contabile, in mancanza di norme *ad hoc* nel c.g.c., è sottoposto alle disposizioni generali sul processo civile, per cui lo stesso opera solo *inter partes*, secondo quanto prevede per il giudicato civile l’art. 2909 c.c. e, quindi, sono eccezionali i casi di giudicato amministrativo con effetti *ultra partes*, i quali si giustificano solo grazie all’inscindibilità degli effetti dell’atto o all’inscindibilità del vizio dedotto. Ora, fermi i divieti, previsti da espresse discipline (art. 1, c. 132, l. n. 311/2004), alle amministrazioni pubbliche di adottare provvedimenti, in materia di personale subordinato, di estensione di decisioni giurisdizionali aventi

forza di giudicato (Cons. Stato n. 2826/2013), la posizione giuridica di coloro che hanno presentato un tempestivo ricorso si differenzia sotto il profilo soggettivo da quella degli altri dipendenti che hanno prestatato acquiescenza rimanendo inattivi o agendo in ritardo. Sicché, le esigenze di risanamento della finanza pubblica, che necessariamente ricomprendono tutte le pubbliche amministrazioni, sono idonee a sorreggere disposizioni che introducono differenze di trattamento o temporanee misure limitative volte a conseguire economie di spesa (Cons. Stato n. 960/2011, n. 1870/2012).

In ipotesi, ove per mero azzardo predicabile una similarità concettuale e giuridica tra atto amministrativo e deliberazione della Sezione regionale di controllo, l'estensione del giudicato risulterebbe non declinabile atteso che non può legittimamente invocarsi l'identità delle spese (*i.d.* quelle derivanti dai contratti di collaborazione a progetto) per i gruppi che hanno fatto acquiescenza rimanendo inattivi (o il che è lo stesso che hanno tardivamente impugnato), ricorrendo distinte dichiarazioni di irregolarità e conseguenti obblighi restitutori gravanti autonomamente su ciascun gruppo (Cons. Stato n. 799/2021). Perciò, la divisibilità degli effetti del giudicato è la risultante dell'esistenza di un altrettanto divisibile legame tra le posizioni dei gruppi destinatari, così da rendere concepibile – logicamente ancor prima che giuridicamente – che le spese dichiarate regolari dalle Sezioni riunite per taluni gruppi, continuino ad essere irregolari per quei destinatari che non hanno impugnato la deliberazione n. 26/2014, ritenuta lesiva. Perciò, nei confronti del 'Gruppo misto' e di quello 'Federazione della sinistra' (che per loro scelta non hanno impugnato) nonché dei gruppi 'Scopelliti presidente' e 'Italia dei Valori' (le cui impugnazioni poiché tardive sono state dichiarate inammissibili) doveva rimanere fermo l'accertamento di irregolarità delle spese relative al personale a progetto e il conseguente obbligo restitutorio dei relativi importi, il cui inadempimento, indotto dalla deliberazione dell'Ufficio di Presidenza, integra un nocumento per il bilancio regionale. Il provvedimento, infatti, benché illegittimo o, peggio, adottato in difetto assoluto di potere (come evidenziato in taluni scritti difensivi), è stato comunque assunto e poi eseguito, riverberando i suoi effetti sul bilancio regionale. Perciò, agli effetti erariali la nullità (peraltro mai dichiarata), che sarebbe indotta dal "difetto di attribuzione" dell'Ufficio di Presidenza, che priverebbe la delibera n. 36/2015 della idoneità a produrre qualsiasi conseguenza, anche di tipo risarcitorio, è superata dal rapporto di stretta causalità corrente tra la delibera e il danno che ne è derivato.

Il nocumento di euro 531.106,77, affatto fittizio, secondo parte degli appellanti verrebbe poi inficiato nella sua essenza dalla "Contraddittorietà [...] tra la prima richiesta risarcitoria della sentenza (accolta) e la seconda [...], connessa alla illegittimità della compensazione (rigettata)". In sostanza, "se la compensazione è legittima non si vede come possa essersi prodotto il

danno per l'estensione del giudicato, dal momento che si è provato che per tutte le spese irregolari è stata disposta la compensazione con i fondi restituiti o non erogati ai gruppi consiliari", che ammonterebbero a euro 966.605,81.

La censura non è persuasiva. Di fatti, della posta euro 531.106,77, per spese di personale a progetto, il pubblico ministero afferma l'obbligo restitutorio per l'irretrattabilità-inoppugnabilità della deliberazione n. 26/2014, con riguardo a taluni gruppi. Perciò, i fatti riguardano l'estensione del giudicato operata dall'Ufficio di Presidenza con la delibera n. 36/2015, non l'applicazione della compensazione, oggetto della delibera n. 37/2015, che ha riguardato le residue spese di funzionamento dichiarate irregolari. Sicché, alcuna contraddittorietà corre tra i due capi della sentenza, mentre l'inescusabile violazione dell'obbligo restitutorio, realizzata con la delibera n. 36/2015, ha impattato pregiudizievolemente "sulla situazione patrimoniale complessiva dell'ente", non potendosi disquisire di una mera partita di giro.

In specie, sia il dirigente del Servizio bilancio e ragioneria, dott. L., sia i componenti dell'Ufficio di Presidenza hanno dato, nell'esercizio delle rispettive funzioni, un contributo causale imprescindibile nell'assunzione dell'atto fonte di danno. In detto contesto, l'attribuzione parziaria della responsabilità consente a ognuno di rispondere per la parte che ha preso nella causazione dello stesso. Nel comportamento di tutti i coresponsabili è infatti ravvisabile, in relazione all'imputabilità delle condotte, la colpa grave commissiva, attesa l'inescusabile violazione di norme di diritto, quali l'art. 1, cc. 10, 11 e 12, d.l. n. 174/2012, disciplinanti l'obbligo restitutorio dei contributi per spese dichiarate irregolari, ma anche di regole di prudenza, perizia e diligenza, esigibili nei confronti degli odierni appellanti in base alle specifiche competenze di ognuno nell'ambito del caso concreto.

Quanto al ruolo determinante e prevalente del dott. L., risulta *per tabulas* che sia stato l'artefice della proposta, in cui riproduceva il contenuto delle note n. 16126 del 31 marzo 2015, e n. 16347 dell'1 aprile 2015 (quest'ultima a firma congiunta con l'Avv. C.P.C., segretario generale, la cui posizione risulta archiviata), acquisite in sede di integrazione istruttoria dalla Sezione regionale di controllo per la Calabria e riprodotte nella deliberazione n. 21 del 14 aprile 2015, in cui è stato espressamente contestato "l'inadempimento agli obblighi restitutori". In dette note, il dott. L. e il dott. C. hanno dichiarato che "le spese sostenute da gruppi consiliari", che non hanno impugnato la deliberazione n. 26/2014, "sono per natura, tipologia [...] e modalità di gestione [...] identiche alle spese di collaborazioni a progetto dichiarate regolari dalla Corte dei conti [...] e, pertanto, vanno considerate regolari, alla stregua degli altri gruppi consiliari". Alle stesse non può attribuirsi valenza ricognitiva, ma preparativa-rafforzativa dell'ordito della successiva delibera n. 36/2015, assunta malgrado la sezione regionale di controllo nella deliberazione n.

21/2015, quindi in sede di interlocuzione con il Servizio di bilancio e ragioneria, avesse precisato che le “prodotte dichiarazioni a nulla rilevano ai fini dell’adempimento degli obblighi restitutori”. Ciò nonostante, il dott. L., con nota del 26 maggio 2015, decide di acquisire, “sull’estensione degli effetti delle sentenze”, un parere reso in pari data. In esso il Servizio legale della regione ha affermato che “il Consiglio di Stato, più volte intervenuto sul tema, ha specificato che l’estensione degli effetti del giudicato a soggetti estranei alla lite costituisce per la pubblica amministrazione esercizio di un potere ampiamente discrezionale e non adempimento di un obbligo giuridico (Cons. Stato n. 7462/2004)”; sicché, “l’estensione del giudicato amministrativo è ammessa, nei confronti di soggetti che non hanno partecipato al giudizio nel quale il giudicato si è formato, quando tale facoltà sia esercitata per garantire evidenti ragioni di equità e di buona amministrazione”.

A seguito del parere, ritenuto integrare i presupposti di fatto e di diritto legittimanti il ricorso all’atto deliberativo, su proposta del dott. L., l’Ufficio di Presidenza del consiglio regionale ha deliberato di estendere il giudicato “a tutti i gruppi consiliari del consiglio regionale [...] e, per effetto di tale estensione, di considerare regolari le spese per il personale a progetto, per l’anno 2013 [...] per i gruppi [...] che non hanno proposto ricorso avverso la deliberazione n. 26/2014”. Ora, con riguardo al parere dell’Ufficio legale, se da una parte, per come formulato, non può a esso riconoscersi efficacia scriminante della colpa grave, dall’altra si ritiene possa in concreto aver svolto, per la sua provenienza, un concorso causale nell’evento dannoso, non diversamente dalla breve partecipazione del segretario generale, di cui il collegio, trattandosi di responsabilità parziaria, deve tenere conto “ai fini della determinazione della minore somma da porre a carico dei condebitori” (art. 83, c. 2, c.g.c.).

Tale approfondimento giuridico – di cui si è discusso nella seduta dell’Ufficio di Presidenza del 10 giugno 2015, come confermato dal Cons. N. nel verbale di audizione del 4 giugno 2019: “nell’approvare la delibera ho valutato il parere favorevole dell’ufficio legale comprensivo di richiami giurisprudenziali e ho altresì tenuto conto del fatto che l’estensione del giudicato costituiva un principio pacifico” – è formulato, infatti, non con astratte valutazioni tecnico-legali, bensì in concreto senza, tuttavia, argomentare sul valore da assegnare alle decisioni delle sezioni regionali di controllo; sull’obbligo restitutorio dei contributi pubblici, di cui all’art. 1, c. 12, d.l. n. 174/2012, quale principio generale della contabilità, strettamente connesso all’effetto conformativo discendente per gli organi regionali dall’accertamento di irregolarità; sulla circostanza che le sentenze del Consiglio di Stato richiamate (n. 7462/2004) escludono l’estensione del giudicato proprio nel caso di provvedimento oramai definitivo, come la deliberazione n. 26/2014.

Perciò, i fatti per come si sono svolti unitamente alle specifiche competenze e professionalità dei com-

ponenti dell’Ufficio di Presidenza e del dirigente del Servizio bilancio e ragioneria, non consentono di assegnare idoneità esimente al parere del Servizio legale, che ha rafforzato il convincimento del secondo, autore della proposta, e persuaso i componenti del primo della non incoerenza della medesima, circostanza che però non ha eliso la colpa grave, atteso il grado di scostamento dalla regola che si sarebbe dovuta seguire nella concreta fattispecie (Corte cost. n. 183/2007) e l’evitabilità dell’evento dannoso.

Conseguentemente, il collegio ravvisa di dover rideterminare in euro 265.553,39 la posta di danno da ristorare in favore della Regione Calabria, somma da addebitare parziariamente nella misura del 40 per cento, pari a euro 106.221,35, a L.L.D., e del 12 per cento ognuno, pari a euro 31.866,41, a G.G., S.A., G.G., N.G. e D.A.F., oltre agli accessori di legge come determinati nella prima sentenza, sul capo, quindi, parzialmente da riformare.

3. Il collegio ritiene, invece, di non poter riservare sorte identica all’appello incidentale del Procuratore regionale per la Calabria, da dichiarare ammissibile ma infondato nel merito.

3.1. Gli appellati G., S., G. e L., nelle memorie in replica al gravame della parte pubblica, rilevano che le argomentazioni formulate dalla medesima sono da considerare, in quanto non esplicitate in primo grado, alla stregua di nuove contestazioni vietate in appello. Secondo i medesimi, il requirente avrebbe introdotto “elementi, variazioni e censure non presenti nella citazione di primo grado”.

La censura, per alcuni tratti speciosa, non è fondata.

Il testo dell’art. 190 c.g.c. prevede che: “L’appello deve contenere, a pena di inammissibilità, la specificazione delle ragioni in fatto e in diritto sulle quali si fonda [...] con l’indicazione: a) dei capi della decisione che si intende appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione dei fatti compiuta dal giudice di primo grado; b) delle circostanze da cui deriva la violazione di legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata” (artt. 342 e 434 c.p.c.) La Corte regolatrice, quanto all’esatta interpretazione del contenuto minimo del gravame, con arresto nomofilattico ha statuito che “Gli artt. 342 e 434 c.p.c. [...], vanno interpretati nel senso che l’impugnazione deve contenere una chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati della sentenza appellata e, con essi, delle relative doglianze, affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice”.

Resta tuttavia escluso, “in considerazione della permanente natura di *revisio prioris instantiae* del giudizio di appello, [...], che l’atto di gravame debba rivestire particolari forme sacramentali o che debba contenere la redazione di un progetto alternativo di decisione da contrapporre a quella di primo grado” (Cass. n. 27199/2017). Perciò, nell’impugnativa è sempre da affiancare alla parte volitiva una parte argomentativa, che confuti e contrasti le ragioni addotte

dal primo giudice, e la maggiore o minore ampiezza e specificità delle doglianze ivi contenute dipenderà, quale diretta conseguenza, dal tenore della motivazione assunta dalla decisione di primo grado. La valutazione della specificità della critica va infatti ineluttabilmente correlata alla specificità degli argomenti indicati dal primo giudice, non essendo possibile la contestazione sulla base di censure specifiche, di una conclusione che non indichi le altrettanto specifiche basi sulla quale si fonda (Cass. n. 7786/2010).

Vi è, quindi, un appello inammissibile se non risultano espressamente enunciati e argomentati i rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto e di diritto poste a fondamento della sentenza impugnata, non diversamente dalla inammissibilità derivante dalla mera riproposizione delle argomentazioni svolte in primo grado. Il requisito della specificità, oltre che da correlare alle ragioni giuridiche della sentenza impugnata, è sempre da vagliare nella sua attitudine a determinare una critica adeguata e specifica della decisione gravata al fine di consentire al giudice di percepire con certezza, come occorso in ipotesi, il contenuto delle censure in riferimento alle statuizioni di primo grado (Cass. n. 23412/2016, n. 7675/2019, Corte conti, Sez. III centr. app. n. 324/2021).

Ulteriori argomentazioni possono, perciò, essere indotte dall'ampiezza e dalla portata di quelle spese dalla sentenza impugnata (Cass. n. 21401/2021), circostanza che non trasforma il gravame da *revisio prioris instantiae in un iudicium novum*, estraneo al vigente ordinamento processuale. Il collegio, invero, è consapevole che il divieto di nova in appello, sancito dall'art. 193, c. 1, c.g.c. (art. 345 c.p.c.), riguarda non soltanto le domande e le eccezioni in senso stretto, ma anche le contestazioni nuove, ossia quelle non esplicitate in primo grado (Cass. n. 20502/2015); è anche convinto però che "l'ampiezza e la portata della critica sono commisurate all'ampiezza e alla portata delle argomentazioni spese dal primo giudice" (Cass. n. 15790/2016).

Nel caso che ne occupa, il Procuratore regionale ha adattato le argomentazioni del gravame a quelle ritenute non condivisibili della decisione, peraltro già contenute nel libello introduttivo, seppure con una esplicitazione in parte diversa. Difatti, in esso è dato leggere: "In primo luogo [...], si deve ribadire che non è in discussione il ricorso alla compensazione come modo di estinzione dell'obbligazione espressamente previsto dalla legge regionale, bensì l'applicazione distorta che ne è stata fatta" (p. 25); perciò, il requirente non ha mai posto una questione di irragionevolezza della legge regionale ma una sua applicazione non coerente con principi contabili di bilancio e con le norme civilistiche, aspetto ripreso nel gravame in correlazione a quanto motivato dal primo collegio, anche con riferimento alle sentenze nn. 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87 e 88/2017, della Sezione giurisdizionale regionale per la Calabria, pronunciate nei confronti di soggetti diversi (i capigruppo) e con diversa *causa petendi*, assolti per difetto di colpa grave, "senza alcun ri-

conoscimento, implicito o esplicito della legittimità della compensazione" (p. 26). Dappoi, il periodo in cui si afferma che la "richiesta risarcitoria non abbia riguardato la totalità della compensazione ma solo quella effettuata con modalità concrete in contrasto con la stessa normativa regionale", non costituisce affatto argomentazione nuova sia perché le somme contestate sono oggettivamente una parte (euro 183.580,42, di cui euro 82.714,15, per l'esercizio 2014, ed euro 100.866,27, per quello del 2013), sia perché nell'atto di citazione rileva che "la compensazione non è stata regolarizzata contabilmente [...], con provvedimenti di accertamento in entrata delle somme da restituire", non sono stati "trasmessi neanche i provvedimenti di impegno e i mandati di pagamento con quietanza in entrata in tesoreria, con violazione dei principi di integrità e di universalità nonché di trasparenza e veridicità del bilancio"; mancava, inoltre, "l'autorizzazione dell'Ufficio di Presidenza dovendo il responsabile dell'Ufficio di bilancio provvedere di propria iniziativa all'annotazione dell'accertamento in entrata"; inoltre, "l'Ufficio di Presidenza ha deliberato nel mese di giugno 2015 il perfezionamento della compensazione che si sarebbe verificato nel 2014 in relazione a crediti derivanti da spese sostenute fino al dicembre 2014 e la cui irregolarità è stata accertata dalla Sezione del controllo con deliberazione n. 21/2015"; sotto l'aspetto giuridico il pubblico ministero ha posto in rilievo che "non sono ammissibili compensazioni tra partite di bilancio relative a esercizi finanziari diversi"; da ultimo, "atteso che la legislatura si è chiusa l'8 ottobre 2014, la compensazione è in evidente contrasto con la stessa legge regionale che solo per l'ipotesi di fine legislatura o di cessazione del gruppo prevede la possibilità di adempiere all'obbligo restitutorio mediante detto istituto con le somme restituite [...], con la conseguenza che non avrebbero mai potuto essere utilizzate per una compensazione a distanza di [...] anni sulla base di una legge entrata in vigore nell'ottobre 2014 nonché di deliberazioni della Corte dei conti del giugno 2015" (pp. 26-28 citaz.). Conclusivamente, il gravame della Procura contiene una parte argomentativa preordinata a confutare le ragioni fattuali e giuridiche poste dal giudice di primo grado a fondamento della decisione, non contestazioni di fatti nuovi.

3.2. Nel merito, l'appello del Requirente, pur nell'elegante e per alcuni tratti suggestiva impostazione, non incontra il favore del collegio. Si è detto infra che alla deliberazione di non regolarità del rendiconto della sezione regionale di controllo segue l'effetto di cui all'art. 1, cc. 11 e 12, d.l. n. 174/2012, che, all'esito della sentenza della Corte costituzionale n. 39/2014, consiste non più nella decadenza, per l'esercizio di riferimento, dal diritto all'erogazione di risorse, ma nell'obbligo restitutorio delle somme ricevute a favore del bilancio del consiglio regionale. In detto alveo, la sezione regionale di controllo non adotta quindi una statuizione di condanna alla restituzione delle somme inerenti a voci di spesa inficiate da irre-

golarità, derivando detto effetto direttamente dalla legge. Dall'accertamento dell'irregolarità discende, invece, un effetto conformativo consistente nella doverosa attivazione degli organi del consiglio regionale ai fini del recupero delle somme.

A tale stregua, la l. reg. n. 13/2002, all'art. 7, come novellato dall'art. 1 l. reg. n. 21/2014, disciplina le modalità per assolvere all'obbligo restitutorio da parte dei gruppi consiliari. In specie, l'art. 7, c. 4, prevede "l'obbligo di restituire le somme ricevute a carico del bilancio del consiglio regionale e non rendicontate", nelle ipotesi in cui la competente sezione regionale di controllo rileva che il rendiconto del gruppo consiliare o la documentazione trasmessa a corredo dello stesso non siano conformi alle prescrizioni; il c. 5 prevede che "l'obbligo di restituzione di cui al c. 4 consegue, inoltre, alla mancata trasmissione del rendiconto [...] alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei conti [...], ovvero alla deliberazione di non regolarità dello stesso" da parte di quest'ultima (ipotesi ricorrente in specie con le deliberazioni n. 26 del 28 maggio 2014, divenuta definitiva a seguito delle sentenze n. 40, 41, 42, 43, 45 del 13 novembre 2014 e n. 5 del 28 febbraio 2015 delle Sezioni riunite, e della deliberazione n. 21 del 14 aprile 2015).

Perciò, nei casi di cui al c. 5, ossia corrente la legislatura, "l'obbligo di restituzione si realizza mediante predisposizione di apposito piano di rientro, approvato dall'Ufficio di Presidenza, che contempra progressive decurtazioni del contributo annuale spettante al gruppo per le spese di funzionamento di cui all'art. 4 e, in presenza di capienza, per le spese di personale di cui all'art. 4-bis" (c. 5-bis); dappoi, nelle ipotesi in cui si perviene naturalmente alla scadenza della legislatura, il c. 5-ter prevede che "la restituzione è effettuata con il rimborso dei contributi già riscossi dal gruppo e non ancora utilizzati, a prescindere dalla loro originaria destinazione a spese di funzionamento o di personale. In caso di incapienza, si attinge alle spese di personale [...], se disponibili". Nella predetta disciplina non si fa, tuttavia, richiamo formale alla compensazione in senso tecnico-giuridico, bensì a un meccanismo di imputazione, nel senso che le somme da restituire dal gruppo (debito verso il consiglio regionale), al cospetto di una deliberazione di non regolarità del rendiconto da parte della competente sezione regionale di controllo, sono restituite, durante la legislatura, o con una "progressiva decurtazione del contributo annuale spettante al gruppo per le spese di funzionamento e di personale" o, a fine legislatura, con il rimborso dei contributi già riscossi dal gruppo e non ancora utilizzati, a prescindere dalla originaria destinazione degli importi a spese di funzionamento o di personale (debito del gruppo verso il Consiglio).

Solo "nelle ipotesi di cessazione del gruppo o di fine legislatura, l'obbligo di restituzione è adempiuto a mezzo di compensazione con i contributi già restituiti o da restituire" (c. 5-quater). A tale stregua, "Le somme già riscosse ed eventualmente restituite sono indicate nelle uscite del rendiconto del gruppo alla vo-

ce altre spese" (c. 5-quinquies). Su tali basi, il Procuratore regionale contesta l'anomalia della compensazione di un debito (punto di vista dei gruppi, credito ove riferito al consiglio regionale), quello delle somme da restituire perché irregolari, con un altro debito, quello delle somme da rendere in quanto non utilizzate. Sicché, lo stesso non pone in discussione "il ricorso alla compensazione come modo di estinzione dell'obbligazione espressamente previsto dalla legge regionale, bensì l'applicazione distorta che ne è stata fatta". Perciò, il pubblico ministero sia nel libello introduttivo (p. 24) che nel gravame incidentale "non pone (una) questione di legittimità costituzionale della legge regionale [...], contestandone solo le modalità applicative", sostanzialmente la prassi seguita, conclusione che fa 'pendant' sia con il fatto che "il danno oggetto della richiesta risarcitoria non riguarda la totalità della compensazione", sia con la circostanza che la previsione dell'art. 7, c. 5-quater, l. n. 13/2002, non risulta censurata in alcuna delle sedi in cui poteva essere sollevata questione di costituzionalità con riguardo agli artt. 81 e 117 della Carta.

La normativa, infatti, ha passato il vaglio del decisore istituzionale governativo (in sede di eventuale impugnativa da proporre in via principale); della Corte dei conti (in sede di controllo sui rendiconti regionali ovvero di giudizio di parificazione); e sempre della Corte dei conti, ma in sede giurisdizionale, nell'azione in precedenza promossa nei confronti del capigruppo per far valere gli obblighi restitutori, previa caducazione della normativa: sentenze definitive nn. 80, 81, 82, 83, 84, 86 e 88 del 12 aprile 2017, della Sezione giurisdizionale per la Calabria. Ciò malgrado, il primo giudice, della disciplina regionale, nutrivà "forti dubbi di legittimità costituzionale", presenti anche nelle conclusioni del Procuratore generale, perché "interviene di fatto [...] sulle modalità di estinzione di un credito attribuito, quale conseguenza del dovere restitutorio, direttamente dalla legislazione statale", e perché, "in deroga agli ordinari principi civilistici, interviene su due crediti". Tuttavia, ha "ritenuto non ipotizzabile un danno erariale per carenza del profilo soggettivo della colpa grave".

La sezione ritiene la disciplina regionale *sub iudice* sostanzialmente ragionevole. Di fatti, la scelta delle misure correttive ritenute più congrue ed efficaci in presenza di pronunce di irregolarità emesse dalle sezioni regionali di controllo, spetta espressamente all'organo controllato, ossia alla Regione Calabria, in specie esercitata, ai sensi dell'art. 23 dello Statuto, con la novella recata all'art. 7 l. reg. n. 13/2002, che al c. 5-quater prevede che "Nell'ipotesi di cessazione del gruppo o di fine legislatura, l'obbligo di restituzione è adempiuto a mezzo di compensazione con i contributi già restituiti o da restituire". Spetta, perciò, al consiglio regionale, tramite l'Ufficio di Presidenza, sovrintendere all'applicazione di tali misure. In specie, con la delibera n. 37 del 10 giugno 2015, sono stati regolati i rapporti di credito/debito tra il consiglio regionale e i singoli gruppi, in conseguenza delle deliberazioni



dichiarative di irregolarità delle spese e in concomitanza della chiusura anticipata della legislatura (IX), evento che avrebbe comunque imposto la regolarizzazione dei rapporti finanziari con la restituzione delle somme ricevute ma non ancora utilizzate.

Sicché, non possono sorgere dubbi in ordine alla previsione di forme, modi e tempi di rimborso al consiglio regionale delle somme di cui è stata dichiarata l'irregolare rendicontazione, rientrando tale disciplina nella materia dell'ordinamento contabile dei consigli regionali, riservata alla esclusiva competenza delle regioni ed esclusa tra quelle di competenza concorrente ai sensi dell'art. 117, c. 3, Cost. Perciò, le irregolarità contabili, come ad esempio il non aver predisposto un atto di accertamento in entrata e, solo successivamente appurare l'eventuale operatività del meccanismo compensatorio, non pregiudicano, a priori, la legittimità della scelta operativa, sul piano ordinamentale individuata dalla Regione Calabria a tutela del suo credito, evidenziando semmai sul piano fattuale lacune nelle procedure contabili di attuazione della stessa, ossia nel quadro della compensazione, che non possono tuttavia indurre a ritenere sospetto il meccanismo di imputazione. Ma vi è di più. Infatti, l'articolata operazione di compensazione, che di norma produce i suoi effetti ancor prima della sua dichiarazione, in cui la medesima delibera dell'Ufficio di Presidenza integra, alla stregua del regolamento interno di amministrazione e contabilità (approvato con d.c.r. n. 123/2011, art. 144, c. 1), la formalità dell'acquisizione dell'entrata al bilancio del Consiglio, parrebbe contenere, intrinsecamente, una sorta di retroattività applicativa della norma nell'autorizzarla anche con i "contributi già restituiti". Quanto poi agli ipotizzati ritardi, che non giustificerebbero la compensazione, è necessario chiarire che la procedura di controllo delle spese dei gruppi consiliari regionali, oggetto delle deliberazioni della sezione regionale di controllo n. 26 del 28 maggio 2014, per l'esercizio 2013, e n. 21 del 14 aprile 2015, per l'esercizio 2014, deve tenere conto del momento di definizione del contenuto dell'obbligo restitutorio e della sua quantificazione in capo ai presidenti dei diversi gruppi. Di fatti, la quantificazione definitiva delle somme restituende deve collocarsi in un momento successivo avendo l'art. 33, c. 2 lett. a), d.l. n. 91/2014, previsto l'impugnazione dinanzi alle Sezioni riunite in speciale composizione delle deliberazioni della sezione regionale di controllo, con conseguenti effetti sospensivi delle stesse (art. 1, c. 12, d.l. n. 174/2012, art. 243-*quater*, c. 5, d.lgs. n. 267/2000, ora anche art.11, c. 2, lett. e) e 129 c.g.c.). In specie, le sentenze delle Sezioni riunite nn. 40, 41, 42, 43 e 45 sono state pubblicate il 13 novembre 2014, qualche giorno prima delle elezioni regionali del 23 novembre seguente; l'ultima sentenza, la n. 5, è stata pubblicata il 13 marzo 2015, circostanze che rendevano poco praticabile l'adozione di atti contabili in epoche precedenti, anche perché la delibera n. 21, relativa all'esercizio 2014, è intervenuta il 14 aprile 2015. Ora, la fine anticipata della legislatura, e le pronunce delle

Sezioni riunite intervenute dopo, avendo precluso il piano di rientro che contempla progressive decurtazioni del contributo annuale spettante ai gruppi, non consentono di ritenere anti-giuridico il comportamento tenuto dai componenti dell'Ufficio di Presidenza e dal responsabile del Servizio bilancio e ragioneria, per avere adottato la delibera n. 37 del 10 giugno 2015, potendo perciò ritenersi concretizzato il recupero delle somme dichiarate irregolari mediante compensazione. Tuttavia, ciò può predicarsi solo per le somme restituite o da restituire nell'anno, in cui si è interrotta anticipatamente la legislatura nell'ottobre 2014, in cui legittimamente poteva operare la compensazione ovvero il meccanismo di imputazione, non risultando possibile una decurtazione retroattiva di poste creditorie acquisite al bilancio dell'ente negli esercizi finanziari precedenti l'entrata in vigore della norma. Invero, la praticabilità di una compensazione, così come operata nella sua integralità nella delibera n. 37/2015, anche con contributi restituiti negli anni precedenti si pone in aperto contrasto con i principi contabili posti a presidio dell'equilibrio di bilancio.

A tal riguardo, la detta delibera ha preso atto, per le spese effettuate dai gruppi consiliari, diverse da quelle sostenute per il personale, relative agli anni 2013 e 2014 e dichiarate irregolari, che il recupero mediante compensazione si è concretizzato già nell'anno 2014, a conclusione della IX legislatura regionale, sia mediante la restituzione, da parte di ogni singolo gruppo consiliare, dei fondi erogati per le spese di funzionamento, sia mediante il non utilizzo dei fondi del personale, e di prendere atto, altresì, che le ulteriori somme, non usufruite dai gruppi consiliari e dagli stessi restituite, sono state incamerate nel bilancio del consiglio regionale costituendo economia nel conto consuntivo 2014.

Ora, condivisibilmente con quanto argomentato dal Procuratore regionale, non può convenirsi sulla legittimità di compensazioni tra partite relative a esercizi finanziari diversi, in assenza, tra l'altro, di variazioni di bilancio e delle conseguenti annotazioni contabili. Così come non possono trascurarsi i requisiti della compensazione legale che, oltre alla certezza, liquidità, esigibilità, richiede la coesistenza dei crediti contrapposti (artt. 1242 e 1243 c.c.). Di fatti, per le spese dell'esercizio 2013, non era affatto consentito operare la compensazione, giacché una volta chiuso le somme restituite sono confluite nel risultato finale costituendo un'economia di stanziamento, che concorre a determinare il risultato di amministrazione.

Ciò nonostante, vi è che la disciplina regionale si presta a plurime interpretazioni, atteso che il c. 5-*quater* fa riferimento, con riguardo alla fine della legislatura, "ai contributi già restituiti" oltre che a quelli da restituire, di cui quella maggiormente rispettosa sia dei principi contabili, anche a rilevanza costituzionale, sia di quelli civilistici è quella del Procuratore regionale.

Può però convenirsi che la sua formulazione e l'attuazione che ne è stata data nell'immediatezza del-

la sua promulgazione, intervenuta 16 ottobre 2014, qualche giorno prima dello scioglimento del consiglio regionale, possono aver indotto in errore chi l'ha applicata, che ha opinato che la compensazione potesse operare anche con le somme dei precedenti esercizi, circostanza che si ritiene abbia, pur al cospetto di una parziale anti giuridicità dei comportamenti, inciso sulla condotta, rendendola scusabile e facendo venir meno il notevole scostamento dalla regola, alla base della colpa grave. Ne discende, quindi, il rigetto dell'appello incidentale del Procuratore regionale e la conferma, sul punto, della prima sentenza.

Le spese del grado, tenendo conto dell'esito complessivo del giudizio d'appello, seguono la regola oggettiva della soccombenza prevalente e si liquidano, in beneficio dell'erario dello Stato e a carico delle parti private, in solido tra di loro (in parti eguali nel rapporto interno), come da dispositivo.

*P.q.m.*, la Corte dei conti, Sezione terza giurisdizionale centrale d'appello, disattesa ogni contraria istanza, deduzione o eccezione, previa riunione degli appelli iscritti al n. 55.619/R.G. e rigetto dell'eccezione di inammissibilità del gravame incidentale del Procuratore regionale, definendo il giudizio, disattende nel merito l'appello proposto da quest'ultimo, con conferma, sul punto, della sentenza n. 569/2019 della Sezione giurisdizionale regionale per la Calabria; accoglie parzialmente, invece, il gravame principale e quelli incidentali delle parti private e, per l'effetto, in conseguente riforma della decisione n. 569/2019 ridetermina in euro 265.553,39 l'importo da condanna in favore della Regione Calabria (*Omissis*).

### **La giustiziabilità delle deliberazioni di controllo sui rendiconti dei gruppi consiliari e il giudicato delle Sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione**

Sommario: 1. *La fattispecie oggetto di causa e la normativa di riferimento.* – 2. *Le riforme del 2012 e il sistema dei controlli.* – 3. *Il giudicato tra prospettive di esecuzione ed effetti stabiliti per legge.* – 4. *La compensazione del credito restitutorio.*

#### **1. La fattispecie oggetto di causa e la normativa di riferimento**

La vicenda fattuale da cui trae origine la sentenza in commento riguarda la giustiziabilità delle pronunce delle sezioni di controllo sui rendiconti dei gruppi consiliari regionali, con i suoi corollari processuali. La complessità della fattispecie concreta dedotta in giudizio ha condotto comunque il collegio ad esaminarne diversi aspetti, anche sostanziali (1).

(1) Sullo stesso argomento v. E. Tomassini, *Il difficile cammino delle autonomie territoriali nel riparto competenziale dell'art. 117, c. 2, lett. e), e c. 3, Cost.*, in questo fascicolo, 7.

Com'è noto, l'art. 1, c. 9 ss., d.l. 10 ottobre 2012, n. 174 ha esteso il controllo della Corte dei conti ai rendiconti annuali delle spese effettuate con i fondi attribuiti ai gruppi consiliari regionali. Nell'esercizio di questa funzione, le sezioni territoriali di controllo pronunciano con deliberazione sulla regolarità dei suddetti documenti, entro trenta giorni dalla loro trasmissione (in mancanza della pronuncia, il rendiconto si intende approvato). Recependo quanto previsto dal c. 9 dell'art. 1 cit., la Conferenza Stato-Regioni ha approvato – con delibera del 6 dicembre 2012 – le linee guida per la compilazione e la strutturazione della documentazione rendicontativa.

Le linee guida, unitamente alle discipline regionali di riferimento, costituiscono il parametro in base al quale le sezioni effettuano il riscontro (anche sotto il profilo formale, di corretta rilevazione dei fatti di gestione e di regolare tenuta della contabilità, ivi inclusa la completezza delle registrazioni e la conservazione dei giustificativi), che si ispira al doppio principio di veridicità e correttezza, ed a quello dell'inerenza delle spese all'attività istituzionale del gruppo (2).

Dalla riscontrata non conformità del rendiconto ai canoni sopra descritti, il c. 11 dell'art. 1 cit. fa discendere l'obbligo di restituire le somme ricevute (3).

Con la sent. n. 61/2014, le Sezioni riunite in speciale composizione della Corte dei conti hanno chiarito la differenza tra l'obbligo restitutorio gravante sui gruppi consiliari per effetto della declaratoria di irregolarità del rendiconto (o per la sua mancata presentazione), e la responsabilità amministrativa scaturente, per i fruitori, dall'omesso riversamento di quegli emolumenti (4).

(2) La sent. n. 9/2015 delle Sezioni riunite giur. in speciale composizione di questa Corte, cui si rinvia, contiene una dettagliata disamina dei parametri codificati nelle linee guida, con particolare riguardo a quello dell'inerenza delle spese all'attività istituzionale. V. sul punto, anche Corte cost. 26 novembre 2014, n. 263, nonché Corte conti, Sez. contr. reg. Basilicata, 6 febbraio 2014, n. 6; Sez. contr. reg. Puglia, 5 marzo 2015, n. 88; Sez. contr. reg. Molise, 20 aprile 2021, n. 23.

(3) La Corte costituzionale, con la sent. 6 marzo 2024, n. 39, ha dichiarato la parziale illegittimità della norma, che nella sua precedente versione faceva conseguire – all'omesso o irregolare rendiconto – la decadenza in radice dal diritto al finanziamento. La Consulta ha rilevato, nel descritto rimedio, “una misura repressiva di indiscutibile carattere sanzionatorio che consegue ex lege, [e] non consente di preservare quella necessaria separazione tra funzione di controllo e attività amministrativa degli enti sottoposti al controllo stesso che la giurisprudenza di questa Corte ha posto a fondamento della conformità a Costituzione delle norme istitutive dei controlli attribuiti alla Corte dei conti”. Con la conseguenza che “Introducendo una sanzione che, precludendo qualsiasi finanziamento, rischia potenzialmente di compromettere le funzioni pubbliche affidate ai gruppi consiliari, la norma rischia di pregiudicare il fisiologico funzionamento dell'assemblea regionale stessa”.

(4) Argomentando dall'oggetto della cognizione rimessa al giudice contabile nell'uno e nell'altro caso, hanno “ribadito che altro è il controllo di regolarità sui rendiconti [...], che ha natura di accertamento di regolarità e di conformità meramente documentale (Corte cost. n. 39/2014) e attiene all'atto-

Infatti, è evidente che l'obbligo di riversamento scaturente dall'accertamento della sezione di controllo si distingue dalla responsabilità per la sua omissione, della quale costituisce anzi l'antecedente logico-giuridico. Questa responsabilità, che trova titolo nel credito vantato dalla regione nei confronti dei gruppi che hanno speso maldestramente, può trasferirsi su coloro che quel credito non esigano, o al quale illegittimamente rinuncino, alla stregua dell'ordinaria sistematica del danno da mancata entrata (5).

L'art. 1, c. 12, d.l. n. 174/2012 (così modificato dal d.l. 24 giugno 2014, n. 91) ammette l'impugnazione delle deliberazioni di irregolarità emesse dalle sezioni regionali di controllo davanti alle Sezioni riunite della Corte in speciale composizione, *“con le forme e i termini di cui all'art. 243-quater, c. 5”*, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (d'ora in avanti, solo Tuel) (6).

Più in particolare, nel caso in esame si era verificato che la Sezione regionale di controllo per la Calabria aveva accertato, con la deliberazione n. 26/2014, l'irregolarità della rendicontazione presentata da alcuni gruppi consiliari per l'esercizio 2013, dal che era conseguito l'obbligo di restituire gli importi irregolarmente spesi.

Tutti i gruppi attinti dalla declaratoria di irregolarità, tranne due, avevano impugnato la deliberazione davanti alle Sezioni riunite della Corte in speciale

---

*rendiconto; altro è, invece, la valutazione, in termini di liceità, della condotta delle singole persone fisiche costituenti il gruppo, sotto il profilo della sua potenzialità lesiva dell'erario regionale, la quale potrà essere esercitata in materia di giurisdizione di responsabilità”*. V. anche Cass., S.U., ord. n. 6026/2016, nonché Corte cost., sent. n. 39/2014 cit., che ha identificato i limiti del sindacato della Sezione regionale partendo dalla constatazione che il controllo da essa esercitato è funzionale alla riconciliazione con le risultanze del bilancio regionale. Sotto questo profilo, l'obbligo di restituzione delle somme spese irregolarmente *“risulta strettamente correlato al dovere di dare conto delle modalità di impiego del denaro pubblico in conformità alle regole di gestione dei fondi e alla loro attinenza alle funzioni istituzionali svolte dai gruppi consiliari. [...] sulla base del suddetto nesso di causalità – l'obbligo di restituzione risulta riconducibile alla richiamata procedura di controllo legittimamente istituita dal legislatore”*.

(5) Sul tema, v. Cass., S.U., ord. n. 23257/2014, con i numerosi richiami ivi contenuti, nonché Corte conti, Sez. riun. giur. n. 30/2014/Qm.

(6) Tale norma, nella sua conformazione originale, è letteralmente riferita alle deliberazioni di mancata approvazione dei piani di riequilibrio pluriennale presentati dagli enti locali, che in quella parte del Tuel (Titolo VIII-Enti locali deficitari o disestati) trovano la propria regolazione. Declinata con riferimento all'esame dei rendiconti, essa prevede che le deliberazioni in questione possono essere impuginate entro 30 giorni – *“nelle forme del giudizio ad istanza di parte”* – davanti alle Sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione, le quali pronunciano nell'esercizio della giurisdizione esclusiva che l'art. 103, c. 2, Cost. attribuisce alla magistratura contabile nella materia, appunto, della contabilità pubblica. In merito all'ampiezza della cognizione rimessa alle Sezioni riunite, con relative precisazioni definitorie, si richiamano le considerazioni contenute nella sent./ord. n. 11/2014 delle suddette Sezioni riunite.

composizione, secondo il procedimento previsto dall'art. 243-quater, c. 5 sopra citato, come richiamato dall'art. 1, c. 12, d.l. n. 174/2012.

Dei ricorsi presentati, due erano stati dichiarati inammissibili dalle Sezioni riunite, in quanto tardivi. Nel merito, erano stati parzialmente accolti i motivi di doglianza proposti dai ricorrenti, riducendosi il *quantum* delle voci irregolari (e quindi l'obbligo restitutorio) con riferimento in particolare alle spese per il personale a progetto.

Con una determina dell'Ufficio di presidenza del consiglio regionale – in ciò supportato dal dirigente del servizio bilancio – gli effetti favorevoli della pronuncia delle Sezioni riunite erano stati estesi anche ai gruppi consiliari che non avevano impugnato la deliberazione della sezione regionale, nonché a quelli che l'avevano impugnata tardivamente. Sicché – per effetto della sostanziale rinuncia al credito vantato dalla regione nei loro confronti – anche questi avevano potuto beneficiare di una riduzione degli importi da riversare.

La locale Procura, aperto un fascicolo sulla vicenda, aveva appurato inoltre che il debito restitutorio residuo dei gruppi (oltre a quello derivante dalla irregolarità anche di parte dei contributi per il 2014, accertata con successiva deliberazione della sezione di controllo) era stato parzialmente estinto mediante la compensazione con un credito (o supposto tale) derivante dai fondi non utilizzati per il personale, nell'esercizio successivo.

Tale compensazione era stata operata – sempre dall'Ufficio di presidenza, su proposta del dirigente del Servizio bilancio – sulla base di una disposizione della l. reg. Calabria, n. 13/2002 (successivamente modificata dalla l. reg. n. 21/2014) che consentiva il descritto meccanismo.

Ritenendo illegittime e dannose queste determinazioni, la Procura aveva perciò citato in giudizio i soggetti che le avevano assunte, oltre al dirigente che le aveva proposte ed istruite, contestando loro non soltanto il danno per le somme autonomamente scomputate ai gruppi non destinatari delle decisioni delle Sezioni riunite, ma anche quello afferente agli importi non introitati per effetto della compensazione.

Il collegio di primo grado aveva accolto la prima domanda attorea, respingendo invece la seconda (quella sulla vicenda compensativa).

Tale ultima statuizione, motivata con l'assenza di colpa grave nella condotta dei convenuti, era peraltro accompagnata da dubbi di costituzionalità sulla legge regionale che permetteva la compensazione, ritenendosi comunque non utilmente *“praticabile la prospettazione di costituzionalità, per le particolarità insite nel giudizio di responsabilità amministrativa, limitato al dolo o alla colpa grave da valutare ante factum”*.

Le ragioni dei contrapposti appelli da cui ha avuto origine la sentenza qui in commento (quello della Procura, incidentale), sono articolate intorno a due questioni: l'estensibilità soggettiva degli effetti del giudizio delle Sezioni riunite, in cospetto di una delibera-

zione della sezione regionale ormai definitiva nei confronti di coloro che non l'avevano impugnata; e la compensabilità del debito restitutorio.

## 2. Le riforme del 2012 e il sistema dei controlli

In ordine al primo dei due argomenti, le statuizioni del collegio d'appello poggiano sulla tematica dei controlli che, ormai un decennio fa, hanno arricchito il quadro delle attribuzioni rimesse alla Corte dei conti sulla finanza delle regioni (tra gli altri enti), in funzione di garante terzo ed imparziale della stabilità dell'ordinamento finanziario (7).

La giurisprudenza contabile, nonché quella costituzionale e di legittimità (8), negli anni hanno coordinatamente concorso alla sistemazione concettuale di questo rinnovato assetto (9), tracciando altresì il peri-

(7) Volendo tentare una schematizzazione assai sommaria, questo vasto movimento di riforma (già avviato con le disposizioni di cui all'art. 1, cc. 166 ss., l. 23 dicembre 2005, n. 266, c.d. Finanziaria 2006) ha avuto nuovo slancio con la l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, che ha introdotto nella Costituzione il principio dell'equilibrio strutturale delle entrate e delle spese del bilancio statale, anche in coerenza con gli accordi di stabilità finanziaria *medio tempore* conclusi dal Paese sul piano europeo. Ne è seguita la legge quadro per l'attuazione del suddetto obiettivo, la n. 243 del 24 dicembre 2012 e, con riferimento alle Autonomie territoriali, anch'esse chiamate a concorrere agli obiettivi di finanza pubblica, il d.l. n. 174/2012. Quest'ultima norma ha introdotto nuove regole sulla finanza ed il funzionamento delle regioni e degli enti locali, rafforzando come detto i poteri di controllo esterno della Corte, nonché i cicli del controllo interno (anche attraverso una modifica del Tuel). Ha introdotto, al contempo, misure specifiche di contenimento della spesa dell'apparato politico. Anche a questa finalità si ispira la norma che stabilisce la trasmissione dei rendiconti dei gruppi consiliari regionali alle sezioni regionali di controllo.

(8) Per quest'ultima, si richiama l'ampia e dettagliata ricostruzione contenuta in Cass., S.U., n. 22645/2016, che ha respinto un ricorso straordinario promosso ex art. 111, c. 8, Cost. per la declaratoria del difetto di giurisdizione contabile sui ricorsi contro le decisioni di parificazione dei rendiconti regionali. Peraltro, tra la deliberazione della sentenza ed il suo deposito è entrato in vigore il d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, recante il nuovo codice di giustizia contabile. L'introduzione della disciplina codicistica per la prima volta ha compendiato, in un *corpus* unitario, le regole ed i principi processuali precedentemente frazionati in una disorganica pluralità di leggi e regolamenti, così come interpretati dalla giurisprudenza delle Sezioni riunite della Corte dei conti e della Corte di cassazione in funzione di regolatore della giurisdizione. E così l'art. 11 del suddetto codice ha conferito il crisma normativo all'elenco delle attribuzioni giurisdizionali intestate alle Sezioni riunite (tra le quali rientra quella “*nelle materie di contabilità pubblica, [sulle] impugnazioni conseguenti alle deliberazioni delle sezioni regionali di controllo*”), precedentemente basato per lo più su un assetto di assunti giurisprudenziali.

(9) L'espressione più compiuta di questa ricostruzione è costituita dalla sent. n. 39/2014 della Corte costituzionale, pur anticipata dall'ampia giurisprudenza costituzionale che ne ha posto, negli anni, le basi argomentative (si pensi già alla sent. n. 60/2013, sui controlli ex art. 1, cc. da 166 a 172, l. 23 dicembre 2005, n. 266, ed ai precedenti ivi richiamati). La stessa Consulta vi ha chiarito di aver “*ripetutamente affermato (n. 60/2013, n. 198/2012, n. 179/2007), [che] il controllo finanziario attribuito alla Corte dei conti e, in particolare, quello che questa è*

metro e le regole secondo le quali si esercitano le richiamate attribuzioni (10).

È stato chiarito, tra le altre cose, che le deliberazioni adottate dalle Sezioni regionali nell'esercizio delle sopra descritte funzioni di controllo – “*non si configurano [...] come atti emanati da una pubblica amministrazione nell'esercizio di un potere amministrativo, a conclusione di un procedimento amministrativo, ma si pongono, invero, come atti emanati dalla Corte dei conti nella veste di organo estraneo all'apparato della pubblica amministrazione, nell'esercizio di un potere neutrale di controllo (non qualificabile come potere amministrativo), attribuito in via esclusiva alla Magistratura contabile*” (11).

*chiamata a svolgere sui bilanci preventivi e sui rendiconti consuntivi degli enti locali e degli enti del Servizio sanitario nazionale, va ascritto alla categoria del sindacato di legalità e di regolarità – da intendere come verifica della conformità delle (comprehensive) gestioni di detti enti alle regole contabili e finanziarie – e ha lo scopo, in una prospettiva non più statica (com'era il tradizionale controllo di legalità-regolarità), ma dinamica, di finalizzare il confronto tra fattispecie e parametro normativo all'adozione di effettive misure correttive, funzionali a garantire l'equilibrio del bilancio e il rispetto delle regole contabili e finanziarie*”. La tematica è vastissima, e in questo solco molte riflessioni (giurisprudenziali e dottrinarie) hanno arricchito il panorama speculativo. Senza pretesa di completezza, si richiamano Corte dei conti, Sez. riun. giur., spec. comp., n. 2/2013, n. 11/2014, n. 25/2014, nn. 3 e 9/2019, oltre a Corte cost. n. 60/2013 e n. 40/2014. Sul versante dottrinario, anche qui senza riuscire ad essere esaustivi, v. B. Caravita, E. Jorio, *La Corte costituzionale e l'attività della Corte dei conti (una breve nota sulle sentenze nn. 39 e 40 del 2014)*, disponibile su <www.federalismi.it>, 19 marzo 2014; L. Buffoni, A. Cardoni, *I controlli della Corte dei conti e la politica economica della Repubblica: rules vs. discretion*, su <www.forumcostituzionale.it> 12 ottobre 2014; N. Mastropasqua, *Corte dei conti e autonomie: nuove prospettive dei controlli*, in questa *Rivista*, 2013, 1-2, 489; E. Bonelli, *L'incostituzionalità dei controlli sulle Regioni introdotti dal d.l. n. 174 del 2012 (costi della politica versus sana gestione finanziaria alla luce della sentenza n. 219 del 2013)*, in *Giur. cost.*, 2013, 3680-3682; F. Guella, *Il carattere “sanzionatorio” dei controlli finanziari di fronte alle prerogative dei Consigli regionali e dei gruppi consiliari: ricadute generali delle questioni sollevate dalle autonomie speciali*, in *Corte cost.* 39/2014, su <www.osservatorioaic.it>, 1/2014. La matrice di molte riflessioni, nella tematica *de qua*, si può trovare tra gli altri in S. Galeotti, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1963, 77 ss.; in G. Berti, L. Tumiatei, voce *Controlli amministrativi*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1962, 298; nonché in A. Bennati, *Manuale di contabilità di Stato*, Napoli, Jovene, 1992, 733. Un'ampia ed assai articolata disamina è condotta da M. Pieroni, S. Oggianu (a cura di), *La Corte dei conti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, febbraio 2015, disponibile su <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\_seminari>.

(10) V., ancora, Corte cost., n. 39/2014, nonché – in tema di rendiconti dei gruppi consiliari – n. 263/2014, nn. 104 e 260/2016, n. 10/2017.

(11) Così, Corte conti, Sez. riun. giur., spec. comp., n. 2/2013 le cui statuizioni, sebbene riferite nel caso concreto alle deliberazioni di mancata approvazione dei piani di riequilibrio pluriennale, sono sovrapponibili alla fattispecie che ne occupa.

Si è ritenuto in altri termini che tali deliberazioni – collocandosi all’esito di un procedimento di natura non amministrativa – contengano un accertamento che ha attitudine a divenire irretrattabile, facendo stato su quanto ivi affermato (12).

L’impugnabilità di questo accertamento davanti alle Sezioni riunite, secondo il modulo dei giudizi ad istanza di parte, costituisce il logico corollario del potenziale “*pregiudizio immediato e diretto* [che il suddetto accertamento può arrecare] *alle posizioni giuridiche soggettive*” di coloro che siano attinti dalla dichiarazione di irregolarità (13).

### 3. Il giudicato tra prospettive di esecuzione ed effetti stabiliti per legge

Della natura giurisdizionale della pronuncia delle Sezioni riunite non sembrano aver dubitato i convenuti appellanti, e tuttavia la ricostruzione fattuale contenuta nella sentenza qui in commento mostra come essi abbiano ritenuto di poterne estendere soggettivamente gli effetti a chi non ne era stato destinatario, applicando a quel giudizio – con riferimento alla deliberazione della sezione di controllo, su cui insiste – la sistematica del giudicato sull’atto amministrativo. Hanno invocato, in proposito, un precedente del Consiglio di Stato che, nelle loro tesi, assevererebbe la possibilità di questa estensione soggettiva (14).

---

Esse hanno trovato espressa conferma nella sent. n. 22645/2016 delle S.U. della Cassazione, cit. *supra*.

(12) V., sul punto, la ricostruzione contenuta Corte conti, Sez. riun. giur., spec. comp., n. 7/2018.

(13) In quest’ottica, già prima dell’intervento normativo (di cui al d.l. n. 91/2014) che prevede espressamente l’impugnabilità delle deliberazioni sui rendiconti, le Sezioni riunite avevano recepito le indicazioni della Consulta, la quale aveva ammonito che non rimanessero privi di tutela giurisdizionale gli esiti del descritto controllo (sent. n. 39/2014, cit.). Sul punto, v. tra le altre Corte conti, Sez. riun. giur., in spec. comp., nn. 25 e 57/2014, nonché S. Petrucci, *Le spese dei gruppi consiliari tra giurisdizione e controllo*, in E. F. Schlitzer, C. Mirabelli (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, Napoli, Esi, 2018, 1013 e A. Baldanza, *Le funzioni di controllo della Corte dei conti*, in V. Tenore, *La nuova Corte dei conti. Responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, Giuffrè, 2022, 1641.

(14) Si tratta di Cons. Stato, Ad. plen., n. 4/2019, a parere di chi scrive, in verità, confuta proprio le asserzioni proposte dagli appellanti. In disparte l’oggettiva diversità del dedotto – e cioè un provvedimento della pubblica amministrazione nel caso del giudicato amministrativo, contrapposto all’accertamento di un organo magistratuale indipendente nel caso della deliberazione della sezione di controllo regionale sulla cui impugnazione pronunciano le Sezioni riunite – vi è che la sentenza citata chiarisce che l’estensibilità del giudicato a soggetti diversi da quelli che furono parte del giudizio è ammessa solo quando gli effetti del giudicato stesso siano assolutamente inscindibili con riferimento alle posizioni di costoro. Ipotesi affatto diversa da quella determinata dalla pronuncia delle Sezioni riunite *ex art. 243-quater Tuel* che – riesaminando le poste irregolari del rendiconto, in una *revisio prioris instantiae* che le rimette nella cognizione piena della vicenda contabile esaminata dalla sezione di controllo – conduce all’emanazione di una pronuncia specificamente calibrata sul fatto gestorio dedotto in giudizio. Non

Il collegio d’appello è stato di diverso avviso, chiedendo innanzitutto che “*le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti non sono sussumibili nel concetto di pubblica amministrazione e non si pronunciano mediante l’emissione di atti o provvedimenti amministrativi*”.

Inoltre, ha stabilito un approccio sostanziale alle condotte oggetto del giudizio, pur senza sottrarsi alle questioni qualificatorie offerte dalla vicenda di causa, ed ha osservato che “*quel che conta sono gli effetti giuridici e patrimoniali prodotti dalla detta delibera [assunta dall’Ufficio di Presidenza], che in concreto ha realizzato un rimedio alternativo all’impugnazione di fronte alle Sezioni riunite, tra l’altro, in palese conflitto di interessi poiché proveniente controllato*”.

Particolare interesse desta la tesi degli amministratori secondo cui essi – nello scomputare dall’obbligo restitutorio, anche a favore dei gruppi che non avevano impugnato la deliberazione di irregolarità della sezione di controllo, le spese poi giudicate ammissibili dalle Sezioni riunite – avrebbero fatto in realtà “*applicazione di principi di giustizia uguali per tutti trattandosi di contratti identici gestiti direttamente dal consiglio regionale e non dai singoli gruppi*”. Nella prospettiva così dichiarata, dunque, si assume che essi fossero chiamati, più che ad eseguire il *decisum* delle Sezioni riunite, a ripeterne le valutazioni con riferimento alle vicende gestorie (ormai chiuse) dei gruppi consiliari che non ne erano stati destinatari, perché non avevano impugnato la delibera di accertamento sui propri rendiconti (15).

Senonché, oltre a contrastare con la definitività degli effetti prodotti *ex lege* da quella delibera, l’assunto andrebbe vagliato anche alla luce del fatto che al giudizio per la sua impugnazione, davanti alle Sezioni riunite, partecipa il pubblico ministero.

---

solo, ma il Consiglio di Stato espressamente esclude l’estensibilità degli effetti “*di accertamento della pretesa, ordinatori, conformativi*”, contenuti nel giudicato.

(15) Appare quanto mai appropriata, sulla differenza tra l’attuazione del giudicato amministrativo e le conseguenze dell’accertamento contabile qui in commento, la riflessione di F. Benvenuti, voce *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., 906. Secondo l’Autore, nell’attuazione del giudicato amministrativo, “*la pretesa al giudicato, così come la rinuncia ad esso, [...] è sempre mediata dall’attività amministrativa e quindi dal potere amministrativo, onde il confronto tra la pretesa sostanziale e la precedente sentenza deve sempre passare per un nuovo momento di potere. La ragione è, come ormai si è ripetuto più volte, che il giudizio amministrativo cade su di un atto e non su di un rapporto intersoggettivo*”. È riassunta in queste fondamentali considerazioni la diversità tra le due sistematiche: nel primo caso, la necessità di una ri-edizione del potere per dare esecuzione alla decisione del giudice; nel secondo, l’automatica indisponibilità della posizione creditoria, che sorge come conseguenza legale dell’accertamento sulla irregolarità del rendiconto. Sotto un secondo profilo, l’oggetto del giudizio: da una parte (quella del giudizio amministrativo), un atto; dall’altra parte (quella dell’accertamento contabile), un rapporto gestorio.

La necessità di quella presenza manifesta invero l'interesse dell'ordinamento (*rectius*, dello Stato) per l'oggetto del giudizio, rappresentato da un credito restitutorio derivante dall'accertata irregolarità di una spesa effettuata con le risorse pubbliche. La presenza del pubblico ministero, in altri termini, si giustifica proprio per l'indisponibilità di quel credito da parte dell'ente regionale (16).

#### 4. La compensazione del credito restitutorio.

Infine, con il secondo capo della motivazione, relativo al censurato danno conseguente alla compensazione, il collegio d'appello ha confermato la statuizione contenuta nella pronuncia di primo grado, secondo cui la mancanza dell'elemento psicologico della colpa grave, precludendo la sentenza di condanna, conduceva all'irrelevanza dell'accertamento sulla conformità a Costituzione della l. reg. n. 13/2002 (modificata nel 2014) sulla cui base i convenuti avevano operato (17).

Invero, già la sezione territoriale aveva rilevato come la disciplina regionale inducesse forti sospetti di illegittimità costituzionale. Da una parte infatti – invadendo la materia dell'ordinamento civile, riservata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato – interveniva sulle modalità di estinzione di un credito pubblico (conseguenza del dovere restitutorio); dall'altra parte, in deroga agli ordinari principi civilistici, consentiva la compensazione di un credito (quello vantato dalla regione per il tramite del consiglio regionale) con ciò che è a ben vedere un altro credito (quello derivante dall'economia di spesa generata dai fondi non spesi nel successivo esercizio). Ciononostante, si era dovuto constatare che le particolari modalità della compensazione erano giustificate proprio “*dalle (invece singole) norme della legislazione regionale*”, con la conseguenza che le incongruenze degli atti deliberativi oggetto delle censure attoree andavano imputate proprio all'anomalia della disciplina di riferimento, escludendo la colpa grave dei convenuti.

LUIGIA IOCCA

\* \* \*

(16) Sul ruolo del pubblico ministero nel giudizio davanti alle Sez. riun. giur. spec. comp., ed in generale sul senso e la connotazione del suo intervento nei giudizi ad istanza di parte, si vedano le conclusioni cui sono giunte le Sezioni riunite in speciale composizione nella sentenza n. 66/2015. Con riguardo, invece, al più ampio spaccato dell'assetto dei rapporti tra le parti nel giudizio sull'impugnazione delle delibere di esame dei rendiconti davanti alla Sez. riun. giur. spec. comp., v. le sentenze n. 32/2014, n. 39/2015 e n. 26/2016.

(17) Si rinvia, *amplius*, alla accurata ricostruzione contenuta nella sentenza di primo grado, n. 569/2019 della Sezione giurisdizionale per la Calabria.

### Sezione d'appello Regione Siciliana

11 – Sezione d'appello Regione Siciliana; sentenza 27 febbraio 2023; Pres. Aloisio, Est. Petrigni, P.M. Carlotti; D.R.G. c. Proc. gen.

*Conferma Corte conti, Sez. giur. reg. Siciliana, 3 ottobre 2018, n. 205.*

**Processo contabile – Revocazione – Sentenza penale irrevocabile di assoluzione perché il fatto non sussiste successiva alla decisione impugnata – Mancata previsione di un'ipotesi straordinaria di revocazione – Questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 24, 103, 113, 117 Cost. e art. 6 Cedu – Manifesta infondatezza.**

Cost., artt. 3, 24, 103, 113, 117; c.g.c., art. 202, c. 1, lett. g); Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, art. 6.

*È manifestamente infondata, oltre che irrilevante, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 202, c. 1, lett. g), c.g.c., nella parte in cui non prevede la possibilità di revocazione di una sentenza a seguito del passaggio in giudicato di una sentenza penale di assoluzione dopo quello della sentenza impugnata; infatti, il rimedio della revocazione è di carattere straordinario e finalizzato a rimediare eventuali errori del giudice, specificamente previsti, e non ad ottenere un riesame della controversia.*

18 – Sezione d'appello Regione Siciliana; sentenza 31 marzo 2023; Pres. Aloisio, Est. Chiazese, P.M. Aronica; Proc. gen. c. B.V. e altri.

*Riforma Corte conti, Sez. giur. reg. Siciliana, sent. 21 gennaio 2021, n. 482.*

**Processo contabile – Responsabilità sanzionatoria pecuniaria – Giudizio per l'applicazione di sanzioni pecuniarie – Termine di sessanta giorni per l'emissione del decreto motivato – Natura.**

C.g.c., artt. 43, 134.

**Processo contabile – Giudizio per l'applicazione di sanzioni pecuniarie – Contrasto dell'art. 248, c. 5-bis, Tuel con gli artt. 3, 24, 25, 51, 97, 111, c. 1, 102, 103, Cost. – Esclusione.**

Cost., artt., 3, 24, 25, 51, 97, 102, 103, 111; d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, t.u. delle leggi in materia di enti locali, art. 248, c. 5-bis; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 49, par. 3.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Responsabilità sanzionatoria pecuniaria – Revisori dei conti comunali – Omissione nella rilevazione delle gravi situazioni di criticità finanziaria dell'ente locale – Emissione di parere favorevole sui bilanci in presenza di situazioni di grave criticità finanziaria – Violazione dei doveri di diligenza professionale – Sussistenza – Responsabilità – Sussistenza – Fattispecie.**

C.g.c., art. 133; d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, artt. 239, c. 1-bis, 240, 248, c. 5-bis.

*Il termine di sessanta giorni previsto per l'emissione del decreto motivato con il quale il giudice monocratico decide sul ricorso del pubblico ministero che promuove il giudizio per l'applicazione di sanzioni pecuniarie ha carattere ordinatorio e non punitorio, attesa l'assenza di previsioni legislative al riguardo.*

*È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della previsione del Tuel che commina sanzioni interdittive e pecuniarie agli amministratori e ai revisori degli enti locali nel caso in cui sopravvenga la dichiarazione di dissesto; infatti, la valutazione delle conseguenze dei termini di elettorato passivo e di applicazione delle sanzioni è stato valutato, ex ante, dal legislatore, nell'ambito della propria discrezionalità, non irragionevole, nell'intento di responsabilizzare gli amministratori e i revisori degli enti locali al rispetto sostanziale e formale dell'equilibrio del bilancio che costituisce un diritto, costituzionalmente garantito, degli amministrati; il procedimento giurisdizionale previsto dal rito per l'applicazione delle sanzioni non soltanto non viola il diritto di difesa e quello al giusto processo e al contraddittorio dei soggetti evocati in giudizio, ma garantisce un triplice vaglio giurisdizionale, superiore a quello del processo amministrativo nel caso di responsabilità risarcitoria, nel quale devono essere esaminate le condotte sotto il profilo della sussistenza del nesso causale e dell'elemento soggettivo, quantomeno gravemente colposo; la misura interdittiva non viola il principio costituzionale della tutela del buon andamento della pubblica amministrazione ma, anzi, lo esalta, inibendo l'ingresso o il mantenimento di cariche pubbliche in presenza di attività pregiudizievoli per gli amministrati.*

*Costituisce grave violazione dei parametri di diligenza e professionalità dei revisori dell'ente locale il mancato rilievo, in sede di approvazione del bilancio dell'ente, delle gravi criticità finanziarie esitate nella dichiarazione di dissesto, atteso l'obbligo di veridicità delle attestazioni di tale organo e della diligenza del mandatario cui è tenuto (nella specie, i revisori avevano sempre espresso parere favorevole sul bilancio dell'ente per numerose annualità, in presenza di obiettive ed evidenti criticità finanziarie emergenti dalle scritture contabili, in violazione dei loro specifici doveri professionali tra cui quello di orientare l'operato degli organi politici dell'ente).*

20 – Sezione d'appello Regione Siciliana; sentenza 12 aprile 2023; Pres. Aloisio, Est. Petrigni, P.M. Carlotti; Proc. reg. Siciliana c. Agenzia delle entrate-Riscossione s.p.a.  
*Riforma Corte conti, Sez. giur. reg. Siciliana, 29 marzo 2022 n. 293.*

**Processo contabile – Danno derivante da dichiarazione di decadenza della potestà impositiva da parte del giudice tributario – Sussistenza – Pendenza**

**del procedimento amministrativo per l'eventuale discarico delle quote inesigibili – Irrilevanza.**

D.lgs. 13 aprile 1999, n. 112, riordino del servizio nazionale della riscossione, in attuazione della delega prevista dalla l. 28 settembre 1998, n. 337, artt. 19, 20.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Agente della riscossione – Decadenza dalla riscossione del credito per nullità della notificazione a seguito di errore nell'indirizzo del destinatario nella raccomandata informativa – Prassi applicativa di invio della raccomandata prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma che non la prevedeva – Colpa grave dell'agente della riscossione – Esclusione – Equiparazione della colpa grave alla mera violazione di legge o di buone prassi – Esclusione.**

C.p.c., art. 140; d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602, disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito, art. 25.

*Il giudizio contabile della Corte dei conti per danno erariale gode di piena autonomia e non può essere condizionato dal contemporaneo svolgimento del procedimento amministrativo per discarico di quote inesigibili ovvero della definizione agevolata, con pagamento di una quota dell'importo iscritto a ruolo.*

*Non sussiste la colpa grave dell'agente della riscossione che, prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 25 d.p.r. n. 602/1973, che prevedeva modalità diverse di notificazione degli atti tributari a seconda che fossero di accertamento o cartelle di pagamento, abbia indicato un indirizzo del destinatario errato nella raccomandata informativa seguita al tentativo di notifica della cartella di pagamento, non andata a buon fine per irreperibilità relativa del destinatario, con conseguente decadenza dal credito; infatti, prima della decisione della Corte costituzionale, nel caso di notifica delle cartelle di pagamento non era previsto l'invio della raccomandata informativa del deposito dell'atto da notificare presso la casa comunale, che veniva effettuato per mera prassi cautelativa.*

\*\*\*

## Sezioni giurisdizionali regionali

### Abruzzo

16 – Sezione giurisdizionale Regione Abruzzo; sentenza 7 marzo 2023; Pres. Nispi Landi, Est. Lo Giudice, P.M. Leoni; Proc. reg. Abruzzo c. F.I. e altro.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Ente pubblico patrocinato dall'Avvocatura dello Stato – Conferimento incarico oneroso di patrocinio legale ad avvocato del libero Foro – Danno erariale – Sussiste.**

C.g.c., art. 1; r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, approvazione del t.u. delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e

sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato, art. 43; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1; d.p.c.m. 29 agosto 2001, autorizzazione all'Avvocatura dello Stato ad assumere la rappresentanza e la difesa degli "Enti parco nazionale", nei giudizi attivi e passivi avanti le autorità giudiziarie, i collegi arbitrali, le giurisdizioni amministrative e speciali, art. 1.

*Ove l'ente sia patrocinato dall'Avvocatura dello Stato, è inutile, e quindi dannosa, la spesa sostenuta per il conferimento di un incarico oneroso di patrocinio ad un avvocato del libero foro, ma, nella quantificazione del danno risarcibile, occorre tener conto del correlato vantaggio per l'Avvocatura dello Stato sotto il profilo del risparmio di attività difensiva in quanto svolta da altro avvocato.*

\* \* \*

### Calabria

16 – Sezione giurisdizionale Regione Calabria; sentenza 1 marzo 2023; Pres. Cirillo, Est. Facciorusso, P.M. Dodaro; Comune *Omissis* c. *Omissis*.

**Giudizi di conto e per resa del conto – Conti giudiziari – Gestione economica di ente locale – Economo comunale – Affiancamento da parte di altro intraneo comunale – Irrilevanza – Eccezione di difetto di legittimazione passiva – Esclusione.**

R.d. 18 novembre 1923, n. 2440, nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato, art. 74; r.d. 23 maggio 1924, n. 827, regolamento per l'amministrazione del patrimonio per la contabilità generale dello Stato, artt. 188, 192.

*Deve essere disattesa l'eccezione di difetto di legittimazione passiva, sollevata dall'economo comunale convenuto in giudizio, perché le mansioni sarebbero state eseguite di fatto dal proprio vice laddove si sia trattato di mero affiancamento di un altro soggetto per operazioni inerenti all'ufficio di economo, le cui attività tuttavia si inserivano nella gestione documentata nel conto qui in esame (ovvero in presenza di un "fiduciario" autorizzato ad operare sulla cassa ma di cui risponde comunque il contabile ex art. 188 r.d. n. 827/1924, regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato); ovvero in un'ipotesi in cui al contabile "principale" si è affiancato un contabile "secondario" (ipotesi prevista dall'art. 192 del r.d. n. 827/1924, secondo il quale "le riscossioni fatte ed i versamenti e pagamenti eseguiti da questi ultimi si concentrano nella contabilità dei primi" e che i contabili secondari debbono rendere il conto giudiziale alla Corte dei conti "da unirsi a corredo di quello del contabile principale", in quanto "i contabili principali però non rispondono dei fatti dei contabili secondari, se non in quanto essi stessi siano imputabili di colpa o di trascuranza").*

23 – Sezione giurisdizionale Regione Calabria; sentenza 10 marzo 2023; Pres. Cirillo, Est. Marrè Brunenghi, P.M. Dodaro; Comune *Omissis* c. *Omissis*.

**Giudizi di conto e per resa del conto – Conti giudiziari – Agente contabile addetto alla riscossione – Difetto di legittimazione passiva per maneggio diretto di denaro da parte di altri – Esclusione – Declaratoria di irregolarità – Configurabilità.**

C.g.c., artt. 137 ss.

*La circostanza che il maneggio diretto del danaro lo abbiano avuto di fatto altri soggetti non riveste alcun rilievo ai fini della declaratoria di irregolarità del conto perché l'agente contabile, sottoscrivendolo, ha fatto proprie le risultanze della gestione nell'esercizio considerato, imputandole a sé stesso sotto ogni profilo.*

35 – Sezione giurisdizionale Regione Calabria; sentenza 20 marzo 2023; Pres. Longo, Est. Marrè Brunenghi, P.M. Ciani; *Proc. reg. Calabria* c. *Omissis*.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Soggetto privato – Contributi pubblici – Contributo regionale a carico del Fondo europeo per attività di coltivazione agricola – Domanda di aiuto – Difetto di titolo legittimante – Illecito erariale a titolo doloso – Configurabilità.**

C.g.c., art. 1; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1; regolamento (Ce) n. 1122/2009 della Commissione del 30 novembre 2009 recante modalità di applicazione del regolamento (Ce) n. 73/2009 del Consiglio per quanto riguarda la condizionalità, la modulazione e il sistema integrato di gestione e di controllo nell'ambito dei regimi di sostegno diretto agli agricoltori di cui al medesimo regolamento e modalità di applicazione del regolamento (Ce) n. 1234/2007 del Consiglio per quanto riguarda la condizionalità nell'ambito del regime di sostegno per il settore vitivinicolo, art. 1.

*L'intera normativa di matrice comunitaria (in particolare, il regolamento Ce n. 1122/2009), a sua volta richiamata nelle domande di aiuto, richiedono – in capo al richiedente e sottoscrittore – la consapevolezza della veridicità e della non mendacia delle dichiarazioni contenute nella domanda; pertanto, avendo la convenuta, nelle domande di aiuto, la piena consapevolezza della non disponibilità del titolo (e non già soltanto della mera conduzione fattuale) sui terreni per cui ha richiesto il contributo pubblico, avendo altresì dichiarato falsamente l'esistenza di un contratto di comodato, in realtà mai concluso con i proprietari degli stessi terreni, risulta comprovata inequivocabilmente la dolosa preordinazione al pagamento di contributi indebiti.*



42 – Sezione giurisdizionale Regione Calabria; sentenza 29 marzo 2023; Pres. Cirillo, Est. Longo, P.M. Pallone; Comune di *Omissis* c. *Omissis*.

**Giudizi di conto e per resa del conto – Conto giudiziale – Gestione economale di ente locale – Carattere anticipatorio e derogatorio – Gestione di mera cassa in regime di anticipazione.**

R.d. 18 novembre 1923, n. 2440, nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato, art. 74; r.d. 23 maggio 1924, n. 827, regolamento per l'amministrazione del patrimonio per la contabilità generale dello Stato, art. 32.

*Le spese della gestione economale costituiscono deroga rispetto al principio generale di necessaria programmazione degli acquisti, essendo preordinate a fronteggiare esigenze imprevedute inerenti alle attrezzature e al materiale di consumo occorrente per il corretto funzionamento della struttura amministrativa; pertanto, dal carattere anticipatorio e derogatorio della gestione economale discende la necessità che le amministrazioni pongano a disposizione dell'economista fondi necessariamente limitati, per provvedere, in conformità alle richieste dei diversi uffici, a spese minute, controllando ovviamente il buon fine delle medesime.*

\* \* \*

**Campania**

186 – Sezione giurisdizionale Regione Campania; sentenza 22 marzo 2023; Pres. Novelli, Est. D'Oro, P.M. Ferrante; Proc. reg. Campania c. I.P.

**Prescrizione e decadenza – Sospensione ex lege – Emergenza sanitaria da Covid-19 – Applicabilità.**

C.c., artt. 2934, 2943; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1, c. 2; d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19, art. 85, c. 4.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Ente locale – Incarichi a soggetti esterni – Attività di supporto al Rup – Disciplina generale e speciale – Presupposti – Mancanza – Danno erariale – Sussiste.**

L. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1; d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, art. 7, c. 6; d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce, art. 10, cc. 1 e 7; d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, codice dei contratti pubblici, art. 31, cc. 1 e 7.

*Ai fini della validità degli atti interruttivi della prescrizione del diritto al risarcimento del danno erariale, va considerato il periodo di sospensione dall'8 marzo al 31 agosto 2020 introdotto dal legislatore a causa dell'emergenza sanitaria da Covid-19 che ha previsto espressamente la sospensione di tutti i termini prescrizionali, sia di carattere sostanziale che processuale, in considerazione della situazione legata all'emergenza epidemiologica e agli effetti negativi che la stessa avrebbe potuto produrre sullo svolgimento delle attività istituzionali della Corte dei conti finalizzate a realizzare il bene comune e, quindi, poste a garanzia delle ragioni erariali.*

*Costituisce danno erariale l'erogazione di compensi a seguito del conferimento, da parte di un ente locale, a soggetti esterni, di incarichi di supporto al Rup in assenza, oltre che dei presupposti previsti dalla disciplina sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, anche da quella speciale contenuta nel codice dei contratti pubblici; in particolare, l'amministrazione conferente deve considerare la carenza di figure idonee in organico, la sussistenza di specifiche competenze tecnico professionali richieste per il tipo di intervento e di una specifica procedura in corso di esperimento alla data di affidamento dell'incarico.*

\* \* \*

**Emilia-Romagna**

32 – Sezione giurisdizionale Regione Emilia-Romagna; sentenza 14 aprile 2023; Pres. Maiello, Est. Nenna, P.M. De Nicolo; Proc. reg. Emilia-Romagna c. A.M.

**Giudizi di conto e per resa del conto – Conto giudiziale – Iscrizione a ruolo del conto compilato d'ufficio – Necessità.**

C.g.c., art. 147, c. 3, lett. a).

**Giudizi di conto e per resa del conto – Conto giudiziale – Iscrizione a ruolo del conto compilato d'ufficio – Regolazione delle spese processuali – Soccombenza virtuale – Condanna.**

C.g.c., artt. 147, c. 3, lett. a), 31, c. 1.

*Va sempre fissata l'udienza per la discussione dei conti compilati d'ufficio affinché ne sia garantita la verifica della regolarità; il giudizio di conto instaurato ai sensi dell'art. 147, c. 3, lett. a), c.g.c., ha natura cautelativa, essendo doveroso che un conto non presentato dall'agente contabile sia sottoposto ad un vaglio di natura processuale nel rispetto delle garanzie del giusto processo.*

*L'agente contabile inottemperante all'obbligo di presentazione del conto va condannato al pagamento delle spese di giustizia, ai sensi dell'art. 31, c. 1, c.g.c., in applicazione del principio della soccombenza virtuale, per aver reso necessaria con la propria condotta omissiva la celebrazione del processo.*

39 – Sezione giurisdizionale Regione Emilia-Romagna; sentenza 28 aprile 2023; Pres. (f.f.) ed Est. Nenna; P.M. De Nicolo; Proc. reg. Emilia-Romagna c. N.R.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Dipendente pubblico – Falsa attestazione della presenza in servizio – Danno all’immagine della pubblica amministrazione – Disciplina autonoma rispetto alla fattispecie generale del “Lodo Bernardo” – Sussiste.**

D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, art. 55-*quinquies*, c. 2; d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 3 agosto 2009, n. 102, provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali, art. 17, c. 30-*ter*; d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, attuazione della l. 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, art. 69.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Dipendente pubblico – Falsa attestazione della presenza in servizio – Danno all’immagine della pubblica amministrazione – Condanna penale irrevocabile – Necessità – Non sussiste.**

D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 55-*quinquies*, c. 1; d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 3 agosto 2009, n. 102, art. 17, c. 30-*ter*; d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, art. 69.

*La falsa attestazione della presenza in servizio da parte del pubblico dipendente, disciplinata dal secondo comma dell’art. 55-quinquies del d.lgs. n. 165/2001 (introdotto dall’art. 69 d.lgs. n. 150/2009), realizza una condotta tipicamente causativa di danno erariale per lesione dell’immagine della pubblica amministrazione, con caratteri autonomi rispetto alla ipotesi generale di danno all’immagine prevista dall’art. 17, c. 30-ter, d.l. n. 78/2009.*

*Integra l’ipotesi di responsabilità prevista dall’art. 55-quinquies, c. 1, d.lgs. n. 165/2001 qualunque condotta fraudolenta (posta in essere anche avvalendosi di terze persone) utilizzata per trarre in inganno l’amministrazione circa la presenza in servizio del dipendente, dovendosi prescindere dai requisiti previsti per la fattispecie disciplinata dall’art. 17, c. 30-ter, d.l. n. 78/2009, tra cui la sussistenza di una condanna penale irrevocabile.*

\* \* \*

### Friuli-Venezia Giulia

7 – Sezione giurisdizionale Regione Friuli-Venezia Giulia; sentenza 7 marzo 2023; Pres. Bacchi, Est. Gargiulo, P.M. Spedicato; Proc. reg. Friuli-Venezia Giulia c. L.U.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie – Morte del nascituro – Colpa grave – Sussiste.**

C.g.c., art. 1; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1.

*La gravità della colpa prende forma secondo geometrie variabili e l’individuazione del comportamento minimo esigibile, non tenuto, non può restare insensibile alla collocazione del bene-interesse posto sotto la cura dell’agente nella scala dei valori percepibile secondo il quadro costituzionale e il comune sentire, sicché, se si considera anche che la lesione del bene-interesse vita, a differenza di quella di altri beni-interessi (si pensi, ad esempio, a un danno da mancata entrata conseguente all’erroneo computo del contributo di costruzione in occasione del rilascio di un titolo edilizio), non è rimediabile in forma specifica, appare evidente che, inevitabilmente, la pretesa minima è più alta e che, dunque, nel caso di scostamento rispetto al comportamento atteso, la distanza dalla soglia della colpa grave è più ridotta.*

9 – Sezione giurisdizionale Regione Friuli-Venezia Giulia; sentenza 5 aprile 2023; Pres. Bacchi, Est. Gargiulo, P.M. Farci; Proc. reg. Friuli-Venezia Giulia c. *Omissis*.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Danno da indebita corresponsione di emolumenti per fatto del percettore – Quantificazione del danno – Lordo degli emolumenti erogati e oneri datoriali.**

C.g.c., art. 1; d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917, approvazione del t.u. delle imposte sui redditi, art. 10, c. 2-*bis*; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1; d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da Covid-19, art. 150, c. 1.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Applicazione del principio della ragione più liquida – Limiti.**

C.p.c., art. 276; c.g.c., artt. 1, 31; l. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1.

*Il c. 2-bis dell’art. 10 del t.u. delle imposte sui redditi – inserito dall’art. 150, c. 1, d.l. n. 34/2020 e che prevede che “Le somme di cui alla lettera d-bis) del c. 1 [che, a sua volta, dispone che dal reddito complessivo si deducono, se non sono deducibili nella determinazione dei singoli redditi che concorrono a formarlo, le somme restituite al soggetto erogatore, se assoggettate a tassazione in anni precedenti], se assoggettate a ritenuta, sono restituite al netto della ritenuta subita e non costituiscono oneri deducibili” –*

*non si applica al caso di responsabilità amministrativa del percettore.*

*Il principio della ragione più liquida, secondo cui la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione, anche se logicamente subordinata, si può applicare se, avuto riguardo all'esito che potrebbe esservi decidendo gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa, l'applicazione dell'art. 31 c.g.c. in tema di regolazione delle spese resta insensibile rispetto a ciò.*

\* \* \*

### Lazio

149 – Sezione giurisdizionale Regione Lazio; sentenza 9 marzo 2023; Pres. Miele, Est. Cossu, P.M. Crea, Proc. reg. Lazio c. *Omissis* e altri.

**Giurisdizione e competenza – Società partecipata – Società in house – Qualificazione – Irrilevanza – Convenzione sottoscritta con l'ente pubblico socio – Rapporto di servizio – Giurisdizione contabile – Sussiste.**

C.g.c., art. 1; d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, art. 12.

**Processo contabile – Divieto del *ne bis in idem* – Inammissibilità dell'atto di citazione – Presupposti – Fattispecie.**

C.g.c., artt. 4, 7; c.c., art. 2909; c.p.c., art. 324.

**Processo contabile – Divieto di frazionamento della domanda – Diversità del rapporto sostanziale – Atto di citazione – Inammissibilità – Esclusione.**

Cost. artt. 2, 111; c.g.c., art. 3.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Appalto di opera pubblica – Società partecipata – Amministratore delegato – Responsabile unico del procedimento – Organi tecnici – Somme liquidate a seguito di accordo transattivo – Omessa valutazione delle disposizioni nel capitolato speciale – Colpa grave – Sussiste.**

C.c., art. 1965; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1.

*L'azione di responsabilità per danno erariale nei confronti degli organi di amministrazione e di controllo di una società partecipata, legata da un rapporto di servizio con l'ente pubblico socio, sulla base di una convenzione che attribuisce la funzione pubblica di stazione appaltante per la realizzazione di un'opera pubblica, rientra nella giurisdizione del giudice contabile, non assumendo, viceversa, rilevanza la qualificazione di società in house non sussistente all'epoca delle condotte contestate.*

*Il principio del *ne bis in idem*, operante anche nei giudizi contabili e volto ad evitare che due procedimenti sullo stesso fatto dannoso si concludano con due condanne o con una condanna ed una assoluzione,*

*non opera nelle ipotesi in cui il primo giudizio sia stato definito con una sentenza in rito (nella specie, la sezione ha respinto l'eccezione di inammissibilità originaria o sopravvenuta della domanda introduttiva del giudizio instaurato successivamente, evidenziando che, al momento della sua proposizione, non era stata adottata alcuna decisione e che la sentenza nel primo giudizio, avendo dichiarato l'estinzione del giudizio, ha natura processuale).*

*È infondata l'eccezione di inammissibilità dell'atto di citazione per asserita violazione del divieto di frazionamento della domanda, consequenziale al principio di concentrazione della tutela processuale e della ragionevole durata del processo, qualora, pur essendo dedotto in giudizio un rapporto sostanziale unico (contratto di appalto per la realizzazione di un'opera pubblica), sono addebitate condotte foriere di danno erariale relative a causa petendi e petitum diversi.*

*Sussiste la responsabilità amministrativa e contabile, a titolo di colpa grave, dell'amministratore delegato della società partecipata da un ente locale alla quale è stata affidata la funzione di stazione appaltante per la realizzazione di un'opera pubblica, del responsabile unico del procedimento e dei responsabili della struttura tecnica, per il danno erariale cagionato agli enti finanziatori dell'opera derivante dal pagamento, in favore della società appaltatrice, di somme riconosciute in via transattiva per il prolungamento dei tempi contrattuali in difformità rispetto alle previsioni del capitolato speciale di appalto.*

152 – Sezione giurisdizionale Regione Lazio; sentenza 13 marzo 2023; Pres. Ciaramella, Est. Sanguigni, P.M. D'Urso; Proc. reg. Lazio c. *Omissis* e altri.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Appalto di opera pubblica – Danno alla concorrenza – Esclusione – Mezzi di prova – Comparazione con i prezzi di mercato – Ribassi di gara per lavori simili – Utile d'impresa – Collegamento tra imprese – Non sufficienza.**

C.c., art. 2697; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Appalto di opera pubblica – Somme liquidate per opere non realizzate – Responsabile unico del procedimento e direttore di aeroporto – Elemento soggettivo – Danno patrimoniale diretto – Sussiste.**

L. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1.

*Deve escludersi il danno alla concorrenza non provato dall'attore pubblico nell'an e nel quantum con idonei mezzi, quali la comparazione con i prezzi di mercato, con i ribassi conseguiti a seguito di gara per lavori simili, non potendo diversamente ammettersi, alla luce di consolidati principi giurisprudenziali, né il ricorso all'astratto criterio dell'utile d'impresa, né l'asserito riferimento al collegamento illecito fra le imprese.*

*Sussiste la responsabilità amministrativa e contabile del responsabile unico del procedimento e del direttore di aeroporto, a titolo rispettivamente di dolo e colpa grave, per il danno erariale cagionato per le somme liquidate per la realizzazione, in diverse zone aeroportuali, di opere appaltate a varie ditte aggiudicatrici, ma non eseguite o effettuate in modo difforme dalle pattuizioni contrattuali.*

154 – Sezione giurisdizionale Regione Lazio; sentenza 13 marzo 2023; Pres. Miele, Est. Bombino, P.M. Pezzilli; Proc. reg. Lazio c. W.L.

**Giurisdizione e competenza – Dirigente – Posizione di fuori ruolo istituzionale – Svolgimento di incarichi esterni non autorizzati – Compensi – Mancato riversamento – Giurisdizione contabile – Sussistenza – Fattispecie.**

C.g.c., art. 1; d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, art. 53, cc. 7 e 7-bis; l. 21 dicembre 2001, n. 443, delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive, art. 1; d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2, misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anticrisi il quadro strategico nazionale, art. 20.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Dirigente – Posizione di fuori ruolo istituzionale – Svolgimento di incarichi extraistituzionali non autorizzati – Responsabilità amministrativa – Sussistenza.**

D.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, t.u. delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, artt. 58, 59; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1; d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 53, cc. 7 e 7-bis.

**Impiegato dello Stato e pubblico in genere – Posizione di fuori ruolo istituzionale – Posizione di aspettativa senza assegni – Differenza.**

D.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, artt. 58, 59; d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 23-bis.

*Sussiste la giurisdizione del giudice contabile per il mancato riversamento all'amministrazione di appartenenza dei compensi percepiti da parte di un dipendente pubblico che ha svolto incarichi esterni non autorizzati nel periodo di collocamento in fuori ruolo istituzionale (nella specie il dipendente pubblico è stato nominato commissario straordinario per la realizzazione di un intervento rientrante nella l. n. 443/2001).*

*Sussiste la responsabilità amministrativa del dipendente pubblico collocato in fuori ruolo istituzionale per il mancato riversamento all'amministrazione di appartenenza dei compensi percepiti per lo svolgimento di incarichi extraistituzionali, essendo egli co-*

*munque legato da un rapporto organico con l'amministrazione d'appartenenza conferente, e quindi sottoposto alla disciplina delle incompatibilità relative al rapporto di pubblico impiego.*

*L'istituto del collocamento fuori ruolo, la cui disciplina principale è contenuta nel d.p.r. n. 3/1957, è teso a soddisfare l'interesse dell'amministrazione di appartenenza del dipendente, comporta una modifica temporanea e funzionale del rapporto di servizio, conserva invariati status e qualifica, fa conservare al dipendente il diritto al rientro nella medesima amministrazione e si differenzia dall'istituto dell'aspettativa senza assegni nel quale si persegue l'interesse del dipendente a svolgere a tempo definito un'esperienza lavorativa presso altra amministrazione o datore di lavoro privato.*

192 – Sezione giurisdizionale Regione Lazio; sentenza 30 marzo 2023; Giud. un. Di Benedetto; Ministero della difesa c. D.M.A.

**Revocazione (giudizio di) – Sentenza di primo grado – Documentazione rilevante depositata – Mancato esame – Ricorso per revocazione – Inammissibilità.**

C.g.c., artt. 189, 190, 202, c. 1.

*È inammissibile il ricorso per revocazione avverso la sentenza del giudice di primo grado per il mancato esame di documentazione rilevante depositata, trattandosi di un rimedio esperibile avverso le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado.*

221 – Sezione giurisdizionale Regione Lazio; sentenza 3 aprile 2023; Giud. un. Fava; *Omissis* c. Inps.

**Giurisdizione e competenza – Pensionati pubblici residenti all'estero – Rideterminazione del trattamento pensionistico – Imposizione fiscale – Giurisdizione contabile – Esclusione – Giurisdizione tributaria – Sussistenza.**

Cost., art. 3; c.g.c., art. 1, c. 2.

*Il giudizio avente ad oggetto la rideterminazione del trattamento pensionistico al lordo delle trattenute fiscali proposto da ex lavoratori appartenenti al settore pubblico, previa rimessione della questione di legittimità costituzionale per disparità di trattamento rispetto ai trattamenti pensionistici dei lavoratori privati residenti all'estero che, per effetto di convenzioni internazionali, hanno la facoltà di scegliere se l'imposizione fiscale debba avvenire nello Stato estero o in Italia, esula dalla giurisdizione della Corte dei conti, trattandosi di questione da devolvere alla cognizione del giudice tributario.*

\*\*\*

### Liguria

22 – Sezione giurisdizionale Regione Liguria; sentenza 2 marzo 2023; Pres. Rosati, Est. Benigni, P.M. Giuseppone; Proc. reg. Liguria c. R.D.F.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Docente universitario – Attività extraistituzionale non autorizzata – Comunicazione generica – Condotta omissiva dell'amministrazione di appartenenza – Danno erariale – Quantificazione.**

C.c., art. 1227, c. 1; d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, art. 53, c. 7; l. 30 dicembre 2010, n. 240, norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario, art. 6.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Docente universitario – Attività extraistituzionale non autorizzata – Indebita percezione di indennità di esclusiva – Onere della prova – Necessità.**

C.c., art. 2697, c. 1; d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 53; l. 30 dicembre 2010, n. 240, art. 6.

*A fronte di una comunicazione di incarico extra istituzionale dal contenuto del tutto generico, l'università è tenuta ad acquisire dal docente gli elementi necessari a chiarire la natura professionale o consulenziale dell'incarico; in mancanza, la condotta omissiva dell'amministrazione va valutata, ai sensi del c. 1 dell'art. 1227 c.c., ai fini della quantificazione del danno, quale fattore concausale del nocumento erariale da omesso riversamento dei compensi percepiti per lo svolgimento di attività extraistituzionale non autorizzata.*

*Va respinta la domanda attorea, avente ad oggetto l'indebita percezione dell'indennità di esclusiva, non avendo il pubblico ministero dimostrato che a causa dello svolgimento dell'incarico non autorizzato il docente universitario abbia reso prestazioni qualitativamente e quantitativamente inferiori rispetto a quelle dovute in regime di tempo pieno.*

\* \* \*

### Lombardia

5 – Sezione giurisdizionale Regione Lombardia; decreto 27 marzo 2023; Giud. un. Pezzilli; Proc. reg. Lombardia c. V.A.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Gestore di struttura ricettiva – Imposta di soggiorno – Attribuzione della qualità di responsabile di imposta – Retroattività.**

D.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi, art. 64, c.1; d.lgs. 14 marzo 2011, n. 23, disposizioni in materia di federalismo fiscale municipale, art. 4, c.

1-ter; d.l. 19 maggio 2020, n. 34, misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19, art. 180, cc. 3 e 4; d.l. 21 ottobre 2021, n. 146, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2021, n. 215, misure urgenti in materia economica e fiscale, a tutela del lavoro e per esigenze indifferibili, art. 5-quinquies.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Gestore di struttura ricettiva – Imposta di soggiorno – Affidamento funzioni di riscossione – Qualifica di agente contabile – Sussiste.**

D.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, art. 64, c.1; d.lgs. 14 marzo 2011, n. 23, art. 4, c. 1-ter; d.l. 19 maggio 2020, n. 34, art. 180, cc. 3 e 4.

**Giudizi di conto e per resa del conto – Gestore di struttura ricettiva – Imposta di soggiorno – Agente contabile – Obbligo di resa del conto – Sussiste.**

C.g.c., art. 141, c. 1, lett. d); r.d. 23 maggio 1924, n. 827, regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato, artt. 178, 610; d.lgs. 14 marzo 2011, n. 23, art. 4, c. 1-ter.

*L'art. 5-quinquies del d.l. n. 146/2021, convertito dalla l. n. 215/2021, conferendo efficacia retroattiva al c. 1-ter dell'art. 4 d.lgs. n. 23/2011, ha esteso l'attribuzione della qualifica di responsabile del pagamento dell'imposta di soggiorno al gestore della struttura ricettiva anche ai casi verificatisi prima del 19 maggio 2020 (data di entrata in vigore del c.d. decreto "rilancio" n. 34/2020).*

*Il c. 1-ter dell'art. 4 d.lgs. n. 23/2011, non ha determinato conseguenze in ordine alla qualificazione di agente contabile del gestore per quanto riguarda le somme riscosse a titolo di imposta di soggiorno, per conto dell'ente impositore; sotto il profilo ordinamentale le qualifiche di agente contabile e di responsabile di imposta, assolvendo a funzioni diverse con titoli autonomi di responsabilità, sono complementari e concorrono a garantire l'incameramento effettivo dell'imposta di soggiorno e la completezza della responsabilità.*

*La qualità di agente contabile in capo al gestore della struttura ricettiva va riconosciuta in base alle effettive modalità attuative dell'imposta di soggiorno previste dai regolamenti comunali ai quali rinvia il c. 3 dell'art. 4 d.lgs. n. 23/2011; conseguentemente, ai sensi e per gli effetti degli artt. 178 e 610 del r.d. n. 827/1924, va affermata la qualità di agente contabile del gestore della struttura ricettiva al quale il regolamento comunale abbia affidato l'incarico di riscuotere l'imposta di soggiorno dall'ospite.*

*Ritenuto in fatto e considerato in diritto – (Omissis) 2. L'odierno giudizio attiene a fatti gestori verificatisi nel 2019 e a tale riguardo la Procura istante ha sostenuto la non applicabilità degli interventi normativi recati dall'art. 180, cc. 3 e 4, d.l. n. 34/2020, convertito con l. n. 77/2020, successivi alla prefata gestione, citando alcune pronunce giurisprudenziali a sostegno.*

Al riguardo, va evidenziato che, *medio tempore*, l'art. 5-*quinquies* del d.l. 21 ottobre 2021, n. 146, emanato anteriormente al deposito dell'istanza per resa di conto *de quo agitur*, è stato convertito dalla l. 17 dicembre 2021, n. 215. La legge di conversione ha confermato l'efficacia retroattiva del c. 1-*ter* dell'art. 4 d.lgs. n. 23/2011, estendendo l'attribuzione della qualifica di responsabile del pagamento dell'imposta di soggiorno al gestore della struttura ricettiva anche ai casi verificatisi prima del 19 maggio 2020 (data di entrata in vigore del c.d. decreto "rilancio" n. 34/2020). Ciò considerato, va quindi ritenuta l'applicabilità della novella legislativa anche ai fatti oggetto di causa.

3. In merito alla valenza della novella, giova ricordare che i menzionati interventi normativi sono stati oggetto di numerosi approfondimenti interpretativi sia in relazione alle ricadute in materia penale che in materia contabile e che, sotto quest'ultimo fronte, si sono andati consolidando divergenti orientamenti giurisprudenziali del giudice contabile in merito alla persistente postulabilità della qualifica di agente contabile in capo al gestore di struttura ricettiva con conseguente soggezione all'obbligo di resa del conto giudiziale nonché della giurisdizione di questa Corte.

3.1. I menzionati orientamenti giurisprudenziali possono, senza pretesa di esaustività ed in estrema sintesi, sostanzialmente ricondursi a tre filoni principali:

3.1.1. un primo orientamento secondo il quale, la modifica del quadro normativo che ha operato la qualificazione dell'albergatore quale responsabile di imposta, avrebbe fatto automaticamente venire meno il rapporto di servizio con l'ente impositore, nei confronti del quale l'albergatore avrebbe ora un obbligo diretto di versamento dell'imposta di soggiorno, espressione di un rapporto di natura esclusivamente tributaria come coobbligato in solido con il soggetto passivo dell'imposta al pagamento della stessa. Conseguentemente il denaro che il gestore riceve dall'ospite non avrebbe (più) natura pubblica e non darebbe luogo ad una gestione/maneggio di denaro pubblico con i connessi adempimenti e responsabilità. Secondo tale ricostruzione – ritratta dall'esame della giurisprudenza penale post-riforma, che ha escluso la qualità di incaricato di pubblico servizio in capo al responsabile d'imposta – la giurisdizione della Corte dei conti sarebbe venuta meno in radice non sussistendone più i necessari presupposti (così *ex multis* Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia n. 38/2021; nn. 89, 242/2022; Sez. giur. reg. Lazio n. 596/2022; 31/2023; Sez. giur. reg. Puglia n. 529/2022);

3.1.2. un secondo orientamento intermedio ha, invece, concluso per il mantenimento della giurisdizione di questa Corte, configurando una responsabilità per omesso riversamento in capo al gestore della struttura ricettiva, ma non per un obbligo di resa del conto giudiziale. È stato, in particolare, evidenziato che il mutamento della qualifica soggettiva del gestore, da agente contabile a responsabile di imposta, avrebbe comportato il non assoggettamento del gestore

all'obbligo di resa del conto mentre invece non risulterebbero mutati i presupposti della responsabilità amministrativo-contabile ed in particolare il rapporto di servizio che fonda la responsabilità erariale con radicamento della giurisdizione contabile in caso di violazione dei suddetti obblighi, insieme a quelli, correlati, di raccolta, contabilizzazione e rendicontazione delle somme, stante la strumentalità della funzione alla riscossione dell'imposta (Cass. S.U., n. 13330/2010 e n. 14891/2010; Corte conti, Sez. giur. reg. Toscana, n. 86/2022). Pertanto, in caso di danno erariale, il gestore resterebbe comunque soggetto alla giurisdizione della Corte dei conti anche dopo l'introduzione del d.l. n. 34/2020 (così, Sez. giur. reg. Toscana, n. 273/2020; n. 119/2021; n. 367/2022);

3.1.3. un terzo orientamento, condiviso anche da plurime pronunce d'appello, ritiene infine che la novella normativa in discorso non abbia inciso sulla qualità del gestore di struttura ricettiva quale agente contabile che, come tale, rimarrebbe assoggettato alla giurisdizione di questa Corte e tenuto alla resa del conto giudiziale. Si è, a tale proposito, osservato che l'introduzione di una forma di solidarietà tributaria dipendente a carico del gestore della struttura ricettiva, come responsabile di imposta, lo coinvolgerebbe *ope legis* nel rapporto tributario esclusivamente con funzione di rafforzamento della garanzia patrimoniale e di tutela del credito, e che non sarebbe corretto affermare la piena soggettività tributaria dello stesso, trattandosi pur sempre di un tributo gravante su altri soggetti. Egli quindi, seppure responsabile di fronte all'ente impositore, assumerebbe ancora una funzione di riscossione e riversamento, nell'interesse altrui, di denaro con finalizzazione pubblicistica, non potendosi sostenere – alla stregua del novellato art. 4 del d.lgs. n. 23/2011 – che le somme riscosse entrino ad ogni effetto nel patrimonio del gestore in capo al quale si configurerebbe un autonomo e proprio obbligo tributario. A conferma del permanere di un ruolo di collettore di denaro altrui per conto dell'ente impositore vi sarebbe, invece, la previsione, contenuta nel citato articolo "*degli ulteriori adempimenti previsti dalla legge e dal regolamento comunale*", così da rendere il gestore partecipe dell'attività amministrativa di esazione tributaria (così *ex multis* Sez. giur. reg. Liguria n. 1/2022; Sez. giur. reg. Lazio nn. 93, 301 e 351/2022; Sez. giur. reg. Emilia-Romagna n. 325/2021; Sez. giur. reg. Piemonte, ord. n. 46/2022; Sez. giur. reg. Marche n. 19/2022; Sez. II centr. app. n. 275/2022; Sez. III centr. app. n. 247/2021; n. 68/2023; Sez. I centr. app. nn. 30 e 107/2023).

4. Alla stregua degli approdi ermeneutici sopra sintetizzati, la questione sulla quale gli orientamenti richiamati forniscono soluzioni divergenti si risolve sostanzialmente alla seguente alternativa: se la presenza di un rapporto tributario tra il gestore della struttura ricettiva e l'ente impositore, riconducibile alla figura del responsabile di imposta, sia compatibile o meno con l'affidamento da parte dell'ente dell'incarico di riscuotere l'imposta dal debitore principale, costituen-

te autonomo rapporto di servizio con maneggio di pubblico denaro.

4.1. Secondo una parte della giurisprudenza, come visto, la qualità di agente contabile, quale destinatario giuridico delle somme incassate, presuppone una relazione funzionale con l'ente pubblico del tutto estranea al rapporto tributario, essendo pacifico che un soggetto personalmente obbligato a corrispondere un tributo, quando lo versa adempie un'obbligazione di natura tributaria, gestisce denaro proprio e dell'eventuale inadempimento risponde secondo la normativa fiscale anche per quanto riguarda gli obblighi accessori che sono funzionali all'attuazione dello stesso. Tale schema sarebbe valido anche nell'ipotesi del responsabile di imposta, che è solidalmente obbligato con altri al pagamento nei confronti dell'erario, con diritto di rivalsa. Pertanto, calando tale ragionamento nell'ambito del nuovo regime dell'imposta di soggiorno, è stato ritenuto che la specifica qualifica di responsabile di imposta assunta dal gestore, in base all'art. 4, c. 1-ter, d.lgs. n. 23/2011, abbia modificato sostanzialmente il rapporto tra questo e l'ente impositore, attraendovi anche gli obblighi accessori di incasso e riversamento dell'imposta che, quindi, parteciperebbero della stessa natura tributaria dell'obbligazione principale.

4.2. Dall'altro lato, invece, valorizzando l'esclusiva funzione di garanzia che caratterizza la posizione del responsabile di imposta verso l'erario, altro filone giurisprudenziale ha argomentato che, non essendo attribuibile al responsabile la fattispecie imponibile, stante la sua la pacifica estraneità al presupposto impositivo, ad esso non potrebbe imputarsi una soggettività tributaria piena. Pertanto, residuerebbero spazi per l'affidamento contestuale di funzioni ausiliarie di riscossione e riversamento da parte dell'ente impositore che lo abbia a ciò espressamente incaricato con norma regolamentare. Su questo fronte è stato ben evidenziato che *“Quale che sia l'orientamento che si ritenga di seguire nella teorica dei soggetti passivi, il responsabile d'imposta, comunque, non è il soggetto percorso dal tributo e resta, anzi, estraneo alla realizzazione del presupposto impositivo. Nondimeno, egli è coinvolto ope legis al fine di assicurare il soddisfacimento della pretesa tributaria, con funzione di rafforzamento della garanzia patrimoniale e di tutela del credito. Per questo si distingue dalla figura del sostituto di imposta, che, invece, è obbligato in via principale, quale soggetto tenuto all'adempimento “in luogo di altri” (art. 64, c. 1, d.p.r. n. 600/1973). Infatti, nella specie, il responsabile d'imposta assicura una solidarietà passiva meramente ‘dipendente’ e ‘successiva’, al realizzarsi della fattispecie collaterale eventuale, ulteriore e diversa, derivante dal mancato versamento del dovuto da parte dell'obbligato principale, individuato nell'ospite della struttura ricettiva, che in via esclusiva pone in essere il presupposto del tributo, non vertendosi in un'ipotesi di solidarietà ‘paritaria o paritetica’, in cui gli effetti di un'unica fattispecie imponibile resterebbero, contemporaneamente ed in modo indistinto, riferibili ad una pluralità di soggetti.*

*Per il che, si instaura un rapporto di ‘pregiudizialità-dipendenza’ tra fattispecie principale, cui si collega il debito dell'ospite dell'alloggio, e fattispecie secondaria, da cui deriva l'obbligazione dell'albergatore, che esiste solo in quanto sussista la prima, dal momento che costui non è titolare della capacità contributiva evidenziata dal presupposto e resta coobbligato in via dipendente” (Sez. giur. reg. Liguria n. 1/2022).*

Le qualifiche di agente contabile e di responsabile di imposta, assolvendo a funzioni diverse con titoli autonomi di responsabilità, sarebbero, quindi, tra loro complementari e concorrerebbero al fine di garantire l'incameramento effettivo del tributo e la completezza della responsabilità.

Partendo da tale presupposto è stato quindi argomentato che *“Se, da un lato, in base ai principi in materia di responsabilità contabile, la qualifica di agente contabile sancisce la responsabilità del gestore per quanto riscosso, dall'altro, la qualifica di responsabile d'imposta consente di porre direttamente a carico del medesimo anche il non riscosso, ampliando i patrimoni escutibili in chiara matrice antievasiva, attraverso il concorso solidale col turista alle spese sostenute dal comune.” (Sez. giur. reg. Liguria n. 1/2022).*

5. Quest'ultimo orientamento, da ritenersi – allo stato – maggioritario anche nelle sezioni centrali di appello, in sostanza sostiene che l'introduzione di una forma di solidarietà passiva dipendente, quale è quella derivante dalla responsabilità di imposta, volta a rafforzare l'integrale ed effettivo incameramento del tributo, non abbia di per sé innovato il precedente assetto della responsabilità amministrativo-contabile conseguente al maneggio di denaro pubblico, riscosso per conto dell'ente impositore dal gestore di strutture ricettive.

Tale conclusione appare condivisibile alla luce della puntuale ricognizione del quadro normativo di riferimento, svolta nelle citate pronunce anche attraverso l'esame dei lavori preparatori alla novella del 2020, dalla quale emerge l'intento del legislatore di rendere omogenee sul fronte tributario le varie discipline impositive sul turismo adottate nel tempo, aggiungendo il c. 1-ter ma lasciando inalterato il restante quadro regolatorio. È stato in tal senso valorizzato anche il dato letterale della novella che ha espressamente richiamato gli *“ulteriori adempimenti previsti dalla legge e dal regolamento comunale”*, così ulteriormente suggerendo una continuità della tutela delle risorse pubbliche secondo modalità già consolidate nel solco del previgente assetto normativo.

A valle di tali osservazioni la giurisprudenza citata (in particolare, Sez. giur. reg. Piemonte, ord. n. 46/2022) ha, quindi, affermato che *“ferma la responsabilità in proprio del pagamento nei confronti dell'ente, il gestore continua ad operare riscuotendo l'imposta dal soggetto passivo del tributo, così continuando a gestire denaro pubblico per conto altrui. D'altra parte, a conferma del permanere di un ruolo di collettore di denaro altrui per conto dell'ente impositore vi è la previsione, contenuta nell'art. 4 d.lgs. n. 23/2011, del-*

la responsabilità in capo del gestore ‘degli ulteriori adempimenti previsti dalla legge e dal regolamento comunale’, così da rendere il gestore partecipe dell’attività amministrativa di esazione tributaria. [...] Permangono, quindi, anche dopo la modifica introdotta dall’art. 180 d.l. n. 34/2020, obblighi strumentali e propedeutici all’accertamento e riscossione dell’imposta di soggiorno che configurano un rapporto di servizio con l’amministrazione percettrice. Come riconosciuto anche dalla giurisprudenza di appello, pertanto, risulta irrilevante ‘la natura di sostituto di imposta o di responsabile di imposta dei gestori delle strutture ricettive, in quanto in base alla giurisprudenza della Suprema Corte la qualità di agente contabile si radica indipendentemente da un titolo formale o giuridico, essendo condizione essenziale e sufficiente la gestione, anche di fatto, di denaro a destinazione pubblica’ (Corte conti, Sez. II centr. app., n. 275/2022)”.

5.1. La tesi della ontologica compatibilità tra le figure di responsabile di imposta e di agente contabile trova principalmente conferma nelle evidenti notazioni differenziali tra la posizione giuridica del debitore e quella del responsabile.

Sul piano generale, può ricordarsi come – accreditata dottrina – abbia ravvisato tra coobbligato principale e secondario differenze giuridicamente valutabili in ragione dell’alienità del debito rispetto a quest’ultimo, precisando che il responsabile di imposta, in virtù di un rapporto secondario e condizionato, a carattere quasi fideiussorio, avrebbe natura di soggetto passivo solo “strumentale”.

Con riferimento alla figura, forse più nota di responsabile di imposta quale quella del notaio rogante, anche la giurisprudenza della Corte di cassazione ha, infatti, costantemente ritenuto la sua estraneità al rapporto tributario, operando “quale fideiussore ex lege, al solo fine di facilitare l’adempimento in virtù di una relazione che non è paritetica, ma secondaria e dipendente” (Cass. n. 9440/2005; nn. 12759 e 20533/2016; n. 12257/2017; n. 8147/2021).

In senso analogo depone anche il riconoscimento in capo al responsabile di imposta di un diritto di rivalsa non obbligatorio per l’intero, al cui esercizio la norma tributaria non attribuisce alcuna funzione nell’assetto attuativo del tributo.

Si tratta, infatti, di un tipo di rivalsa c.d. “semplice” ovvero – come ritenuto da plurima dottrina – di un istituto di mera traslazione economica, volto a realizzare il riequilibrio finanziario proprio del diritto di regresso di stampo civilistico, privo di natura procedimentale tributaria.

Questa tipologia di rivalsa, infatti, ben si differenzia da quella c.d. “dinamica” tipica del sostituto di imposta, che è invece obbligatoria, necessariamente anticipata rispetto al pagamento dell’imposta attraverso le ritenute e connaturata al procedimento di esazione del tributo, essendo il sostituto obbligato in via principale, quale soggetto tenuto all’adempimento in luogo di altri (art. 64, c. 1, d.p.r. n. 600/1973).

5.2. I menzionati profili giuridici convergono, quindi, nel corroborare la ricostruzione sistematica – di cui si è dato conto *sub* 3.1.3. – volta a confutare i due presupposti logico-giuridici posti a base delle declaratorie di difetto di giurisdizione del giudice contabile: la piena soggettività tributaria passiva del gestore, in conseguenza dell’assunta posizione di garanzia quale responsabile di imposta e l’alternatività di tale funzione con quella di agente contabile che della prima è inevitabile conseguenza.

La direttrice esegetica maggioritaria risulta suffragata anche dalla nozione stessa di responsabile di imposta, recata dall’art. 64, c. 3, d.p.r. n. 600/1973, che infatti non individua modalità attuative standardizzate connaturali alla delineata responsabilità, che consentano di attribuire, in via generale, ad eventuali obblighi di incasso e riversamento dell’imposta in capo al co-obbligato dipendente una valenza meramente accessoria alla predetta funzione tributaria, di cui condiderebbero anche la natura.

Infatti, a livello sistematico, è stato osservato da autorevole dottrina che l’attribuzione legislativa della qualità in discorso a determinati soggetti è operata sulla base di “presupposti specifici della responsabilità”, correlati al ruolo assunto dai responsabili nell’attività o nell’operazione soggetta ad imposizione, dal cui concreto atteggiarsi dipendono di modalità attuative specifiche e differenziate, la cui natura e funzione vanno concretamente indagate di volta in volta. Tenendo, peraltro, in considerazione quanto in più occasioni ribadito dalla Corte costituzionale in merito alla prevalenza del favor per l’interesse dell’ordinamento alla corretta applicazione dei tributi rispetto all’integrità patrimoniale dell’obbligato solidale in materia di imposte dirette (v. Corte cost., ord. 19 giugno 2000, n. 215 e 13 giugno 2008, n. 211).

A titolo meramente esemplificativo si rileva che il presupposto specifico di responsabilità, dal quale consegue l’intervento in garanzia, può derivare dalla funzione svolta, come nel caso del notaio, dell’ufficiale giudiziario, dei cancellieri etc. per l’imposta di registro (artt. 10 e 57 d.p.r. n. 131/1986) oppure da preesistenti rapporti negoziali tra il terzo responsabile e il soggetto passivo, come nel caso della responsabilità del cessionario di crediti di imposta, ai sensi degli artt. 43-*bis* e 43-*ter* del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602 o nel caso della garanzia del depositario o dello spediteo registrato per il pagamento delle accise sui prodotti spediti ai sensi dell’art. 6, c. 4, d.lgs. 26 ottobre 1995, n. 504; ovvero, ancora, nel caso della responsabilità del rappresentante fiscale a fini Iva del soggetto non residente e privo di stabile organizzazione in Italia (art. 1 d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633).

Vi sono anche casi in cui la solidarietà tributaria dipendente è dalla legge collegata alla libera scelta del coobbligato, come nell’ipotesi dei coniugi che abbiano presentato “dichiarazione dei redditi congiunta”, operante anche nel caso di estraneità del coniuge al presupposto impositivo correlato alla produzione dei redditi accertati anche di provenienza illecita (art. 17 l. 13



aprile 1977, n. 114; v. Cass., 26 marzo 2009, n. 7266; Cass., 14 gennaio 2020, n. 7803). Ed ancora, ipotesi di responsabilità di imposta possono derivare da vicende sostanzialmente unitarie, come in ambito Ires per le società di capitali in regime di trasparenza, per il debito fiscale dei soci, oppure nel c.d. consolidato fiscale, ove sono chiamate a rispondere sia la società controllante che la controllata (artt. 115 e 127 d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917-Tuir).

In tutti questi casi le modalità attuative del tributo sono differenziate e risentono di una serie di circostanze come la qualifica ordinamentale, il ruolo di tramite o di collegamento che assume il soggetto responsabile, in base alle quali possono essere o meno contestualmente affidate anche funzioni di riscossione delle imposte con conseguente maneggio di denaro pubblico.

Pertanto, va certamente condivisa l'affermazione che i casi di responsabilità di imposta *“restano assai variegati e non tutti comportano il maneggio di denaro pubblico, presente, invece, in tutte le ipotesi in cui il responsabile è investito anche della funzione di riscossione. Diversamente, il denaro destinato all'adempimento dell'obbligazione tributaria potrebbe non entrare mai nella disponibilità del responsabile”*.

*L'affidamento della riscossione al responsabile d'imposta, pertanto, appare elemento ulteriore, che, lungi dal costituire un connotato naturale della responsabilità d'imposta, costituisce tratto peculiare solo di alcune fattispecie.*

*Orbene, nel caso di contestuale esercizio delle funzioni, l'esattore per l'erario, prima ancora che responsabile d'imposta, riveste la qualifica di agente contabile riscuotitore secondo le norme della contabilità pubblica (v. infra).*

*Nondimeno, le qualifiche di responsabile d'imposta e di agente contabile assolvono a funzioni diverse: la prima impone al responsabile di intervenire quale coobbligato solidale dipendente in caso di inadempimento del soggetto passivo e rileva, pertanto, principalmente in una fase patologica del rapporto tributario; la seconda, invece, impone a chi riceve somme di versare quanto riscosso e di porre in essere gli altri adempimenti previsti dalla legge e dai regolamenti e rileva, dunque, in una fisiologica dinamica impositiva.*

*La qualifica di agente contabile costituisce, dunque, titolo autonomo di responsabilità, con natura, finalità e portata ben diverse dalla responsabilità di imposta, restandone, dunque, fermi i differenti adempimenti, connessi e strumentali alla realizzazione delle diverse funzioni in esame, nonché concorrenti i diversi rimedi da attivare nei confronti del responsabile d'imposta/agente contabile in caso di mancato versamento del dovuto”* (Sez. giur. reg. Liguria n. 1/2022).

Nell'individuazione delle modalità applicative di ciascun tributo e dei correlati obblighi del responsabile di imposta, come nel caso dell'imposta di soggiorno, l'esame del dato legislativo di settore va completa-

to con la normativa secondaria cui il c. 3 dell'art. 4 d.lgs. n. 23/2011 espressamente rinvia.

Qui, peraltro, la perdurante assenza di una disciplina generale di attuazione (demandata ad un regolamento ministeriale mai adottato) impone, ai fini che in questa sede interessano, di esaminare i fatti gestori connessi all'attuazione del tributo in concreto affidati dall'ente impositore all'albergatore con proprio regolamento, per poterne verificare la natura esclusivamente tributaria ovvero contabile, ancorché necessariamente connessa al rapporto tributario sussunto nella nozione di responsabile d'imposta recata dall'art. 64, c. 3, d.p.r. n. 600/1973 cui la novella rinvia.

Quindi, sul piano particolare, assumono rilievo decisivo i regolamenti comunali e, nel caso di specie, il regolamento del Comune di Brescia per l'anno 2019, nel prosieguo esaminato.

5.3. Quanto sopra esposto, induce anche a dubitare che le somme previamente riscosse o acquisite fiduciariamente a titolo di anticipo d'imposta dal soggetto passivo entrino ad ogni effetto nel patrimonio del responsabile di imposta e che questo ne disponga a titolo personale quando effettua il pagamento.

Siffatta evenienza, per quanto riguarda specificamente l'imposta di soggiorno, non solo non risulta confortata alla stregua del novellato art. 4 d.lgs. n. 23/2011 (cfr. sul punto Sez. giur. reg. Piemonte ord. cit.), ma, dal punto di vista ordinamentale generale, una tale ipotesi non appare potersi automaticamente ritrarre dalla sistematica dell'istituto della responsabilità di imposta, che prevede infatti il diritto di rivalsa. Tale ipotesi, inoltre, non sembra predicabile neppure nei casi in cui il responsabile venga dal legislatore autorizzato ad acquisire preventivamente dal soggetto passivo le imposte da versare.

Nel caso in cui la normativa imponga al debitore di corrispondere l'imposta al responsabile e a quest'ultimo di riscuoterla, infatti, si verterebbe in una ipotesi classica di attività di riscossione, in cui la gestione di risorse pubbliche avviene in nome e per conto dell'ente secondo le norme di contabilità pubblica.

Ma anche nei casi, invero eccezionali, in cui il legislatore ha espressamente autorizzato il responsabile di imposta ad acquisire anticipatamente dall'obbligato principale la provvista di denaro necessaria al pagamento dei tributi, tale facoltà risulta accompagnata dalla “segregazione” di tali importi rispetto al patrimonio del responsabile, a causa del precipuo vincolo di destinazione.

Così ad esempio il notaio rogante, autorizzato dalla legge a rifiutare il proprio ufficio *“se le parti non depositino presso di lui l'importo delle tasse, degli onorari e delle spese dell'atto, salvo che si tratti di persone ammesse al beneficio del gratuito patrocinio, oppure di testamenti”* (art. 28, u.c., l. n. 89/1913), è tenuto a versare le somme – consegnategli a titolo fiduciario e delle quali risponde in qualità di pubblico ufficiale – su di un conto corrente dedicato costituente patrimonio separato con obbligo di rendicontazione ex artt. 63 ss. l. n. 147/2013 (in termini con riferimento a

varie casistiche cfr. Cass. n. 26361/2021; n. 49982/2019; n. 33879/2015; n. 471178/2009).

Sicché in generale può escludersi che le somme acquisite dal responsabile di imposta a titolo di imposta entrino nel suo patrimonio ad ogni effetto.

6. Gli specifici profili sopra riportati, seppure con canoni di sinteticità correlati alla tipologia del giudizio, possono fornire ulteriori argomenti al dibattito giurisprudenziale tuttora in corso per quanto riguarda la questione di giurisdizione.

Sotto questo fronte, gli elementi qualificanti l'istituto del responsabile di imposta e la connessa solidarietà passiva dipendente, sunteggiati al precedente punto 5, possono sorreggere il riconoscimento in via generale di una sostanziale "neutralità" di tale funzione rispetto agli ulteriori fatti gestori connessi all'attuazione dell'imposta dovuta.

Infatti, il tenore letterale dell'art. 64, c. 3, d.p.r. n. 600/1973, prevendendo il diritto di rivalsa semplice, suffraga la pacifica ed esclusiva finalità dell'istituto in esame di garanzia del credito erariale per quanto eventualmente non riscosso dal debitore principale.

Come già evidenziato, le varieguate fattispecie legislative che chiamano il responsabile a rispondere solidalmente del pagamento del tributo, pur essendo estraneo alla situazione di capacità contributiva che ne ha costituito il presupposto, si giustificano in funzione dell'esigenza di garantire il soddisfacimento della pretesa erariale, attraverso l'ampliamento dei patrimoni escutibili, sulla scorta di un titolo giustificativo della prestazione rinvenibile nel criterio di collegamento tra rapporti giuridico-economici individuato dal legislatore.

È quindi pacifico che *“Quale che sia l'orientamento che si ritenga di seguire nella teorica dei soggetti passivi, il responsabile d'imposta, comunque, non è il soggetto percosso dal tributo e resta, anzi, estraneo alla realizzazione del presupposto impositivo. Nondimeno, egli è coinvolto ope legis al fine di assicurare il soddisfacimento della pretesa tributaria, con funzione di rafforzamento della garanzia patrimoniale e di tutela del credito. Per questo si distingue dalla figura del sostituto di imposta, che, invece, è obbligato in via principale, quale soggetto tenuto all'adempimento in luogo di altri”* (art. 64, c. 1, d.p.r. n. 600/1973).

Infatti, nella specie, il responsabile d'imposta assicura una solidarietà passiva meramente 'dipendente' e 'successiva', al realizzarsi della fattispecie collaterale eventuale, ulteriore e diversa, derivante dal mancato versamento del dovuto da parte dell'obbligato principale, individuato nell'ospite della struttura ricettiva, che in via esclusiva pone in essere il presupposto del tributo, non vertendosi in un'ipotesi di solidarietà 'paritaria o paritetica', in cui gli effetti di un'unica fattispecie imponible resterebbero, contemporaneamente ed in modo indistinto, riferibili ad una pluralità di soggetti” (Sez. giur. reg. Liguria n. 1/2022).

Con il pagamento dell'imposta da parte del responsabile, questo rapporto si definisce, essendo indubbio l'effetto estintivo che il pagamento del tributo da parte del responsabile d'imposta ha del debito che lo lega solidalmente al debitore principale nei confronti del fisco. Per contro nel rapporto interno, estraneo al rapporto tributario, questo pagamento dà luogo al diritto di rimborso delle somme corrisposte, secondo un meccanismo di rivalsa volto al riequilibrio economico proprio del diritto di regresso di stampo civilistico. La norma tributaria, nel prevedere questo diritto nelle fattispecie responsabilità in esame, come detto, non attribuisce al suo esercizio alcuna funzione connessa all'assetto attuativo del tributo, limitandosi a ribadire l'effetto legale proprio delle obbligazioni solidali nei rapporti interni tra i coobbligati.

Tutto quanto sopra rappresentato *sub* 5.2. e 5.3. consente, ragionevolmente, di superare il sillogismo secondo cui, il responsabile di imposta (*i.e* il gestore di struttura ricettiva) sarebbe in quanto tale implicitamente onerato di obblighi accessori di incasso e riversamento ovvero, tacitamente autorizzato a procurarsi previamente la provvista di denaro necessaria al pagamento delle imposte dal debitore su base fiduciaria e senza alcun effetto liberatorio per quest'ultimo.

Come già argomentato, un siffatto assioma non trova espresso aggancio nel diritto positivo vigente in tema di responsabilità di imposta, che ha previsto l'azione di rivalsa semplice verso il debitore principale quale generale ed adeguato meccanismo di riequilibrio della posizione del responsabile, con norma ritenuta immune da fondati profili di illegittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3 e 53 Cost. (Cass., 12 giugno 2009, n. 13653).

7. Le suesposte considerazioni, arricchendo l'inquadramento giuridico dell'istituto del responsabile di imposta, inducono pertanto a ritenere che, anche successivamente all'attribuzione della qualifica di responsabile di imposta in capo al gestore, la funzione di riscossione del tributo dal debitore principale e i connessi obblighi di contabilizzazione e versamento, che sovente gli enti impositori hanno specificamente affidato ai gestori in via regolamentare, non costituiscono attività accessorie della responsabilità di imposta aventi natura tributaria, ma assolvono ad una funzione ulteriore di rango contabile, *sub specie* di attività di riscossione di entrate tributarie, volta all'incameramento da parte del comune del tributo corrisposto dal debitore principale.

Tale direttrice esegetica appare, inoltre, suffragata dalla legittimazione degli enti impositori ad adottare "ulteriori" modalità applicative del tributo (art. 4, c. 3, d.lgs. n. 23/2011). Ciascun comune, quindi, nell'esercizio della potestà normativa concessa anche in caso di mancata emanazione della disciplina generale di attuazione dell'imposta da parte del Mef, può legittimamente (sotto il profilo gerarchico delle fonti) incaricare l'albergatore di incassare le somme versate dal soggetto passivo a titolo di imposta di soggiorno,

di contabilizzarle, custodirle e riversarle secondo una determinata tempistica.

7.1. La sostanziale “neutralità” dell’istituto giuridico del responsabile di imposta rispetto alle modalità attuative del tributo sottostante, conforta la compatibilità di un contestuale conferimento al responsabile di imposta di compiti prettamente contabili di riscossione per conto dell’ente impositore.

Le due funzioni, infatti, si completano reciprocamente nella finalità di garantire maggiore certezza dell’incameramento da parte dell’erario di quanto dovuto a titolo di imposta, senza irragionevole aggravio delle responsabilità dei coobbligati.

Sempre in quest’ottica eseguitica non può sfuggire che, relativamente al contributo di sbarco, l’art. 4, c. 3-bis, d.lgs. n. 23/2011 ha espressamente previsto che *“Il contributo di sbarco è riscosso, unitamente al prezzo del biglietto, da parte delle compagnie di navigazione e aeree o dei soggetti che svolgono servizio di trasporto di persone a fini commerciali, che sono responsabili del pagamento del contributo, con diritto di rivalsa sui soggetti passivi”*. La prefata disposizione conferma la possibilità di affidare contestualmente al responsabile del pagamento del tributo il compito di riscuotere l’imposta dal debitore principale e salva, in ogni caso, la responsabilità di imposta con diritto di rivalsa.

Si tratta, quindi, di una soluzione applicativa plausibile e giuridicamente compatibile con la qualità di responsabile di imposta, che gli enti locati impositori possono adottare anche nel caso dell’imposta di soggiorno nell’esercizio della loro potestà regolamentare.

8. Conclusivamente, alla luce del ponderato esame di tutti gli elementi sopra riportati, valutati gli stessi con riferimento alla specifica disciplina legislativa dell’imposta di soggiorno, recata dall’art. 4, c. 1-ter, d.lgs. n. 23/2011, e considerata anche la portata espressamente retroattiva della novella per effetto dell’art. 5-quinques d.l. n. 146/2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 215/2021, si deve ritenere che l’attività di raccolta/incasso/riscossione dell’imposta di soggiorno, svolta dai gestori di attività ricettive in base alla normativa regolamentare adottata dagli enti impositori (*ante e post* novella), non scaturisca implicitamente dalla qualità di responsabile di imposta né da questa è inevitabilmente attratta, bensì costituisca (laddove espressamente prevista) un’attività ausiliaria ulteriore, svolta nell’interesse degli stessi enti, strumentale all’esazione dell’imposta di soggiorno corrisposta direttamente dal soggetto passivo.

Conseguentemente, non può dubitarsi che, per l’effetto venga ad instaurarsi con l’ente impositore anche un rapporto di servizio di tipo contabile che si affianca a quello di natura tributaria. Le somme incassate a titolo di imposta dai gestori delle strutture alberghiere rivestono natura di *pecunia publica* con vincolo di destinazione e non entrano nel patrimonio degli stessi. I gestori, pertanto, con riferimento alla predetta attività assolvono funzioni di agente contabile con i correlati obblighi e responsabilità, alle quali si ag-

giunge – limitatamente agli importi non corrisposti dai soggetti passivi – quella di provvedere direttamente al relativo pagamento a titolo responsabilità solidale dipendente, con diritto di rivalsa per l’intero.

L’adempimento di quest’ultimo obbligo rimane soggetto alla potestà accertativa dell’ente impositore e alla giurisdizione del giudice tributario, competente a conoscere di tutti i rapporti aventi natura tributaria in cui si eserciti una potestà impositiva nelle forme del giudizio impugnatorio sugli atti impositivi di cui all’art. 19 d.lgs. n. 546/1992.

In definitiva, la complementarietà delle obbligazioni imputabili alle qualifiche di responsabile di imposta e di agente contabile, ascritte al gestore di strutture ricettive, contribuisce a garantire l’incameramento effettivo del tributo e la completezza delle responsabilità, secondo le regole proprie rispettivamente della giurisdizione tributaria e contabile, improntate a principi di autonomia dei relativi giudizi.

Costituisce, infatti, assioma consolidato che l’autonomia delle nozioni giuridiche assunte nei vari plessi giurisdizionali, trovi fondamento nella specificità delle rispettive discipline, categorie e principi, nonché delle rispettive funzioni ordinamentali, con conseguente esclusione di imprescindibili nessi di pregiudizialità o dipendenza tra le stesse.

In particolare, per tutti i motivi sopra evidenziati, non osta al riconoscimento in sede contabile della qualità di agente contabile in capo al gestore – da accertare in base al contenuto degli “ulteriori” obblighi affidatigli dall’ente, risultante dal dato regolamentare la circostanza che non sia stata riconosciuta allo stesso, in relazione alla contestuale funzione di responsabile di imposta, anche la qualità di incaricato di pubblico servizio o pubblico ufficiale, rilevante agli esclusivi effetti penali per l’accertamento della correlata responsabilità. Pertanto, ai fini dell’attribuzione della qualità di agente contabile in capo al gestore della struttura ricettiva, sia nella fase di riscossione dell’imposta che in quella del versamento e dei contenuti giuridici pubblici che ne connotano l’esercizio, non può prescindere nella presente sede dal puntuale esame delle effettive modalità attuative del tributo che gli enti impositori abbiano in concreto adottato in base agli specifici regolamenti comunali ai quali rinvia il c. 3 dell’art. 4 d.lgs. n. 23/2011. (*Omissis*)

9 – Sezione giurisdizionale Regione Lombardia; decreto 27 marzo 2023; Pres. Canu, Est. Berretta, P.M. Lupacchino; Proc. reg. Lombardia c. M.C.

**Processo contabile – Rito abbreviato – Poteri del giudice – Delibazione sommaria – Determinazione della somma dovuta in misura maggiore a quella proposta – Ammissibilità.**

C.g.c., art. 130, cc. 6 e 7.

*Nel giudizio abbreviato, il giudice è chiamato a valutare la congruità delle somme offerte in base ai parametri della “gravità della condotta” e della “en-*

*tività del danno”, a fronte di una delibazione sommaria, propria del rito, fondata sulle allegazioni contenute nel fascicolo processuale ed avuto riguardo alle evidenze fattuali della vicenda controversa; ne consegue la possibilità di ammissione alla definizione agevolata mediante il pagamento di una somma maggiore di quella proposta dalla parte e concordata con il pubblico ministero, spettando al giudice la valutazione sulla congruità della somma medesima.*

*Considerato in diritto* – L’istanza di applicazione del rito abbreviato disciplinato dall’art. 130, d.lgs. n. 274/2016, nel caso all’esame, risulta proposta nel rispetto delle forme e termini di legge e si presenta pertanto ammissibile.

La vicenda illecita all’esame non ha determinato un doloso arricchimento del convenuto, con la conseguenza che non trova applicazione la preclusione prevista dall’art. 130, c. 4.

In base alle disposizioni contenute nell’art. 130, c. 6, il collegio – acquisito il parere del pubblico ministero, che nel caso all’esame risulta concorde rispetto all’istanza definitiva – è chiamato a valutare la congruità delle somme offerte in base ai parametri della “gravità della condotta” e della “entità del danno”.

Sulla base di una sommaria delibazione, propria del rito, fondata sulle allegazioni contenute nel fascicolo processuale ed avuto riguardo alle evidenze fattuali della vicenda controversa, l’importo di euro 70.000 concordato tra la parte convenuta e la Procura regionale non si appalesa sufficiente per la definizione del procedimento e deve essere incrementato, ad avviso della sezione, sino alla somma di euro 100.000.

Si evidenzia quanto segue. 1) L’originaria contestazione erariale, formalizzata dall’organo requirente con l’invito a fornire deduzioni del 6 giugno 2022, ha riguardato i compensi percepiti dal M. nel contesto temporale 2015-2020 (euro 276.209) e le differenze tra il trattamento stipendiale a tempo pieno e quello a tempo definito nello stesso periodo (euro 155.694,20). Il pregiudizio erariale veniva imputato a titolo di dolo.

2) A seguito delle deduzioni difensive presentate dal docente nella fase preprocessuale, la Procura regionale ha ritenuto di dover emendare il libello attoreo e ha derubricato l’elemento soggettivo imputato al M. da dolo a colpa grave, limitando il periodo temporale oggetto di contestazione agli anni 2017, 2018, 2019 e 2020. Il credito risarcitorio dell’amministrazione universitaria veniva infatti ritenuto prescritto per i periodi precedenti in ragione dell’insostenibilità della contestazione di aver occultato dolosamente l’illecito, in coerenza con la derubricazione dell’imputazione soggettiva.

3) L’organo requirente ha puntualmente valorizzato una serie di argomentazioni difensive finalizzate a rappresentare la buona fede del convenuto nell’espletamento dell’attività esterna. In particolare:

- Il fatto che quando diveniva professore ordinario e optava per il rapporto a tempo pieno, nessuno avver-

tiva il docente della circostanza che tale regime fosse incompatibile con l’attività libero professionale;

- Il fatto che solo nel dicembre 2018, a fronte dell’invio di una circolare rettorale, il M. veniva a conoscenza delle conseguenze del diverso regime scelto e comunicava formalmente all’Università di aver esercitato la libera professione *extra moenia* in regime di partita Iva, ritenendola non subordinata a specifica autorizzazione;

- Il fatto che a fronte di ciò, l’Università nulla rispondeva, ingenerando il convincimento di poter proseguire l’attività esterna.

4) Se da un lato può convenirsi con la Procura regionale che la condotta imputabile al convenuto non abbia assunto connotazione dolosa e sia rimasta contenuta entro i limiti della colpa, nondimeno l’illiceità del comportamento risulta obiettivamente molto grave, atteso che il regime delle incompatibilità risultava chiaramente dalle norme regolatrici la materia presso le Università (sia l’art. 6 l. n. 240/2010, sia il previgente art. 11 del d.p.r. n. 38/1980, che prevedeva invece una disciplina financo più rigorosa). Il mancato rispetto, da parte del convenuto, delle prescrizioni legali risulta palesemente ingiustificabile e ha denotato quanto meno gravissima superficialità.

5) L’attività libero professionale è risultata decisamente consistente sia in relazione al contesto temporale oggetto di contestazione (giugno 2017-dicembre 2020), sia in relazione agli anni precedenti (in particolare il 2015 e il 2016). Il M. ha affiancato alla prestazione lavorativa a tempo pieno presso l’Ateneo, un’attività esterna presso quattro distinti studi di odontoiatria e ha percepito ingenti proventi, per una media di circa 45.000 euro annui (pari a ben oltre il 50 per cento del reddito derivante dall’impiego pubblico).

Alla luce di quanto esposto, l’istanza di rito abbreviato può essere accolta con ammissione alla definizione del procedimento, con il pagamento tuttavia di una somma maggiore rispetto a quella concordata dal convenuto con la Procura regionale, che deve essere parametrata in misura pari a circa il 40 per cento del danno erariale contestato in citazione e definitivamente fissata in euro 100.000. (*Omissis*)

42 – Sezione giurisdizionale Regione Lombardia; sentenza 3 marzo 2023; Pres. Tenore, Est. Berruti, P.M. Papa; C.A. c. Proc.reg. Lombardia

**Giurisdizione e competenza – Sequestro conservativo – Inefficacia – Giurisdizione del giudice ordinario – Sussistenza – Deposito di copia della sentenza di condanna esecutiva nella cancelleria del giudice competente dell’esecuzione – Irrilevanza.**

C.g.c., artt. 1, 73, 78, 80; c.p.c., artt. 497, 562, 686; disp. att. c.p.c., artt. 156, c. 1, 172.

*Il giudizio di accertamento dell’inefficacia del sequestro conservativo concesso dal giudice contabile, convertito in pignoramento per effetto di sentenza di*

*condanna esecutiva, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario quale giudice dell'esecuzione, mentre gli adempimenti di cui all'art. 156 disp. att. c.p.c. incidono esclusivamente sulla efficacia del pignoramento (nella specie, a seguito della conversione del sequestro in pignoramento, il creditore non aveva provveduto al deposito della sentenza di merito ex art. 156 disp. att. c.p.c., né, di conseguenza, a presentare l'istanza di vendita nel termine previsto dall'art. 497 c.p.c., con conseguente cessazione dell'efficacia del pignoramento).*

77 – Sezione giurisdizionale Regione Lombardia; sentenza 6 aprile 2023; Pres. Canu, Est. Manni, P.M. Foggia; Proc.reg. Lombardia c. S.D. e altro.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie – Legge “Gelli-Bianco” – Irretroattività.**

R.d. 16 marzo 1942, n. 262, disposizione sulla legge in generale, art. 11; l. 8 marzo 2017, n. 24, disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, art. 13.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie – Onere di comunicazione – Processo contabile – Condizione di procedibilità – Inammissibilità dell'azione – Sussiste.**

L. 8 marzo 2017, n. 24, art. 13.

*Ai fini dell'applicazione della l. n. 24/2017, rileva il momento della commissione dei fatti integranti l'erronea esecuzione della prestazione medica, ossia il fatto generatore dell'evento dannoso, stante l'assenza di una espressa disposizione che le attribuisca efficacia retroattiva, tale principio trova applicazione anche in relazione all'art. 13 l. n. 24/2017, in quanto introduce una condizione di procedibilità dell'azione strettamente connessa con il complesso del nuovo regime di responsabilità; diversamente ne deriverebbe una ingiustificata sterilizzazione delle azioni risarcitorie già proposte in buona fede secondo la previgente regolamentazione.*

*Nel caso di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, se la procedura aziendale per la gestione delle richieste risarcitorie viene avviata nella vigenza della nuova normativa di cui alla l. n. 24/2017 (in specie la richiesta di risarcimento è stata presentata dopo l'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco), viene a mancare il presupposto fondante l'irretroattività delle norme processuali, e la condizione di procedibilità di cui all'art. 13 va conseguentemente applicata.*

\*\*\*

## Molise

9 – Sezione giurisdizionale Regione Molise; sentenza 24 marzo 2023; Pres. Viciglione, Est. Iocca, P.M. Brizi; Proc. reg. Molise c. F.T.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Comune – Dipendente – Rimborso spese legali a personale prosciolto in sede penale per non luogo a procedere – Danno erariale – Sussiste.**

C.g.c., art. 1; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Comune – Amministratori – Proscioglimento in sede penale – Sentenza anteriore all'entrata in vigore della norma che lo prevede – Rimborso spese legali – Inammissibilità.**

C.g.c., art. 1; l. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1; d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, art. 86; d.l. 19 giugno 2015, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2015, n. 125, disposizioni urgenti in materia di enti territoriali, art. 7-bis.

*Sussiste danno erariale per il rimborso da parte di un ente locale delle spese legali a personale prosciolto in sede penale per non luogo a procedere posto che l'assunzione, da parte dell'ente locale, delle spese di difesa sostenute dal dipendente non può, comunque, intervenire in assenza di pronunce assolutorie.*

*Non è ammissibile il rimborso, da parte dell'ente locale, delle spese di difesa sostenute da amministratori prosciolti in sede penale con sentenza anteriore all'entrata in vigore della norma che lo prevede.*

\*\*\*

## Piemonte

30 – Sezione giurisdizionale Regione Piemonte; sentenza 1 marzo 2023; Pres. Pieroni, Est. Gili, P.M. Valero; Proc. reg. Piemonte c. F.M.

**Processo contabile – Giudizio di responsabilità amministrativa – Danno erariale – Pagamento integrale – Cessazione materia del contendere – Sentenza – Effetti sostanziali – Fattispecie.**

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1.

*Nell'ambito di un giudizio per responsabilità amministrativa, la sentenza con la quale, a seguito dell'integrale versamento delle somme contestate a titolo di risarcimento del danno, viene dichiarata la cessazione della materia del contendere, ha natura di provvedimento con effetti sostanziali (nella specie, il pagamento da parte del soggetto garante delle somme riscosse dal titolare di una ricevitoria del lotto, ma non riversate all'erario, ha fatto venir meno i presupposti dell'azione di responsabilità per danno erariale).*

34 – Sezione giurisdizionale Regione Piemonte; sentenza 9 marzo 2023; Pres. Pieroni, Est. Baldi; M.B. c. Proc. reg. Piemonte.

**Giudizi di conto e per resa del conto – Giudizio per resa del conto – Opposizione – Obbligo di resa del conto – Intervento amministrazione – Ammissibilità.**

C.g.c., artt. 142, 144, 148.

**Giudizi di conto e per resa del conto – Giudizio per resa del conto – Opposizione – Obbligo di resa del conto – Legale rappresentante di una società – Qualifica di agente contabile – Esclusione.**

C.g.c., art. 142; r.d. 23 maggio 1927, n. 827, regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato, art. 178; r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, approvazione del t.u. delle leggi sulla Corte dei conti, art. 44; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1.

*Nel giudizio di opposizione alla resa di conto l'intervento dell'amministrazione è ammissibile, considerata sia l'inappellabilità della sentenza che chiude il giudizio, sia l'espressa previsione della partecipazione nella successiva ed eventuale fase di esame del conto giudiziale.*

*È fondato il ricorso in opposizione al decreto del giudice monocratico per resa di conto proposto dal presidente e legale rappresentante di una società – alla quale è affidata la gestione di immobili destinati all'edilizia sociale – in quanto, pur sussistendo in capo a diversi soggetti interni o esterni alla società, specifici obblighi di rendicontazione per la gestione del patrimonio immobiliare e per i proventi da esso derivanti, il predetto soggetto non è qualificabile ipso iure come agente.*

\*\*\*

### Puglia

146 – Sezione giurisdizionale Regione Puglia; sentenza 21 aprile 2023; Pres. ed Est. Daddabbo; P.M. Gianini; Proc. reg. Puglia c. E.O.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Appalto di servizi – Proroga affidamento – Danno da lesione della concorrenza – Non sussiste.**

C.g.c., art. 1; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1.

*Non sussiste danno da lesione della concorrenza quando la proroga dell'affidamento riguarda un appalto di servizi il cui corrispettivo è quasi interamente costituito da spese per il personale messo a disposizione dall'appaltatore.*

\*\*\*

### Sardegna

48 – Sezione giurisdizionale Regione Sardegna; sentenza 6 aprile 2023, Pres. Cabras, Est. D'Ambrosio, P.M. Usai; Proc. reg. Sardegna c. M.M.G.A. e altro.

**Processo contabile – Giudizio di responsabilità amministrativa – Danno indiretto – Processo penale – Estinzione del reato per prescrizione – Parte civile – Condanna al risarcimento del danno – Efficacia di giudicato – Sussiste.**

C.p.p., art. 578, c. 1; c.p.c., art. 129, c. 2; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Comune – Dirigenti incaricati della manutenzione delle strade urbane – Condotta omissiva – Sinistro stradale – Condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni – Danno indiretto – Sussiste.**

C.p., art. 40; l. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1.

*Nell'ambito di un giudizio per responsabilità amministrativa nei confronti di dipendenti dell'ente locale, la cui responsabilità penale è stata esclusa per intervenuta prescrizione del reato, per danno indiretto derivante dalla condanna al risarcimento dei danni disposta dal giudice penale, le statuizioni civili da quest'ultimo pronunciate nei confronti dell'ente locale, soggetto solidalmente obbligato al risarcimento del danno, sono opponibili utilizzabili da parte del giudice contabile.*

*Sussiste la responsabilità amministrativa dei dirigenti dell'ente locale incaricati della manutenzione delle strade urbane per il danno indiretto subito dall'ente locale, derivante dalla sentenza di condanna al risarcimento dei danni in favore degli eredi di un soggetto deceduto in un sinistro stradale, per aver omesso di adottare atti idonei ad evitare l'evento dannoso ai quali erano tenuti in ragione della posizione di garanzia ricoperta nell'ambito dell'organizzazione amministrativa.*

\*\*\*

### Sicilia

147 – Sezione giurisdizionale Regione Siciliana; sentenza 22 marzo 2023; Pres. Maneggio, Est. Grasso, P.M. Alberti; Proc. reg. Siciliana c. D.G.G.M.P. e altro.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Ente locale – Responsabile dei servizi alla persona – Responsabile unico del procedimento – Emergenza pandemica – Finanziamenti pubblici in favore dei minori per il contrasto alla povertà educativa – Indebito utilizzo – Illecito erariale – Sussiste.**

C.g.c., art. 1; d.l. 25 maggio 2021, n. 73, convertito con modificazioni dalla l. 23 luglio 2021, n. 106, misure urgenti connesse all'emergenza da Covid-19, per

le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali, art. 63.

*L'omesso impiego di un finanziamento per le finalità cui è preordinato ed il contestuale utilizzo dello stesso per finalità estranee a quelle a cui lo stesso è teso, anche se dirette a vantaggio dell'amministrazione, determina un danno erariale in ragione del mancato conseguimento delle utilità di interesse generale che, attraverso la spendita delle risorse pubbliche, l'amministrazione programma di conseguire per la cura e realizzazione dell'interesse pubblico intestatole; risulta, quindi, abnorme, immotivata ed illogica la scelta dei convenuti, nelle loro rispettive qualità di responsabile dei servizi alla persona e di responsabile unico del procedimento, di destinare la quasi totalità di finanziamento, accordato ad ente locale per ragioni connesse all'emergenza pandemica e finalizzato al contrasto della povertà educativa in favore dei minori, all'acquisto di quattro autovetture.*

\* \* \*

#### Toscana

72 – Sezione giurisdizionale Regione Toscana; sentenza 10 marzo 2023; Pres. Bax, Est. Papa; P.M. Imposimato; Proc. reg. Toscana c. G.G. e altri.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Amministratori di cooperative sociali – Indebita percezione di contributi pubblici – Rapporto di servizio – Sussiste.**

Cost., art. 103, c. 2; c.g.c., art. 1, c. 1; r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, t.u. delle leggi sulla Corte dei conti, art. 52; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1.

**Processo contabile – Ordine di decisione delle questioni – Principio della “ragione più liquida” – Eccezione di prescrizione – Applicabilità.**

C.c., art. 2934; c.g.c., art. 101, cc. 1 e 2; l. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 2.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Amministratori di cooperative sociali – Azione di responsabilità amministrativo-contabile – Solidarietà attiva – Mancanza – Atti interruttivi della prescrizione – Art. 1310, c. 1, c.c. – Inapplicabilità.**

C.c., artt. 1310, c. 1, 2935; l. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1.

*Sussiste il rapporto di servizio, fondante la giurisdizione del giudice contabile, tra l'amministrazione che ha erogato i contributi e gli amministratori delle cooperative sociali che hanno disposto delle risorse pubbliche in modo non conforme alle finalità per le quali erano state programmate.*

*In applicazione del principio della ragione più liquida, la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione, anche se*

*logicamente subordinata; conseguentemente, per ragioni di economia processuale, l'eccezione di prescrizione può essere trattata preliminarmente all'eccezione di nullità dell'atto di citazione.*

*Nel caso di illecita percezione di contributi pubblici, non trova applicazione il disposto dell'art. 1310, c. 1, c.c., qualora manchi la solidarietà attiva, come quando l'erogazione finanziaria provenga pro quota da differenti amministrazioni pubbliche; conseguentemente la costituzione in mora di una sola delle amministrazioni danneggiate non produce effetti interruttivi a favore delle altre.*

117 – Sezione giurisdizionale Regione Toscana; sentenza 21 aprile 2023; Pres. Bax, Est. Guerrini; P.M. D'Alessandro; Proc. reg. Toscana c. M.D. e altri.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Ente locale – Rimborso delle spese legali sostenute dagli amministratori – Presupposti – Normativa applicabile “ratione temporis” – Incertezza normativa – Colpa grave – Non sussiste.**

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art.1; d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, art. 86, c. 5.

**Prescrizione e decadenza – Enti locali – Rimborso delle spese legali sostenute dagli amministratori – Pagamento di un debito prescritto – Prescrizione presuntiva – Inapplicabilità.**

C.c., art. 2956, c. 2; l. 14 gennaio 1994, n. 20, art.1; d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 86, c. 5.

*Nel caso di rimborso delle spese legali di amministratori di un ente locale, ai fini della configurabilità dell'elemento soggettivo della colpa grave è necessaria la corretta rappresentazione del quadro normativo coevo ai fatti (nella specie, il processo penale si era concluso definitivamente nel 2012, periodo in cui si era rilevata l'esistenza di un vuoto legislativo in ordine alla possibilità per gli enti locali di disporre il pagamento o il rimborso delle spese legali sostenute dagli amministratori, nonché la presenza di divergenti orientamenti giurisprudenziali in materia, pertanto il collegio non ha ritenuto sussistente l'elemento soggettivo della colpa grave in capo ai convenuti).*

*Non può essere accolta la contestazione di responsabilità basata sull'asserito pagamento da parte del comune di un debito prescritto ai sensi dell'art. 2956, c. 2, c.c., attenendo tale disposizione all'istituto della prescrizione presuntiva, inapplicabile ai debiti della pubblica amministrazione, in considerazione delle inderogabili disposizioni di legge che ne disciplinano il pagamento.*

\* \* \*

### Trentino-Alto Adige

3 – Sezione giurisdizionale Regione Trentino-Alto Adige, Bolzano; sentenza 31 marzo 2023; Pres. Marinaro, Est. Urso, P.M. Di Gregorio; Proc. reg. Trentino-Alto Adige, Bolzano, c. K.K.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Dipendente pubblico – Esercizio di attività extraistituzionale non autorizzabile – Danno erariale – Sussistenza – Quantificazione del danno – Criteri.**

C.g.c., art. 1; d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, t.u. delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, art. 60; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1; d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, art. 53.

*La disciplina prevista per il caso di svolgimento, da parte di dipendenti pubblici, di incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza, ma in astratto autorizzabili, si applica anche al caso di attività non autorizzabili e il relativo danno da mancato versamento, alla stessa amministrazione, del compenso percepito per l'attività extraistituzionale svolta va quantificato in corrispondenza della misura lorda del compenso medesimo.*

8 – Sezione giurisdizionale Regione Trentino-Alto Adige, Trento; sentenza 2 marzo 2023; Pres. Bersani, Est. Agliocchi, P.M. Albo; Proc. reg. Trentino-Alto Adige c. C.M.

**Processo contabile – Eccezione di prescrizione formulata in scritto difensivo successivo al primo – Inammissibilità.**

C.g.c., artt. 1, 90; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1.

*È inammissibile l'eccezione di prescrizione sollevata con scritto difensivo che non sia il primo, ancorché depositato nel rispetto del termine di almeno venti giorni prima dell'udienza fissata in calce all'atto di citazione.*

\* \* \*

### Umbria

13 – Sezione giurisdizionale Regione Umbria; sentenza 2 marzo 2023; Pres. Floreani, Est. Di Giulio, P.M. Amante; Proc. reg. Umbria c. L.B. e altri.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Società privata – Contributi pubblici – Fondo per le agevolazioni alla ricerca del Miur – Illegittimo utilizzo di crediti d'imposta – Danno erariale – Sussistenza – Responsabilità degli amministratori – Sussiste.**

C.g.c., art. 1; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Società privata – Contributi pubblici – Fondo per le agevolazioni alla ricerca del Miur – Discrezionalità tecnica dell'amministrazione – Valutazioni non ostative all'esercizio dell'azione erariale – Configurabilità.**

C.g.c., art. 1; l. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1.

*Nel caso in cui, a seguito della percezione di contributi pubblici da parte di una società privata (nella specie, erogati dal Miur per prestazioni quali quelle di ricerca e di progettazione scientifica), risultino fatturate prestazioni inesistenti con la conseguente esposizione, in sede di dichiarazione del reddito d'impresa, del corrispondente credito di imposta, le condotte, causative del danno erariale, non possono che essere imputate agli amministratori della stessa.*

*La discrezionalità tecnica, spettante all'amministrazione per valutare il carattere effettivo e innovativo oppure fittizio e non originale delle attività di ricerca finanziate dal pubblico erario, non osta al successivo accertamento di responsabilità amministrativo-contabili e finanche penali, né detto esercizio è precluso dalla mancata revoca del provvedimento di concessione dei crediti d'imposta laddove risulti comprovato il carattere fraudolento delle operazioni al solo fine di lucrare indebiti vantaggi patrimoniali.*

14 – Sezione giurisdizionale Regione Umbria; sentenza 7 marzo 2023; Pres. Floreani, Est. Di Giulio, P.M. Amante; Proc. reg. Umbria c. E.P. e altri.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Appartenenti alla Polizia stradale – Attività penalmente illecite – Servizio di vigilanza stradale – Disfunzione al servizio pubblico – Danno da disservizio – Sussistenza – Quantificazione – Criteri.**

C.c., art. 1226; c.g.c., art. 1.

*Le attività penalmente illecite poste in essere da appartenenti alla Polizia stradale e consistite nella reiterata interruzione del servizio esterno notturno di pattugliamento con mancato espletamento del turno completo, nonché nell'omissione di interventi richiesti dalla centrale operativa, integrano, oltre che danno pubblico da retribuzioni patrimoniali indebitamente percepite, anche danno da disservizio, quantificabile mediante valutazione equitativa.*

18 – Sezione giurisdizionale Regione Umbria; sentenza 15 marzo 2023; Pres. Floreani, Est. Scognamiglio, P.M. Amante; Proc. reg. Umbria c. N.V. e altri.

**Giurisdizione e competenza – Soggetto privato – Contributi a carico dell'erario nazionale e sovranazionale – Omessa realizzazione e mancata rendicontazione – Giurisdizione contabile – Sussiste.**



C.g.c., art. 1; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1.

*Rientra nella giurisdizione del giudice contabile l'azione di responsabilità amministrativa per il risarcimento del danno erariale cagionato da un soggetto privato, beneficiario di un contributo pubblico (a carico sia dell'erario nazionale che di quello sovranazionale) a destinazione vincolata che sia stato volutamente impiegato in modo difforme dagli impegni assunti e, segnatamente, per fronteggiare oneri di ordinaria amministrazione in luogo dell'acquisto dei macchinari strumentali destinati ad una nuova linea produttiva.*

26 – Sezione giurisdizionale Regione Umbria; sentenza 7 aprile 2023; Pres. Floreani, Est. Mondera, P.M. Amante; Proc. reg. Umbria c. N.V. e altri.

**Giurisdizione e competenza – Soggetto privato – Contributo regionale a carico del Fondo europeo per il sostegno alle nuove piccole e medie imprese innovative – False fatturazioni – Irrilevanza – Giurisdizione contabile – Sussiste.**

C.g.c., art. 1; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1.

*Rientra nella giurisdizione del giudice contabile l'azione di responsabilità amministrativa per il risarcimento del danno erariale cagionato da un soggetto privato beneficiario di un contributo regionale a carico di un Fondo europeo per il sostegno alle nuove piccole e medie imprese innovative, trattandosi di un contributo di scopo, anche nell'ipotesi in cui siano contestate false fatturazioni per operazioni inesistenti.*

27 – Sezione giurisdizionale Regione Umbria; sentenza 11 aprile 2023; Pres. Floreani, Est. Mondera, P.M. Magno; Proc. reg. Umbria c. R.A. e altri.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Azienda sanitaria – Dirigente medico – Malpractice sanitaria – Incongruo trattamento chirurgico ortopedico – Linee guida – Pretesa osservanza in astratto – Irrilevanza.**

C.g.c., art. 1.

*La paventata osservanza delle Linee guida, in sede di intervento chirurgico ortopedico, non riveste efficacia esimente dall'addebito erariale contestato ai medici operatori, perché le stesse rappresentano uno schema astratto in cui si inserisce la prestazione sanitaria, ma non sono applicabili in modo automatico ed universalmente uniforme, bensì solo previa valutazione della peculiare situazione clinica e fisica del singolo paziente da cui non si può prescindere.*

32 – Sezione giurisdizionale Regione Umbria; sentenza 20 aprile 2023; Pres. Floreani, Est. Mondera, P.M. Amante; Proc. reg. Umbria c. G.O.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Curatore fallimentare – Illeciti in ambito giudiziario – Appropriazione indebita di somme ricadenti in procedure concorsuali – Illecito erariale – Sussiste.**  
C.p., artt. 314, 640; c.g.c., art. 1; r.d. 16 marzo 1942, n. 267, disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa, art. 30.

*Integra illecito erariale a titolo doloso l'appropriazione indebita, perpetrata da curatore fallimentare mediante reiterate condotte fraudolente, di ingentissime somme di pertinenza di procedure concorsuali e consistenti in crediti tributari insinuati e ammessi in dette procedure.*

\*\*\*

## Veneto

24 – Sezione giurisdizionale Regione Veneto; sentenza 12 aprile 2023; Pres. Greco, Est. Alberghini; P.M. Dimita; Proc. reg. Veneto c. L.M. e altri.

**Responsabilità amministrativa e contabile – Amministratori comunali – Contratti derivati – Assenza di consapevolezza dell'ampiezza del rischio per inadeguata istruttoria – Colpa grave – Sussiste.**

C.g.c., art. 1; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1; l. 28 dicembre 2001, n. 448, disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002), art. 41; d.m. economia e finanze, 1 dicembre 2003, n. 389, regolamento concernente l'accesso al mercato dei capitali da parte delle province, dei comuni, delle città metropolitane, delle comunità montane e delle comunità isolate, nonché dei consorzi tra enti territoriali e delle regioni, ai sensi dell'art. 41, c. 1, l. 28 dicembre 2001, n. 448, art. 1.

*Sussiste la responsabilità degli amministratori e del responsabile del servizio finanziario del comune la cui condotta gravemente colposa, in occasione delle trattative per la conclusione di un c.d. contratto derivato con una banca, ha determinato, pur non sussistendo le previste condizioni, l'attribuzione all'ente locale della qualità di operatore qualificato in ambito finanziario, con conseguenziale significativa riduzione degli obblighi informativi cui è tenuto l'intermediario finanziario e connessa carenza di adeguata istruttoria, da cui ha, poi, tratto origine, con la stipulazione del contratto in parola, l'esposizione del comune stesso al rischio, non ponderato e non ponderabile, di perdite ingenti.*

\*\*\*

## ALTRE CORTI

### CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

20148/09 – Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione I; sentenza 9 marzo 2023; Pres. ed Est. Marko Bošnjak; Rigolio v. Italia.

#### **Unione europea – Presunzione d'innocenza – Corte dei conti – Danno all'immagine – Procedimento penale – Archiviazione penale per prescrizione – Insussistenza violazione art. 6, par. 2, Cedu.**

Cost., art. 28; Cedu, art. 6, par. 2; c.c., artt. 2043, 2059; r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato, artt. 81, 82.

*La Corte europea dei diritti dell'uomo ha escluso la violazione dell'art. 6, par. 2, Cedu qualora la decisione del giudice contabile di condanna al pagamento del risarcimento per danno all'immagine subito da un'amministrazione pubblica ad opera di un amministratore (la cui vicenda penale si sia, però, conclusa con proscioglimento per prescrizione) non si basi su fatti o non utilizzi espressioni da cui desumere l'affermazione della colpevolezza penale del ricorrente. (1)*

#### **Presunzione di innocenza e danno all'immagine: il caso Rigolio 2**

La Corte europea dei diritti dell'uomo è tornata a pronunciarsi sul caso Rigolio in riferimento alla sola presunta violazione del principio di presunzione di innocenza di cui all'art. 6, par. 2, Cedu ("Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata").

Prima di esaminare il percorso logico seguito dalla Corte sovranazionale nella sentenza in commento si ripercorrono, brevemente, gli esiti della prima sentenza Rigolio (Corte Edu, 13 maggio 2014, Rigolio c. Italia (dec.), n. 20148/09), "utilizzata" in dottrina per una molteplicità di aspetti. Innanzitutto, con la decisione del 2014 la Corte Edu ha optato per una lettura civilistica della "natura" della responsabilità amministrativa azionata dinanzi alla Corte dei conti e per la sua non assimilabilità ai giudizi penali o comunque di natura "sanzionatorio – punitiva", che sono stati oggetto di numerose pronunce della Corte sovranazionale, fra le quali, la nota sentenza "Grande Stevens" del 4 marzo 2014 (1). Tale opzione civilistica è messa in discussione dal diverso indirizzo pubblicistico che rinviene una funzione repressivo – sanzionatoria (si pensi alle numerose fattispecie di natura sanzionatoria intestate

(1) I. - La sentenza si legge in <<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-223373>>.

II. - Segue la nota di S. Calzetta, *Presunzione di innocenza e danno all'immagine: il caso Rigolio 2*.

(1) V. Tenore, *La nuova Corte dei conti, Responsabilità, Pensioni, Controlli*, Milano, Giuffrè, 2022, 70 ss.

alla Corte dei conti) nella responsabilità amministrativo-contabile, aspetto che l'avvicinerebbe proprio alla responsabilità penale. C'è, infine, anche un altro orientamento che attribuisce alla responsabilità amministrativo – contabile una natura polifunzionale, sia riparatoria che punitivo deterrente. Tuttavia, nonostante, i diversi indirizzi appena illustrati la visione civilistica della responsabilità amministrativo-contabile è stata ribadita dalla giurisprudenza europea, oltre che nella decisione del 2014, anche nella sent. 9 marzo 2023 c.d. Rigolio 2.

Sulla base dell'asserita natura civilistica della responsabilità amministrativo-contabile sempre nella sentenza Rigolio del 2014 è stata esclusa la violazione del *ne bis in idem*. Autorevole dottrina (2) ritiene che "la piena compatibilità e cumulabilità tra sanzione penale e sanzione contabile (e persino disciplinare), come regola generale sia desumibile, come ben colto dal caso Rigolio [...] dai parametri del [...] *leading case*, ovvero dal caso Engel e altri c. Paesi Bassi [...]. La Corte Edu, nel caso Engel, nel premettere che l'autonomia del concetto di "accusa penale" impone, per l'effettività della tutela dei diritti convenzionali, di non attribuire valore vincolante alla terminologia adottata dal legislatore nazionale, ha proceduto ad individuare ulteriori criteri, oltre a quello della "qualificazione della sanzione" da parte del diritto nazionale, affermando che va considerata la "natura sostanziale dell'illecito commesso", vale a dire se si è di fronte ad una condotta in violazione di una norma che protegge il funzionamento di una determinata formazione sociale, o se la norma violata è invece preposta alla tutela *erga omnes* di beni giuridici della collettività, anche alla luce del denominatore comune delle rispettive legislazioni dei diversi Stati contraenti. Va infine considerato "il grado di severità della pena" che rischia la persona interessata, poiché in una società di diritto appartengono alla sfera "penale" le privazioni della libertà personale suscettibili di essere imposte quali punizioni, eccezione fatta per quelle la cui natura, durata o modalità di esecuzione non possano causare un apprezzabile danno".

Da ultimo, sempre con la prima decisione sul caso Rigolio la Corte di Strasburgo non ha ritenuto conflaggere con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo una condanna penale per danno all'immagine derivante dalla commissione di fatti di reato dichiarati estinti per prescrizione in sede penale. In tal senso diverse pronunce della Corte dei conti hanno ritenuto attivabile un giudizio per danno all'immagine dopo una sentenza di prescrizione penale sebbene siano prevalse pronunce di senso opposto.

Ripercorsi, brevemente, gli approdi dottrinali connessi alla decisione del 2014, con la sentenza in rassegna la Corte di Strasburgo ha esaminato la medesima vicenda in relazione alle doglianze del ricorrente sulla presunta violazione della presunzione di innocenza

(2) V. Tenore, *op. cit.*, 122.

garantita dall'art. 6, par. 2, Cedu, poiché ad opinione del Rigolio la Corte dei conti con la sentenza di condanna per danno all'immagine avrebbe imputato la responsabilità penale al ricorrente e quindi disatteso il citato principio della Convenzione. Si rammenta, infatti, che solo in relazione a tale profilo, con la decisione del 2014, la Corte Edu si era riservata di decidere alla luce delle osservazioni del Governo.

Giova, altresì, ricordare che il Rigolio era stato dapprima condannato in primo grado e soltanto successivamente a seguito dell'appello si è addivenuti alla sentenza di secondo grado che ha riqualificato le accuse a carico del ricorrente come corruzione, ha rilevato la presenza di tutti gli elementi costitutivi del reato in questione e ha pronunciato il proscioglimento per prescrizione, nonché annullato il risarcimento alle parti civili, salvo quello per il danno subito dal comune. Il successivo ricorso in Cassazione veniva rigettato.

Mentre pendeva il procedimento penale dinanzi alla Corte d'appello, la Procura della Corte dei conti, ritenendo che il ricorrente avesse con il suo comportamento danneggiato l'immagine dell'amministrazione, avviava un procedimento all'esito del quale egli veniva condannato al pagamento di una determinata somma di danaro nei riguardi del comune interessato dalla vicenda.

Nella sentenza in esame la Corte Edu nel ripercorre il quadro normativo nazionale ed internazionale attinente alla responsabilità dei pubblici funzionari, si è prevalentemente soffermata sull'art. 6, par. 2, Cedu come interpretato in seno alla giurisprudenza europea. A tal riguardo, la Corte europea ha ricordato che “considerata come garanzia processuale nell'ambito dello stesso processo penale, la presunzione di innocenza impone condizioni riguardanti in particolare l'onere della prova (Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna, 6 dicembre 1988, par. 77, Serie A, n. 146, e Telfner c. Austria, n. 33501/96, par. 15, 20 marzo 2001); presunzioni di fatto e di diritto (Salabiaku c. Francia, 7 ottobre 1988, par. 28, Serie A, n. 141-A, e Radio France e altri c. Francia, n. 53984/00, par. 24, Cedu 2004-II); il diritto di non contribuire all'autoincriminazione (Saunders c. Regno Unito, 17 dicembre 1996, par. 68, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI, e Heaney e McGuinness c. Irlanda, n. 34720/97, par. 40, Cedu 2000-XII); la pubblicità che può essere data al caso prima dello svolgimento del processo (Akay c. Turchia (dec.), n. 34501/97, 19 febbraio 2002, e G.C.P. c. Romania, n. 20899/03, par. 46, 20 dicembre 2011); e la dichiarazione della colpevolezza di un imputato da parte del giudice del processo o di qualsiasi altra autorità pubblica (Allenet de Ribemont c. Francia, 10 febbraio 1995, par. 35-36, serie A n. 308, e Nešák c. 65559/01, parr. 88, 27 febbraio 2007)” (par. 83 e par. 92). A quest'ultimo proposito, si è ribadito che, nell'esercizio delle loro funzioni, i membri del tribunale non devono partire dall'idea preconcepita che l'imputato abbia commesso il fatto di cui è accusato. Inoltre, il dubbio deve giova-

re all'imputato (Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna, 6 dicembre 1988, par. 77, Serie A n. 146) (par. 91).

Ciò premesso, i giudici di Strasburgo hanno rilevato che allo scopo di garantire effettività al diritto garantito dall'art. 6, par. 2, Cedu occorre “evitare che i soggetti che hanno beneficiato di un'assoluzione o di una sospensione delle imputazioni vengano trattati da pubblici ufficiali o autorità come se fossero effettivamente colpevoli del reato loro imputato (Allen, sopra citata, par. 94)” (par. 84). Invero, ove non si predisponesse tale forma di tutela le garanzie di cui all'art. 6, par. 2, Cedu rischierebbero di diventare puramente teoriche. Il che vale anche una volta concluso il procedimento penale per tutto ciò che attiene alla reputazione dell'interessato e al modo in cui viene percepita dal pubblico. Ritiene la Corte europea che, in una certa misura, la protezione offerta dall'art. 6, par. 2, Cedu può sovrapporsi a quella offerta dall'art. 8 Cedu e si richiama, sul punto, la precedente giurisprudenza europea: si veda, ad esempio, Zollman c. Regno Unito (dec.), n. 62902/00, Cedu 2003- XII, e Taliadorou e Stylianou c. Cipro, nn. 39627/05 e 39631/05, parr. 27 e 56-59, 16 ottobre 2008.

Pertanto, ogniqualvolta si pone la questione dell'applicabilità dell'art. 6, par. 2 nell'ambito di un procedimento successivo, il ricorrente deve, dapprima, dimostrare l'esistenza di un nesso tra il procedimento penale concluso e l'azione giudiziaria susseguente (par. 85). Nel caso di specie, il giudice sovranazionale ha dovuto esaminare, il rapporto intercorso tra procedimento contabile e procedimento penale e concludere che “la Corte dei conti non solo ha effettuato un'analisi separata dei fatti per determinare se gli elementi costitutivi di un reato fossero stati soddisfatti, ma ha anche tenuto conto di ulteriori dati che consentono di stabilire la responsabilità civile del ricorrente” (par. 114). Al successivo punto (par. 115) la Corte Edu ribadisce che quando si tratta di valutare la compatibilità con l'art. 6, par. 2, Cedu rispetto ad una decisione di un 'autorità giudiziaria e del ragionamento che essa ha seguito per giungervi, i termini utilizzati nella decisione in questione sono di fondamentale importanza. Nel caso in esame le espressioni utilizzate dalla Corte dei conti, secondo la ricostruzione dei giudici di Strasburgo, non possono ragionevolmente essere interpretate come attribuzione di responsabilità penale del ricorrente.

In conclusione la Corte Edu pur sottolineando che occorre prestare particolare attenzione nel motivare una sentenza civile o contabile pronunciata a seguito di un procedimento penale concluso con proscioglimento, ritiene che, tenuto conto della natura e del contesto del procedimento nel caso di specie, l'accertamento condotto in sede contabile non può considerarsi lesivo per il ricorrente della presunzione di innocenza (par. 126) e pertanto non è stata ravvisata la violazione dell'art. 6, par. 2, Cedu.

SILVIA CALZETTA

\* \* \*

## CORTE COSTITUZIONALE

51 – Corte costituzionale, sentenza 28 marzo 2023; Pres. Sciarra, Rel. Antonini; Presidenza del Consiglio dei ministri c. Regione Molise.

**Contabilità regionale e degli enti locali – Principi contabili – Riconoscimento di debito fuori bilancio con legge regionale – Copertura dei relativi oneri nel bilancio di previsione dell’esercizio precedente anziché dell’esercizio in corso – Necessità di copertura con risorse finanziarie effettivamente disponibili – Sussistenza – Violazione del principio di annualità del bilancio – Sussistenza – Illegittimità costituzionale.**

Cost., art. 117, c. 2, lett. e); d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli artt. 1 e 2 della l. 5 maggio 2009, n. 42, art. 3, c. 1; l. reg. Molise 25 marzo 2022, n. 4, riconoscimento di debiti fuori bilancio ai sensi dell’art. 73, lett. e), d.lgs. n. 118/2011, relativi al rimborso ai comuni del saldo delle spese sostenute per il rinnovo del consiglio regionale 2011, art. 1, c. 1.

**Contabilità regionale e degli enti locali – Principi contabili – Riconoscimento di debito fuori bilancio con legge regionale – Copertura dei relativi oneri nel bilancio di previsione dell’esercizio precedente anziché dell’esercizio in corso – Necessità di copertura con risorse finanziarie effettivamente disponibili – Sussistenza – Violazione del “principio applicato 9.1 dell’allegato 4/2 al d.lgs. n. 118/2011 in materia di debiti fuori bilancio” – Censura rivolta all’atto di impegno e non alla norma di legge – Questione di legittimità costituzionale – Inammissibilità.**

Cost., art. 117, c. 2, lett. e); d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, art. 73; l. reg. Molise 25 marzo 2022, n. 4, art. 1, c. 1.

*È costituzionalmente illegittimo, perché in contrasto con la riserva di legge statale di cui all’art. 117, c. 2, lett. e), Cost., in riferimento alla competenza legislativa esclusiva statale in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici e della norma interposta di cui all’art. 3, c. 1, d.lgs. n. 118/2011 in materia di armonizzazione contabile, l’art. 1 della legge regionale del Molise con la quale, nel determinare la copertura del saldo delle spese sostenute dai comuni per le elezioni del consiglio regionale fa riferimento al bilancio di previsione dell’esercizio precedente e non a quello in corso.*

*È inammissibile per insufficienza della motivazione la questione di legittimità costituzionale proposta per contrasto della l. reg. Molise n. 4/2022 con il principio applicato 9.1 dell’allegato 4/2 al d.lgs. n. 118/2011, ma in realtà argomentata con riguardo all’attività gestionale di impegno effettuata dalla regione prima del riconoscimento del debito fuori bilan-*

*cio, avvenuto da parte del consiglio regionale nell’esercizio successivo. (1)*

*Ritenuto in fatto* – 1. Con ricorso notificato e depositato l’1 giugno 2022 (reg. ric. n. 35/2022), il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall’Avvocatura generale dello Stato, ha impugnato l’art. 1 della l. reg. Molise 25 marzo 2022, n. 4, recante “Riconoscimento di debiti fuori bilancio ai sensi dell’art. 73, lett. e), d.lgs. n. 118/2011, relativi al rimborso ai Comuni del saldo delle spese sostenute per il rinnovo del consiglio regionale 2011”, in riferimento all’art. 117, c. 2, lett. e), Cost.

La citata disposizione regionale prevede al c. 1 che, ai sensi dell’art. 73, c. 1, lett. e), d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118 (Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli artt. 1 e 2 della l. 5 maggio 2009, n. 42), “è riconosciuta la legittimità del debito fuori bilancio per euro 1.343.493,60 relativi al rimborso a comuni diversi del saldo delle spese sostenute per il rinnovo del consiglio regionale 2011”, come dettagliato per ciascun comune nel prospetto ivi inserito.

Al successivo c. 2, la disposizione stabilisce che “[g]li oneri derivanti dal c. 1 trovano copertura nel bilancio di previsione 2021-2023, esercizio 2021, alla missione 1, programma 7, titolo 1”.

Ad avviso del ricorrente la suddetta norma regionale, individuando la copertura degli oneri sulle risorse dell’esercizio 2021, “pur essendo tale esercizio ormai decorso”, contrasterebbe con il principio contabile dell’annualità del bilancio di cui “all’art. 3 del d.lgs. n. 118/2011” e con il “principio applicato 9.1 dell’allegato 4/2 al d.lgs. n. 118/2011 [recte: n. 118/2011] in materia di debiti fuori bilancio”, violando pertanto l’art. 117, c. 2, lett. e), Cost., sulla competenza legislativa esclusiva statale nella materia dell’armonizzazione dei bilanci pubblici.

1.1. Nell’illustrare il motivo d’impugnazione, il ricorso premette, in fatto, che lo stanziamento di bilancio di cui alla missione 1, programma 7, titolo 1, relativo alle spese per lo svolgimento delle elezioni è stato incrementato a seguito della variazione disposta con deliberazione della giunta regionale del 29 dicembre 2021, n. 473, in esecuzione della l. reg. Molise 29 dicembre 2021, n. 7 (Assestamento del bilancio di previsione 2021-2023 e modifiche di leggi regionali).

Il ricorrente segnala quindi che la regione avrebbe registrato l’impegno di spesa relativo al debito fuori bilancio in data 31 dicembre 2021, mentre al riconoscimento del suddetto debito il consiglio regionale avrebbe provveduto soltanto con la impugnata l. reg. Molise n. 4/2022, la cui proposta era stata approvata

(1) Segue la nota di E. Tomassini, *La Corte costituzionale continua a censurare la legislazione regionale per violazione dei principi in materia di armonizzazione contabile.*

con deliberazione della giunta regionale del 30 dicembre 2021, n. 498.

1.2. Ciò premesso, il ricorrente richiama il contenuto del principio applicato 9.1 dell'allegato 4/2 al d.lgs. n. 118/2011 nella parte in cui prescrive: “[l]’emersione di debiti assunti dall’ente e non registrati quando l’obbligazione è sorta comporta la necessità di attivare la procedura amministrativa di riconoscimento del debito fuori bilancio, prima di impegnare le spese con imputazione nell’esercizio in cui le relative obbligazioni sono esigibili.

Nel caso in cui il riconoscimento intervenga successivamente alla scadenza dell’obbligazione, la spesa è impegnata nell’esercizio in cui il debito fuori bilancio è riconosciuto”.

La regione, quindi, “non poteva impegnare le risorse prima del riconoscimento del debito fuori bilancio”, nella specie avvenuto solo nel marzo del 2022 con la legge regionale impugnata.

L’intera operazione avrebbe dovuto “pertanto essere imputata al 2022, ovvero attribuendo tanto gli oneri quanto le rispettive variazioni di bilancio (e relativi impegni di spesa) all’esercizio in cui i debiti” sono stati riconosciuti dalla l. reg. Molise n. 4/2022.

2. Si è costituita in giudizio la Regione Molise, in persona del Presidente *pro tempore*, chiedendo il rigetto del ricorso.

La resistente premette che la legge regionale impugnata discenderebbe dalla procedura di riconoscimento della legittimità del debito fuori bilancio avviata dalla Regione Molise con la deliberazione della giunta regionale del 29 dicembre 2021, n. 473, di variazione del bilancio di previsione 2021-2023, in esecuzione della l. reg. Molise n. 7/2021, di assestamento dello stesso bilancio.

In particolare, la difesa regionale ricorda che il debito riconosciuto dalla disposizione impugnata riguarda il rimborso ai comuni molisani, in base a un documentato rendiconto, delle spese di organizzazione e di attuazione delle operazioni elettorali regionali svoltesi nel 2011.

L’importo di 500.000 euro, appositamente impegnato sul bilancio dell’esercizio 2011, si era infatti rivelato insufficiente, consentendo alla giunta regionale soltanto la liquidazione di un acconto pari a circa il 28 per cento, con riserva di provvedere al saldo “allorquando la disponibilità finanziaria del Bilancio regionale lo avrebbe consentito”.

Stante il lungo tempo trascorso e la possibilità di contenziosi, la regione avrebbe deciso di provvedere nel 2021, assicurando la copertura del debito in parola con l’utilizzo di uno specifico accantonamento al risultato di amministrazione al 31 dicembre 2020, appostato rettificando la proposta di legge regionale di approvazione del rendiconto generale 2020.

La deliberazione della giunta regionale del 30 novembre 2021, n. 404, adottata a seguito del giudizio di parifica della sezione regionale di controllo della Corte dei conti e al fine di superare le eccezioni formulate

dalla stessa, avrebbe infatti “quantificato in euro 2.300.000 l’accantonamento per partite potenziali”, comprensivo del debito nei confronti dei comuni molisani.

La difesa regionale ricorda, inoltre, che la proposta di legge regionale relativa al riconoscimento del debito fuori bilancio è stata approvata con la deliberazione della giunta regionale del 30 dicembre 2021, n. 498, e che l’impegno di spesa, derivando da posizioni debitorie certe, liquide ed esigibili, è stato registrato nell’esercizio 2021, con determinazione dirigenziale del 31 dicembre 2021, n. 8632.

2.1. Al riguardo, la difesa regionale evidenzia che nel caso in esame non si sarebbe “determinat[a] un’esautorazione” del consiglio regionale poiché, per un verso, il riconoscimento della legittimità dei debiti fuori bilancio sarebbe stato sottoposto all’esame del medesimo consiglio; per altro verso, la successiva liquidazione e il conseguente effettivo pagamento dei debiti in questione sarebbero potuti intervenire solo dopo l’approvazione della proposta di legge regionale concernente tale riconoscimento.

Inoltre, secondo la difesa regionale, lo stesso principio contabile applicato 9.1 di cui al citato allegato 4/2, nel capoverso che precede il punto richiamato dal ricorrente, “consent[irebbe], se non addirittura impo[irebbe]”, di procedere all’immediato impegno contabile alla competenza dell’esercizio in cui le relative obbligazioni sono esigibili.

Dovrebbe allora ritenersi consentita la registrazione dell’impegno “prima del formale riconoscimento”.

2.2. La difesa regionale sottolinea, poi, che la determinazione di assumere l’impegno coinvolto dalla norma impugnata sarebbe seguita strettamente al giudizio di parificazione del rendiconto dell’esercizio finanziario 2020, avendo la regione, su sollecitazione della Corte dei conti, definito gli specifici fondi per rischi legali e per passività potenziali.

Peraltro, la copertura finanziaria degli oneri recati dalla legge regionale impugnata e l’assunzione del relativo impegno di spesa sarebbero avvenute da parte della regione utilizzando “uno spazio finanziario maggiore di quello che ordinariamente le sarebbe stato consentito”, ossia avvalendosi dell’art. 56, c. 2, d.l. 25 maggio 2021, n. 73 (Misure urgenti connesse all’emergenza da Covid-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali), convertito con modificazioni dalla l. 23 luglio 2021, n. 106, che, per l’esercizio 2021, ha consentito di derogare ai limiti posti alle regioni dall’art. 1, cc. 897 e 898, l. 30 dicembre 2018, n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021).

2.3. Nel suddetto contesto, inoltre, sarebbe applicabile alla fattispecie il “[p]rincipio della prevalenza della sostanza sulla forma”, di cui al punto 18 dell’allegato 1 al d.lgs. n. 118/2011, al quale la regione si sarebbe attenuta, impegnando nell’esercizio 2021 le somme oggetto della disposizione di legge impugnata “non avendo analoga copertura nell’esercizio

2022, per effetto dei limiti di cui ai cc. 897 e 898 dell'art. 1 della l. n. 145/2018”.

2.4. Infine, la regione evidenzia che l'emersione dei debiti fuori bilancio e il loro finanziamento “rap-present[erebbero] gli esiti di un più ampio percorso virtuoso dell'ente [...] ai fini della rappresentazione veritiera dei fatti di gestione”, concretizzatosi, in particolare, attraverso una serie di accantonamenti al risultato di amministrazione, tra cui anche uno per il fondo di copertura dei predetti debiti.

3. In prossimità dell'udienza entrambe le parti hanno depositato una memoria, richiamando gli argomenti già illustrati e insistendo nelle rispettive conclusioni.

*Considerato in diritto* – 1. Con il ricorso indicato in epigrafe il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha impugnato l'art. 1 della l. reg. Molise n. 4/2022, in riferimento all'art. 117, c. 2, lett. e), Cost.

La citata disposizione regionale prevede al c. 1 che, ai sensi dell'art. 73, c. 1, lett. e), d.lgs. n. 118/2011, “è riconosciuta la legittimità del debito fuori bilancio per euro 1.343.493,60 relativi al rimborso a comuni diversi del saldo delle spese sostenute per il rinnovo del consiglio regionale 2011”, come dettagliato per ciascun comune nel prospetto ivi inserito.

Al successivo c. 2, la disposizione stabilisce che “[g]li oneri derivanti dal c. 1 trovano copertura nel bilancio di previsione 2021-2023, esercizio 2021, alla missione 1, programma 7, titolo 1”.

Ad avviso del ricorrente la suddetta norma regionale, individuando la copertura degli oneri sulle risorse dell'esercizio 2021, “pur essendo tale esercizio ormai decorso”, contrasterebbe con il principio contabile dell'annualità del bilancio di cui “all'art. 3 del d.lgs. n. 118/2011” e con il “principio applicato 9.1 dell'allegato 4/2 al d.lgs. n. 118/2021 [*recte*: n. 118/2011] in materia di debiti fuori bilancio”, violando pertanto il richiamato art. 117, c. 2, lett. e), Cost., sulla competenza legislativa esclusiva statale nella materia dell'armonizzazione dei bilanci pubblici.

2. La questione promossa in relazione al principio contabile di cui al par. 9.1 è inammissibile per insufficiente motivazione a sostegno della richiesta di declaratoria di illegittimità costituzionale (*ex plurimis*, sent. n. 119/2022 e n. 176/2021).

La censura non lamenta un vizio proprio della legge regionale, quanto piuttosto dell'atto di impegno di spesa che l'ha preceduta, come senza dubbio emerge dall'accento posto sul momento in cui tale atto gestionale è stato adottato, omettendo, peraltro, ogni riferimento all'art. 73 del d.lgs. n. 118/2011, che chiaramente si coordina con il principio contabile evocato, stabilendo che il consiglio regionale riconosce con legge “la legittimità dei debiti fuori bilancio”.

3. Va, invece, esaminata nel merito la censura che assume il contrasto “con il principio contabile dell'annualità del bilancio di cui all'art. 3 del d.lgs. n.

118/2011” e la conseguente violazione dell'art. 117, c. 2, lett. e), Cost., sulla competenza legislativa esclusiva statale in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici.

4. La questione è fondata.

La legge regionale di riconoscimento di un debito fuori bilancio deve, ai sensi del c. 3 dell'art. 73 del d.lgs. n. 118/2011, contestualmente individuare nel bilancio “le disponibilità finanziarie sufficienti per effettuare le spese conseguenti” a tale riconoscimento.

Le risorse occorrenti, quindi, non possono che essere rinvenute nel bilancio di previsione che gestisce l'esercizio in cui la spesa è introdotta.

Del resto, l'individuazione della copertura deve essere contestuale alla previsione dell'onere, oltretutto congrua e attendibile (sent. nn. 226, 156 e 106/2021 e n. 197/2019), per cui la legge regionale di riconoscimento di un debito fuori bilancio deve apprestare la relativa copertura facendo riferimento alle risorse finanziarie in quel momento effettivamente disponibili.

La disposizione regionale impugnata, approvata nel marzo del 2022, contrasta quindi con l'evocato principio di annualità del bilancio, espresso dal punto 1 dell'allegato 1 al d.lgs. n. 118/2011 e richiamato, nel suo insieme, dal c. 1 dell'evocato art. 3, poiché, una volta riconosciuta la legittimità di un debito fuori bilancio, ne individua però la correlata copertura finanziaria a valere sull'esercizio 2021 del bilancio di previsione 2021-2023, anziché su quello 2022 dello stesso bilancio.

Essa viola, pertanto, l'art. 117, c. 2, lett. e), Cost., in riferimento alla competenza legislativa esclusiva statale in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici.

Per le ragioni suddette, va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della l. reg. Molise n. 4/2022.

Resta fermo che la Regione Molise è tenuta a provvedere tempestivamente a un nuovo riconoscimento del debito fuori bilancio nei confronti dei comuni, ormai inevaso da oltre un decennio.

*P.q.m.*, la Corte costituzionale,

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della l. reg. Molise 25 marzo 2022, n. 4, recante “Riconoscimento di debiti fuori bilancio ai sensi dell'art. 73, lett. e), d.lgs. n. 118/2011, relativi al rimborso ai comuni del saldo delle spese sostenute per il rinnovo del consiglio regionale 2011”;

2) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della l. reg. Molise n. 4/2022, promossa, in riferimento all'art. 117, c. 2, lett. e), Cost., in relazione al principio contabile applicato di cui al par. 9.1 dell'allegato 4/2 al d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118 (Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli artt. 1 e 2 della l. 5 maggio 2009, n. 42), dal Presidente del Consiglio dei ministri con il ricorso indicato in epigrafe.

## **La Corte costituzionale continua a censurare la legislazione regionale per violazione dei principi in materia di armonizzazione contabile**

Sommario: 1. *La materia dell'armonizzazione contabile e il criterio competenziale della Costituzione.* – 2. *La giurisprudenza costituzionale sulla materia dell'armonizzazione contabile.* – 3. *La questione decisa dalla Corte.* – 4. *Conclusioni.*

### *1. La materia dell'armonizzazione contabile e il criterio competenziale della Costituzione*

Con la decisione in commento la Corte costituzionale affronta, ancora una volta, una questione relativa al sospetto di illegittimità costituzionale delle disposizioni regionali violative della competenza esclusiva statale in materia di armonizzazione contabile.

Come è noto, il titolo competenziale, prima della riforma del titolo V della Costituzione ad opera della l. cost. n. 3/2001, spettava alla competenza concorrente statale e regionale, con i limiti dei principi fondamentali in materia di coordinamento della finanza pubblica.

Sebbene la riforma del titolo V sia stata dettata dall'esigenza di imprimere una spinta più decisa alle autonomie, i limiti imposti all'Italia dall'adesione ai parametri economico-finanziari dell'Unione europea hanno determinato l'attrazione della materia nella competenza esclusiva dello Stato con la l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, che ha introdotto il principio del pareggio di bilancio all'art. 81 Cost., modificando anche, tra gli altri, l'art. 117 della Carta fondamentale.

In particolare, tale principio è definito come equilibrio delle entrate e delle spese; è altresì limitato il ricorso all'indebitamento soltanto all'ipotesi di fasi avverse del ciclo macroeconomico o a circostanze eccezionali, da approvarsi con maggioranza assoluta delle Camere.

L'introduzione a livello costituzionale del principio generale del divieto dell'indebitamento ha comportato anche una maggiore sorveglianza e coordinamento statale sui bilanci degli enti territoriali e regionali; pertanto, l'art. 3 ha modificato i cc. 2 e 3 dell'art. 117 Cost., recanti il riparto delle competenze legislative tra lo Stato e le regioni, al fine di riservare la materia della armonizzazione dei bilanci pubblici, in precedenza oggetto di legislazione concorrente, alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, alla quale, innovando rispetto alla legislazione vigente, viene riservata anche la materia della "stabilizzazione del ciclo economico".

Non si tratta di una modifica formale, ma di una importante innovazione che avrà, negli anni successivi, evidenti riflessi nei rapporti tra Stato e regioni e anche nei giudizi di legittimità costituzionale della normativa regionale, sia a seguito di ricorso diretto alla Corte da parte della Presidenza del Consiglio dei ministri, sia da parte della Corte dei conti in sede di parifica del rendiconto delle regioni e delle province autonome in sede di sindacato diffuso.

Infine, tale modifica ha attribuito allo Stato non soltanto specifici poteri in termini di coordinamento della finanza pubblica allargata, ma, secondo la giurisprudenza costituzionale, gli ha imposto anche la relativa vigilanza, quale custode del medesimo ambito.

A seguito della legge delega n. 42/2009, poi, intervenuta dopo molti anni dalla riforma, e del d.lgs. n. 118/2011, la materia ha trovato una sistemazione, anch'essa modificata nel 2014 e attuata a partire dal 2015.

Il decreto delegato ha tenuto, inoltre, conto della direttiva 2011/85/UE dell'8 novembre 2011, che ha fissato regole minime comuni per rendere i bilanci degli Stati membri più trasparenti, confrontabili e il più possibile completi e veritieri, nonché con un medesimo orizzonte temporale pluriennale – almeno triennale – di programmazione.

L'intervento del legislatore costituzionale del 2012 si pone in linea con la nuova configurazione dell'art. 81 Cost. e, anche dell'art. 119, imponendo linguaggi univoci nella contabilità degli enti territoriali al fine di predisporre un conto consolidato delle pubbliche amministrazioni per verificare in maniera più efficace il rispetto dei parametri del patto di stabilità interno e di quello europeo.

### *2. La giurisprudenza costituzionale sulla materia dell'armonizzazione contabile*

Già prima della modifica della competenza in questione, la Corte costituzionale aveva adottato un criterio interpretativo teleologico, e a partire dal secondo decennio di questo secolo, quando sono venuti all'esame i ricorsi diretti per violazione del criterio in argomento, la Consulta ha continuato a declinare tali principi attraverso la tecnica delle norme interposte (1).

La legislazione attuativa e segnatamente il d.lgs. n. 118/2011 ha comportato "un'espansione della stessa armonizzazione ad ambiti di regolazione che si pongono nell'alveo di altri titoli di competenza, nominati e innominati.

In sostanza, la stretta compenetrazione degli ambiti materiali ha reso inseparabili alcuni profili di regolazione". In tale direzione, "l'armonizzazione si colloca contemporaneamente in posizione autonoma e strumentale rispetto al coordinamento della finanza pubblica: infatti, la finanza pubblica non può essere coordinata se i bilanci delle amministrazioni non hanno la stessa struttura e se il percorso di programmazione e previsione non è temporalmente armonizzato con quello dello Stato (peraltro di mutevole configurazione a causa della cronologia degli adempimenti imposti in sede europea).

Analogamente, per quel che riguarda la tutela degli equilibri finanziari, il divieto di utilizzare fondi vincolati prima del loro accertamento risponde alla finalità

(1) Corte cost., 1 ottobre 2003, n. 303, in questa *Rivista*, 2003, 6, 181.

di evitare che ciò crei pregiudizio alla finanza pubblica individuale ed allargata” (2).

In questo senso, da un lato la materia o funzione “armonizzazione contabile” si pone come autoreggente e parametro di legittimità costituzionale e, dall’altro, è servente rispetto sia al criterio del coordinamento di cui al c. 3 dell’art. 117 e sia con riguardo alle materie declinate dagli artt. 81 e 119 Cost. (3).

In tale direzione, operano le norme interposte, definite, secondo la dottrina e la giurisprudenza costituzionale, quali sono definite come di rango subordinato alla Costituzione, cui devono conformarsi, ma sovraordinato rispetto alle leggi ordinarie (4).

In questo contesto, dunque, i parametri declinati dal d.lgs. n. 118/2011, a sua volta espressioni della delega legislativa di cui al d.lgs. n. 42/2009, integrano il parametro costituzionale assurgendo, esse stesse, a criterio di conformità a costituzione, purché, a loro volta, abbiano superato il vaglio di compatibilità con la Carta fondamentale, altrimenti devono essere espunte dal sistema.

### 3. La questione decisa dalla Corte

Con la sentenza in commento la Corte costituzionale continua, dunque, la sua analisi delle leggi regionali e della loro compatibilità con l’ordito costituzionale e con i parametri interposti, costituiti dal d.lgs. n. 118/2011 in materia di armonizzazione contabile delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro organismi partecipati.

La sintetica decisione è stata emessa nell’ambito del giudizio di legittimità costituzionale dell’art. 1 della l. reg. Molise 25 marzo 2022, n. 4, recante “Riconoscimento di debiti fuori bilancio ai sensi dell’art. 73, lett. e), d.lgs. n. 118/2011, relativi al rimborso ai comuni del saldo delle spese sostenute per il rinnovo del consiglio regionale 2011”, promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri in riferimento all’art. 117, c. 2, lett. e), Cost.

La citata disposizione regionale prevedeva al c. 1 che, ai sensi dell’art. 73, c. 1, lett. e), d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118 (disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a

(2) Corte cost., 20 luglio 2016, n. 184, *ivi*, 2016, 5-6, 484, punto 2.1 del considerato in diritto.

(3) Corte cost. n. 84/2016, punto 2.1 del considerato in diritto.

(4) Corte cost. n. 348/2007, in questa *Rivista*, 2007, 5, 252, punto 4.5 del considerato in diritto, per il quale la “La struttura della norma costituzionale [art. 117], ...si presenta simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria”. Anche sent. n. 269/2007, n. 12/2006, n. 108/2005, n. 533/2002, n. 4/2000, n. 85/1990, n. 101/1989.

norma degli artt. 1 e 2 della l. 5 maggio 2009, n. 42), “è riconosciuta la legittimità del debito fuori bilancio per euro 1.343.493,60 relativi al rimborso a comuni diversi del saldo delle spese sostenute per il rinnovo del consiglio regionale 2011”, come dettagliato per ciascun comune nel prospetto ivi inserito. Al successivo c. 2, la disposizione stabiliva che “[g]li oneri derivanti dal c. 1 trovano copertura nel bilancio di previsione 2021-2023, esercizio 2021, alla missione 1, programma 7, titolo 1”.

Per il ricorrente, la suddetta norma regionale, individuando la copertura degli oneri sulle risorse dell’esercizio 2021, “pur essendo tale esercizio ormai decorso”, contrasterebbe con il principio contabile dell’annualità del bilancio di cui “all’art. 3 del d.lgs. n. 118/2011” e con il “principio applicato 9.1 dell’allegato 4/2 al d.lgs. n. 118/2021 [*recte*: 118/2011] in materia di debiti fuori bilancio”, violando pertanto l’art. 117, c. 2, lett. e), Cost., sulla competenza legislativa esclusiva statale nella materia dell’armonizzazione dei bilanci pubblici.

Lo stanziamento di bilancio di cui alla missione 1, programma 7, titolo 1, relativo alle spese per lo svolgimento delle elezioni era stato incrementato a seguito della variazione disposta con delibera della giunta regionale del 29 dicembre 2021, n. 473, in esecuzione della l. reg. Molise 29 dicembre 2021, n. 7 (assestamento del bilancio di previsione 2021-2023 e modifiche di leggi regionali).

La regione aveva registrato l’impegno di spesa relativo al debito fuori bilancio in data 31 dicembre 2021, mentre al riconoscimento del suddetto debito il consiglio regionale aveva provveduto soltanto con la impugnata l. reg. Molise n. 4/2022.

Il ricorrente aveva invocato, quali norme interposte, le disposizioni contenute nell’allegato 4/2 al d.lgs. n. 118/2011 nella parte in cui prescrive: “[l]’emersione di debiti assunti dall’ente e non registrati quando l’obbligazione è sorta comporta la necessità di attivare la procedura amministrativa di riconoscimento del debito fuori bilancio, prima di impegnare le spese con imputazione nell’esercizio in cui le relative obbligazioni sono esigibili.

Nel caso in cui il riconoscimento intervenga successivamente alla scadenza dell’obbligazione, la spesa è impegnata nell’esercizio in cui il debito fuori bilancio è riconosciuto”.

In base a tale principio, la regione “non poteva impegnare le risorse prima del riconoscimento del debito fuori bilancio”, nella specie avvenuto solo nel marzo del 2022 con la legge regionale impugnata. L’intera operazione avrebbe dovuto “pertanto essere imputata al 2022, ovvero attribuendo tanto gli oneri quanto le rispettive variazioni di bilancio (e relativi impegni di spesa) all’esercizio in cui i debiti” sono stati riconosciuti dalla l. reg. Molise n. 4/2022.

È palese il contrasto con il principio dell’annualità del bilancio, in base al quale ogni spesa prevista deve indicare gli oneri per farvi fronte nell’esercizio di riferimento nel quale è disposta; nella specie, invece, sus-



sisteva un evidente disallineamento tra impegno di spesa e relativa copertura, disposto il primo in un esercizio e l'altra in quello precedente.

La Corte, tuttavia, ha dichiarato preliminarmente l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento unicamente all'atto di impegno concretamente adottato dal consiglio regionale e al principio 9.1 del d.lgs. n. 118/2011, senza far alcun riferimento alla norma violata, ossia l'art. 73 del medesimo decreto legislativo; richiama la Consulta l'obbligo di adeguata motivazione di tutti i rimettenti, a maggior ragione nel caso di impugnazione diretta di una disposizione normativa.

Nella specie, tale vizio ha impedito al giudice delle leggi di pronunciarsi, anche se, incidentalmente, questo sottolinea la fondatezza della reale censura, ancorché mal posta.

Residua, comunque, uno spazio per eventuali ulteriori iniziative giudiziali da parte del sindacato diffuso della Corte dei conti in sede di controllo regionale, ove chiamata ad applicare la normativa contestata, una volta esauritosi per decorso dei sessanta giorni dalla pubblicazione in Gazzetta ufficiale l'iniziativa governativa di ricorso diretto.

È stata invece accolta la censura che assume il contrasto "con il principio contabile dell'annualità del bilancio di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 118/2011" e la conseguente violazione dell'art. 117, c. 2, lett. e), Cost., sulla competenza legislativa esclusiva statale in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici [...] La legge regionale di riconoscimento di un debito fuori bilancio deve, ai sensi del c. 3 dell'art. 73 del d.lgs. n. 118/2011, contestualmente individuare nel bilancio "le disponibilità finanziarie sufficienti per effettuare le spese conseguenti" a tale riconoscimento.

Le risorse occorrenti, quindi, non possono che essere rinvenute nel bilancio di previsione che gestisce l'esercizio in cui la spesa è introdotta. La contestualità della previsione dell'onere non è certamente un principio di natura formale, ma sostanziale, perché, a fronte del riconoscimento di un debito o di una spesa ne deve essere necessariamente indicata la copertura, e – quel che più interessa – facendo riferimento alle risorse finanziarie concretamente disponibili.

La giurisprudenza che si annota segue un solco ormai consolidato del giudice delle leggi, sempre più attento all'osservanza, da parte del legislatore regionale ma anche di quello statale, dei principi costituzionali in materia di bilancio di cui all'art. 81 della Costituzione e del riparto di competenze a livello costituzionale come declinato dal titolo V della Carta fondamentale.

Nelle decisioni citate in motivazione (sent. nn. 226, 156 e 106/2021 e n. 197/2019), la Corte aveva già ribadito il principio di necessaria previsione di copertura adeguata di spese previste dalle leggi regionali, che, in assenza del rispetto di tali principi, venivano a violare l'art. 81, c. 3, Cost. quale norma direttamente applicabile anche in assenza di norme interposte (sent. n. 226/2021 in materia di indennità aggiuntive stipen-

diali per il personale del Corpo forestale della Regione Sicilia non riassorbito nell'Arma dei Carabinieri e nelle altre Forze di polizia a ordinamento civile; sent. n. 156/2021 di illegittimità costituzionale della legge regionale siciliana che determinava i nuovi oneri connessi all'anticipazione, mediante operazioni finanziarie, della disponibilità delle risorse attribuite per gli anni 2021-2025 alla Regione Sicilia ai sensi dell'art. 1, c. 883, l. n. 145/2018; sent. n. 106/2021 sulla previsione della restituzione degli oneri di urbanizzazione a coloro che non avevano conseguito il titolo abilitativo edilizio della Regione Abruzzo; sent. n. 197/2019 di illegittimità costituzionale degli artt. 34 e 35 della l. reg. Siciliana n. 8/2018, di autorizzazione del dipartimento regionale delle infrastrutture, della mobilità e dei trasporti all'accertamento in bilancio di contributi pubblici). Al riguardo, va menzionato l'art. 38 del d.lgs. n. 118/2011 che richiede la necessaria previsione della copertura delle spese di carattere continuativo e di carattere pluriennale (cc. 1 e 2) nella relativa legge regionale.

#### 4. Conclusioni

La Corte costituzionale ribadisce il principio fondamentale dell'annualità del bilancio, uno dei cardini del bilancio dello Stato e di quelli delle regioni e degli enti locali e degli organismi da essi partecipati. Con l'avvio della riforma sull'armonizzazione contabile le amministrazioni pubbliche sono, infatti, tenute a conformare i propri ordinamenti finanziari e contabili ai principi contabili generali contenuti nell'allegato 1 al d.lgs. n. 118/2011 e ad uniformare l'esercizio delle funzioni di programmazione, gestione, rendicontazione e controllo a tali principi. Essi si pongono, pertanto, come pilastri fondamentali alla base dell'ordinamento contabile del singolo ente.

I principi enunciati nell'allegato 1 sono annualità, unità, universalità, integrità, veridicità, attendibilità, correttezza, chiarezza o comprensibilità, trasparenza, significatività o rilevanza, flessibilità, congruità, prudenza, coerenza, continuità, costanza, comparabilità, verificabilità, imparzialità (neutralità), pubblicità, equilibri di bilancio, competenza finanziaria, competenza economica e di prevalenza della sostanza sulla forma.

Attraverso lo strumento dei principi contabili generali, applicabili tanto alle amministrazioni pubbliche che operano in contabilità finanziaria, quanto a quelle che operano in contabilità civilistica, il legislatore ha avviato il percorso di adozione di regole contabili comuni, obiettivo già chiaramente dichiarato nel testo della l. n. 196/2009.

Unitamente alla definizione dei principi contabili generali, il d.lgs. n. 91/2011 ha, poi, previsto l'adozione di principi contabili applicati riguardanti comuni criteri di contabilizzazione da attuare mediante predisposi di uno specifico regolamento su proposta del Ministero dell'economia e delle finanze.

Il percorso della Consulta è ancora *in itinere*. Successivamente alla pronuncia in esame, infatti, ha esa-

minato importanti questioni in materia, in particolare sulla legittimità costituzionale dell'art. 14, c. 3 – relativo alla copertura degli oneri finanziari per le annualità successive al 2022 – della l. reg. Abruzzo 13 aprile 2022, n. 7, che regola il recupero, la promozione e la valorizzazione dei siti dismessi e dei beni connessi alla cessata attività mineraria; la l. reg. Molise 4 agosto 2022, n. 13 (“Stabilizzazione del personale sanitario precario, in attuazione della l. 30 dicembre 2021, n. 234”); gli artt. 1 e 2 della l. reg. Molise 4 agosto 2022, n. 14, che reca il riconoscimento della legittimità del debito fuori bilancio della regione nei confronti delle aziende del trasporto pubblico locale (tpl) extraurbano per il pagamento di ulteriori servizi relativi a chilometri effettuati in aggiunta a quelli contrattualizzati. Proprio quest’ultima questione si potrebbe porre in maniera analoga a quella già esaminata, qualora la legge regionale abbia violato il principio di annualità, disponendo l’impegno di spesa prima del riconoscimento del debito fuori bilancio e indicando le risorse disponibili in esercizio diverso da quello di previsione del debito.

Infatti, la predetta legge prevede che il “Riconoscimento della legittimità di debito fuori bilancio” avviene in assenza di preventivo impegno di spesa.

Da ultimo, ma non per ultimo, si sottolinea l’obbligo per lo Stato di vigilare sul coordinamento della finanza pubblica e, quindi, sulla conformità al principio di cui al c. 3 dell’art. 117 Cost., con imparzialità e solerzia (5).

Peraltro, stanti i ristretti termini previsti per l’impugnazione in via principale, acquista rilievo anche il sindacato diffuso della Corte dei conti in sede di parifica del rendiconto regionale.

Più volte e anche di recente la Corte costituzionale si è soffermata su tali compiti, sottolineando il ruolo del giudizio di parificazione del rendiconto generale dello Stato, affidato alla Corte dei conti e disciplinato dagli artt. 39-41 del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214 (Approvazione del testo unico delle leggi sulla Corte dei conti), nelle forme della giurisdizione contenziosa, quindi, in particolare, nella “previa trattazione in udienza pubblica, con la partecipazione del Procuratore generale, in contraddittorio dei rappresentanti dell’amministrazione”, con la funzione “di controllo e garanzia della conformità alla legge di bilancio dei risultati di amministrazione (in termini di entrate e di spese), funzione che era già da intendersi preliminare,

(5) F. Gallo, *Il diritto del bilancio nel pensiero di Aldo Carosi*, in questa *Rivista*, 2022, 4, 3. L’Autore sottolinea l’interpretazione finalistica, per obiettivi, del concetto di coordinamento della finanza pubblica, secondo la quale «gli artt. 117, c. 3 e 81, c. 6, Cost., imporrebbero allo Stato “l’onere di giustificare in modo convincente l’esercizio del potere di coordinamento in ragione del perseguimento di chiari obiettivi di politica della spesa”, con un conseguente maggiore spazio per le autonomie territoriali»; C. Buzzacchi, *Il “custode della finanza pubblica allargata” e gli oneri della potestà di coordinamento*, in <www.forumcostituzionale.it>.

ma anche separata e distinta, rispetto all’approvazione con legge del rendiconto governativo, riservata al Parlamento, nell’esercizio del suo autonomo potere di controllo e indirizzo politico” (6).

ELENA TOMASSINI

71 – Corte costituzionale, sentenza 14 aprile 2023; Pres. Sciarra, Rel. Antonini; Regione Liguria.

**Federalismo fiscale – Comune – Fondo di solidarietà comunale – Apposizione di un vincolo di destinazione alle risorse da parte del legislatore statale – Illegittimità costituzionale – Inammissibilità del ricorso.**

Cost. artt. 5, 117, 119, cc. 1, 3 e 4; l. 30 dicembre 2021, n. 234, bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2022 e bilancio pluriennale per il triennio 2022-2024, art. 1, cc. 172, 174, 563, 564.

**Federalismo fiscale – Comune – Fondo di solidarietà comunale – Apposizione di un vincolo di destinazione alle risorse da parte del legislatore statale – Esclusione.**

Cost., artt. 5, 117, 119, cc. 3, 4 e 5; l. 30 dicembre 2021, n. 234, art. 1, cc. 172, 174, 563 e 564.

*Sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale, promosse dalla Regione Liguria in riferimento agli artt. 5 e 119, cc. 1, 3 e 4, Cost., nei confronti di disposizioni di legge, le quali prevedono un incremento della dotazione del Fondo di solidarietà comunale, attraverso risorse statali, apponendo specifici vincoli di destinazione sulla relativa spesa, in funzione del raggiungimento di livelli essenziali delle prestazioni o, nell’attesa della definizione di questi ultimi, di obiettivi di servizio; ciò in quanto l’accoglimento delle questioni, tese a mantenere lo stanziamento aggiuntivo del Fondo di solidarietà comunale, ma depurato del vincolo finalistico, porterebbe la Corte costituzionale ad operare una ripartizione delle risorse alternativa a quella scelta dal legislatore, sostituendosi alla discrezionalità di quest’ultimo.*

*Nel quadro del federalismo fiscale e dell’autonomia finanziaria riconosciuta agli enti territoriali, il Fondo di solidarietà comunale assolve alla funzione di perequazione ordinaria orizzontale, ai sensi dell’art. 119, cc. 3 e 4, Cost., consentendo agli enti con minore capacità fiscale di assicurare il finanziamento integrale delle funzioni pubbliche loro attri-*

(6) Corte cost. 22 luglio 2022, n. 184, in questa *Rivista*, 2022, 4, 187, resa in sede di conflitto di attribuzione tra la Regione Siciliana e la Corte dei conti, e giurisprudenza in essa richiamata; 7 dicembre 2021, n. 235, *ivi*, 2021, 6, 231; 10 aprile 2020, n. 62, *ivi*, 2020, 2, 277; 14 febbraio 2019, n. 18, *ivi*, 2019, 1, 212; 5 marzo 2018, n. 49, *ivi*, 2018, 1-2, 412; 20 dicembre 2017, n. 274, *ivi*, 2017, 5-6, 493; 16 dicembre 2016, n. n. 275; 20 luglio 2016, n. 184, *ivi*, 2016, 5-6, 484; 23 luglio 2015, n. 181, *ivi*, 2015, 3-4, 445; 28 marzo 2012, n. 70, *ivi*, 1-2, 372.

*buite, sicché nello stesso non possono confluire risorse con vincolo specifico di destinazione che rispondono allo schema della perequazione speciale di tipo verticale, di cui all'art. 119, c. 5, Cost.*

*Considerato in diritto* – 1. – Con ricorso depositato il 10 marzo 2022, la Regione Liguria, in persona del Presidente *pro tempore*, ha impugnato l'art. 1, cc. 172, 174, 563 e 564, l. n. 234/2021, in riferimento agli artt. 5 e 119, cc. 3, 4 e 5, Cost.

Le prime tre disposizioni intervengono sulla disciplina del Fondo di solidarietà comunale (Fsc) – istituito dall'art. 1, c. 380, lett. b), l. n. 228/2012 – incrementandone la dotazione, attraverso risorse statali, in modo consistente e progressivo; nel contempo stabiliscono specifici vincoli di destinazione sulla relativa spesa, in funzione del raggiungimento di livelli essenziali delle prestazioni o, nell'attesa della definizione di questi ultimi, di obiettivi di servizio.

La quarta ridetermina, in considerazione delle nuove risorse, l'ammontare complessivo del Fsc.

Nel loro insieme, le questioni di legittimità costituzionale promosse dalla ricorrente chiedono la eliminazione dei “penetranti vincoli di destinazione”, che sarebbero stati imposti alle maggiori risorse stanziare a valere sul Fsc, in contrasto con la “disciplina costituzionale degli strumenti di perequazione”.

Ciò in quanto la giurisprudenza di questa corte avrebbe costantemente ribadito il divieto di istituire fondi generali a carattere vincolato, nonché affermato la necessità del finanziamento integrale delle funzioni attribuite, e richiamato il principio della tipicità degli strumenti perequativi di cui ai cc. 3 e 5 dell'art. 119 Cost.

Le impugnazioni mirano altresì a preservare le nuove risorse “come necessario apporto di perequazione verticale da parte dello stato”, da ripartire secondo la regola “consistente, segnatamente, nella differenza tra le capacità fiscali e i fabbisogni standard approvati dalla Commissione tecnica per i fabbisogni standard”. sarebbe questo, infatti, il criterio proprio del fondo perequativo stabilito dall'art. 119, c. 3, Cost., come declinato dal legislatore ordinario nella “regola generale” di cui all'art. 1, c. 449, lett. c), l. n. 232/2016.

2. In particolare, la prima disposizione impugnata, di cui al c. 172 dell'art. 1 della l. n. 234/2021, sostituisce la lett. d-*sexies*) del richiamato art. 1, c. 449, introdotta dall'art. 1, c. 792, l. 30 dicembre 2020, n. 178 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023).

Per effetto del citato c. 172, da un lato, risulta incrementata la quota del Fsc disciplinata dalla richiamata lett. d-*sexies*) – ciò di cui la ricorrente non si duole –; dall'altro lato, la quota medesima viene finalizzata a incrementare l'offerta di posti nei servizi educativi per l'infanzia (i cosiddetti asili nido) in modo che, impiegando tali risorse e attraverso obiettivi di

servizio annuali, i comuni giungano a garantire nell'anno 2027 un Lep, inclusivo del servizio privato, consistente in un numero di posti pari al 33 per cento della popolazione ricompresa nella fascia di età da 3 a 36 mesi.

Funzionale a tale percorso è l'ulteriore previsione, contenuta nella disposizione impugnata, delle modalità di monitoraggio sull'utilizzo delle risorse stesse, la cui disciplina è demandata al decreto ministeriale con cui, annualmente, il contributo finanziario è ripartito.

2.1. La censura della ricorrente contesta anzitutto l'innesto di siffatto contributo settoriale per gli asili nido direttamente sul Fsc, dal momento che quest'ultimo, ai sensi dell'art. 119, c. 3, Cost., non potrebbe sopportare alcun vincolo di destinazione.

Quand'anche, come la disposizione lascerebbe intendere, l'intervento adottato vada ricondotto a un intervento di perequazione speciale a vantaggio di destinatari determinati, lo stesso non potrebbe comunque “trovare ospitalità” nel Fsc, dovendo invece rinvenire giustificazione nell'ambito delle forme previste dall'art. 119, c. 5, Cost.

Ad avviso della ricorrente, inoltre, l'esercizio della competenza statale di cui all'art. 117, c. 2, lett. m), Cost., relativa alla determinazione dei Lep, “non p[otrebbe] risolversi nell'imposizione di continui puntuali vincoli di destinazione a discapito di strumenti generali di finanziamento degli enti locali, perché ciò costituirebbe una surrettizia modalità di elusione della garanzia costituzionale dell'autonomia finanziaria locale”.

Nella specie, l'allocazione delle risorse in questione nel Fsc ne snaturerebbe la funzione di principale strumento di perequazione, dovendo le stesse essere ripartite, come disposto dal c. 3 dell'art. 119 Cost. e dall'art. 13, c. 1, lett. a), l. n. 42/2009, senza vincoli di destinazione, a vantaggio dei territori con minore capacità fiscale per abitante e in base ai fabbisogni standard.

Se tale previsione fosse stata attuata, gli enti locali avrebbero potuto soddisfare l'esigenza di assolvere ai Lep definiti dallo Stato, il quale, a sua volta, sarebbe potuto intervenire con le misure mirate di cui al c. 5 dell'art. 119 Cost., al ricorrere delle ipotesi ivi previste.

Invece, nel contesto in esame il legislatore statale, “deviando palesemente dal paradigma costituzionale”, avrebbe usato in modo inammissibile “la già deficitaria perequazione generale [...] per innestare su di essa interventi di carattere settoriale a beneficio di alcune amministrazioni in condizioni di debole”.

Sarebbero altresì violati l'art. 5 Cost., in relazione al principio autonomista, e l'art. 119, cc. 1 e 4, Cost., per l'ingerenza statale nell'esercizio delle funzioni locali, attraverso la introduzione di un vincolo di destinazione e la connessa sottrazione di risorse destinate a garantire l'integrale esercizio delle funzioni.

2.2. Preliminarmente si deve precisare che le censure fin qui illustrate non risultano sostanzialmente

incise dalla modifica apportata alla lettera d-sexies) del c. 449 dell'art. 1 l. n. 232/2016 da parte dell'art. 16, c. 5, d.l. 9 agosto 2022, n. 115 (misure urgenti in materia di energia, emergenza idrica, politiche sociali e industriali), convertito con modificazioni dalla l. 21 settembre 2022, n. 142.

La citata modifica, infatti, ha soltanto integrato le modalità di monitoraggio sull'utilizzo delle risorse finalizzate al servizio degli asili nido, già stabilite dalla norma impugnata, prevedendo il recupero delle somme che "risultassero non destinate ad assicurare il potenziamento" del servizio stesso (in tema di sopravvenienze normative, nello stesso senso indicato, sent. n. 194/2020 e n. 270/2017).

3. La successiva disposizione impugnata, di cui al c. 174 dell'art. 1 della l. n. 234/2021, aggiunge la lett. d-octies) al c. 449 dell'art. 1 della l. n. 232/2016. All'interno del Fsc è in tal modo introdotta una nuova quota finanziata con risorse statali – non impugnata nella sua previsione quantitativa –, "finalizzata a incrementare, nel limite delle risorse disponibili per ciascun anno e dei livelli essenziali delle prestazioni (Lep), il numero di studenti disabili frequentanti la scuola dell'infanzia, la scuola primaria e la scuola secondaria di primo grado, privi di autonomia a cui viene fornito il trasporto per raggiungere la sede scolastica».

In particolare, la medesima disposizione:

a) precisa che, fino alla definizione dei Lep, con il decreto ministeriale di riparto del contributo "sono altresì disciplinati gli obiettivi di incremento della percentuale di studenti disabili trasportati, da conseguire con le risorse assegnate, e le modalità di monitoraggio sull'utilizzo delle risorse stesse";

b) stabilisce l'obbligo del recupero delle somme che, a seguito del suddetto monitoraggio, "risultassero non destinate ad assicurare l'obiettivo stabilito di incremento degli studenti disabili trasportati gratuitamente".

3.1. Anche le censure formulate in riferimento al richiamato c. 174 lamentano la previsione di un vincolo di destinazione su una quota del Fsc, segnalando che l'inserimento nella struttura del fondo stesso di un intervento, come quello in esame, eventualmente inquadrabile tra le misure speciali di cui all'art. 119, c. 5, Cost., violerebbe il principio dell'autonomia finanziaria locale e il divieto di vincoli di destinazione, "in spregio" ai parametri di cui agli artt. 5 e 119, cc. 1, 3, 4 e 5, Cost.

4. È quindi impugnato il c. 563 dell'art. 1 della l. n. 234/2021, in riferimento ai già evocati artt. 5 e 119, cc. 1, 3, 4 e 5, Cost.

La disposizione in esame – modificando la lett. d-quinquies) dell'art. 1, c. 449, l. n. 232/2016 – assegna ai comuni della Regione Siciliana e della Regione autonoma Sardegna una specifica quota di risorse finalizzata al finanziamento e allo sviluppo dei servizi sociali comunali, di cui già beneficiano i comuni delle regioni a statuto ordinario.

4.1. In questa impugnativa, a differenza dalle due precedenti, la ricorrente aspira a una pronuncia di carattere sostitutivo che assicuri ai comuni indicati dalla norma il mantenimento di contributi equivalenti, da disciplinare però con nuove risorse statali al di fuori dal Fsc e nell'ambito della perequazione speciale di cui all'art. 119, c. 5, Cost.

Le risorse previste dalla disposizione impugnata e conglobate nell'ammontare complessivo del suddetto fondo determinato dal successivo c. 564, dovrebbero permanervi senza vincolo di destinazione ed essere così ripartite secondo la già richiamata regola generale; esito, quest'ultimo, che giustificherebbe l'interesse all'impugnativa.

5. Infine, è impugnato il c. 564 dell'art. 1 della l. n. 234/2021, che, "[i]n considerazione di quanto disposto dai cc. 172, 173, 174 e 563 del presente articolo" ridetermina l'importo complessivo del Fsc per ciascun anno dal 2022 al 2030 – e, nella misura di quest'ultimo anno, anche per i successivi –, modificando di conseguenza l'art. 1, c. 448, l. n. 232/2016, che tale dotazione stabilisce.

Ad avviso della ricorrente la disposizione – impugnata nel solo riportato inciso iniziale, dove richiama i cc. 172, 174 e 563 – adeguerebbe l'ammontare del Fsc a decorrere dall'anno 2022, ma «"cristallizzando" il vincolo di destinazione dei maggiori finanziamenti attraverso il rinvio ai commi citati».

Sarebbero pertanto violati, per i medesimi motivi già esposti, gli artt. 5 e 119, cc. 1, 3, 4 e 5, Cost.

Per effetto dell'auspicata dichiarazione di illegittimità costituzionale, l'intero ammontare degli ulteriori finanziamenti tornerebbe ad essere ripartito tra i comuni senza più vincolo di destinazione.

6. Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, si è costituito in giudizio chiedendo anzitutto di dichiarare inammissibile il ricorso.

Sotteso alle questioni promosse vi sarebbe infatti un *petitum* manipolativo volto alla riformulazione delle disposizioni impugnate nel senso che lo stanziamento aggiuntivo nel Fsc andrebbe conservato ma depurato dal vincolo di specifica destinazione.

In sostanza, questa Corte verrebbe "chiamata inammissibilmente a sostituirsi alla discrezionalità del legislatore", poiché la normativa di risulta mirerebbe a ottenere una "ripartizione alternativa" delle risorse, con "l'integrale modifica di direzione della volontà del legislatore", per cui il finanziamento non sarebbe più a garanzia di "specifici Lep"; ma in tal modo si "stravolgerebbe la portata normativa della coesione territoriale" e "il dovere costituzionale dello Stato di garantire i livelli essenziali delle prestazioni anche nei territori meno sviluppati".

7. L'eccezione è fondata nei termini di seguito precisati.

Uno degli argomenti addotti dall'Avvocatura per sostenere l'inammissibile carattere manipolativo del

*petitum* recato dalle impugnazioni – che non attengono a profili relativi al riparto di competenze legislative, ma alla corretta declinazione dei meccanismi perequativi di cui all’art. 119 Cost. – evidenzia come il loro accoglimento si tradurrebbe in una radicale riforma del sistema perequativo, che risulterebbe, peraltro, del tutto privato della quota vincolata a “garantire i livelli essenziali delle prestazioni anche nei territori meno sviluppati”.

La rimodulazione auspicata dalla ricorrente, in effetti, non è l’unica modalità con la quale è possibile rimediare al *vulnus* dalla stessa prospettato e derivante, in sostanza, dalla previsione, in contrasto con l’art. 119, c. 3, Cost., di un vincolo di destinazione sulle risorse inserite nel Fsc.

Le modalità con cui ciò può avvenire sono infatti molteplici, senza che se ne possa individuare una costituzionalmente obbligata o adeguata, e, in particolare, queste possono essere individuate dal legislatore senza compromettere quel percorso di definizione e di garanzia dei Lep sulla cui necessità, in più occasioni, questa Corte ha insistito (*ex multis*, sent. n. 220/2021, n. 197/2019 e n. 117/2018).

8. Al fine di precisare quanto sopra è, innanzitutto, opportuno ripercorrere le principali fasi dell’evoluzione della struttura del Fsc, chiamato ad attuare il modello cooperativo di federalismo fiscale disegnato dagli artt. 11, 12 e 13 l. n. 42/2009, colmando le differenze di capacità fiscale tra i vari comuni, in modo da garantire il finanziamento integrale delle funzioni fondamentali loro assegnate.

In particolare, l’art. 11, c. 1, lett. b), ha previsto che il finanziamento delle spese relative alle funzioni fondamentali dei comuni, “e dei livelli essenziali delle prestazioni eventualmente da esse implicate avviene in modo da garantirne il finanziamento integrale in base al fabbisogno standard ed è assicurato dai tributi propri, da compartecipazioni al gettito di tributi erariali e regionali, da addizionali a tali tributi, la cui manovrabilità è stabilita tenendo conto della dimensione demografica dei comuni per fasce, e dal fondo perequativo”.

In questo disegno, al rafforzamento dell’autonomia finanziaria dei comuni e al superamento del modello di finanza derivata, attuato anche attraverso la soppressione dei tradizionali trasferimenti erariali, aventi carattere di generalità e permanenza, e la sostituzione degli stessi con entrate proprie (art. 11, c. 1, lett. e), è corrisposta la valorizzazione della perequazione.

Questa, infatti, ha assunto, oltre che una finalità marcatamente solidaristica, anche quella di superare progressivamente il tradizionale criterio del finanziamento in base alla spesa storica (art. 2, c. 1, lett. m, l. n. 42/2009) – che può riflettere inefficienze nella gestione dei servizi locali – a favore del criterio del fabbisogno standard, che valorizza, invece, “l’efficienza e l’efficacia” della spesa (art. 2, c. 1, lett. f, l. n. 42/2009).

I fabbisogni standard, disciplinati dal d.lgs. 26 novembre 2010, n. 216 (disposizioni in materia di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard di comuni, città metropolitane e province), sono stati adottati con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, a seguito di un complesso e concertato procedimento che:

a) ha coinvolto soluzioni per il sistema economico - Sose s.p.a.;

b) ha utilizzato una metodologia di tipo econometrico;

c) ha richiesto la collaborazione dei comuni anche tramite la risposta a specifici questionari;

d) è avvenuto sotto il controllo della Commissione tecnica paritetica per l’attuazione del federalismo fiscale, prima, e della Commissione tecnica per i fabbisogni standard, poi, oltre che delle competenti commissioni parlamentari e, in particolare, della Commissione bicamerale per l’attuazione del federalismo fiscale.

La perequazione in base ai fabbisogni standard è stata avviata nel 2014, prevedendo una progressione graduale, più volte ridefinita e che, in base all’art. 57, c. 1, d.l. 26 ottobre 2019, n. 124 (disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili), convertito con modificazioni dalla l. 19 dicembre 2019, n. 157, raggiungerà il 100 per cento nell’anno 2030.

Nello specifico, il Fondo di solidarietà comunale è stato concretamente istituito dall’art. 1, c. 380, lett. b), l. n. 228/2012, in sostituzione dell’iniziale Fondo sperimentale di riequilibrio di cui all’art. 2 del d.lgs. n. 23/2011.

Entrambi i fondi, in conformità alla valorizzazione dell’autonomia finanziaria disposta dal c. 3 dell’art. 119 Cost., sono stati chiaramente concepiti senza vincolo di destinazione.

9. La linearità del disegno iniziale, tuttavia, nel tempo si è viepiù complicata, rendendo farraginoso e sempre meno trasparente il funzionamento del Fsc, fino anche a generare “criticità nella distribuzione delle risorse fra i comuni italiani” (sent. n. 220/2021).

Ciò non solo per l’introduzione all’interno del Fsc di alcune componenti di tipo correttivo, ritenute funzionali a compensare specifiche distorsioni prodotte dal passaggio ai fabbisogni standard, ma anche a causa di diversi tagli e interventi statali sulle basi imponibili dei tributi locali, che hanno condotto a prevedere anche una complessa serie di componenti ristorative.

10. In un fondo caratterizzato dalla coesistenza di diverse determinanti, la l. n. 178/2020, con i cc. da 791 a 794 dell’art. 1, ha poi introdotto due nuove e ulteriori componenti perequative, per la prima volta con un vincolo di destinazione, finanziate con risorse statali e dirette a incrementare:

a) i servizi sociali comunali, svolti in forma singola o associata, dai comuni delle regioni a statuto ordinario;

b) il numero di posti disponibili negli asili nido comunali (parallelamente a quanto dopo poco previ-

sto, con riguardo alle infrastrutture, dal Piano per asili nido e scuole dell'infanzia e servizi di educazione e cura per la prima infanzia, inserito nel Piano nazionale di ripresa e resilienza quale investimento 1.1 della componente 1 - Potenziamento dell'offerta dei servizi di istruzione: dagli asili nido alle università, della missione 4, "istruzione e ricerca").

Più precisamente, quanto ai servizi sociali, la lett. d-*quinquies*), inserita all'interno del c. 449 dell'art. 1 della l. n. 232/2016, ha previsto, per i comuni delle regioni a statuto ordinario, che i contributi, quantificati in misura annua crescente (a partire da 215.923.000 euro per l'anno 2021 fino ad arrivare a "650.923.000 euro annui a decorrere dall'anno 2030"), costituiscono una "quota di risorse finalizzata al finanziamento e allo sviluppo dei servizi sociali comunali svolti in forma singola o associata dai comuni delle regioni a statuto ordinario".

In particolare, i contributi in questione sono ripartiti tra i comuni «in proporzione del rispettivo coefficiente di riparto del fabbisogno standard calcolato per la funzione "servizi sociali" e approvato dalla Commissione tecnica per i fabbisogni standard», "anche in osservanza del livello essenziale delle prestazioni definito dall'art. 1, c. 797, a linea, della l. 30 dicembre 2020, n. 178" (integrazione, quest'ultima, operata dall'art. 1, c. 734, l. n. 234/2021 e volta a richiamare un rapporto tra assistenti sociali impiegati nei servizi sociali territoriali e popolazione residente di 1 a 5.000).

Quanto agli asili nido, la lett. d-*sexies*), inserita all'interno del medesimo art. 1, c. 449, ha previsto, per i comuni delle regioni a statuto ordinario, della Regione Siciliana e della Regione autonoma Sardegna, contributi statali, quantificati in misura annua crescente (a partire da 100 milioni di euro per l'anno 2022 fino ad arrivare a 300 milioni di euro a decorrere dall'anno 2026), finalizzati a incrementare «l'ammontare dei posti disponibili negli asili nido, equivalenti in termini di costo standard al servizio a tempo pieno, in proporzione alla popolazione di età compresa tra 0 e 2 anni nei comuni nei quali il predetto rapporto è inferiore ai Lep.

Fino alla definizione dei Lep, o in assenza degli stessi, il livello di riferimento del rapporto è dato dalla media relativa alla fascia demografica del comune individuata dalla Commissione tecnica per i fabbisogni standard contestualmente all'approvazione dei fabbisogni standard per la funzione "asili nido"».

Sia per l'una che per l'altra componente si è stabilito che ove, a seguito del previsto monitoraggio sull'utilizzo delle risorse assegnate, le somme erogate "risultassero non destinate ad assicurare il livello dei servizi", le stesse sono recuperate a valere sul Fsc attribuito ai medesimi comuni o, comunque, su qualunque assegnazione finanziaria dovuta dal Ministero dell'interno.

10.1. In questi termini, nel Fsc ha iniziato a comparire una nuova componente perequativa, che, da un lato, ha assunto carattere vincolato anche al finanzia-

mento di Lep contemporaneamente indicati, ma, dall'altro, ha previsto, come sanzione del mancato impiego delle risorse per tale finalità, la mera restituzione delle stesse.

11. Questa nuova componente è stata estesa e potenziata dalle norme denunciate, come di seguito illustrato.

11.1. In tema di asili nido, infatti, l'impugnato c. 172 dell'art. 1 della l. n. 234/2021, "al fine", dichiarato nel suo *incipit*, "di rimuovere gli squilibri territoriali nell'erogazione del servizio di asilo nido in attuazione dell'art. 117, c. 2, lett. m), Cost.", oltre a incrementare in misura considerevole gli importi annui progressivi fino all'anno 2027 (a decorrere dal quale le risorse ammontano a 1.100 milioni di euro annui), ha indicato in maniera più puntuale i servizi da potenziare, richiamando quelli educativi per l'infanzia di cui all'art. 2, c. 3, d.lgs. 13 aprile 2017, n. 65, recante "istituzione del sistema integrato di educazione e di istruzione dalla nascita sino a sei anni, a norma dell'art. 1, cc. 180 e 181, lett. e), l. 13 luglio 2015, n. 107".

La medesima disposizione ha poi fissato un livello minimo che ciascun comune o bacino territoriale è tenuto a garantire, come numero di posti offerti, equivalenti in termini di costo standard al servizio a tempo pieno dei nidi, in proporzione alla popolazione ricompresa nella fascia di età da 3 a 36 mesi, determinandolo nel 33 per cento, "anche attraverso il servizio privato"; ha quindi precisato che il raggiungimento di tale "livello essenziale della prestazione" è garantito dai comuni entro il 2027, "attraverso obiettivi di servizio annuali", mentre nel 2022, è stato, in sostanza, indicato come criterio prioritario il conseguimento della soglia del 28,88 per cento.

La stessa norma, infine, ha rimandato a un successivo decreto ministeriale la definizione delle modalità di monitoraggio sull'utilizzo delle risorse.

11.2. L'impugnato art. 1, c. 174, l. n. 234/2021 ha aggiunto la lett. d-*octies*) al c. 449 dell'art. 1 della l. n. 232/2016, prevedendo all'interno del Fsc una quota aggiuntiva, quantificata con importi crescenti dal 2022 al 2027, e costanti per gli anni successivi, vincolata al potenziamento del servizio di trasporto scolastico per gli studenti disabili.

Fino alla definizione di specifici Lep rilevano gli "obiettivi di incremento della percentuale di studenti disabili trasportati, da conseguire con le risorse assegnate", come disciplinati dal decreto ministeriale che provvede anche al riparto della quota annua, su proposta della Commissione tecnica per i fabbisogni standard.

Anche lo stanziamento in esame è assistito da una disciplina concernente le modalità di monitoraggio sull'utilizzo delle risorse e la previsione del recupero delle somme che "risultassero non destinate ad assicurare l'obiettivo stabilito di incremento degli studenti disabili trasportati gratuitamente".

11.3. Una ulteriore quota del Fsc è stata, infine, disciplinata dall'impugnato c. 563 dell'art. 1 della l. n. 234/2021, integrando la lett. d-*quinquies*) del richiamato c. 449 e ricalcando il modello ivi previsto in relazione ai servizi sociali, con lo scopo di estendere a favore dei comuni della Regione Siciliana e della Regione autonoma Sardegna quanto già disposto per quelli delle regioni a statuto ordinario dall'art. 1, c. 792, della l. n. 178/2020.

12. Nei termini descritti, all'interno del Fsc e in aggiunta alla tradizionale perequazione ordinaria – strutturata, fin dalla sua istituzione, secondo i canoni del c. 3 dell'art. 119 Cost. e quindi senza alcun vincolo di destinazione – è stata, dunque, progressivamente introdotta, a partire dal 2021, una componente perequativa speciale, non più diretta a colmare le differenze di capacità fiscale, ma puntualmente vincolata a raggiungere determinati livelli essenziali e obiettivi di servizio.

Questa nuova determinante del Fondo, come del resto riconosce l'Avvocatura generale dello Stato, presenta caratteri tipicamente riconducibili al quinto comma dell'art. 119 Cost., che prevede la possibilità per lo Stato di effettuare “interventi speciali”, diretti soltanto a determinati enti territoriali, assegnando “risorse aggiuntive” con un vincolo di destinazione, quando lo richiedano, per quanto qui interessa, “la coesione e la solidarietà sociale”, la rimozione di “squilibri economici e sociali”, o infine, “l'effettivo esercizio dei diritti della persona” (*ex multis*, sulle caratteristiche della perequazione di cui al c. 5 dell'art. 119 Cost., da ultimo, sent. n. 123/2022).

Le nuove risorse entrate nel Fsc sono, infatti, distribuite in conformità a questo modello, in quanto, in particolare, si tratta di contributi statali erogati:

a) a favore di comuni determinati (anche se il loro numero è molto elevato, perché per asili nido e trasporto disabili, nel 2022, è stato pari, rispettivamente, a 4.974 e a 4.839, sui 7.333 comuni delle regioni a statuto ordinario, della Regione Siciliana e della Regione autonoma Sardegna);

b) con vincolo di destinazione al fine del raggiungimento di livelli essenziali o di obiettivi di servizio nell'ambito delle funzioni fondamentali dei comuni;

c) per superare squilibri territoriali in materia sociale.

13. In tal modo, tuttavia, si è realizzata, all'interno dell'unico Fsc storicamente esistente, un'ibridazione estranea al disegno costituzionale dell'autonomia finanziaria, il quale, a tutela dell'autonomia degli enti territoriali, mantiene necessariamente distinte le due forme di perequazione.

In base all'art. 119 Cost., infatti, le risorse derivanti da “tributi ed entrate propri”, “compartecipazioni al gettito di tributi erariali riferibile al loro territorio”, e quote di “un fondo perequativo, senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale”, devono essere sufficienti a consentire agli enti territoriali “di finanziare integralmente le funzioni pubbliche

loro attribuite” (art. 119, cc. 2, 3 e 4), senza che residuino spazi per forme ordinarie di finanziamento statale con minor grado di autonomia, quali, appunto, i fondi vincolati (*ex plurimis*, sent. n. 40/2022).

Questa Corte, del resto, fin dalla sent. n. 370/2003 ha sostenuto con fermezza che «il nuovo art. 119 Cost., prevede espressamente, al c. 4, che le funzioni pubbliche regionali e locali debbano essere “integralmente” finanziate tramite i proventi delle entrate proprie e la compartecipazione al gettito dei tributi erariali riferibili al territorio dell'ente interessato, di cui al c. 2, nonché con quote del “fondo perequativo senza vincoli di destinazione”, di cui al c. 3. [...] Pertanto, nel nuovo sistema, per il finanziamento delle normali funzioni di regioni ed enti locali, lo Stato può erogare solo fondi senza vincoli specifici di destinazione, in particolare tramite il fondo perequativo di cui all'art. 119, c. 3, Cost.».

Ciò che riflette l'esigenza di evitare il rischio di “sovrapposizione di politiche e di indirizzi governati centralmente” (*ex multis*, già sent. n. 16/2004 e n. 187/2021; più di recente, nello stesso senso, sent. n. 40/2022) a quelli derivanti dall'autonomia di spesa degli enti sub-statali, la quale, in virtù della maggiore vicinanza al territorio e della inerente responsabilità politica, dovrebbe tendenzialmente garantire una più efficace allocazione delle risorse.

Per tale motivo, questa Corte, anche di recente, ha ribadito che “ai sensi dell'art. 119, c. 4, Cost., le funzioni degli enti territoriali devono essere assicurate in concreto mediante le risorse menzionate ai primi tre commi del medesimo art. 119 Cost., attraverso un criterio perequativo trasparente e ostensibile, in attuazione dei principi fissati dall'art. 17, c. 1, lett. a), l. n. 42/2009” (sent. n. 220/2021).

14. Alla luce di queste considerazioni non è quindi condivisibile la tesi sostenuta dall'Avvocatura generale, per cui “nulla impedirebbe” allo Stato di stanziare risorse aggiuntive per le finalità considerate dall'art. 119, c. 5, Cost. “nell'ambito del contenitore finanziario del Fsc”, specificandone il carattere vincolato e il meccanismo di assegnazione dedicato alle speciali finalità perequative; ciò in quanto non sarebbe «il “contenitore” finanziario ad essere dirimente ai sensi della Costituzione», che, quindi, potrebbe ben includere due forme diverse di perequazione: una, quella ordinaria, sostanzialmente orizzontale, e senza vincoli di destinazione, l'altra, straordinaria e verticale, attuata con le modalità del quinto comma dell'art. 119 Cost.

La tesi della difesa statale confligge, infatti, con il richiamato rigore con cui questa Corte, al fine di evitare un eccesso di centralizzazione a scapito dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali, fin dalle prime pronunce in materia ha, in definitiva, rimarcato il “principio di tipicità delle ipotesi e dei procedimenti attinenti alla perequazione” (sent. n. 46/2013 e n. 176/2012).

15. Va oltretutto considerata anche un'altra distorsione prodotta dalla ibridazione delle due forme pere-

quative: le risorse relative alla componente speciale collocate all'interno del Fsc non sono state, infatti, assistite da coerenti meccanismi per l'effettivo raggiungimento dei Lep al contempo fissati.

In altri termini, ha preso forma una componente perequativa speciale che, risultando innestata nell'ambiente normativo tipico di quella ordinaria – volta a premiare l'autonomia e priva di vincoli di destinazione – non ha attinto agli strumenti necessari per assicurare i livelli essenziali delle prestazioni dei diritti “che devono”, come si esprime l'art. 117, c. 2, lett. m), Cost., “essere garantiti su tutto il territorio nazionale”.

È significativo di questa contraddizione l'*incipit* della prima norma impugnata, ovvero il c. 172 dell'art. 1 della l. n. 234/2021, che, se da un lato, recita: “al fine di rimuovere gli squilibri territoriali nell'erogazione del servizio di asilo nido in attuazione dell'art. 117, c. 2, lett. m), Cost.”, dall'altro, poi, si limita a prevedere un monitoraggio della spesa senza alcuna sanzione con riguardo a quei comuni che non impegnano le risorse per il richiesto potenziamento dei servizi educativi per l'infanzia.

Il d.l. n. 115/2022, come convertito, all'art. 16, c. 5, ha poi precisato: “le somme che a seguito del monitoraggio, di cui al settimo periodo, risultassero non destinate ad assicurare il potenziamento del servizio asili nido sono recuperate a valere sul Fondo di solidarietà comunale attribuito ai medesimi comuni”.

Anche considerando quest'ultima specificazione, risulta palesemente contraddittorio che, a fronte di un vincolo di destinazione funzionale a garantire precisi Lep, la “sanzione” a carico dei comuni inadempienti possa poi consistere nella mera restituzione delle somme non impegnate.

Questa soluzione, infatti, non è in grado di condurre al potenziamento dell'offerta dei servizi sociali e lascia, paradossalmente, a dispetto del Lep definito, del tutto sguarnite le persone che avrebbero dovuto, grazie alle risorse vincolate, beneficiare delle relative prestazioni.

L'inadeguatezza della soluzione trova conferma, del resto, nel diverso e ben più coerente meccanismo che il legislatore ha strutturato in materia di diritto alla salute, prevedendo, come è noto, il commissariamento della regione che non garantisce i livelli essenziali di assistenza.

15.1. A questo riguardo, va considerato che il c. 5 dell'art. 119 Cost., quando sono in causa i Lep di cui all'art. 117, c. 2, lett. m), Cost., fa sistema con l'art. 120, c. 2, Cost., che, ove lo richieda “la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”, abilita l'intervento del potere sostitutivo dello Stato come rimedio all'inadempienza dell'ente territoriale.

È quindi all'interno di fondi perequativi speciali, correttamente strutturati ai sensi del quinto comma dell'art. 119 Cost., che sarebbe possibile trarre le coerenti e necessarie implicazioni in caso di mancato impegno delle risorse statali vincolate a favore dei Lep –

in funzione del “pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti sociali” (sent. n. 220/2021) – giungendo a prevedere, quando necessario, opportune forme di commissariamento degli enti inadempienti.

Le previsioni dell'art. 120, c. 2, Cost., infatti, pongono lo Stato “quale garante di ultima istanza della tenuta del sistema costituzionale” rispetto a determinati “interessi essenziali”, quali quelli attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali (sent. n. 168/2021).

È significativo, peraltro, che la relazione semestrale della Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale presentata alle Camere il 15 dicembre 2021 abbia evidenziato, con riferimento alla perequazione comunale, l'opportunità “per le funzioni in cui le norme individuano dei livelli essenziali” di prevedere, “in coerenza con l'art. 120 Cost. in analogia a quanto già sperimentato in campo sanitario, un meccanismo che, oltre ad aiutare gli enti a individuare le criticità e a predisporre una strategia di miglioramento dei servizi, consenta, nei casi di grave e persistente inadempienza, un intervento sostitutivo dello Stato” (p. 26).

16. Quanto detto conferma come nell'unico Fondo perequativo relativo ai comuni e storicamente esistenti ai sensi dell'art. 119, c. 3, Cost., non possano innestarsi componenti perequative riconducibili al quinto comma della medesima disposizione, che devono, invece, trovare distinta, apposita e trasparente collocazione in altri fondi a ciò dedicati, con tutte le conseguenti implicazioni, anche in termini di rispetto, quando necessario, degli ambiti di competenza regionali.

17. Ciò chiarito, va tuttavia ribadito che la rimodulazione auspicata nel *petitum* della ricorrente non rappresenta l'unica possibilità di rispondere a tale esigenza.

In conclusione, quindi, il compito di adeguare il diritto vigente alla tutela costituzionale riconosciuta all'autonomia finanziaria comunale – anche nel rispetto del principio di corrispondenza tra risorse e funzioni (*ex plurimis*, sent. n. 135/2020) – al contempo bilanciandola con la necessità di non regredire rispetto all' “imprescindibile” (sent. n. 220/2021) processo di definizione e finanziamento dei Lep (la cui esigenza è stata più volte, come detto, rimarcata da questa stessa Corte), non può che spettare al legislatore, dato il ventaglio delle soluzioni possibili.

L'inammissibilità delle questioni deriva, infatti, “dall'impossibilità per questa Corte di esercitare una supplenza, dettando relazioni finanziarie alternative” (sent. n. 155/2015) a quelle adottate dallo Stato in difformità dallo schema costituzionale precedentemente richiamato.

Questa Corte, pertanto, non può, al momento, che arrestarsi e cedere il passo al legislatore, chiamandolo però a intervenire tempestivamente per superare, in particolare, una soluzione perequativa ibrida che non è



coerente con il disegno costituzionale dell'autonomia finanziaria di cui all'art. 119 Cost.

*P.q.m.*, la Corte costituzionale dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, cc. 172, 174, 563 e 564, l. 30 dicembre 2021, n. 234 (bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2022 e bilancio pluriennale per il triennio 2022-2024), promosse, in riferimento agli artt. 5 e 119, cc. 1, 3, 4 e 5, Cost., dalla Regione Liguria con il ricorso indicato in epigrafe.

\* \* \*

## CORTE DI CASSAZIONE

33645 – Corte di cassazione, Sezioni unite civili; sentenza 15 novembre 2022; Pres. Curzio, Est. Scoditti, P.M. Mistri (concl. conf.); *Omissis* s.r.l. c. *Omissis* Cassa con rinvio App. Cagliari, 13 giugno 2018, n. 557.

**Responsabilità civile – Occupazione *sine titulo* – Risarcimento del danno – Fatto costitutivo.**

C.c., artt. 832, 1223, 2043.

**Responsabilità civile – Occupazione *sine titulo* – Concessione del godimento ad altri dietro corrispettivo – Determinazione del *quantum* del risarcimento del danno – Criteri.**

Cost., artt. 2, 42; c.c., artt. 1226, 1591, 2043, 2056.

*In caso di occupazione senza titolo di un bene immobile da parte di un terzo, il fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da perdita subita è la concreta possibilità, andata perduta, di esercizio del diritto di godimento, diretto o indiretto, mediante concessione a terzi dietro corrispettivo, restando, invece, non risarcibile il venir meno della mera facoltà di non uso, quale manifestazione del contenuto del diritto sul piano astratto, suscettibile di reintegrazione attraverso la sola tutela reale.*

*In caso di occupazione senza titolo di un bene immobile da parte di un terzo, se il danno da perdita subita di cui il proprietario chiede il risarcimento non può essere provato nel suo preciso ammontare, esso è liquidato dal giudice con valutazione equitativa, se del caso mediante il parametro del canone locativo di mercato. (1)*

*Ragioni della decisione* – 1. Con il primo motivo si denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 2909, c.c., 324 e 384, c. 2, c.p.c., ai sensi dell'art. 360, c. 1, n. 3 e n. 4, c.p.c. Osserva la parte ricorrente che la sentenza della Corte di cassazione aveva delegato alla Corte d'appello la sola quantificazione del risarcimento del danno e non la decisione sul fondamento della stessa domanda, su cui vi era il giudicato interno.

1.1. Il motivo è infondato. Il ricorso incidentale accolto aveva per oggetto la denuncia del mancato riconoscimento del diritto al risarcimento del danno sia perché dell'occupazione delle aree di proprietà sarebbero stati partecipi anche tutti i frequentatori del comprensorio, sia perché la domanda avrebbe dovuto essere proposta nei confronti dei singoli proprietari effettivamente fruitori degli spazi oggetto di revindica. Il ricorso è stato accolto con la motivazione che “appare contraddittorio ordinare – come ha deciso la corte distrettuale – al condominio il rilascio dei beni – presupponendo dunque che la disponibilità delle aree in

(1) I. - Massime ufficiali.

II. - Segue la nota di G.M. Marsico, *Occupazione sine titulo e danno in re ipsa: tra punitive damages e polifunzionalità della responsabilità civile*.

questione sarebbe stata sottratta all'uso della proprietaria *Omissis* e sottoposta a contestazioni, quanto alla titolarità, con varie iniziative giudiziarie, dal medesimo condominio – ed allo stesso tempo negare la tutela risarcitoria che tali condotte dell'ente di gestione avrebbero comportato”.

Come risulta evidente, la statuizione di annullamento della sentenza di appello è limitata ai confini soggettivi del rapporto dedotto in giudizio, senza che possa evincersi alcun giudicato interno sull'esistenza del fatto costitutivo dell'invocato risarcimento del danno.

2. Con il secondo motivo si denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 1223, 1226, 2043, 2056 e 2697 c.c., ai sensi dell'art. 360, c. 1, n. 3, c.p.c. Osserva la parte ricorrente che nel caso di occupazione illegittima di immobile è sufficiente, ai fini risarcitori, trattandosi di danno *in re ipsa*, allegare l'idoneità dell'immobile a produrre reddito e l'intenzione del proprietario di godere del bene o di impiegarlo per finalità redditizie e che la società aveva assolto i propri oneri, dichiarando di non poter disporre delle aree, di subire un danno economico per la mancata disponibilità, ed in particolare precisando che prima di aver subito lo spoglio aveva intenzione di vendere trentatré parcheggi già individuati e frazionati. Aggiunge che il fatto che le aree non potevano essere vendute costituiva l'esemplificazione in domanda dei pregiudizi, ma ciò che è stato dedotto è la mancata disponibilità ed il pregiudizio derivante dal fatto che le aree erano destinate ad essere utilizzate e vendute come parcheggi. Osserva ancora che il valore locativo deve essere riconosciuto non perché il bene sarebbe stato concesso in locazione, ma, quale criterio equitativo, per l'attitudine fruttifera del bene.

3. Con il terzo motivo si denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 112, 113 e 115 c.p.c., ai sensi dell'art. 360, c. 1, nn. 3 e 4, c.p.c. Osserva la parte ricorrente che, come affermato nella comparsa conclusionale di primo grado, il mancato guadagno può essere ricavato dalla mancata disponibilità, e pertanto dai mancati frutti, dei corrispettivi che sarebbero stati ricavati dalla vendita dei parcheggi e dunque come minimo dagli interessi applicati a tali corrispettivi, e che la corte territoriale non ha quindi preso in considerazione la domanda realmente formulata. Aggiunge che, come affermato dalla giurisprudenza di legittimità, il giudice ha il potere-dovere di accertare il contenuto sostanziale della pretesa e di non sostituire d'ufficio un'azione diversa da quella esercitata.

4. Il secondo e il terzo motivo, da trattare congiuntamente, sono fondati per quanto di ragione.

Il ricorso è stato rimesso a queste Sezioni unite per l'esame di tali motivi poiché essi pongono la questione se il danno da occupazione *sine titulo* di immobile costituisca danno *in re ipsa*.

Richiamando l'ordinanza n. 1162 del 17 gennaio 2022 della Terza Sezione civile, di analoga rimessione del relativo ricorso per l'assegnazione alle Sezioni

unite, l'ordinanza interlocutoria pone la questione se la compressione della facoltà di godimento diretto del bene, costituente il contenuto del diritto di proprietà, debba considerarsi quale danno patrimoniale da risarcire ai sensi del combinato disposto degli artt. 1223 e 2056 c.c. Osserva l'ordinanza che l'impedimento a ricavare dal bene abusivamente occupato l'utilità diretta che esso offre non dovrebbe richiedere alcuna prova ulteriore rispetto a quella del fatto generatore del danno, potendo il godimento diretto esaurirsi anche in una fruizione meramente saltuaria o occasionale o anche nella *utilitas* derivante dalla mera potenzialità di una fruizione (anche una fruizione in potenza è idonea a costituire una posta attiva del patrimonio del proprietario). Precisa l'ordinanza che il valore d'uso che si può ritrarre dal godimento diretto del bene, o il valore di scambio che può ricavarsi dalla cessione di tale godimento a terzi, costituiscono di per sé un valore attivo del patrimonio di chi ha diritto di disporre del bene, integrando la titolarità attiva di un rapporto personale o reale di godimento una componente economicamente valutabile del patrimonio del titolare, e che il risarcimento della perdita della disponibilità temporanea del bene, liquidabile eventualmente in via equitativa, spetta (anche) nei casi in cui non sia provato in qual modo il titolare avrebbe usato di tale disponibilità. Aggiunge che la prova del danno conseguenza (l'impedimento al godimento del fondo) si esaurisce in quella del fatto generatore del danno (l'occupazione del fondo), per cui nel caso della perdita del godimento del bene la prova del danno emergente è *in re ipsa*, da liquidare sulla base della durata dell'occupazione, provata dal proprietario, e se del caso mediante il valore locativo di mercato quale tecnica, fra le varie possibili, di liquidazione equitativa. Osserva infine che, ove il proprietario agisca per il danno da mancato guadagno, deve invece offrire la prova specifica delle occasioni di guadagno perse, anche mediante il ricorso a presunzioni semplici o al fatto notorio.

4.1. Ai fini dell'esatta delimitazione della questione su cui sono chiamate a pronunciarsi le Sezioni unite, deve essere richiamata l'ordinanza interlocutoria n. 1162/2022 della Terza Sezione civile.

Premette tale ordinanza che l'indirizzo assunto dalla decisione, impugnata con il ricorso proposto in quel processo, non è pacifico, atteso che secondo altro indirizzo, una volta soppressa la facoltà di godimento e disponibilità del bene per effetto dell'occupazione abusiva, ricorre una *praesumptio hominis* di danno risarcibile (cioè *in re ipsa*), corrispondente al danno figurativo rappresentato dal valore locativo del cespite abusivamente occupato, superabile solo con la prova che il proprietario, anche se non spogliato, non avrebbe in alcun modo utilizzato l'immobile. Osserva quindi che la corte territoriale ha seguito l'orientamento secondo cui il danno *in re ipsa*, giungendo ad identificare il danno con l'evento dannoso, configura un danno punitivo senza alcun riconoscimento legislativo (in contrasto con Cass., S.U., n. 16601/2017), perché il soggetto leso potrebbe ottenere un risarcimento anche

quando in concreto non abbia subito alcun pregiudizio, laddove invece ciò che rileva a fini risarcitori è il danno-conseguenza, per cui il danno da occupazione *sine titulo* può essere dimostrato sulla base di presunzioni semplici, ma tale alleggerimento dell'onere probatorio non può includere anche l'esonero dalla allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l'intenzione concreta del proprietario di mettere l'immobile a frutto. Precisa l'ordinanza interlocutoria che tale indirizzo si colloca all'interno di una tendenza giurisprudenziale propensa a ricusare ogni forma di danno figurativo e astratto, pur ammettendone la prova per presunzioni, per una serie di fattispecie (ad esempio, seguendo Cass. n. 29982/2020, non la mera violazione delle prescrizioni poste dall'art. 11 del codice della *privacy* determina, ai fini del danno non patrimoniale risarcibile, una lesione ingiustificabile del diritto, ma solo quella che offenda in modo sensibile la portata effettiva del diritto alla riservatezza). Osserva infine che in tema di acquisizione sanante ai sensi dell'art. 42-*bis* d.p.r. n. 327/2001, come affermato da Cass., S.U., n. 20691/2021, fermo restando l'indennizzo previsto dalla legge nella misura del cinque per cento annuo sul valore venale del bene all'attualità, è onere del proprietario provare il danno ulteriore, ed in particolare di avere perduto occasioni particolari di profitto.

4.2. Entrambe le ordinanze interlocutorie pongono la questione della configurabilità del c.d. danno *in re ipsa* nell'ipotesi di occupazione *sine titulo* dell'immobile, ma il punto di divergenza fra gli orientamenti che esse esprimono riguarda non il mancato guadagno, bensì la perdita subita. Entrambe le ordinanze escludono infatti che un danno *in re ipsa* sia configurabile in relazione al lucro cessante e si può convenire sul dato che nella giurisprudenza di legittimità le occasioni di guadagno perse devono essere oggetto di specifica prova, naturalmente anche a mezzo di presunzioni. La problematica del danno *in re ipsa* emerge in entrambe le ordinanze in relazione alla facoltà di godere del proprietario quale individuazione dell'esistenza di un danno risarcibile per il sol fatto che di tale facoltà il proprietario sia stato privato a causa dell'occupazione abusiva dell'oggetto del suo diritto. Si tratta pertanto del danno da perdita subita (del godimento).

La vendita del bene, quale forma precipua di occasione di guadagno che sarebbe stata persa per l'occupazione *sine titulo*, è da collegare non al contenuto del diritto previsto dall'art. 832 c.c., ma alla titolarità del diritto ed è espressione della possibilità di alienare quale caratteristica di tutti i diritti patrimoniali. La compravendita immobiliare è manifestazione della titolarità del diritto al pari della cessione del credito. Non vi è stata quindi, a seguito dell'illegittima occupazione, una compressione del contenuto del diritto di proprietà, ma il mancato compimento di un atto che il proprietario avrebbe compiuto quale titolare del diritto, se l'occupazione non vi fosse stata, e di cui, anche in via presuntiva, deve essere fornita la

prova se viene chiesto il risarcimento per il relativo mancato utile. Per la verità vi è un indirizzo secondo cui avrebbe natura *in re ipsa* il danno da incommerciabilità dell'immobile che il promittente venditore avrebbe patito a seguito dell'inadempimento del contratto preliminare di compravendita da parte del promissario acquirente (Cass. 31 maggio 2017, n. 13792; 10 marzo 2016, n. 4713; 5 novembre 2001, n. 13630), ma qui può ritenersi operante la presunzione basata sul fatto noto che il proprietario ha posto in vendita l'immobile per cui, se non si fosse impegnato con il convenuto, lo avrebbe venduto ad altri.

Sempre allo scopo di delimitare il campo d'indagine, la mancata stipulazione di locazione è suscettibile di costituire un mancato guadagno se il proprietario dimostra che il contratto sarebbe stato concluso con la previsione di un canone superiore a quello di mercato. La mancata stipulazione di una locazione, quale forma di godimento indiretto del bene mediante i frutti civili che da esso possono ritrarsi (art. 820, c. 3, c.c.), è ascrivibile all'area del danno emergente perché pur sempre inerente al diritto di godere. La rilevanza del corrispettivo della locazione, ai fini della liquidazione equitativa del danno derivante dall'impedito godimento del bene, discende proprio dal costituire l'equivalente economico del godimento ceduto nell'ambito del rapporto obbligatorio. Il canone di locazione è parametro privilegiato per la liquidazione del danno ai sensi dell'art. 1226 c.c. proprio perché costituente il corrispettivo in un contratto che ha per oggetto il godimento dell'immobile. Dunque, il godimento ha un valore economico e esso, nell'ambito di una valutazione equitativa del danno, può essere il medesimo sia se il godimento è diretto, sia se è indiretto mediante la percezione dei frutti civili per il godimento che altri abbia della cosa. Ecco perché la mancata locazione, quale spoliazione della facoltà di godimento indiretto, rientra nell'area della perdita subita e, per tale via, nella problematica del danno *in re ipsa*. Ove si ritenga che il danno sussista per la violazione in sé del diritto di godere, il risarcimento spetta, con l'eventuale liquidazione equitativa parametrata sul canone locativo di mercato, a prescindere che si denunci il mancato esercizio della facoltà di godere in modo diretto o in modo indiretto. Rientra invece nel mancato guadagno, e non può quindi in *thesi* costituire danno *in re ipsa*, la locazione per un canone superiore a quello di mercato: tale occasione persa, al pari della mancata alienazione del diritto per un prezzo maggiore di quello di mercato, deve essere oggetto di prova specifica, anche in via presuntiva.

Infine, quale ultimo tassello dell'area coperta dalla problematica del danno *in re ipsa*, vi è il diritto "di disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo" (art. 832 c.c.). Tradizionalmente tale facoltà è stata ricondotta allo *jus vendendi*, ma, come si è visto, l'alienazione del diritto è piuttosto espressione della titolarità, la quale è comune a tutti i diritti patrimoniali. La migliore dottrina ha invece ricondotto il diritto di disporre al diritto di scegliere le possibili destina-

zioni del bene e di modificarne l'organizzazione produttiva, definendolo il profilo più intenso del diritto di godere, che potrebbe rinvenire un proprio ascendente nell'antica locuzione latina "*jus utendi et abutendi*". Il rilievo trova conferma nelle caratteristiche del diritto di disporre che, al pari di quello di godere, deve esercitarsi "in modo pieno ed esclusivo". Così inteso, il diritto di disporre del bene inerisce all'area della perdita subita e dunque alla problematica del danno *in re ipsa*.

4.3. Quanto appena precisato attiene all'occupazione abusiva caratterizzata dall'originario difetto di titolo e che è soggetta al regime della responsabilità di cui all'art. 2043 c.c.

Nel caso di sopravvenuto venir meno del titolo, che ab origine giustificava l'occupazione dell'immobile, viene in rilievo la disciplina delle fattispecie di estinzione del rapporto contrattuale. L'art. 1591 c.c. in particolare, per ciò che concerne la locazione, prevede per la protrazione del godimento da parte del conduttore, a scapito di quello del proprietario, l'obbligo del pagamento del corrispettivo fino alla riconsegna, salvo il risarcimento del danno, nel quale confluiscono le ipotesi di mancato guadagno (occasioni perse di vendita o di locazione a condizione economiche più favorevoli), ma con il regime della responsabilità previsto dall'art. 1218.

È appena il caso di aggiungere che estraneo all'occupazione *sine titulo* è anche il paradigma dell'arricchimento senza causa (art. 2041), nel quale l'assenza di giusta causa dello spostamento patrimoniale non riveste il carattere dell'antigiuridicità, mentre la diminuzione patrimoniale che qui si fa valere corrisponde a un danno per la presenza di un fatto illecito.

4.4. Le due ordinanze interlocutorie esprimono una divergenza reale che non può essere ricomposta con l'artificio logico secondo cui danno *in re ipsa* significherebbe in realtà prova *in re ipsa*, per cui non si tratterebbe altro che di una forma di presunzione ricavata dai fatti noti della condotta *non iure* dell'occupante e della tipologia del bene destinato ad impiego fruttifero (così Cass. 27 giugno 2016, n. 13224; 21 agosto 2018, n. 20859). In questo quadro, si è inteso ravvisare l'esistenza di un contrasto più apparente che reale, relativo all'utilizzo di formule e non alla sostanza della questione giuridica (Cass. 5 ottobre 2020, n. 21272; 6 ottobre 2021, n. 27126). L'ordinanza n. 3946/2022 ha il merito di focalizzare il cuore di un dissenso, che invece è reale e non apparente (rileva, ad esempio, la realtà del contrasto Cass. 7 gennaio 2021, n. 39).

La tesi del danno *in re ipsa* è debitrice della concezione normativa, elaborata dalla dottrina tedesca, secondo cui l'oggetto del danno coincide con il contenuto del diritto violato, da cui l'esistenza del pregiudizio per il sol fatto della violazione del diritto medesimo. Il danno è *in re ipsa* perché appunto immanente alla violazione del diritto. I diritti reali, in quanto diritti su cose, hanno la caratteristica della dissociazione fra contenuto del diritto ed oggetto del diritto (la stessa rubri-

ca dell'art. 832 è nel senso del “contenuto del diritto”). La situazione antigiusuridica emerge perciò non solo con riferimento al danno alla cosa, ma anche quando è leso il contenuto del diritto, circostanza quest'ultima che comporterebbe di per sé un danno risarcibile.

È questa la teorica che fa da sfondo alla giurisprudenza, soprattutto della Seconda Sezione civile, favorevole al danno *in re ipsa* nell'ipotesi di occupazione *sine titulo* di immobile. Il carattere *in re ipsa* del danno viene fatto discendere dalla natura fruttifera del bene (Cass., 25 maggio 2022, n. 6359; 31 luglio 2019, n. 20708; 6 agosto 2018, n. 20545; 28 agosto 2018, n. 21239; 17 novembre 2011, n. 24100; 10 febbraio 2011, n. 3223; 11 febbraio 2008, n. 3251). Pure nel caso di preclusione dell'uso, anche solo potenziale, della res da parte del comproprietario ad opera di altro comproprietario si parla di danno *in re ipsa*, liquidabile in base ai frutti civili ritraibili dal bene (Cass. 28 settembre 2016, n. 19215; 12 maggio 2010, n. 11486; 30 ottobre 2009, n. 23065). Sempre secondo la giurisprudenza della Seconda Sezione civile, è data però al convenuto la possibilità di fornire la prova contraria del danno *in re ipsa* allegato, dimostrando che il proprietario si è intenzionalmente disinteressato dell'immobile (Cass. 22 aprile 2022, n. 12865; 15 febbraio 2022, n. 4936; 31 gennaio 2018, n. 2364; 9 agosto 2016, n. 16670; 15 ottobre 2015, n. 20823; 7 agosto 2012, n. 14222). In questo quadro è stato precisato che non può sostenersi che si tratti di un danno la cui sussistenza sia irrefutabile, posto che la locuzione “danno *in re ipsa*” rinvia “all'indisponibilità del bene fruttifero secondo criteri di normalità, i quali onerano l'occupante alla prova dell'anomala infruttuosità di uno specifico immobile” (Cass. 7 gennaio 2021, n. 39). A questo proposito deve darsi atto che nella stessa Seconda Sezione civile è emerso un più recente orientamento secondo cui la locuzione “danno *in re ipsa*” va sostituita con quella di “danno normale” o “danno presunto”, privilegiando la prospettiva della presunzione basata su specifiche circostanze da cui inferire il pregiudizio allegato (Cass. 7 gennaio 2021, n. 39; 20 gennaio 2022, n. 4936; 22 aprile 2022, n. 12865).

L'orientamento della Terza Sezione civile è invece ispirato dalla teoria causale del danno, secondo cui il pregiudizio risarcibile non è dato dalla lesione della situazione giuridica, ma dal danno conseguenza derivato dall'evento di danno corrispondente alla detta lesione. L'art. 1223 c.c., cui rinvia l'art. 2056, attiene al danno conseguenza per il quale rileva il nesso di causalità giuridica fra l'evento di danno e le conseguenze pregiudizievoli meritevoli di risarcimento, mentre altro profilo eziologico è quello che connote la causalità materiale fra la condotta (lesiva) ed il danno evento. Sulla base di questa premessa si è consolidato un indirizzo secondo cui il danno conseguente all'impossessamento *sine titulo*, in quanto danno conseguenza, deve essere allegato e provato, anche a mezzo di presunzioni, per essere risarcito e non può

essere confuso con l'evento di danno rappresentato dalla mancata disponibilità dell'immobile a causa dell'abusiva occupazione (Cass. 6 ottobre 2021, n. 27126; 29 settembre 2021, n. 26331; 25 maggio 2021, n. 14268; 16 marzo 2021, n. 7280; 24 aprile 2019, n. 11203; 4 dicembre 2018, n. 31233; 25 maggio 2018, n. 13071; 27 luglio 2015, n. 15757; 17 giugno 2013, n. 15111; 11 gennaio 2005, n. 378).

Richiamando un passaggio motivazionale di Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, secondo cui il danno *in re ipsa* (nella specie riferito al danno non patrimoniale) “snatura la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo”, Cass. n. 13071/2018 ha rimarcato come il riconoscimento di un danno *in re ipsa* nel caso di occupazione *sine titulo* dell'immobile avrebbe la valenza di danno punitivo fuori delle condizioni previste da Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, che ritiene compatibile un tale figura con l'ordinamento giuridico a condizione che vi sia una previsione normativa in tal senso, in ossequio all'art. 23 Cost. Sulla stessa lunghezza d'onda, Cass. n. 31233/2018 ha precisato che il danno evento rappresentato dalla mancata disponibilità dell'immobile non è idoneo ad integrare il fatto noto della presunzione, di cui all'art. 2729 c.c., che dovrebbe condurre alla prova del danno conseguenza, dovendo piuttosto quest'ultimo essere inferito da circostanze di fatto allegate e in grado dimostrare il nesso di causalità giuridica fra il danno evento ed il pregiudizio derivatone.

4.5. La questione posta dal contrasto è, al fondo, se la violazione del contenuto del diritto, in quanto integrante essa stessa un danno risarcibile, sia suscettibile di tutela non solo reale ma anche risarcitoria. Ritengono le Sezioni unite che al quesito debba darsi risposta positiva, nei termini emersi nella richiamata linea evolutiva della giurisprudenza della Seconda Sezione civile, secondo cui la locuzione “danno *in re ipsa*” va sostituita con quella di “danno presunto” o “danno normale”, privilegiando la prospettiva della presunzione basata su specifiche circostanze da cui inferire il pregiudizio allegato (Cass., 7 gennaio 2021, n. 39; 20 gennaio 2022, n. 4936; 22 aprile 2022, n. 12865). Tale esito interpretativo, per quanto riguarda la lesione della facoltà di godimento, resta coerente al significato di danno risarcibile quale perdita patrimoniale subita in conseguenza di un fatto illecito. La linea da perseguire è infatti, secondo le Sezioni unite, quella del punto di mediazione fra la teoria normativa del danno, emersa nella giurisprudenza della Seconda Sezione civile, e quella della teoria causale, sostenuta dalla Terza Sezione civile. Al fine di salvaguardare tale punto di mediazione, l'estensione della tutela dal piano reale a quello risarcitorio, per l'ipotesi della violazione del contenuto del diritto, deve lasciare intatta la distinzione fra le due forme di tutela.

La distinzione fra azione reale e azione risarcitoria è il riflesso processuale di quella sostanziale fra regole di proprietà (*property rules*) e regole di responsabilità

(*liability rules*). La tutela reale è orientata al futuro e mira al ripristino dell'ordine formale violato mediante l'accertamento dello stato di diritto e la rimozione dello stato di fatto contrario al diritto soggettivo, a parte la tutela inibitoria come negli artt. 844 e 1171 c.c. L'azione di rivendicazione esperita nei confronti dell'occupante *sine titulo* ripristina sul piano astratto la situazione giuridica violata e rimuove l'impedimento all'esercizio del diritto mediante la riduzione nel pristino stato. Rientra nell'azione reale anche la tutela indennitaria prevista da disposizioni quali l'art. 948, c. 1, c.c., con riferimento al valore della cosa in caso di mancato recupero della stessa, o l'art. 938 c.c., con riferimento al doppio del valore della porzione di fondo attiguo occupato, come è reso evidente dal fatto che tali disposizioni fanno salvo, quale rimedio distinto, il risarcimento del danno, e dunque costituiscono pur sempre applicazione delle regole di proprietà e non di quelle di responsabilità. L'azione risarcitoria è invece orientata al passato e costituisce il rimedio per la perdita subita a causa della violazione del diritto. Essa costituisce la misura riparatoria per la concreta lesione del bene della vita verificatasi in conseguenza della condotta abusiva dei terzi. Mentre la tutela reale costituisce il rimedio per l'alterazione dell'ordinamento formale, la tutela risarcitoria è compensativa del bene della vita perduto, secondo le modalità del danno emergente se la perdita patrimoniale (o non patrimoniale) è in uscita, del lucro cessante se la perdita è in entrata.

La distinzione fra le due forme di tutela comporta che il fatto costitutivo dell'azione risarcitoria non possa coincidere senza residui con quello dell'azione di rivendicazione ma debba contenere l'ulteriore elemento costitutivo del danno risarcibile. Ciò significa tenere ferma la distinzione, espressione della teoria causale del danno, fra causalità materiale e causalità giuridica.

4.6. La distinzione fra causalità materiale e causalità giuridica è un'acquisizione risalente della giurisprudenza di questa Corte. Sul punto vanno richiamati gli arresti delle Sezioni unite. Sia Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 576, che Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, entrambe muovendo dall'ipotesi del danno non patrimoniale, hanno differenziato nell'ambito dell'illecito aquiliano la causalità materiale, rilevante ai fini dell'imputazione del danno evento (*dommage o damnum*) ad una determinata condotta secondo i criteri di responsabilità previsti dalla disciplina del fatto illecito, e la causalità giuridica, di cui sono espressione gli artt. 1223 e 2056, la quale, in funzione di selezione delle conseguenze dannose risarcibili, attiene al nesso eziologico fra il danno evento ed il c.d. danno conseguenza (*préjudice o praeiudicium*), costituente l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria. Già prima delle richiamate pronunce delle Sezioni unite vi erano state Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619; le sentenze gemelle Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828; Cass., 24 ottobre 2003, n. 16004, tutte quante rese sempre in materia di danno non patrimoniale, e ancora

prima Cass., 15 ottobre 1999, n. 11629. Anche nella giurisprudenza costituzionale, secondo la linea evolutiva che va da Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184 a Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, è emersa la distinzione fra danno evento e danno conseguenza. La distinzione fra causalità materiale e causalità giuridica è stata da ultimo ripresa da Corte cost., 15 settembre 2022, n. 205.

La giurisprudenza di questa Corte ha chiarito che “se sussiste solo il fatto lesivo, ma non vi è un danno-conseguenza, non vi è l'obbligazione risarcitoria” (Cass., S.U., n. 576/2008), così temperando l'originario rigorismo della tesi della causalità giuridica presente nella dottrina che la introdusse. Secondo questa dottrina la fattispecie della responsabilità risarcitoria si perfeziona con la verifica del fatto, comprensivo dell'azione e dell'evento, mentre la causalità giuridica interviene solo in funzione selettiva del danno risarcibile all'esito di una responsabilità già accertata. Una simile visione resta nell'alveo della prospettiva pan-penalistica dell'atto antiggiuridico (*non iure*, nel senso di comportamento non giustificato dal diritto), mentre il punto di vista della moderna responsabilità civile, improntata al principio di solidarietà (art. 2 Cost.), è quello dell'allocazione del danno *contra ius* (“ingiusto”, secondo la qualifica dell'art. 2043). Al rigorismo dell'originaria tesi dottrinale va obiettato che in assenza delle conseguenze previste dall'art. 1223 c.c. non vi è alcuna responsabilità risarcitoria da accertare perché non vi è danno da risarcire. La fattispecie del fatto illecito si perfeziona con il danno conseguenza: ciò vuol dire che la perdita subita e il mancato guadagno (art. 1223) non sono un *posterius* rispetto al danno ingiusto, ma sono i criteri di determinazione di quest'ultimo, secondo la lettera dell'art. 2056. Diversamente da quanto pur affermato in dottrina, il “danno” di cui fa menzione la seconda parte dell'art. 2043 non è altra cosa dal “danno ingiusto” di cui si parla nella prima parte: se non c'è danno conseguenza non c'è danno ingiusto. Causalità materiale e causalità giuridica non sono così le fasi di una successione cronologica, ma sono i due diversi punti di vista in sede logico-analitica dell'unitario fenomeno del danno ingiusto (di “profili diversi” dell'unico danno già discorreva Cass., S.U., n. 576/2008, punto n. 5.1), il quale non è identificabile se non alla luce di questa dualità di nessi causali, l'uno informato al criterio della regolarità causale, l'altro a quello della consequenzialità immediata e diretta. Cagionato l'evento di danno, la fattispecie del fatto illecito è integrata con la realizzazione delle conseguenze pregiudizievoli, senza che fra evento e conseguenza vi sia un distacco temporale: la distinzione è logica, non cronologica.

Il danno conseguenza assume rilevanza giuridica non per la mera differenza patrimoniale fra il prima e il dopo dell'evento dannoso, ma solo in quanto cagionato da un evento lesivo di un interesse meritevole di tutela ad un determinato bene della vita, secondo la fondamentale definizione contenuta in Cass., S.U., 22

luglio 1999, n. 500; reciprocamente, l'evento di danno è giuridicamente rilevante solo se produttivo del danno conseguenza quale concreto pregiudizio al bene della vita. La nozione di danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c. rappresenta la sintesi di questi due reciproci vettori.

4.7. Così precisati i termini della distinzione fra evento di danno e danno conseguenza, quale caposaldo della teoria del risarcimento del danno, e chiarita la necessità dell'elemento costitutivo ulteriore nella *causa petendi* della domanda risarcitoria rispetto a quella della domanda di rivendicazione, deve ora essere definito il danno risarcibile in presenza di violazione del contenuto del diritto di proprietà. Che la violazione dell'ordine giuridico sia suscettibile di tutela non solo reale, ma anche risarcitoria, trova riscontro nel fatto che il diritto soggettivo appartiene al novero delle situazioni giuridiche mezzo, nelle quali il potere giuridico di cui è investito il soggetto rappresenta lo strumento, a sua disposizione, per la soddisfazione dell'interesse ad un determinato bene della vita. La violazione del diritto può così comportare la lesione dell'interesse al bene della vita, che di quel diritto costituisce il substrato materiale e l'elemento teleologico, e configurare dunque l'illecito aquiliano. Ai fini della definizione del danno risarcibile da violazione dell'ordine giuridico, deve muoversi dalla distinzione fra la lesione del bene costituente l'oggetto del diritto di proprietà e la lesione del contenuto stesso del diritto.

Quando l'azione dannosa attinge sulla base del nesso di causalità materiale il bene, l'evento di danno è rappresentato dalla lesione del diritto per il pregiudizio cagionato alla cosa oggetto del diritto di proprietà, ma affinché un danno risarcibile vi sia, perfezionandosi così la fattispecie del danno ingiusto, è necessario che al profilo dell'ingiustizia, garantito dalla violazione del diritto, si associ quello del danno conseguenza, e perciò la perdita subita e/o il mancato guadagno che, sulla base del nesso di causalità giuridica, siano conseguenza immediata e diretta dell'evento dannoso. È quanto accade ad esempio nel caso del danno da c.d. fermo tecnico di veicolo incidentato, per il quale è richiesta la prova della spesa sostenuta per procacciarsi un mezzo sostitutivo (v. Cass., 14 ottobre 2015, n. 20620 e le altre conformi fino alla recente Cass., 19 settembre 2022, n. 27389).

Quando l'azione lesiva attinge invece il contenuto del diritto di proprietà ("il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo"), ciò che viene in primo luogo in rilievo è la violazione dell'ordine giuridico. L'ordinamento appresta lo strumento di ripristino dell'ordine formale violato, ossia la tutela reale di reintegrazione del diritto leso. Questa tutela può eventualmente concorrere con la misura restitutoria del bene, di cui è pure espressione la fattispecie di cui all'art. 1148 c.c., la quale disciplina con riferimento ai frutti naturali separati e ai frutti civili maturati le conseguenze della restituzione della cosa da parte del possessore (nella specie di mala fede o comunque nel-

lo stato soggettivo di cui all'art. 1147, c. 2, c.c.) convenuto dal proprietario in sede di rivendicazione. Sia la cosa (art. 810 c.c.), che i frutti (art. 820 c.c.), appartengono alla disciplina dei beni e perciò restano nell'alveo dell'azione di rivendicazione sotto il profilo degli effetti restitutori.

La domanda risarcitoria presuppone che, per la presenza di un danno risarcibile, l'azione lesiva del contenuto del diritto di proprietà sia valutabile non solo come violazione dell'ordine formale, ma anche come evento di danno. In quest'ultimo caso il nesso di causalità materiale si stabilisce fra l'occupazione senza titolo dell'immobile e direttamente la lesione del diritto di proprietà, senza passare per l'intermediazione del pregiudizio cagionato alla cosa oggetto del diritto di proprietà. L'evento di danno riguarda non la cosa, ma proprio il diritto di godere in modo pieno ed esclusivo della cosa stessa. Il danno risarcibile è rappresentato dalla specifica possibilità di esercizio del diritto di godere che è andata persa quale conseguenza immediata e diretta della violazione, cagionata dall'occupazione abusiva, del "diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo". Il nesso di causalità giuridica si stabilisce così fra la violazione del diritto di godere della cosa, integrante l'evento di danno condizionante il requisito dell'ingiustizia, e la concreta possibilità di godimento che è stata persa a causa della violazione del diritto medesimo, quale danno conseguenza da risarcire.

Saldando il danno suscettibile di risarcimento alla concreta possibilità di godimento persa, per un verso si rende risarcibile il contenuto del diritto violato, in ossequio alla teoria normativa del danno, per l'altro si riconduce la violazione giuridica a una specifica perdita subita, in ossequio alla teoria causale. Il riferimento alla specifica circostanza di godimento perso stabilisce la discontinuità fra il fatto costitutivo dell'azione di rivendicazione e quello dell'azione risarcitoria, preservando la distinzione fra la tutela reale e quella risarcitoria. Diversamente si avrebbe l'inaccettabile conseguenza non del danno punitivo, come pure affermato dalla giurisprudenza della Terza Sezione civile, ma del danno irrefutabile che non ammette prova contraria. Affinché si abbia un danno punitivo è necessario un *quid* ulteriore che colleghi la riparazione della perdita subita alla riprovevolezza della condotta del danneggiante, con un'amplificazione della componente riparatoria in misura proporzionale al grado della colpa o all'intensità del dolo del danneggiante (mediante il cumulo di *compensatory damage* e *punitive damage*), e tale non può dirsi che sia l'esito della tesi del danno *in re ipsa*. Viceversa, se la *causa petendi* dell'azione risarcitoria viene fatta coincidere senza residui con quella dell'azione risarcitoria, il risarcimento spetterebbe sempre a fronte della denuncia della compressione del diritto di godere della cosa quale astratta posizione riconosciuta dall'ordinamento, senza che si dia possibilità della prova contraria.

4.8. Non è invece richiesta l'allegazione della concreta possibilità di godimento persa nell'ipotesi dell'occupazione *sine titulo* da parte della pubblica amministrazione, trattandosi di fattispecie retta da criteri del tutto differenti rispetto alla comune occupazione abusiva.

L'art. 42-*bis* del d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327 prevede che, in caso di utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico e di successivo provvedimento di acquisizione, sia corrisposto al proprietario un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene. L'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale è determinato in misura corrispondente al valore venale del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità e, se l'occupazione riguarda un terreno edificabile, sulla base delle disposizioni dell'art. 37 del medesimo d.p.r. n. 327. Per il periodo di occupazione senza titolo è computato a titolo risarcitorio, se dagli atti del procedimento non risulta la prova di una diversa entità del danno, l'interesse del cinque per cento annuo sul valore del bene come appena determinato.

Anche nel caso di mancanza di formale acquisizione ai sensi dell'art. 42-*bis*, o di procedimento non conclusosi con un valido ed efficace decreto di esproprio o con un accordo di cessione, è configurabile per la giurisprudenza un danno per il mancato godimento del fondo illegittimamente occupato, abitualmente determinato in via equitativa in favore del privato, ove non sia fornita la prova di un danno maggiore, in base al criterio degli interessi legali per ogni anno di occupazione sulla somma corrispondente all'indennità di espropriazione o sul prezzo di cessione volontaria del bene (fra le tante Cass., 20 novembre 2018, n. 29990; 6 agosto 2018, n. 20545; 4 marzo 2005, n. 4797; 27 agosto 2004, n. 17142).

La determinazione legislativa in via forfettaria dell'indennizzo, senza esigere dal proprietario l'allegazione della mancata possibilità di godimento nel periodo di occupazione senza titolo, salva la possibilità per entrambe le parti del giudizio di dimostrare la diversa entità del danno in concreto (*in melius* o *in pejus* rispetto a quel limite – per il proprietario ad esempio la perdita di occasioni particolari di profitto), costituisce una valutazione legale tipica di pregiudizio e di relativa compensazione. Si tratta di una valutazione, come anche quella del diritto vivente appena richiamato, tipizzata di pregiudizio al bene della vita, il cui presupposto di fatto è l'esplicazione del rapporto fra privato e pubblica amministrazione, istituzionalmente asimmetrico dal punto di vista del potere, secondo modalità ablatorie non rispettose della legge. Come spiega Cass., S.U., 20 luglio 2021, n. 20691, “nella materia espropriativa l'agire amministrativo è cadenzato da atti formali che sono, di per sé, evocativi di conseguenze pregiudizievoli per il privato, apprezzabili secondo l'*id quod plerumque accidit*, nel caso in cui la pubblica amministrazione non eserciti il potere autoritativo nei tempi e modi previsti dalla legge”.

4.9. Nella comune fattispecie di occupazione abusiva d'immobile è al contrario richiesta, come si è visto, l'allegazione della concreta possibilità di esercizio del diritto di godimento che è andata persa. Ciò significa che il non uso, il quale è pure una caratteristica del contenuto del diritto, non è suscettibile di risarcimento. È pur vero che a fondamento dell'imprescrittibilità del diritto di proprietà vi è la circostanza che fra le facoltà riconosciute al proprietario vi è anche quella del non uso, ma l'inerzia resta una manifestazione del contenuto del diritto sul piano astratto, mentre il danno conseguenza riguarda il pregiudizio al bene della vita che, mediante la violazione del diritto, si sia verificato. Alla reintegrazione formale del diritto violato, anche nella sua esplicazione di non uso, provvede la tutela reale e non quella risarcitoria.

Come si è chiarito al punto 4.2., la perdita subita attiene al godimento, diretto o indiretto mediante il corrispettivo del godimento concesso ad altri, che è poi l'oggetto vero del contrasto giurisprudenziale da risolvere, e non alla vendita, per la quale, corrispondendo il relativo danno alla differenza fra il prezzo di mercato e quello maggiore che si sarebbe potuto ricavare dall'atto dispositivo mancato, non può che parlarsi di mancato guadagno. L'allegazione che l'attore faccia della concreta possibilità di godimento perduta può essere specificatamente contestata dal convenuto costituito. Al cospetto di tale allegazione il convenuto ha l'onere di opporre che giammai il proprietario avrebbe esercitato il diritto di godimento. La contestazione al riguardo non può essere generica, ma deve essere specifica, nel rigoroso rispetto del requisito di specificità previsto dall'art. 115, c. 1, c.p.c. In presenza di una specifica contestazione sorge per l'attore l'onere della prova dello specifico godimento perso, onere che può naturalmente essere assolto anche mediante le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza (art. 115, c. 2, c.p.c.) o mediante presunzioni semplici. Nel caso della presunzione l'attore ha l'onere di allegare, e provare se specificatamente contestato, il fatto secondario da cui inferire il fatto costitutivo rappresentato dalla possibilità di godimento persa. Sia nel caso di godimento diretto, che in quello di godimento indiretto, il danno può essere valutato equitativamente ai sensi dell'art. 1226 c.c., attingendo al parametro del canone locativo di mercato quale valore economico del godimento nell'ambito di un contratto tipizzato dalla legge, come la locazione, che fa proprio del canone il valore del godimento della cosa.

Se la domanda risarcitoria ha ad oggetto il mancato guadagno causato dall'occupazione abusiva, l'onere di allegazione riguarda gli specifici pregiudizi, fra i quali si possono identificare non solo le occasioni perse di vendita a un prezzo più conveniente rispetto a quello di mercato, ma anche le mancate locazioni a un canone superiore a quello di mercato (una volta che si quantifichi equitativamente il godimento perduto con il canone locativo di mercato, il corrispettivo di una locazione ai correnti valori di mercato rientra, come si



è visto, nelle perdite subite). Ove insorga controversia in relazione al fatto costitutivo del lucro cessante allegato, l'*onus probandi* anche in questo caso può naturalmente essere assolto mediante le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza o le presunzioni semplici. In generale, in relazione al mancato guadagno può rinviarsi alla costante giurisprudenza in materia di maggior danno ai sensi dell'art. 1591 c.c. (fra le tante Cass., 3 febbraio 2011, n. 2552; 26 novembre 2007, n. 24614; 27 marzo 2007, n. 7499; 13 luglio 2005, n. 14753; 23 maggio 2002, n. 7546).

Sia per la perdita subita che per il mancato guadagno va rammentato che l'onere di contestazione, la cui inosservanza rende il fatto pacifico e non bisognoso di prova, sussiste soltanto per i fatti noti alla parte convenuta, non anche per quelli ad essa ignoti (Cass., 31 agosto 2020, n. 18074; 4 gennaio 2019, n. 87; 18 luglio 2016, n. 14652; 13 febbraio 2013, n. 3576). Poiché non si compie l'effetto di cui all'art. 115, c. 1, c.p.c., per i fatti ignoti al danneggiante l'onere probatorio sorge comunque per l'attore, a prescindere dalla mancanza di contestazione, ma il criterio di normalità che generalmente presiede, salvo casi specifici, alle ipotesi di mancato esercizio del diritto di godimento, comporta che l'evenienza dei fatti ignoti alla parte convenuta sia tendenzialmente più ricorrente nelle ipotesi di mancato guadagno. Ne consegue sul piano pratico la maggiore ricorrenza per il convenuto dell'onere di contestazione, nel rigoroso rispetto del requisito di specificità previsto dall'art. 115, c. 1, nelle controversie aventi ad oggetto la perdita subita e la maggiore ricorrenza per l'attore dell'onere probatorio, pur in mancanza di contestazione, nelle controversie aventi ad oggetto il mancato guadagno. Si chiarisce così la portata eminentemente pratica delle nozioni di "danno normale" e "danno presunto" emerse nella recente giurisprudenza della Seconda Sezione civile, le quali rinviano, nelle controversie relative alla perdita subita, a una maggiore frequenza dell'onere del convenuto di specifica contestazione della circostanza di pregiudizio allegata e ad una minore frequenza per l'attore dell'onere di provare la circostanza in discorso, data la tendenziale normalità del pregiudizio al godimento del proprietario a seguito dell'occupazione abusiva.

4.10. Vanno in conclusione enunciati i seguenti principi di diritto:

“nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da perdita subita è la concreta possibilità di esercizio del diritto di godimento, diretto o indiretto mediante concessione del godimento ad altri dietro corrispettivo, che è andata perduta”;

“nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, se il danno da perdita subita di cui il proprietario chiede il risarcimento non può essere provato nel suo preciso ammontare, esso è liquidato dal giudice con valutazione equitativa, se del

caso mediante il parametro del canone locativo di mercato”;

“nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da mancato guadagno è lo specifico pregiudizio subito, quale quello che, in mancanza dell'occupazione, egli avrebbe concesso il bene in godimento ad altri verso un corrispettivo superiore al canone locativo di mercato o che lo avrebbe venduto ad un prezzo più conveniente di quello di mercato”.

4.11. Tornando ai motivi di ricorso, osserva la parte ricorrente nel secondo motivo che il fatto che le aree non potevano essere vendute costituiva l'esemplificazione in domanda dei pregiudizi, ma ciò che è stato dedotto è la mancata disponibilità ed il pregiudizio derivante dal fatto che le aree erano destinate ad essere utilizzate e vendute come parcheggi. Aggiunge poi nel terzo motivo che, come affermato nella comparsa conclusionale di primo grado, il mancato guadagno può essere ricavato dalla mancata disponibilità, e pertanto dai mancati frutti, dei corrispettivi che sarebbero stati ricavati dalla vendita dei parcheggi e dunque come minimo dagli interessi applicati a tali corrispettivi, e che la corte territoriale non ha quindi preso in considerazione la domanda realmente formulata.

Ciò che in tal modo la parte ricorrente sta denunciando è la violazione del principio di integralità del risarcimento. L'unitarietà del diritto al risarcimento ed il suo riflesso processuale dell'ordinaria infrazionabilità del giudizio di liquidazione comportano che, quando un soggetto agisca in giudizio per chiedere il risarcimento dei danni a lui cagionati da un dato comportamento del convenuto, la domanda si riferisce a tutte le possibili voci di danno originate da quella condotta: ne consegue che, laddove nell'atto introduttivo siano indicate specifiche voci di danno, a tale specificazione deve darsi valore meramente esemplificativo dei vari profili di pregiudizio dei quali si intenda ottenere il ristoro, a meno che non si possa ragionevolmente ricavarne la volontà attorea di escludere dal *petitum* le voci non menzionate (Cass., 7 giugno 2019, n. 15523; 23 ottobre 2014, n. 22514; 31 agosto 2011, n. 17879; 17 dicembre 2009, n. 26505).

La stessa corte territoriale afferma che il danno denunciato con la domanda è quello della mancata possibilità di vendere gli immobili a causa dell'occupazione abusiva. Di tale danno costituisce una voce anche la mancata disponibilità dei corrispettivi, ove le vendite fossero state compiute, in termini di interessi sul capitale. Il giudice di appello ha invece per un verso limitato il *petitum* al prezzo di mercato degli immobili, per l'altro non ha considerato che la mancata menzione di altre voci di danno non potesse intendersi come esclusione delle stesse dal risarcimento invocato.

Emerge invero dalla motivazione un'ulteriore *ratio decidendi*, non specificatamente impugnata, secondo cui gli ulteriori pregiudizi non solo non sarebbero stati

allegati, ma non sarebbero neanche stati provati. Tale *ratio decidendi*, dovendo essere riferita ad un oggetto determinato, pena il vizio di motivazione apparente se intesa quale statuizione indeterminata, va limitata a quanto nello stesso contesto motivazionale evidenziato, e cioè che non è stata dedotta un'altra forma di pregiudizio quale "un'ipotetica differenza di valore tra il prezzo ricavabile al momento dell'instaurazione della controversia e quello ottenibile dal momento della ottenuta disponibilità delle aree".

Escluso pertanto quest'ultimo pregiudizio, per l'assenza di specifica impugnazione della statuizione, resta il danno in termini di interessi sul capitale, ove tempestivamente percepito, che il principio di integrità del risarcimento impone al giudice del merito di valutare.

*P.q.m.*, accoglie per quanto di ragione il secondo ed il terzo motivo, rigettando per il resto il ricorso; cassa la sentenza in relazione ai motivi accolti; rinvia alla Corte di appello di Cagliari in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

### **Occupazione *sine titulo* e danno *in re ipsa*: tra *punitive damages* e polifunzionalità della responsabilità civile**

Sommario: 1. *Premessa*. – 1.1. *Il caso di specie (brevi cenni)*. – 2. *L'annoso dibattito dottrinale e giurisprudenziale: tra teoria e pratica*. – 3. *Conclusioni*.

#### **1. Premessa**

L'arresto delle Sezioni unite in commento ha ad oggetto il tema – assai dibattuto in dottrina e in giurisprudenza – dell'ammissibilità del c.d. danno *in re ipsa*, in caso di occupazione *sine titulo*.

Giova premettere che la sentenza *de qua* si pone a valle rispetto alle due ordinanze di rimessione: la prima, in data 17 gennaio 2022, da parte della Sezione III (1); la seconda ordinanza, invece, è del giorno 8 febbraio 2022, da parte della Sezione II.

(1) L'ordinanza interlocutoria Cass., Sez. III, n. 1162/2022, contiene considerazioni circa la plausibilità di una concezione più generale del danno *in re ipsa*, predicata non soltanto con riferimento all'occupazione *sine titulo* degli immobili, ma anche, nel campo del danno non patrimoniale (Cass., Sez. III, n. 25541/2022, per esempio, in tema di danno da perdita del rapporto parentale, distingue il "danno presuntivo" dal "danno *in re ipsa*", osservando come nel primo l'allegazione sia suscettibile di essere superata dalla prova contraria della controparte). Nell'ordinanza interlocutoria (n. 3946/2022) della Seconda Sezione civile, invece, si procede a una "disarticolazione" del precetto dell'art. 1223 c.c., contrapponendo il profilo della perdita a quello del mancato guadagno. Al primo profilo attiene l'impedimento al godimento diretto del bene da parte del proprietario, ai fini della cui risarcibilità sarebbe irrilevante il riferimento alla naturale vocazione fruttifera del bene. Nella prospettiva della perdita, il pregiudizio derivante dal fatto dannoso

Le medesime ordinanze hanno avuto il pregio di sottolineare la rilevanza, sul piano del sistema del diritto civile e della responsabilità civile, del problema relativo alla prova del danno nell'ipotesi di occupazione *sine titulo*; nello specifico, in tale materia, si dibatteva se il pregiudizio, inteso quale *deminutio* (2)

costituito dall'occupazione consisterebbe, dunque, non già nell'impedimento a trarre dal bene occupato i frutti civili o naturali che esso può generare, ma già quello alla possibilità di ricavare dal bene occupato l'utilità diretta (il godimento, secondo il linguaggio dell'art. 832 c.c.) che il medesimo offre. Questo impedimento, al fine di innescare l'obbligazione risarcitoria, non dovrebbe richiedere alcuna prova ulteriore e diversa rispetto a quella del fatto generatore del danno, potendo il godimento diretto esaurirsi anche in una fruizione meramente saltuaria o occasionale del bene, o anche nell'*utilitas* derivante dalla mera potenzialità della fruizione. Anche una fruizione in potenza, che non si traduca in una fruizione in atto, sarebbe idonea a costituire una posta attiva del patrimonio del proprietario. Sarebbero invece da ricondurre all'ulteriore articolazione dell'art. 1223 c.c. (quella del mancato guadagno) le ipotesi in cui il proprietario faccia discendere dalla privazione della disponibilità del bene un concreto danno da mancato guadagno, poiché in questo secondo caso il proprietario attore dovrebbe, oltre ad allegarle, offrire la prova specifica delle occasioni di guadagno perse. I profili di sviluppo dell'argomento trascendono il problema della prova del danno da occupazione illegittima di immobili e conducono a intercettare il problema della stessa configurazione di una categoria di danno utilizzabile con riferimento a tutte le fattispecie concrete.

(2) Cfr. anche Cass., S.U., 7 ottobre 2021, n. 27287. In tema di responsabilità del conduttore per ritardata restituzione dell'immobile locato, il maggior danno risarcibile *ex art.* 1591 c.c. (in aggiunta alla liquidazione automatica in misura corrispondente al canone pagato prevista da detta norma) dev'essere provato dal locatore – anche per presunzioni – nella sua certa e concreta esistenza e non si identifica nel danno da perdita di chance, la cui configurabilità nel caso è esclusa per la intrinseca incertezza sulla possibilità di conseguire il vantaggio economico che connota questa figura. In base all'art. 32 l. 27 luglio 1978, n. 392, così come novellato dall'art. 1, c. 9-*sexies*, d.l. 7 febbraio 1985, n. 12, convertito con modificazioni dalla l. 5 aprile 1985, n. 118, il locatore, su conforme pattuizione con il conduttore, è abilitato a richiedere annualmente l'aggiornamento del canone per eventuali variazioni del potere di acquisto della moneta; pertanto, è contraria al disposto normativo la clausola che preveda una richiesta preventiva dell'aggiornamento con effetto attributivo di tutte le variazioni Istat che intervengano nel corso del rapporto ovvero una richiesta successiva riferita ad anni diversi da quello immediatamente precedente, e ciò perché la richiesta si pone come condizione per il sorgere del relativo diritto.

Con argomento *a contrario*, la S.C. evidenzia che aprire le porte al risarcimento della (lesione alla) possibilità di ricollocare l'immobile sul mercato, intesa quale bene autonomo (richeggia qui la concezione c.d. ontologica della *chance* perduta), equivarrebbe in sostanza a riconoscere un danno *in re ipsa*, ritenuto non configurabile nella recente giurisprudenza della stessa Corte in materia di occupazione abusiva di immobili: la dimostrazione che (semplicemente) sarebbe stato possibile conseguire l'utile mancato (*l'an debeatur*) non può perciò dare spazio ad una valutazione equitativa *ex art.* 1226 c.c. del *quantum debeatur*, da liquidarsi, secondo la logica propria di questa figura, alla stregua del grado di probabilità del verificarsi dell'evento sperato. Sintetizzando l'approdo cui perviene la pronuncia, dunque, delle due l'una: o il locatore riesce a dimo-

della sfera patrimoniale, intesa *ex multis* come danno emergente e lucro cessante, dovesse o meno considerarsi *in re ipsa*, prescindendosi da uno specifico onere probatorio (art. 2697 c.c.).

Come è noto, infatti, l'onere della prova è una regola che trova il proprio fondamento nel principio giuridico tradizionale secondo cui *onus probandi incumbit ei qui dicit*, che si sostanzia essenzialmente nel porre a carico della parte che allega un fatto a sé favorevole, il dovere di darne prova dell'esistenza. In un'ottica di analisi economica del diritto, colui che agisce per dimostrare la ricorrenza di un pregiudizio si accolla il rischio legato all'incertezza processuale, dovendo subire i costi legati alla dimostrazione dei fatti a fondamento del proprio diritto.

### 1.1. Il caso di specie (brevi cenni)

Il caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte origina dal giudizio promosso da una società immobiliare nei confronti di un condominio cui la società aveva venduto delle porzioni immobiliari, riservandosi la proprietà di alcune aree adiacenti, destinate a parcheggi.

La società lamentava che a seguito della vendita, il condominio si fosse appropriato anche delle aree destinate a parcheggi dal medesimo non acquistate, impedendone, di fatto, la vendita a terzi da parte della società.

Dunque, in primo grado, la società chiedeva l'accertamento del diritto di proprietà su tali aree con

---

strare in giudizio, anche presuntivamente, che, riacquistata tempestivamente la disponibilità materiale dell'immobile, lo avrebbe utilmente concesso in godimento ad altri e, allora, la differenza tra il corrispettivo (di cui l'art. 1591 c.c. fa menzione) dovuto dal conduttore.

V.R. Caterina, *Il possesso*, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008, 357 ss., spec. 388. Egli – rammentando il dibattito tra fautori della materialità e fautori dell'immaterialità (per i quali ultimi il possesso è concepibile anche senza la empirica durezza delle cose) – svolge un sottile e suggestivo distinguo. Altro è la disciplina; altro, il concetto giuridico di possesso. Dire possesso non necessariamente è convocarne tutta la disciplina (azioni di manutenzione e spoglio, l'usucapione e così via); ma dimostrarne lo statuto minimo. Ossia il *minimum* di effetto, al di sotto del quale esso esce dal teatro della rilevanza. Se questo è vero, si vorrebbe qui declinare lo statuto minimo possessorio quale luogo della responsabilità per danni. Appena da avvertire come anche lo spoglio possa risolversi (almeno sul piano dogmatico) in una forma risarcitoria specifica. V. sul punto A. Iuliani, *Note in tema di tutela aquiliana del possesso*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, 3, 363 ss., spec. 372-374. V., da ultimo, M. Barcellona, *Per un bilancio a cinquant'anni dal sisma aquiliano*, in *Danno resp.*, 2022, 5, 527 ss. Egli estende la tutela aquiliana non solo alla ricchezza già acquisita ma anche alla possibilità di acquisirla, ossia al poter legittimamente sfruttare possibilità di guadagno. Il problema dell'ingiustizia “nasce sempre dal conflitto tra l'istanza conservativa della ricchezza acquisita e delle possibilità di acquisirla, da un lato, e le immunità che l'ordinamento dispensa in vista di ragioni sistemiche, dall'altro, e si risolve proprio sulla base della sussistenza o dell'assenza di queste ragioni nell'agire interferente del danneggiante”.

ordine di rilascio da parte del condominio e la condanna al risarcimento del danno patrimoniale per la loro illegittima occupazione (c.d. occupazione *sine titulo*).

Il giudice di prime cure rigettava, tuttavia, in via integrale, le domande della società.

La stessa agiva nuovamente in giudizio, dolendosi della decisione del giudice di primo grado, ricorrendo in appello avverso la decisione di prime cure.

La Corte d'appello accoglieva parzialmente il gravame limitatamente all'azione di rivendica; la Corte, in particolare, rigettava la domanda risarcitoria.

La Corte di cassazione successivamente adita accoglieva invece – integralmente – le domande della società e rinviava il giudizio innanzi alla Corte d'appello, che tuttavia rigettava nuovamente le domande della società. Se era pur vero che nella giurisprudenza di legittimità il danno subito dal proprietario per effetto di occupazione illegittima di immobile era stato definito *in re ipsa*, tuttavia, il riconoscimento del danno alla società presupponeva l'allegazione, in concreto, di un pregiudizio derivante dall'impossibilità fattuale di utilizzare l'immobile; gli ermellini evidenziavano, conseguentemente, che tale pregiudizio, nella specie, non era mai stato prospettato.

La società ricorreva quindi ancora una volta in Cassazione, ove – a seguito di ordinanza interlocutoria – la decisione veniva rimessa alle Sezioni unite.

### 2. L'annoso dibattito dottrinale e giurisprudenziale: tra teoria e pratica

Oggi le Sezioni unite ammettono in linea di principio il concetto di danno *in re ipsa* (e in questo si può dire che aderiscono alla linea della Seconda Sezione) nell'ipotesi dell'occupazione *sine titulo* del terzo, anche se poi finiscono per attenuare la soluzione sul piano pratico.

Come già ribadito in altre pronunce della stessa Corte nel caso di occupazione illegittima di un immobile il danno subito dal proprietario non può ritenersi sussistente *in re ipsa*, atteso che tale concetto giunge a identificare il danno con l'evento dannoso ed a configurare un vero e proprio danno punitivo, ponendosi così in contrasto sia con l'insegnamento delle Sezioni unite della Suprema Corte (cfr. anche Cass., S.U., n. 26972/2008) secondo il quale quel che rileva ai fini risarcitori è il danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato.

Ne consegue che il danno da occupazione “*sine titulo*”, in quanto particolarmente evidente, “può essere agevolmente dimostrato sulla base di presunzioni semplici, ma un alleggerimento dell'onere probatorio di tale natura non può includere anche l'esonero dalla allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l'intenzione concreta del proprietario di mettere l'immobile a frutto” (3).

---

(3) Cfr. Cass., Sez. III, 25 maggio 2018, n. 13071.

Non è, dunque, escluso il ricorso alla prova per presunzioni (4) – giacché esse costituiscono una prova completa alla quale il giudice di merito può attribuire rilevanza, anche in via esclusiva – e ciò costituisce la ragione del sostanziale “riallineamento” della giurisprudenza della Suprema Corte in tema di danno da occupazione di immobile *sine titulo*, rendendo non necessario – osserva la Cassazione – la rimessione della relativa questione alle Sezioni unite.

Tuttavia, un alleggerimento dell’onere probatorio di tale natura non può includere anche l’esonero dall’allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l’intenzione concreta del proprietario di mettere l’immobile a frutto.

Il pregio dell’arresto giurisprudenziale nomofilattico che si annota è quello di enucleare taluni principi cardine della fattispecie sostanziale e processuale del fenomeno della responsabilità civile in caso di occupazione illegittima.

Innanzitutto, si statuisce che, nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da perdita subita è la concreta possibilità di esercizio del diritto di godimento, diretto o indiretto mediante concessione del godimento ad altri dietro corrispettivo, che è andata perduta.

Si stabilisce, nondimeno, che, nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, se il danno da perdita subita di cui il proprietario chiede il risarcimento non può essere provato nel suo preciso ammontare, esso è liquidato dal giudice con valutazione equitativa, se del caso mediante il parametro del canone locativo di mercato. Viene operata una valorizzazione del canone dell’equità. Essa indica sia un criterio di integrazione del contratto (a norma dell’art. 1374 c.c., il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l’equità), sia un criterio di correzione degli effetti del contratto predisposti dalle parti e che tuttavia risultino concretamente ingiusti.

Parimenti, si cristallizza un ulteriore principio per cui, nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da mancato guadagno è lo specifico pregiudizio subito, quale quello che, in mancanza dell’occupazione, egli avrebbe concesso il bene in godimento ad altri verso un corrispettivo superiore al canone locativo di mercato o

(4) Si vedano, ad esempio, Cass., Sez. V, ord. 28 aprile 2021, n. 11162 e Sez. I, ord. 26 settembre 2018, n. 23153, alla cui stregua, “in tema di presunzioni semplici, gli elementi assunti a fonte di prova non debbono essere necessariamente più d’uno, ben potendo il giudice fondare il proprio convincimento su uno solo di essi, purché grave e preciso, dovendo il requisito della ‘concordanza’ ritenersi menzionato dalla legge solo in previsione di un eventuale, ma non necessario, concorso di più elementi presuntivi”.

che lo avrebbe venduto ad un prezzo più conveniente di quello di mercato.

La Suprema Corte ha, dunque, riconosciuto la figura del danno in sé e per sé considerato, ammettendo che l’occupazione senza titolo sia fattispecie del diritto al risarcimento del danno per la sua attitudine intrinseca a ostacolare o escludere il diritto di godimento (5). Tale arresto ermeneutico, pare *prima facie* superare la posizione ostile della Terza Sezione che, sulla base di una lettura dogmatica e sistemica della responsabilità civile, ha la *ratio* evitare il riconoscimento stesso della figura in linea di principio.

Per comprendere i confini oggettivi di tale assunto, occorre precisare che, allo stesso tempo, è assai mitigata la potenzialità espansiva di tale riconoscimento del danno *in re ipsa*. Infatti, il danno in questione non solo va inteso quale danno da perdita subita (danno emergente), ma si deve manifestare come perdita della concreta ed effettiva possibilità di esercizio del diritto di godimento del bene. La concretezza della possibilità di esercizio. Si precisa, altresì, che esso può essere diretto o indiretto. Permane, sul piano concreto, l’assoluta necessità di determinare una perdita attuale, escludendo quindi la risarcibilità della perdita meramente ipotetica e potenziale. La perdita o il pregiudizio devono rilevare sul piano della realtà fenomenica e fattuale, non avendo cittadinanza nel sistema della responsabilità civile una *species* di danno ipotetica (6) “affievolita”. Diversamente, si darebbe la stura per il

(5) Per una sintesi dei profili storici, oltre che alla voce enciclopedica citata alla nota precedente, si rinvia a G. Rotondi, *Dalla “lex Aquilia” all’art. 1151 cod. civ.: ricerche storico-dogmatiche*, ora in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1922, 571 s.; P. Cerami, *La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiano ad Ugo Grozio*, in L. Vacca (a cura di), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, (Madrid 7-10 ottobre 1993), Torino, Giappichelli, 1995, 118 s.; B. Kupisch, *La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale, La responsabilità civile da atto illecito*, cit., 129 s.; Così A. di Majo, *Rileggendo Augusto Thon in merito ai c.d. danni punitivi dei nostri giorni*, in *Eur.e dir. priv.*, 2018, 1313-1314; A. Lamorgese, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni unite sui danni punitivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 325-326; L.E. Perriello, *Polifunzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi*, in *Contr. impr. eur.*, 2018, 451.

(6) La letteratura sul punto è vastissima. Cfr, per alcune prime indicazioni: M. Rustad-T. Koenig, *The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers*, *Am. U. L. Rev.*, 1993, 1269 s.; A. J. Sebok, *What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today*, *Chi.-Kent L. Rev.*, 2003, 163 s.; J. Y. Gotanda, *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, *Columbia J. Transnatl. Law*, 2003, 391 s.; Francesca Benatti, *Correggere e punire. Dalla law of torts all’inadempimento del contratto* (Milano 2008), 1-7, 28-35; id., *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, a cura di H. Koziol-V. Wilcox, New York, 2009, *passim*; J. Taliadoros, *The Roots of Punitive Damages at Common Law: A Longer History*, *Clev. St. Law Rev.*, 2016, 251 s.; M. O De Girolami, *Reconstructing Malice in the Law of Punitive Damages*, *J. Tort Law*, 2021, 193 s.

risarcimento di posizioni giuridiche soggettive che non abbiano subito un reale pregiudizio; in altri termini, il principio di effettività e la funzione compensativa della responsabilità civile sarebbero irrimediabilmente violate. Si svuoterebbe di qualsivoglia significato l'intero sistema sostanziale e processuale della responsabilità civile. Sul presupposto della prova della perdita attuale, ossia dei fatti che permettono di concludere che la perdita, non certamente solo potenziale, in quanto meramente connessa allo *status* di proprietario, è legata strettamente ad un comportamento legittimo e tutelato dall'ordinamento giuridico, effettivamente impedito; il secondo principio di diritto enucleato opera su un piano distinto; la determinazione del *quantum* nel caso della difficoltà di prova dell'ammontare preciso: in tal modo, il danno è liquidato dal giudice con valutazione equitativa, eventualmente mediante il parametro del canone locativo di mercato (c.d. *fair value* del canone locativo).

La Corte opera, peraltro, uno snellimento dell'onere probatorio rispetto alla componente del danno emergente, quale specifico pregiudizio subito, rappresentato dalla mancata concessione, a causa dell'occupazione, del godimento ad altri, verso un corrispettivo superiore al canone locativo di mercato; altresì, esso indica la mancata vendita ad un prezzo più conveniente di quello di mercato.

Questo pregiudizio deve essere provato sulla scorta del disposto di cui all'art. 2697 c.c. L'onere di provare un fatto ricade su colui che invoca proprio quel fatto a sostegno della propria tesi (*onus probandi incumbit ei qui dicit*): chi vuol far valere in giudizio un diritto deve quindi dimostrare i fatti costitutivi, che ne hanno determinato l'origine.

In altri termini, le Sezioni unite aprono all'idea del danno *in re ipsa* inteso come effetto del mancato godimento, ma ne mitigano, di fatto, immediatamente la portata; la Suprema Corte impedisce l'espansione di tale statuizione, inserendo la necessità della prova di un danno concretamente subito. Occorre precisare come la sussistenza di tale danno si possa provare per presunzioni; tuttavia, esso finisce per consistere in un danno-conseguenza, ossia in un fatto da allegare e provare quale fatto-pregiudizio conseguente al fatto-evento.

Questo assetto appena configurato attenua, in maniera assai rilevante, il riconoscimento iniziale della idoneità dell'occupazione abusiva a ledere il diritto di godimento: una lesione è concreta se è specifica. Essa non si può ridurre e non si riduce alla lesione mera e generica del diritto di godimento.

Viene, in concreto riproposta, la rilevanza sistemica del danno-conseguenza che il danneggiato ha l'onere di provare, mediante un meccanismo presuntivo art. 2729 c.c.

Qualcosa che presuppone i risaputi oneri di allegazione e che accolla in capo al soggetto che subisce l'occupazione *sine titulo* il rischio, in un'ottica di analisi economica del diritto, di vedersi rigettata la domanda.

Il dibattito sull'astratta configurabilità del danno *in re ipsa* ha prodotto ricostruzioni ermeneutiche spesso confliggenti in seno alle sezioni semplici.

Una prima tesi estensiva assume che il danno da occupazione senza titolo sussista *in re ipsa*, in quanto la perdita di un bene immobile si sostanzia nella perdita della facoltà di godere e di disporre del bene stesso.

Ne deriva che la semplice perdita della disponibilità del bene da parte del titolare comporta l'impossibilità di conseguire l'utilità (7) ricavabile dal bene medesimo in relazione alla natura normalmente fruttifera dello stesso (secondo *l'id quod plerumque accidit*). In questo caso la quantificazione del risarcimento può essere operata dal giudice sulla base di elementi presuntivi semplici, facendo riferimento al c.d. danno figurativo (8), cioè al valore locativo del bene abusivamente occupato, ferma restando, in alternativa, la possibilità di una liquidazione in via equitativa ex art. 1226 c.c. Il Principio giuridico dell'Equità è di origine romana, ed esprime l'esigenza di adeguare le norme di legge al caso particolare, allo scopo di at-

(7) La questione sollevata dall'ordinanza della Suprema Corte merita particolare attenzione, atteso che concerne la tenuta costituzionale del sistema apprestato per la tutela del diritto di proprietà. Quest'ultimo, difatti, comprende sia il diritto di disporre che quello di godere delle cose in modo pieno ed esclusivo. Pertanto, è senz'altro risarcibile, non solo l'elisione del potere di disporre dell'immobile, ma anche la soppressione della facoltà di godimento, rispetto alla quale la dimostrazione di concrete e specifiche occasioni di guadagno perdute non assume alcun rilievo. Non si può negare come, nella prospettiva delineata, il proprietario finisca per ottenere una somma che non avrebbe mai tratto dall'immobile, non sfruttando le potenzialità fruttifere, ma la stessa è qualificabile non come reddito, ma come risarcimento per equivalente, volto a compensare il pregiudizio patito per la sottrazione di una delle utilità essenziali della proprietà. D'altra parte, sebbene la pretesa risarcitoria sia di norma fatta valere mediante una domanda accessoria (rispetto a quella principale, nell'azione di rivendicazione, con cui si mira a ottenere il rilascio dell'immobile), la stessa assolve, in concreto, a un ruolo irrinunciabile nel sistema di tutela della proprietà. Ne consegue che limitare il risarcimento ai pregiudizi patiti nella sola facoltà di disporre del bene significa apprestare una tutela incompleta al diritto del proprietario, al quale è riconosciuta anche una facoltà di godimento diretto del bene. Come rilevato dalla Corte, l'utilità ritraibile dal godimento diretto del bene rappresenta una posta attiva del patrimonio del titolare, la cui privazione, anche solo temporanea, rappresenta per se stessa una lesione patrimoniale, qualificabile come danno emergente, risarcibile ex art. 1223 c.c. Diversamente opinando, si finirebbe per ridurre fortemente l'essenza stessa del diritto di proprietà, configurandolo come un insieme di posizioni "dinamiche", trascurando, così, il dato "statico" attinente alla facoltà di godimento. Al medesimo risultato, peraltro, si giungerebbe qualora si richiedesse al proprietario di dimostrare l'"esercizio attivo" della facoltà di godimento. Quest'ultima, come già chiarito, può esaurirsi anche in una fruizione in potenza, che non si traduca in una fruizione in atto.

(8) Di recente P. Trimarchi, *La responsabilità civile, atti illeciti, rischio, danno*, II ed., Milano, Giuffrè, 2019, 9 ss., 524 ss. e 649 ss., ha preso una netta posizione sostenendo che i danni punitivi non sono in senso tecnico compatibili con il nostro sistema, senza però disconoscere che la misura risarcitoria possa avere una "funzione sanzionatrice".

tenuare, in alcuni casi, la severità del diritto positivo. Alcune formule processuali romane imponevano al giudice di fissare l'ammontare delle condanne secondo un principio di giustizia. Tale ricostruzione prendeva le mosse da una estrema valorizzazione del principio equitativo. Già il diritto romano contrapponeva, infatti, l'equità del pretore alla rigidità delle norme dello *ius civile*. Il principio di equità è variamente applicato, in materia di risarcimento del danno; la legge prevede, a norma dell'art. 1226 c.c., che dove questo non risulti con precisione nel suo ammontare viene valutato dal giudice con equità. In relazione ai contratti, la legge prescrive che le parti sono tenute non esclusivamente a quanto in essi è stato stabilito, ma anche alle relative conseguenze di legge degli usi o dell'equità. Occorre sottolineare, tuttavia, la portata di tale presunzione avrebbe carattere non già assoluto ma relativo, *iuris tantum*. Si lascia, sul piano processuale, inalterata la possibilità, per il convenuto, di fornire la prova contraria, ossia la prova che il proprietario non avrebbe comunque, in concreto, sfruttato economicamente l'immobile oggetto di occupazione *sine titulo*. Tale ricostruzione è aspramente criticata, poiché muoverebbe da assiomi non dimostrati, quale quello per cui il bene immobile sarebbe funzionalmente e intrinsecamente volto alla produzione di ricchezza; la massima di esperienza per cui il bene immobile è dotato di una vocazione intrinsecamente fruttifera sarebbe smentita anche dall'istituto giuridico dell'usucapione, il quale conferma proprio come non sempre il proprietario scelga di mettere l'immobile a frutto. Un distinto orientamento, al contrario, opera una forma di riconduzione per cui il danno da occupazione abusiva sarebbe parte della categoria del danno-conseguenza. Tale assunto non è meramente classificatorio, ma è foriero di risvolti pratico-applicativi. Da ciò deriva la necessità per il danneggiato di provare l'effettiva lesione arrecata al proprio patrimonio per non aver potuto sfruttare economicamente il bene. Tale assetto è rappresentativo della tradizione dogmatica civilistica in materia di responsabilità civile.

La *ratio* è anti-elusiva: si desidera evitare che il danno *in re ipsa* possa fungere da strumento per erodere e snaturare la funzione compensativo-riparatoria del risarcimento rendendola punitiva, in mancanza dell'intermediazione legislativa con funzione tipizzante, e, quindi, oltre i casi in cui ciò risulta ammesso. Difatti per tale orientamento, ove il danno da occupazione *sine titulo* di un immobile fosse *in re ipsa*, si configurerebbe un pregiudizio economico ritenuto conseguenza automatica di una data lesione, andando ben oltre le presunzioni.

Si configurerebbe una ipotesi peculiare di danno punitivo (9), con funzione eminentemente sanzionato-

(9) Nell'ordinamento giuridico di *common law* le varie componenti della condanna pecuniaria inflitta al responsabile di un illecito civile si distinguono sulla base dello scopo che perseguono, ovvero tra risarcimenti con finalità restitutoria o riparatoria (*compensatory damages*) e somme integrative con fina-

ria (10), propria di altri sistemi giuridici. Secondo una terza ricostruzione ermeneutica, che tende a mitigare la portata del contrasto, attribuendo rilevanza alla prova presuntiva *ex se*. In questo senso, si osserva che il contrasto giurisprudenziale sarebbe meramente apparente in quanto la tesi del danno *in re ipsa* non prescinde dall'accertamento di un danno effettivo, ma si limita ad affidarlo alla prova logica presuntiva.

In concreto, ricorre, in ogni caso l'esigenza di allegare e provare l'intenzione concreta di mettere l'immobile a frutto confligge con l'affermazione della possibilità del ricorso a presunzioni.

Difatti, trattandosi di *praesumptio hominis*, essa non attiene alle deduzioni delle parti, ma all'operato del giudice, il quale se ne avvale per risalire dagli elementi di fatto acquisiti ai fatti costitutivi della fattispecie sottoposta al proprio esame, ai sensi dell'art. 115, c. 2, c.p.c., nella misura in cui rientrano nella sfera del notorio, ovvero avvalersi allo stesso modo delle c.d. massime d'esperienza, precipuamente intese a governare il ragionamento di tipo presuntivo.

Occorre, per maggiore completezza, precisare che la *querelle* è presentata da due distinte angolazioni: da un lato, la Sezione III analizza l'ammissibilità della qualificazione del danno in questione come danno *in re ipsa*, richiamando il dibattito del danno non patri-

lità solo simbolica o addirittura punitiva e deterrente (*non compensatory damages*). Pertanto, in materia di responsabilità civile e anche in materia di risarcimento del danno, gli ordinamenti di *common law* prevedono il singolare istituto dei "*punitive damages*", ovvero i danni punitivi. Ripercorrendo l'*excursus* storico di tale istituto giuridico si nota che venne introdotto nell'ordinamento anglosassone nel XIV secolo.

(10) G. Calabresi, *Le pene private e il carattere misto della responsabilità civile*, in *Le pene private* cit., 418; Id. *The Complexity of Torts-the case of punitive Damages in MS Madden, Exploring tort law*, Cambridge University Press, 2005; Id. *The costs of accidents*, New Haven e Londra: Yale University Press, Unites States, 1970; C. Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008; Id., *Il danno all'ambiente nel sistema di responsabilità civile*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2008, 511 ss.; L. Ciaroni, *Il paradigma della responsabilità civile tra tradizione e prospettive di riforma*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 1129; R. D. Cooter, D. L. Rubinfeld, *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*, in *Journal of Economic Literature*, Vol. 27, No. 3, 1989, pp. 1067-1097; V. Di Cataldo, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 198 ss.; F.D. Busnelli, G. Scalfi (a cura di), *Le pene private*, cit. 31.; A. Albanese, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Milano, 2005; A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, Oxford, 2009, 421 ss.; F.D. Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito e danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009; id., *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964; D. Fondaroli, *Illecito e riparazione del danno*, Bologna, 1999; M. Franzosi, *Fatti illeciti - Supplemento (art. 2043, 2056-2059)*, in *Commentario Scialoja-Branca*, F. Galgano, (a cura di), 2004, 666; id., *Il nuovo danno all'ambiente*, in *Resp. civ.*, 2009, 785; id., *Trattato della responsabilità civile. L'illecito*, 2004; F. Galgano, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 532.

moniale; dall'altro lato, la Sezione II colloca al centro del discorso la struttura del diritto di proprietà, il quale si scinde nel potere di disporre, la cui lesione sarebbe destinata a risolversi solo in un lucro cessante, per il quale varrebbero in toto gli oneri di specifica allegazione e prova del pregiudizio lamentato, e nel potere di godere. Invece, in tale prospettiva, a venire in rilievo sarebbe l'impedimento mero a ricavare dal bene occupato l'utilità diretta, ossia il godimento *ex art. 832 c.c.*, che non dovrebbe richiedere altra prova ulteriore rispetto a quella del fatto generatore del danno.

Sulla base di una prima ricostruzione, si evoca una concezione reale del danno: si valorizza la possibilità di accreditare una concezione del danno, attinente alla compressione del potere o facoltà di godimento in quanto tale del bene, anche a prescindere dalla possibilità di ritrarne frutti civili o naturali.

Questa impostazione consente di ipotizzare una peculiare tutela risarcitoria, con riferimento alla componente statica del diritto di proprietà.

Essa si riconduce all'utilizzo diretto del bene da parte del titolare del diritto, corrispondendo il danno alla lesione in sé del godimento del bene, generativa di un danno-conseguenza, coincidente con il danno-evento.

In tal caso il danno *in re ipsa*, in considerazione della sola perdita del diritto di godimento in capo al titolare.

Tale ricostruzione del danno *in re ipsa* è aspramente criticata, poiché in contrasto con i dogmi della responsabilità civile, rilevando, ai fini risarcitori, il solo danno conseguenza, (da allegare e provare necessariamente).

Siffatta tesi ermeneutica darebbe cittadinanza ai cc.dd. danni punitivi, forieri di obbligazioni risarcitorie non solo meramente reintegrativo-compensative, ma sanzionatorie (11).

(11) Il principio secondo il quale non si può permettere a nessuno di trarre giovamento e profitto dal compimento di un comportamento illecito e, pertanto, la previsione di figure rimediali con carattere sanzionatorio e punitivo, è diventato un dogma irrinunciabile al fine di porre certezza nell'ordinamento giuridico ma anche nei contratti e negli scambi economici. Di fatto trova qui applicazione il proverbio "il fine giustifica i mezzi". Ecco allora che nel sistema di *common law* faceva ingresso la categoria rimediale dei *punitive damages* nella sua accezione di ristoro del pregiudizio sofferto da un soggetto e secondo cui il giudice doveva applicare una "pena privata" da quantificare in maniera proporzionale all'offesa arrecata nel caso pendente: infatti la disciplina americana in materia di responsabilità civile, in caso di evento dannoso ed economicamente perseguibile, consente al danneggiato l'effettivo risarcimento sia del pregiudizio economico sofferto, sia dei danni non parimenti monetizzabili, i c.d. *pain and suffering*. I principi che stanno alla base dell'istituto processuale dei *punitive damages* sono gli stessi che fondano l'intero sistema dell'*Equity*, ovvero di quel sistema giuridico anglosassone che si è sviluppato grazie all'operato delle Corti regie di giustizia.

### 3. Conclusioni

Il contrasto sembra, tuttavia, stemperarsi, per la circostanza per cui entrambi gli indirizzi riconoscono la facoltà di provare il danno, mediante il ricorso alle presunzioni semplici o al fatto notorio.

L'annosa querelle attiene alla *species* di danno risarcibile: è dibattuto, in dottrina e in giurisprudenza, se si sia o meno in presenza di un danno emergente o di un lucro cessante, con tutto quanto ne consegue sul piano probatorio.

Ciò, a sua volta, impone di prendere posizione sul contenuto del diritto di proprietà, stabilendo se il mero mancato godimento del bene possa integrare un danno.

Il dibattito tende inevitabilmente a scivolare dal piano sostanziale – quello della configurabilità del risarcimento nel caso di danno *in re ipsa* – al piano strettamente processuale dell'onere della prova.

Anche l'indirizzo che ripudia l'ammissibilità di un danno presunto acconsente poi, alla fine, di andare ad alleggerire l'onere della prova gravante sul danneggiato, giungendo quasi ad una sua inversione, mediante il ricorso allo strumento delle presunzioni semplici. Le distanze fra i risultati attinti dai due orientamenti sono, in realtà, meno rilevanti di quanto appare *prima facie*.

La risposta di compromesso delle S.U. si muove, appunto, in una prospettiva riduzionistica, con funzione di mitigazione degli effetti sul piano sostanzial-processuale. Ammessa in linea teorica, la nozione di danno *in re ipsa* (12) viene stemperata finendo per appropiare sul dogma di allegazione del pregiudizio, prova presuntiva, liquidazione in via equitativa.

Pertanto si è affermato che, in caso di occupazione di un immobile *sine titulo*, il danno subito dal proprietario non può ritenersi *in re ipsa*, ma deve essere sempre provato, ancorché attraverso il ricorso a presunzioni semplici (13), che comunque rivelino

(12) E proprio il richiamo al danno *in re ipsa* in tale contesto induce a riflettere sulle convergenze o simmetrie che fra le due forme di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale) si possono costruire anche grazie alla figura di cui si tratta, ancorché non sia questa la sede per trattarne.

(13) Nel medesimo senso Cass. n. 1162/2021 cit., la quale nota che il danno *in re ipsa* vero e proprio "non comporterebbe soltanto un semplice alleggerimento del peso probatorio del danneggiato: questi verrebbe, a ben vedere, sollevato anche dall'onere di allegazione del danno, con conseguente commissione del diritto di difesa dell'autore della violazione", sicché "salva la prova contraria del preteso danneggiante, il soggetto leso potrebbe ottenere un risarcimento anche quando, in concreto, non abbia subito alcun pregiudizio". Non si comprende appieno se il danno sia presunto o se vada allegato e provato; se il *discrimen* consista nell'intensità dell'onere di allegazione e prova in capo al presunto danneggiato o, infine, se riguardi solo il *quantum* del risarcimento". Inoltre, nel senso che "la Suprema Corte discorre con tanta costanza di danno *in re ipsa*, ma ciò che intende dire è semplicemente che la prova del danno è *in re ipsa*, dal momento che "il danno a carico del proprietario privato del godimento del bene, pur concettual-

l'intenzione concreta del proprietario di mettere l'immobile a frutto, dovendo, inoltre, la liquidazione equitativa dello stesso compiersi sulla base di un prudente contemperamento dei vari fattori di probabile incidenza del pregiudizio nel caso concreto, essendo il giudice chiamato a dare conto, in motivazione, del peso specifico attribuito ad ognuno di essi, in modo da rendere evidente il percorso logico seguito nella propria determinazione e consentire il sindacato del rispetto dei principi del danno effettivo, dell'integralità e della funzione eminentemente reintegrativo-compensativa del risarcimento.

GIUSEPPE MARIA MARSICO

---

mente distinto dalla lesione del diritto di proprietà, è un danno che può normalmente desumersi dalla lesione stessa”.

Sul punto v. F. Di Marzio, *Occupazione di immobili senza titolo e rimedi esperibili dal proprietario*, in *Imm. propr.*, 2011, 6, 382. M. Barcellona, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987, 681, segnala come il principio di patrimonialità rinvia al mercato, “nel quale si soddisfano tanto interessi patrimoniali che interessi non patrimoniali e nel quale la forma economica della merce dipende soltanto dalla tramutabilità di qualsiasi utilità o di qualsiasi interesse di qualsivoglia natura in valore di scambio”.

Nel senso di innominato; non previsto da disposizioni vigenti.

N. Rizzo, *La causalità civile*, Torino, Giappichelli, 2022, 132 ss; Id, *Il problema delle concause dell'evento dannoso nella costruzione del modello civile di causalità giuridica: introduzione a una teoria*, in *Resp. civ. prev.*, maggio-giugno 2022, 713 ss.,

La tesi di Rizzo parrebbe riposare sul dualismo causalità materiale – danno evento/causa giuridica – danno conseguenza. Postulando la scomposizione dei due commi dell'art. 1227: il primo, da riferire al danno evento (art. 1218 c.c.); il secondo, al danno conseguenza (art. 1223 c.c.).

Questo servirebbe solo alla valutazione economica di quello. In presenza di un contributo causale del terzo, il risarcimento sarà ridotto “considerando l'efficienza eziologica della causa giuridicamente rilevante”.

Tale è appunto la causalità convocata dall'ordinaria diligenza dell'art. 1227, c. 2, c.c.

Gli effetti plausibilmente prevedibili; e così evitabili, tenendo un comportamento ordinariamente diligente.

Non si sfugge: se l'effetto empirico (la frattura) appare evitabile. Si potrà discutere sulla eziologia dell'evitabilità. Quali conseguenze includere nella ordinaria evitabilità e quali escludere.

Ma non è questo il punto. Il punto è che l'art. 1223 non descrive una sorta di diversa causalità, meramente contabile. Implica la categoria universale della *conditio*.

La costruzione del fatto si realizza attraverso il dispiegarsi degli accadimenti in sequenza, stretti in unità dal nesso di dipendenza eziologica.

Il fatto dannoso è pensato come divenire sequenziale; ed è costituito dalle conseguenze dell'art. 1223. Le quali si dimostrano irrilevanti come titolo risarcitorio quando ordinariamente evitabili dal danneggiato.

Cfr. anche A. Iuliani, *op. cit.*, 363 ss.

4264 – Corte di cassazione, Sezioni unite civili; ordinanza 10 febbraio 2023; Pres. (f.f.) D'Ascola, Est. Di Paolantonio; O.G.C. e altro c. Proc. gen. Corte dei conti e altri.

*Cassa senza rinvio Corte conti, Sez. I centr. app., 11 novembre 2021, n. 460.*

**Giurisdizione e competenza – Società a partecipazione pubblica – Danno – Giurisdizione del giudice ordinario – Sussistenza – Fattispecie.**

Cost. art. 103, c. 2; r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, approvazione del t.u. delle leggi sulla Corte dei conti, art. 13; d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, art. 12.

*In tema di società di capitali a partecipazione pubblica, prive dei requisiti per essere qualificate “in house”, la giurisdizione della Corte dei conti sussiste solo qualora sia prospettato un danno arrecato dalla società partecipata al socio pubblico in via diretta, e non quale mero riflesso della perdita di valore della partecipazione sociale, o sia contestato al rappresentante del socio pubblico di aver colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, così pregiudicando il valore della partecipazione, o, infine, sia configurabile la speciale natura dello statuto legale di alcune società partecipate (nella specie, la S.C. ha dichiarato il difetto di giurisdizione contabile, non essendosi prospettato lo sviamento ad altri fini del capitale pubblico, bensì il pregiudizio economico al patrimonio della società partecipata, che solo indirettamente si ripercuoteva sull'ente pubblico socio, attraverso la diminuzione del valore della quota di partecipazione). (1)*

*Ragioni della decisione* – 1. Preliminarmente occorre dare atto della rinuncia al ricorso incidentale formulata, nel rispetto delle forme richieste dall'art. 390 c.p.c., da D.P., che ha allegato all'atto la scrittura privata di transazione stipulata con il Comune di *Omissis* il 27 giugno 2022 e l'assenso prestato dalla Procura regionale per la Lombardia alla compensazione delle spese di lite. L'intervenuta rinuncia determina ex art. 391 c.p.c. l'estinzione del giudizio di legittimità, limitatamente al ricorso incidentale.

2. Il ricorso principale denuncia, con un unico motivo formulato ai sensi dell'art. 360, n. 1, c.p.c., “violazione e/o falsa applicazione degli artt. 102 e 103 Cost., dell'art. 1 d.lgs. n. 174/2016 e dell'art. 12 d.lgs. n. 175/2016”.

I ricorrenti ripercorrono, in premessa, le vicende sulle quali si è innestata l'azione di responsabilità contabile e deducono che il raccordo ferroviario alla cui realizzazione era finalizzato il contratto di appalto era già stato oggetto di intese intervenute fra *Omissis* s.r.l.

---

(1) I. - Massima ufficiale.

II. - Segue la nota di S. Miriello, *Il riparto di giurisdizione tra giudice contabile e giudice ordinario in tema di società a prevalente capitale pubblico*.



e *Omissis* s.r.l. e per questo la *Omissis* aveva ottenuto da Rete Ferroviaria l'approvazione del progetto presentato. Si trattava, quindi, di un'opera privata, destinata a realizzare esclusivamente un interesse economico ed imprenditoriale della committente, tanto che la perizia di stima del patrimonio della s.r.l., poi divenuta *Omissis* s.r.l., evidenziava che “il vero motivo di interesse è rappresentato dal possesso, da parte di *Omissis* s.r.l., di una concessione rilasciata da Rfi per la costruzione di un raccordo ferroviario nella stazione di *Omissis*”.

Muovendo da detta premessa e ribadito che la s.r.l. *Omissis*, società a capitale misto pubblico-privato, non ha mai posseduto i requisiti necessari per essere qualificata *in house providing*, i ricorrenti asseriscono che in applicazione dell'art. 12 del d.lgs. n. 175/2016 la giurisdizione contabile doveva essere esclusa, perché il legislatore con la disposizione citata ha inteso limitare l'azione per danno erariale alle sole ipotesi in cui venga in rilievo la responsabilità degli organi di gestione e di controllo di società di capitali qualificabili *in house*.

Aggiungono che *Omissis* s.r.l. perseguiva scopi prettamente industriali e commerciali tanto che, in ragione dell'assenza del perseguimento di interessi generali della comunità territoriale, su sollecitazione della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti, il Comune di *Omissis* avviava il programma di cessione a terzi della partecipazione indiretta.

Richiamano, poi, la relazione redatta dal liquidatore della s.r.l. il quale, nel richiedere il fallimento della s.r.l., sottolineava che «l'oggetto sociale della società, consistente nel “progettare, costruire e gestire l'impianto di raccordo ferroviario”, prevedeva inoltre “l'attività di movimentazione merci, stoccaggio, trasporto [...]” ed ancora i “servizi di manutenzione di mezzi ferroviari e stradali [...] attività di ristorazione ed alberghiera al servizio del raccordo ferroviario”», ossia “un oggetto squisitamente commerciale ed un palese fine di lucro [...] assai distanti dalla gestione di un mero servizio comunale”.

Deducono, richiamando giurisprudenza di queste Sezioni unite, che il danno cagionato al patrimonio di una società a partecipazione pubblica dalla *mala gestio* degli amministratori (o componenti dell'organo di controllo) e dei dipendenti, non è qualificabile in termini di danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della detta società sia socio, atteso che la distinzione tra la società di capitali e i singoli soci e la piena autonomia patrimoniale della prima rispetto ai secondi non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illecito comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell'ente, né di configurare un rapporto di servizio tra l'ente medesimo e l'agente.

### 3. Il ricorso è fondato.

Queste Sezioni unite da tempo hanno affermato, con orientamento costante (cfr. fra le tante più recenti Cass., S.U., 15 gennaio 2021, n. 614 e 13 settembre

2018, n. 22409), che la mera assunzione della qualità di socio da parte dello Stato o di un ente pubblico non costituisce una ragione sufficiente ai fini della devoluzione dell'azione di responsabilità alla giurisdizione contabile. Infatti, al di fuori delle ipotesi della società *in house* e delle società c.d. legali (quelle, cioè, attraverso le quali l'ente pubblico svolge un'attività amministrativa in forma privatistica), il danno subito dalla società a causa della *mala gestio* degli amministratori o dei componenti dell'organo di controllo non è qualificabile come danno erariale, inteso come pregiudizio arrecato direttamente allo Stato o all'ente pubblico che rivesta la qualità di socio, dal momento che la distinta soggettività giuridica riconosciuta alle società di capitali e l'autonomia patrimoniale di cui le stesse sono dotate rispetto ai loro soci escludono, sia la possibilità di riferire al patrimonio di questi ultimi il danno che l'illecito comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio della società, sia la configurabilità di un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente titolare della partecipazione (cfr. Cass., S.U., 11 settembre 2019, n. 22712; 2 settembre 2013, n. 20075; 3 maggio 2013, n. 10299).

Ove la società partecipata dallo Stato o dall'ente pubblico non posseda i requisiti richiesti per essere qualificata *in house*, la giurisdizione della Corte dei conti sussiste nei soli casi in cui sia prospettato un danno arrecato dal rappresentante della società partecipata al socio pubblico in via diretta (non, cioè, quale mero riflesso della perdita di valore della partecipazione sociale), o sia contestato al rappresentante del socio pubblico di aver colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, così pregiudicando il valore della partecipazione, o, infine, sia configurabile la speciale natura dello statuto legale di alcune società partecipate (cfr. Cass., S.U., n. 22409/2018 cit.).

4. Le conclusioni cui è pervenuta l'elaborazione giurisprudenziale, hanno trovato conferma nell'art. 12 d.lgs. n. 75/2016 che, nel disciplinare la responsabilità dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società a partecipazione pubblica, ha previsto che “I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2.

Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione”.

La disposizione citata distingue, infatti, il danno arrecato direttamente al capitale della società (e solo indirettamente all'ente pubblico partecipante) da quello che incide in via diretta ed immediata sul valore della partecipazione dell'ente pubblico e, mentre per il primo consente l'azione di responsabilità contabile solo qualora si sia in presenza di una società *in house*, per l'altro prescinde da detta qualificazione, ma sempre a condizione che sussista una relazione diretta, non mediata, fra la condotta tenuta dal rappresentante della società o da quello del socio pubblico e il danno subito dalla pubblica amministrazione.

4.1. In tal senso queste Sezioni unite si sono già espresse (Cass., S.U., 18 maggio 2022, n. 15979) evidenziando che l'*incipit* del c. 2 dell'art. 12 per la sua ampiezza (il danno [...] subito dagli enti partecipanti) e per il mancato richiamo al comma 1, non consente opzioni ermeneutiche che limitino l'applicazione del comma in parola alle sole società *in house* ed il riferimento fatto a coloro che hanno mal gestito la partecipazione dall'interno della società partecipata “*non preclude la natura più ampia ed infatti generale della descritta proposizione principale, nettamente scolpita nell'affermazione per cui costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti [...] la responsabilità viene qui definita solo in senso oggettivo (con riguardo al danno), lasciando impregiudicata la selezione soggettiva di chi, diverso dai rappresentanti e decisori di cui all'inciso, abbia comunque assunto, nell'ente pubblico partecipante (o in una relazione di servizio con esso), una condotta connessa ad attività della società partecipata e causativa in modo diretto del danno all'ente pubblico medesimo*”.

Con la pronuncia citata si è precisato anche che l'ampia formulazione della rubrica dell'art. 12 (Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate) ed il mancato richiamo nel comma 2 alla vicenda del danno erariale risalente a condotte degli amministratori e dipendenti delle società *in house* di cui al comma 1, non lasciano spazio ad una interpretazione restrittiva della disposizione in commento, con la quale il legislatore, nel recepire sostanzialmente gli approdi ai quali la giurisprudenza era già pervenuta, non ha certo inteso affermare “*che, al di fuori delle società in house, sarebbe sempre, per principio normativo, assente la possibilità di configurare un danno erariale diretto all'ente pubblico partecipante, a prescindere dalla vicenda del titolo di affidamento di un eventuale servizio pubblico o sostegno finanziario assicurato alla società partecipata e della natura pubblica delle risorse (malamente) utilizzate, così irragionevolmente limitando il nesso di collegamento della responsabilità erariale ai soli canoni dell'agire della pubblica amministrazione per il tramite di una società in house providing*”.

Resta, quindi, ancora attuale l'orientamento, richiamato in premessa, secondo cui la natura non *in house* della società partecipata non esclude in radice, come sembra sostenere parte ricorrente, l'azione era-

riale, azione che resta consentita, ma solo a condizione che venga fatto valere un danno cagionato in via diretta, e non mediata, alla partecipazione dell'ente pubblico.

5. Qualora, poi, alla società non *in house*, partecipata dall'ente pubblico, venga affidata la cura di un servizio o la realizzazione di un'opera pubblica, ossia attività in passato riservate alla pubblica amministrazione, il riparto di giurisdizione come delineato dall'art. 12 d.lgs. n. 175/2016, va coniugato con l'applicazione dei principi enunciati da queste Sezioni unite in relazione alle ipotesi in cui il soggetto privato venga investito di funzioni obiettivamente pubbliche, che gli attribuiscono la qualifica di organo indiretto dell'amministrazione.

Detti principi sono stati riassunti da Cass., S.U., 5 dicembre 2019, n. 31755, che ha ripercorso l'evoluzione giurisprudenziale con la quale al criterio eminentemente soggettivo, che identificava l'elemento fondante della giurisdizione della Corte dei conti nella condizione giuridica pubblica dell'agente, è stato sostituito un criterio oggettivo, che fa leva sulla natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse finanziarie a tal fine adoperate.

Si è, quindi, giunti ad affermare che la responsabilità amministrativa per danno erariale postula una relazione funzionale tra il presunto autore dell'illecito e l'amministrazione pubblica, relazione che non implica necessariamente un rapporto di impiego in senso proprio, essendo sufficiente un rapporto di servizio inteso quale relazione funzionale che rende l'autore del danno compartecipe dell'operato dell'amministrazione o dell'ente. Tale rapporto di servizio sussiste allorché un ente privato esterno all'amministrazione venga incaricato di svolgere, nell'interesse e con le risorse di quest'ultima, un'attività o un servizio pubblico in sua vece, inserendosi in tal modo nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione, mentre è irrilevante il titolo in base al quale la gestione è svolta, che può consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, in una concessione amministrativa, in un contratto e perfino mancare del tutto, potendo il relativo rapporto modellarsi secondo gli schemi generali previsti e disciplinati dalla legge, ovvero discostarsene in tutto o in parte (Cass., S.U., 12 dicembre 2019, n. 32608 che richiama S.U., 14 gennaio 2015, n. 473 e 30 agosto 2019, n. 21871).

6. Cass., S.U., 5 dicembre 2019, n. 31755 (negli stessi termini Cass., S.U., n. 32608/2019 cit. e S.U. n. 15979/2022 cit.) ha precisato che in tal caso l'esistenza di un rapporto di servizio, idoneo a fondare la giurisdizione del giudice contabile può essere configurata in capo alla società, ma non anche personalmente in capo ai soggetti (organi o dipendenti) della stessa, essendo questa dotata di autonoma personalità giuridica. Data la distinta personalità di cui la società è dotata e la sua conseguente autonomia patrimoniale rispetto ai soci (e quindi rispetto all'ente pubblico partecipante), i danni eventualmente ad essa cagionati dalla *mala gestio* degli organi sociali o comunque da

atti illeciti imputabili a organi o a dipendenti non integrano gli estremi del danno erariale, in quanto si risolvono in un pregiudizio gravante sul patrimonio della società, che è un ente soggetto alle regole di diritto privato, e non su quello del socio pubblico.

6.1. Ricordati i principi solo apparentemente dissonanti affermati in relazione agli amministratori di società e di associazioni private, le Sezioni unite hanno evidenziato che in quei casi veniva in rilievo un danno (quale quello derivante dalla distrazione ad altri fini di erogazioni effettuate dall'ente pubblico in ragione del perseguimento di interessi di carattere generale) direttamente arrecato alla finanza pubblica, sicché, con riferimento alle società partecipate non *in house*, concessionarie di servizio pubblico, hanno ribadito che il danno ha natura erariale e consente l'azione anche nei confronti dell'amministratore della società a condizione che il pregiudizio che si fa valere sia quello sofferto, non dalla società partecipata, ma direttamente dall'ente pubblico, per le condotte connesse alla concessione del servizio.

7. Sulla base dei richiamati principi, qui ribaditi, il ricorso principale deve essere accolto.

Premesso che per incardinare la giurisdizione della Corte dei conti è condizione necessaria l'allegazione di una fattispecie oggettivamente riconducibile allo schema del rapporto d'impiego o di servizio del suo preteso autore (Cass., S.U., n. 31755/2019 cit. ed i richiami ivi contenuti al punto 6.4), va detto che l'azione è stata esercitata sul presupposto che alla società *Omissis*, partecipata di secondo livello, sarebbero state trasferite "funzioni oggettivamente pubbliche proprie del comune, necessarie per la realizzazione dell'opera, con le correlate risorse finanziarie" (p. 21 dell'atto di citazione) ed il danno, qualificato erariale, è stato ravvisato, in ragione della sostanziale inutilizzabilità delle opere realizzate, nell'intera somma liquidata dalla direzione dei lavori in favore della società appaltatrice (p. 23 della citazione).

Nella citazione si sottolinea, da un lato, che detto danno è stato conseguenza della "scriteriata gestione dei rapporti con la società appaltatrice i lavori, ed in particolare (del)la mancata adozione delle misure e delle cautele normalmente richieste ed esigibili da un amministratore di società pubbliche affidatarie di commesse di rilievo pubblicistico" (p. 23), dall'altro che "per effetto di tale scriteriata gestione si è determinata anche una perdita di valore delle quote di *Omissis* s.r.l. detenute dalla *Omissis* s.p.a., con inevitabili ripercussioni sul patrimonio del socio unico (Comune di *Omissis*)" (p. 22).

La procura regionale, quindi, non ha agito per far valere la distrazione o lo sviamento ad altri fini di capitale pubblico, né ha domandato il ristoro del pregiudizio direttamente cagionato all'ente territoriale titolare della partecipazione, avendo, invece, individuato il danno nell'intera somma liquidata in favore della società appaltatrice dalla *Omissis* s.r.l., così prospettando un pregiudizio economico che solo indirettamente si ripercuote sull'ente territoriale, per il tramite della

diminuzione del valore della quota detenuta dalla società partecipata dal Comune di *Omissis*.

Si è quindi in presenza di condotte di *mala gestio* in relazione alle quali gli strumenti di reazione sono quelli apprestati dal diritto privato, strumenti ai quali, come evidenziato nello storico di lite, l'ente territoriale e la società direttamente partecipata da quest'ultimo hanno fatto ricorso.

8. Va, di conseguenza, dichiarato il difetto di giurisdizione della Corte dei conti.

Non occorre provvedere sulle spese stante la natura di parte solo in senso formale del Procuratore generale presso la Corte dei conti.

*P.q.m.*, la Corte dichiara l'estinzione del giudizio di cassazione limitatamente al ricorso incidentale.

Accoglie il ricorso principale, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice contabile e cassa senza rinviare la sentenza impugnata.

### **Il riparto di giurisdizione tra giudice contabile e giudice ordinario in tema di società a prevalente capitale pubblico**

Le Sezioni unite della Suprema Corte di cassazione, con l'ordinanza in epigrafe, hanno affrontato la questione circa il riparto di giurisdizione in tema di società di capitale a partecipazione pubblica, priva dei requisiti necessari per essere qualificata *in house providing*, in conseguenza della *mala gestio* degli amministratori e dei dipendenti.

La questione, risultando particolarmente complessa, richiede, in via preliminare, di tratteggiare i confini della giurisdizione della Corte dei conti che, ai sensi dell'art. 103, c. 2, Cost. vengono individuati "*nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge*". In tal senso il contenuto e i limiti della giurisdizione della Corte dei conti, in tema di responsabilità, trovano la loro base normativa nella previsione del r.d. n. 1214/1934, art. 13, secondo cui la Corte giudica sulla responsabilità per i danni arrecati all'erario da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro funzioni. Il fondamento dell'attribuzione alla Corte dei conti di funzioni giurisdizionali è rinvenibile nella necessità di verificare, sia *ex ante* con un sistema di controlli, sia *ex post* con decisioni di un organo neutrale – qual è il giudice – l'operato di chi maneggia risorse della collettività e di chi agisce per conto di una pubblica amministrazione (cfr. Cass., S.U., 15 gennaio 2010, n. 519). Da ciò, quindi, si evince che i limiti esterni della giurisdizione della Corte dei conti sono stati tradizionalmente individuati in relazione alla netta distinzione tra l'area del pubblico e quella del privato.

Tuttavia, la più recente evoluzione normativa del sistema, ha reso l'individuazione di tali confini più complessa, soprattutto in seguito al fenomeno della c.d. privatizzazione che ha comportato il trasferimento in capo a soggetti privati di una serie di attività che

una volta erano ritenute di pertinenza esclusiva della sfera pubblica. In ragione di ciò, dottrina e giurisprudenza hanno discusso circa l'applicabilità della responsabilità amministrativa, con la conseguente giurisdizione della Corte dei conti, agli amministratori e ai dipendenti di società di capitali in mano pubblica. Sul punto le diverse posizioni, che sono state elaborate, possono essere ricondotte ai seguenti tre orientamenti.

Una prima corrente, caratterizzata da un'impostazione tradizionalista tale da rimanere costante per oltre un trentennio, riconosce la giurisdizione del giudice contabile ai soli soggetti tenuti all'osservanza delle regole di contabilità pubblica e, conseguentemente, alle sole responsabilità connesse all'esercizio di poteri autoritativi o di funzioni pubbliche. Di qui l'esclusione dalla giurisdizione della magistratura contabile, e il conseguente assoggettamento alla disciplina dell'imprenditore privato, degli enti pubblici economici esercenti attività imprenditoriali e, a maggior ragione, delle società a partecipazione pubblica.

Tale ricostruzione, per quanto rendesse più agevole individuare i limiti esterni della giurisdizione della Corte dei conti in ragione di una netta distinzione tra l'area del pubblico e quella del privato, è stata criticata e, allo stesso tempo, superata da una parte della giurisprudenza di legittimità. Gli ermellini, dopo aver riconosciuto la giurisdizione del giudice contabile anche nei casi di danno erariale arrecato dagli amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici, hanno esteso la medesima competenza anche alle società partecipate in modo totalitario o prevalente, in quanto si tratta di soggetti che – sebbene in forme privatistiche – perseguono fini pubblici attraverso l'utilizzo di risorse pubbliche.

Tuttavia, gli orientamenti sin qui delineanti risultano superati dall'orientamento, ormai consolidato dalla giurisprudenza di legittimità in forza del quale la questione della ripartizione della competenza tra magistratura contabile e giudice ordinario va affrontata distinguendo tra la responsabilità degli organi sociali nei confronti della società e la responsabilità assunta dagli organi sociali direttamente nei confronti dei soci o dei terzi (Cass., S.U., 13 settembre 2018, n. 22409).

Nel sistema del diritto societario, infatti, il risarcimento dei danni al patrimonio sociale compete solo alla società, di modo che per il socio anche il ristoro è destinato a realizzarsi unicamente nella medesima maniera indiretta in cui si è prodotto il suo pregiudizio. Per contro, il diritto al risarcimento dei danni prodotti direttamente al patrimonio del socio (e che non consistano nella semplice ripercussione di un danno inferto alla società) compete al socio stesso, che è l'unico legittimato a dolersene (cfr. Cass, S.U., 19 dicembre 2009, n. 26806).

In sostanza, ai fini della competenza del giudice contabile, occorre distinguere tra le due seguenti fattispecie: responsabilità degli organi sociali nei confronti della società: in questo caso, trattandosi di danno cagionato al patrimonio della società dall'atto di *mala*

*gestio* posto in essere dall'amministratore della società a capitale pubblico, non è configurabile un rapporto di servizio e quindi un danno erariale. D'altronde, la distinzione tra la personalità giuridica della società partecipata e quella del socio pubblico partecipante nonché l'autonomia patrimoniale della prima rispetto al secondo non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illegittimo comportamento degli organi sociali abbia arrecato al patrimonio dell'ente. Il patrimonio della società è e resta privato, sicché del danno economico ad esso arrecato solo alla società compete il risarcimento. Ne discende che il danno inferto dagli organi della società al patrimonio sociale legittima l'azione sociale di responsabilità, ma non configura anche un'ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei conti; responsabilità assunta dagli organi sociali direttamente nei confronti del socio pubblico: in questo caso, l'esistenza di un danno cagionato direttamente all'ente pubblico partecipante legittima l'azione del procuratore contabile tesa a far valere la responsabilità degli amministratori della società partecipata dall'ente pubblico direttamente danneggiato dall'attività di *mala gestio*. (1)

In quest'ottica, la giurisprudenza ha intrapreso, in punto di riparto di giurisdizione fra giudice contabile e giudice ordinario, un approccio più "sostanzialistico", sostituendo un criterio eminentemente soggettivo, che identificava l'elemento fondante della giurisdizione della Corte dei conti nella condizione giuridica pubblica dell'agente, un criterio oggettivo facente leva sulla natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse finanziate a tal fine adoperate. Pertanto, occorre avere riguardo al rapporto di servizio tra l'agente e la pubblica amministrazione, senza che rilevi né la natura giuridica dell'atto di investitura – provvedimento, convenzione o contratto – né quella del soggetto che la riceve, sia essa una persona fisica o giuridica, privata o pubblica. Quindi, nell'attuale assetto normativo, il dato essenziale che radica la giurisdizione della Corte dei conti è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico di una pubblica amministrazione e non più dalla natura – pubblica o privata – del soggetto dal quale proviene la condotta produttiva del danno (cfr. Cass., S.U., 5 dicembre 2019, n. 31755).

In questo contesto, si inserisce la pronuncia in esame che, sottoposta al vaglio del giudice nomofilattico, trae origine dal ricorso presentato dai ricorrenti A.G.O. e G.C.O., in qualità di soci della *Omissis* s.r.l. Questa risulta essere una società a capitale misto pubblico-privato, partecipata dal Comune di *Omissis*, e alla quale Rfi (Rete ferroviaria Italia) aveva rilasciato la concessione per la costruzione di un raccordo ferroviario nella stazione di *Omissis*. La società *Omissis* s.r.l., a sua volta, aveva stipulato con la *Omissis* s.r.l. un contratto di appalto volto alla realizzazione del raccordo ferroviario. Tuttavia, il contratto non veniva

(1) A. Monorchio, L. Mottura, *Compendio di contabilità di Stato*, Bari, Cacucci editore, 2021.

correttamente adempiuto dall'appaltatrice, in quanto si accertava che il cantiere era in stato di abbandono e le opere non erano state eseguite. Con la sentenza n. 460 dell'11 novembre 2021, la Corte dei conti, Sezione I centrale d'appello, confermando la sentenza della Sezione giurisdizionale per la Regione Lombardia, ha condannato i ricorrenti a risarcire il danno erariale cagionato al Comune di *Omissis*. In particolare, i giudici contabili hanno affermato la loro giurisdizione, non perché fosse stata accertata la natura di società *in house* della *Omissis* s.r.l., bensì valorizzando l'interesse pubblico che la realizzazione del raccordo ferroviario intendeva perseguire e la natura egualmente pubblica del capitale impiegato per la costruzione dell'opera.

Avverso la sentenza emanata dal giudice contabile, i ricorrenti hanno proposto ricorso per cassazione deducendo un unico motivo di ricorso volto a riscontrare la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 102 e 103 Cost., dell'art. 1 d.lgs. n. 174/2016 e dell'art. 12 d.lgs. n. 175/2016 in quanto *Omissis* s.r.l., da un lato era priva dei requisiti per essere qualificata società *in house* ragion per cui non doveva essere sottoposta al giudizio del giudice contabile, e dall'altro, perseguiva scopi prettamente industriali e commerciali.

Il ricorso risulta essere fondato. Da quanto precede e in conformità con la costante giurisprudenza (cfr. Cass., S.U., 13 settembre 2018, n. 22409) si può affermare che la mera assunzione della qualità di socio da parte dello Stato o di un ente pubblico, come nel caso di specie il Comune di *Omissis*, non costituisce una ragione sufficiente ai fini della devoluzione dell'azione di responsabilità alla giurisdizione contabile. Infatti, al di fuori delle ipotesi della società *in house* e delle società c.d. legali, il danno subito dalla società a causa della *mala gestio* degli amministratori o dei componenti dell'organo di controllo non è qualificabile come danno erariale, inteso come pregiudizio arrecato direttamente allo Stato o all'ente pubblico che rivesta la qualità di socio, dal momento della distinta soggettività giuridica, insieme all'autonomia patrimoniale, riconosciuta alle società di capitali. In ragione di tale requisito, di cui la società è dotata, i danni eventualmente ad essa cagionati dalla *mala gestio* degli organi sociali o comunque da atti illeciti imputabili a organi o a dipendenti non integrano gli estremi del danno erariale, in quanto si risolvono in un pregiudizio gravante sul patrimonio della società, che è un ente soggetto alle regole di diritto privato, e non su quello del socio pubblico.

Tale ricostruzione, operata dalla giurisprudenza di legittimità, trova conferma nell'art. 12 d.lgs. n. 175/2016 che, nel disciplinare la responsabilità dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate, ha previsto che "*I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. È de-*

*voluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al c. 2"*. La disposizione in esame distingue, infatti, il danno arrecato direttamente al capitale della società (e solo indirettamente all'ente pubblico partecipante) da quello che incide in via diretta e immediata sul valore della partecipazione dell'ente pubblico e, mentre per il primo consente l'azione di responsabilità contabile solo qualora si sia in presenza di una società *in house*, per l'altro prescinde da detta qualificazione, ma sempre a condizione che sussista una relazione diretta, non mediata, fra la condotta tenuta dal rappresentante della società o da quello del socio pubblico e il danno subito dalla pubblica amministrazione.

In ragione di quanto sin qui detto, l'ordinanza oggetto di disamina conferma quella giurisprudenza maggioritaria in forza del quale la natura non *in house* della società partecipata non esclude in radice, l'azione erariale, azione che resta consentita, ma solo a condizione che venga fatto valere un danno cagionato in via diretta, e non mediata, alla partecipazione dell'ente pubblico. Qualora, poi, alla società non *in house*, partecipata dall'ente pubblico, venga affidata la cura di un servizio o la realizzazione di un'opera pubblica, ossia attività in passato riservate alla pubblica amministrazione, il riparto di giurisdizione come delineato dal d.lgs. n. 175/2016, art. 12, va coniugato con l'applicazione dei principi enunciati da queste Sezioni unite in relazione alle ipotesi in cui il soggetto privato venga investito di funzioni obiettivamente pubbliche, che gli attribuiscono la qualifica di organo indiretto dell'amministrazione.

In conclusione non appartiene alla giurisdizione della Corte dei conti, ma è riservata a quella del giudice ordinario, la cognizione delle controversie afferenti la responsabilità per "*mala gestio*" imputabile ad amministratori di società a partecipazione pubblica, laddove il danno di cui si invochi il ristoro sia riferito al patrimonio sociale, restando quest'ultimo privato e separato da quello dei soci, né divenendo una siffatta società essa stessa un ente pubblico per il solo fatto di essere partecipata da un ente pubblico (Cass., S.U., ord. 3 maggio 2013, n. 10299).

SAMANTHA MIRIELLO

5657 – Corte di cassazione, Sezioni unite civili; sentenza 23 febbraio 2023; Pres. Curzio, Rel. Rossetti; *Omissis* s.r.l. c. *Omissis* s.r.l. e altri. Cassa con rinvio App. Trieste, 19 dicembre 2018, n. 751.

**Contratti in genere – Tutela degli interessi – Meritevolezza – Valutazione – Criteri – Leasing – Determinazione del canone con clausola di indicizzazione ad un tasso finanziario e ad un tasso di cambio – Natura di strumento finanziario derivato implicito – Esclusione.**

Cost., artt. 2, c. 2, 4, c. 2, 41, c. 2; c.c., artt. 1322, c. 2, 1332, 1375, 1933; d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, t.u. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, art. 1.

*Deve essere cassata la sentenza con cui il giudice di merito ha formulato il giudizio di immeritevolezza ex art. 1322, c. 2, c.c. avendo riguardo alla convenienza, alla chiarezza e alla aleatorietà del patto intervenuto tra le parti e non piuttosto allo scopo perseguito dalle stesse (in motivazione, si precisa che non è un patto immeritevole ex art. 1332 c.c., né costituisce uno strumento finanziario derivato implicito e non è soggetta alle previsioni del d.lgs. n. 58/1998, la clausola inserita in un contratto di leasing, la quale preveda che la misura del canone vari in funzione sia delle variazioni di un indice finanziario, sia delle fluttuazioni del tasso di cambio tra valuta domestica e valuta straniera e che l'importo mensile del canone resti nominalmente invariato e i rapporti di dare/avere tra le parti dipendenti dalle suddette fluttuazioni siano regolati a parte).* (1)

*Ragioni della decisione* – 1. Il primo motivo di ricorso.

Col primo motivo la Acs dichiara di voler denunciare sia il vizio di violazione di legge ex art. 360, n. 3, c.p.c. (con riferimento agli artt. 1362, 1363, 1366, 1367, 1371 c.c.; 1 d.lgs. n. 58/1998), sia quello di nullità processuale ex art. 360, n. 4, c.p.c., sia quello di omesso esame di un fatto decisivo, ex art. 360, n. 5, c.p.c.

Al di là di tali indicazioni, non del tutto coerenti rispetto al contenuto oggettivo del ricorso, l'illustrazione del motivo contiene in realtà due censure.

1.1. Con una prima censura (pp. 10-14 del ricorso) la società ricorrente sostiene che la Corte d'appello avrebbe malamente interpretato il contratto.

L'errore sarebbe consistito nel non apprezzare adeguatamente la comune volontà delle parti, che fu quella di stipulare un normale contratto di *leasing* in valuta estera.

Che fosse intenzione delle parti stipulare un contratto in valuta estera si sarebbe dovuto desumere, ad avviso della ricorrente, dalla valutazione complessiva delle clausole contrattuali e dalla condotta delle parti anche nella fase precedente la stipula.

Se la Corte d'appello avesse tenuto conto del fatto che il contratto fu stipulato in valuta estera, avrebbe dovuto trarre la conclusione che le clausole di indicizzazione del canone non solo non erano affatto atipiche, ma costituivano normali clausole diffuse nella prassi bancaria in tutti i rapporti finanziari accessi in

divisa estera, quando il debitore sia un soggetto residente in un paese dell'“area Euro”.

La contestata clausola, pertanto, non aveva altro effetto che consentire al debitore di restituire in euro un finanziamento concessogli in altra valuta.

1.2. Con una seconda censura (pp. 15-17) la società ricorrente sostiene che la Corte d'appello, oltre a male interpretare il contratto, lo avrebbe anche malamente qualificato.

Deduce la ricorrente che la clausola di doppia indicizzazione prevista dal contratto non possedeva alcuna delle caratteristiche tipiche degli strumenti finanziari derivati: non l'astrazione, non l'autonomia, non l'esistenza d'un capitale puramente nozionale, non la previsione del valore da assegnare ai reciproci flussi finanziari nel caso di cessazione degli effetti del contratto (e cioè il c.d. “*mark to market*”).

1.3. Ambedue le censure sono inammissibili per difetto di rilevanza, in quanto non coerenti rispetto alla *ratio decidendi* sottesa dalla sentenza impugnata.

La Corte d'appello, infatti, ha rigettato il gravame non perché – come aveva invece ritenuto il tribunale – le parti avessero stipulato un contratto di *swap* non preceduto da adeguata informazione.

Lo ha rigettato sul presupposto che il contratto stipulato dalle parti fosse immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, c. 2, c.c.

Rispetto a tale *ratio decidendi* non vengono dunque in rilievo né questioni di interpretazione, né questioni di qualificazione.

1.3.1. Non vengono in rilievo questioni di interpretazione, dal momento che il contenuto oggettivo del contratto e il significato da attribuire al testo delle previsioni contrattuali non è stato mai in discussione tra le parti.

Queste avevano ben chiaro quali fossero gli obblighi nascenti dal contratto: semplicemente, controvertavano sulla validità dei patti che quegli obblighi avevano generato.

1.3.2. Nemmeno vengono in rilievo, nella motivazione della sentenza impugnata, questioni di qualificazione del contratto.

La Corte d'appello, infatti, ha accolto l'opposizione a decreto ingiuntivo non già sul presupposto che la banca concedente avesse violato gli obblighi di informazione precontrattuale previsti dalla legge nel caso di vendita di strumenti finanziari derivati (così la sentenza, p. 18), ma perché ha ritenuto il patto di “rischio cambio” immeritevole di tutela in quanto “aleatorio, speculativo e incoerente rispetto alle effettive necessità di un contratto di *leasing*” (p. 17).

La qualificazione del contratto come “una sorta di *swap*”, contenuta a p. 13 della sentenza impugnata, non ha dunque giocato alcun ruolo nell'iter argomentativo del giudice d'appello. È stata infatti la ritenuta immeritevolezza del patto di indicizzazione a determinare il giudice d'appello al rigetto del gravame, e

(1) Segue la nota di C. Orsini, *Contratto di leasing con doppia indicizzazione: le Sezioni unite escludono la natura di derivato implicito*.

non la violazione delle norme dettate dal d.lgs. n. 58/1998 in tema di vendita di strumenti finanziari.

## 2. Il secondo motivo

Col secondo motivo la società ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione dell'art. 1322 c.c., nonché il vizio di omesso esame d'un fatto decisivo, ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c.

Deduce la ricorrente che il contratto da essa stipulato con la Rps non presentava alcuno dei presupposti che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, debbono ricorrere per poter qualificare un contratto come "immeritevole", *ex art. 1322, c. 2, c.c.*

La clausola di indicizzazione contenuta nel contratto, infatti:

- non attribuiva alcun vantaggio ingiusto e sproporzionato ad una parte soltanto, e senza contropartita: il contratto prevedeva che il canone potesse sia aumentare, sia diminuire, in modo speculare;

- non poneva alcuna delle parti in una posizione di "soggezione" rispetto all'altra;

- non costringeva alcuna delle parti alla violazione di doveri di solidarietà sociale costituzionalmente imposti.

L'illustrazione del motivo prosegue sostenendo che il richiamo del tribunale al principio di correttezza fu ultroneo, dal momento che se un contratto è validamente stipulato, la scorrettezza di una delle parti può al massimo integrare gli estremi dell'inadempimento. Sicché, anche ad ammettere che la banca avesse preteso somme non dovute, l'unico rimedio possibile sarebbe stata la ripetizione dell'indebito, e non la statuizione di immeritevolezza del contratto.

Infine, la ricorrente osserva come la decisione della Corte d'appello abbia avuto per effetto quello di trasformare un contratto in cui la prestazione tra le parti era stata pattuita in valuta estera, in un contratto avente ad oggetto un debito pecuniario espresso in valuta nazionale. Ma se è la legge stessa a consentire la stipula di obbligazioni in valuta estera, ad avviso della ricorrente non v'è ragione per ritenere "immeritevole" la clausola che indicizzi l'obbligazione del debitore rinviando ad una valuta estera.

2.1. La censura di omesso esame del fatto decisivo non viene neanche illustrata ed è perciò inammissibile.

La censura di violazione dell'art. 1322, c. 2, c.c., è fondata.

2.2. Questa Corte ha già stabilito che il giudizio di "meritevolezza" di cui all'art. 1322, c. 2, c.c., non coincide col giudizio di liceità del contratto, del suo oggetto o della sua causa.

Secondo la Relazione al Codice civile la meritevolezza è un giudizio che deve investire non il contratto in sé, ma il risultato con esso avuto di mira dalle parti, cioè lo scopo pratico o causa concreta che dir si voglia (*ex aliis*, Cass., S.U., 17 febbraio 2017, n. 4222 e n. 4223; Sez. III, 28 aprile 2017, n. 10506).

Ed il risultato del contratto dovrà dirsi immeritevole solo quando sia contrario alla coscienza civile, all'economia, al buon costume od all'ordine pubblico (così la Relazione al Codice, par. 603, II capoverso).

Questo principio, se pur anteriore alla promulgazione della Carta costituzionale, è stato da questa ripreso e consacrato negli artt. 2, secondo periodo; 4, c. 2, e 41c. 2, Cost.

Un contratto, dunque, non può dirsi "immeritevole" sol perché poco conveniente per una delle parti. L'ordinamento garantisce il contraente il cui consenso sia stato stornato o prevaricato, non quello che, libero ed informato, abbia compiuto scelte contrattuali non pienamente soddisfattive dei propri interessi economici.

Affinché dunque un patto atipico possa dirsi "immeritevole", ai sensi dell'art. 1322 c.c., è necessario accertare la contrarietà (non del patto, ma) del risultato cui esso mira con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati.

Sono stati perciò ritenuti immeritevoli, ai sensi dell'art. 1322, c. 2, c.c., contratti o patti contrattuali che, pur formalmente rispettosi della legge, avevano per scopo o per effetto di:

- a) attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra (sent. n. 22950/2015; n. 19559/2015);

- b) porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra (sent. n. 4222/2017; n. 3080/2013; n. 12454/2009; n. 1898/2000; n. 9975/1995);

- c) costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti (sent. 14343/2009).

2.3. Nel caso di specie la Corte d'appello ha reputato che la clausola di "rischio cambio" fosse "immeritevole" *ex art. 1322 c.c.* spendendo tre argomenti, e cioè:

- 1) il calcolo della variazione del saggio di interesse dovuto dall'utilizzatrice era "astruso e macchinoso";

- 2) la clausola che disciplinava il "rischio cambio" era caratterizzata da aleatorietà e squilibrio, in quanto prevedeva una differente base di calcolo dell'indicizzazione, a seconda che l'euro si fosse apprezzato o deprezzato rispetto alla valuta di riferimento;

- 3) il c.t.u. aveva accertato che fin dalla stipula del contratto era prevedibile un costante apprezzamento del franco svizzero sull'euro.

Tutti e tre questi argomenti sono erronei in punto di diritto.

Essi né singolarmente, né complessivamente, sono idonei a giustificare un giudizio di "immeritevolezza" *ex art. 1322 c.c.*, alla luce dei principi stabiliti da questa Corte e sopra ricordati.

2.4. Il primo argomento è erroneo perché una clausola contrattuale "astrusa" od inintelligibile non rende il contratto nullo o "immeritevole" *ex art. 1322 c.c.* Dinanzi a clausole contrattuali oscure il giudice deve ri-

correre agli strumenti legali di ermeneutica (artt. 1362-1371 c.c.), e non ad un giudizio di immeritevolezza.

La clausola oscura andrà dunque interpretata, in mancanza di altri criteri, almeno in modo che le si possa dare un senso (artt. 1371 c.c.), oppure contra *proferentem* (art. 1370 c.c.).

Quanto, poi, all'affermazione secondo cui una clausola "macchinosa" sarebbe di per sé immeritevole, essa non può essere condivisa per due ragioni.

2.4.1. La prima ragione è che, da un punto di vista epistemologico, non esistono concetti "facili" e concetti "difficili". Esistono concetti noti e concetti ignoti: i primi sono comprensibili ed i secondi no, se non vengano spiegati.

Una clausola contrattuale non può dirsi dunque mai "macchinosa" in senso assoluto. Può esserlo in senso relativo, ad esempio, se contenuta in un testo contrattuale predisposto unilateralmente e sottoposto a persona priva delle necessarie competenze per comprenderlo.

Ma in quest'ultima ipotesi non si dirà che quel contratto è "immeritevole": si dirà, piuttosto, che il contratto è annullabile poiché il consenso del contraente è stato dato per errore o carpito con dolo. Oppure si dirà che il proponente è tenuto al risarcimento del danno per non avere fornito alla controparte le necessarie informazioni precontrattuali, ove imposte dalla legge o dal dovere di buona fede.

Molti contratti contengono per necessità clausole assai articolate e complesse: ad esempio i contratti di *handling* aeroportuale, le assicurazioni dei rischi agricoli, il noleggio di piattaforme *off-shore*, il *project financing* di opere pubbliche, ma anche i contratti di massa come quelli di somministrazione di energia elettrica; ma non constano precedenti che abbiano dichiarate nulle tali clausole soltanto a causa della loro complessità.

L'equazione stabilita dalla Corte d'appello, per cui "macchinosità della clausola=immeritevolezza" è dunque erronea in punto di diritto.

2.4.2. La seconda ragione è che nel caso di specie la pretesa "macchinosità" consisteva in una banale moltiplicazione d'un rapporto per una differenza, come descritto *supra*, al par. 3, lett. (d), della sezione "Fatti di causa": una operazione dunque puramente aritmetica, e niente affatto "macchinosa".

2.5. Il secondo argomento speso dalla sentenza impugnata per pervenire al giudizio di immeritevolezza della clausola ("la clausola è caratterizzata da aleatorietà e squilibrio") è erroneo in punto di diritto sotto due profili.

2.5.1. In primo luogo, la sentenza impugnata mostra di confondere l'alea economica, insita in ogni contratto, con l'alea giuridica, che del contratto forma invece oggetto e ne è elemento essenziale: e cioè la *susceptio periculi*. E nel caso di specie causa del contratto era il trasferimento della proprietà di un immo-

bile, non il trasferimento di un rischio dietro pagamento di un prezzo.

In ogni caso un contratto aleatorio non è, per ciò solo, immeritevole di tutela *ex art.* 1322 c.c.

La vendita del raccolto futuro (*emptio spei*), l'assicurazione sulla vita a tempo determinato per il caso di morte, la rendita vitalizia sono tutti contratti aleatori: e se la legge ne consente la stipula, l'aleatorietà non può ritenersi di per sé una caratteristica tale da rendere "immeritevole" di giuridica esistenza il contratto.

Né è inibito alle parti stipulare contratti aleatori atipici: questa Corte, infatti, ha già affermato la liceità e la meritevolezza di contratti aleatori non espressamente previsti dalla legge: ad esempio, in materia di c.d. vitalizio atipico (*ex multis*, Sez. II, 22 aprile 2016, n. 8209; Sez. III, 27 aprile 1982, n. 2629).

Neppure è vietato inserire elementi di aleatorietà in un contratto commutativo.

Le parti d'un contratto infatti, nell'esercizio del loro potere di autonomia negoziale, ben possono prefigurarsi la possibilità di sopravvenienze che incidono o possono incidere sull'equilibrio delle prestazioni, ed assumerne, reciprocamente o unilateralmente, il rischio, modificando in tal modo lo schema tipico del contratto commutativo e rendendolo per tale aspetto aleatorio, con l'effetto di escludere, nel caso di verifica di tali sopravvenienze, l'applicabilità dei meccanismi riequilibratori previsti nell'ordinaria disciplina del contratto (artt. 1467 e 1664 c.c.).

E l'assunzione del suddetto rischio, come già stabilito da questa Corte, può risultare anche per implicito dal regolamento convenzionale che le parti hanno dato al rapporto e dal modo in cui hanno strutturato le loro obbligazioni [Sez. I, 26 gennaio 1993, n. 948 del Rv. 480454-01; Sez. II, 12 ottobre 2012, n. 17485 Rv. 624088-01; Sez. III, ord., 13 maggio 2020, n. 8881; Sez. II, 4 febbraio 2021, n. 2622 (in motivazione)].

2.5.2. La Corte d'appello ha poi ritenuto che la clausola di indicizzazione di cui si discorre sarebbe "immeritevole" perché le contrapposte obbligazioni delle parti erano "squilibrare"; e le ha ritenute squilibrate perché la misura della variazione del saggio degli interessi non era simmetrica: una pari variazione del rapporto di cambio tra il franco svizzero e l'euro avrebbe infatti comportato variazioni diverse del saggio di interessi, a seconda che la variazione fosse stata a favore del concedente o dell'utilizzatore.

La Corte d'appello, quindi, ha mostrato implicitamente – ma inequivocamente – di ritenere che:

- il concetto di "equilibrio delle prestazioni" di un contratto sinallagmatico consista in una paritaria e perfetta equipollenza tra le contrapposte obbligazioni;

- ogni minimo disallineamento tra questa perfetta parità possa essere sindacato dal giudice, amputando parti del contratto per ricondurlo all'equità.

Ambedue queste affermazioni sono tuttavia erronee, per più ragioni.



2.5.3. La prima ragione è che il diritto dei contratti non è un egualitario letto di Procuste che imponga l'assoluta parità tra le parti quanto a condizioni, termini e vantaggi contrattuali.

È bene ricordare che la libertà negoziale è principio cardine del nostro ordinamento e del diritto dei contratti.

L'ordinamento garantisce in egual misura tanto la protezione contro gli abusi di posizioni dominanti, quanto il diritto di iniziativa economica. Se il soggetto abilitato all'esercizio del credito ha il dovere di rispettare le regole del gioco e comportarsi in buona fede, nondimeno ha anche il diritto di pianificare in piena libertà le proprie strategie imprenditoriali e commerciali, come già ripetutamente affermato da questa Corte (da ultimo, con ampiezza di motivazioni, Sez. I, 21 gennaio 2020, n. 1184; nello stesso senso, Sez. III, ord. 14 ottobre 2021, n. 28022).

Non è dunque lo iato tra prestazione e controprestazione che può rendere un contratto "immeritevole" di tutela *ex art. 1322 c.c.*, se quella differenza sia stata in piena libertà ed autonomia compresa ed accettata. La seconda ragione è che lo squilibrio delle prestazioni non può farsi coincidere la convenienza del contratto. Chi ha fatto un cattivo affare non può pretendere di sciogliersi dal contratto invocando "lo squilibrio delle prestazioni". L'intervento del giudice sul contratto non può che essere limitato a casi eccezionali, pena la violazione del fondamentale principio di libertà negoziale (così, *ex multis*, Sez. VI-2, ord. 25 novembre 2021, n. 36740, Rv. 663148-01).

La terza ragione è che lo squilibrio (economico) tra le prestazioni se è genetico legittima il ricorso alla rescissione per lesione; se è sopravvenuto legittima il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. L'esistenza di tali rimedi esclude dunque la necessità stessa di ricorrere a fantasiose invenzioni circa la "immeritevolezza" d'un contratto che preveda "prestazioni squilibrate".

La quarta ragione è che, anche ad ammettere che il calcolo del conguaglio degli interessi, per come previsto dal contratto, fosse più vantaggioso per il concedente rispetto all'utilizzatore, questa circostanza non basta di per sé a rendere "immeritevole" *ex art. 1322 c.c.*

Si potrà discutere se questa clausola sia valida *ex art. 1341 c.c.*; oppure se sia frutto dell'approfittamento d'uno stato di bisogno; od ancora se non sia stata adeguatamente illustrata in sede precontrattuale: ma nel primo caso soccorrerà il rimedio della nullità; nel secondo quello della rescissione; nel terzo quello dell'annullamento del contratto per errore o del risarcimento del danno.

In conclusione, il giudizio di "immeritevolezza" di cui è menzione nell'*art. 1322 c.c.* non può mai trasformarsi in una magica *porta di Ishtar* attraverso la quale veicolare un inammissibile intervento del giudice sulla convenienza dell'affare.

2.5.4. La Corte d'appello ha altresì ritenuto che il contratto fosse squilibrato perché la clausola di "ri-

schio cambio" prevedeva due differenti modalità di calcolo del conguaglio degli interessi, a seconda che il franco svizzero si apprezzasse o si deprezzasse rispetto all'euro.

La differenza cui la Corte d'appello ha attribuito valore decisivo ai fini del rigetto della domanda proposta dalla Acs consisteva in ciò: che in caso di apprezzamento del franco sull'euro (e quindi di vantaggio per l'utilizzatore), la base di calcolo del conguaglio era rappresentata dall'importo della rata di *leasing* al netto dell'Iva; nel caso di deprezzamento del franco (e quindi di vantaggio per il concedente) la base di calcolo del conguaglio era rappresentata dall'importo della rata di *leasing* al netto dell'Iva.

La Corte d'appello, quindi, ha giudicato immeritevole un patto contrattuale limitandosi a registrare un dato puramente esteriore: la differenza della formula di calcolo del conguaglio degli interessi.

Tuttavia, qualsiasi valutazione circa la validità o la meritevolezza di un patto contrattuale non potrebbe mai limitarsi all'esame del suo contenuto, senza apprezzarne gli effetti, e senza valutare se essi siano sorretti da una giusta causa. In questo modo la Corte d'appello ha violato il millenario principio per cui soltanto *cum nulla subest causa, constare non potest obligatio*.

E sebbene non spetti a questa Corte sindacare il merito della controversia, è doveroso rilevare che astrattamente la clausola ritenuta dalla Corte d'appello "immeritevole" avrebbe potuto avere varie giustificazioni.

Se infatti il franco svizzero si fosse apprezzato rispetto all'euro, il concedente avrebbe ricevuto una prestazione (in euro) di valore nominale inferiore a quella che gli sarebbe spettata in valore reale, e tale riduzione avrebbe riguardato l'intero credito: sia la parte pagata dall'utilizzatore a titolo di rimborso del finanziamento, sia la parte pagata a titolo di imposta.

Il concedente, dunque, in tal caso avrebbe ricevuto un corrispettivo inferiore a quello preventivato, e ciò avrebbe alterato il suo piano finanziario: e questa sarebbe potuta essere teoricamente una valida ragione per porre a base del calcolo del conguaglio anche l'Iva.

Se invece il franco svizzero si fosse deprezzato rispetto all'euro, l'utilizzatore avrebbe versato (in euro) una prestazione in valore nominale superiore a quella che avrebbe dovuto versare in valore reale. Ma degli importi versati dall'utilizzatore, però, il concedente doveva necessariamente stornarne un'aliquota a titolo di Iva, e di tale importo non sarebbe stato in potere del concedente pretendere la restituzione dall'erario, per restituire l'eccedenza all'utilizzatore: e questa sarebbe potuta essere teoricamente una valida ragione per porre a base del calcolo del conguaglio anche l'Iva.

Tali considerazioni, svolte solo a mo' d'esempio, corroborano la conclusione che il giudizio di "immeritevolezza" d'un contratto, *ex art. 1322, c. 2, c.c.*, non può essere formulato in astratto ed *ex ante*, limitandosi a considerare il solo contenuto oggettivo dei patti con-

trattuali, ma va compiuto in concreto ed *ex post*, ricercando – beninteso, *iuxta alligata et probata partium* – lo scopo perseguito dalle parti.

2.6. Infine, la Corte d'appello ha reputato “immeritevole” la clausola di cui si discorre, sul presupposto che il consulente d'ufficio aveva accertato che “fin dalla stipula del contratto era prevedibile un costante apprezzamento del franco svizzero sull'euro”.

Ma l'eventualità che uno dei contraenti taccia alla controparte circostanze note circa lo sviluppo o la convenienza dell'affare potrebbe costituire una violazione dei doveri di correttezza e buona fede nella conclusione dei contratti, e dunque anche in questo caso i rimedi previsti dall'ordinamento possono essere l'annullamento del contratto per errore o il risarcimento del danno, ma non certo il giudizio di “immeritevolezza” del contratto.

2.7. In conclusione, la Corte d'appello ha formulato in iure un giudizio di “immeritevolezza” del contratto, *ex art.* 1322, c. 2, c.c., dopo avere accertato in facto circostanze irrilevanti ai fini del suddetto giudizio (aleatorietà, difficoltà di interpretazione, asimmetria delle prestazioni). Ha dunque, in questo modo, falsamente applicato il suddetto art. 1322 c.c.

### 3. Le questioni poste dall'ordinanza di rimessione

La ritenuta inammissibilità del primo motivo di ricorso consente a questo collegio di pronunciarsi, nell'interesse della legge, sulla questione in esso dibattuta, e segnalata come contrastata, oltre che di particolare importanza, dall'ordinanza di rimessione.

Questa Corte ha infatti già stabilito che l'art. 363, c. 3, c.p.c. consente l'enunciazione del principio di diritto anche nel caso in cui un solo motivo del ricorso sia dichiarato inammissibile, se esso involga una questione di particolare importanza (così Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, par. 5 delle “Ragioni della decisione”).

3.1. Con ord. 16 marzo 2022, n. 8603 la Terza Sezione civile di questa Corte ha:

ravvisato l'esistenza d'un contrasto nella giurisprudenza di questa Corte, circa la validità delle clausole di indicizzazione degli interessi inserite in contratti di vario tipo (sia di *leasing* che di mutuo) stipulati in valuta estera e identiche a quella oggetto del presente giudizio, nonché circa la loro qualificabilità come “strumenti finanziari derivati”;

- ritenuto “non persuasiva” l'opinione, espressa da alcune decisioni di questa Corte, secondo cui le suddette clausole non costituirebbero uno strumento finanziario derivato;

- sottoposto a queste Sezioni unite le questioni seguenti:

c') se clausole come quella oggetto del contendere siano una mera forma di indicizzazione oppure un “derivato implicito”, e quindi una scommessa con fine speculativo;

c'') se la clausola oggetto del contendere possa avere per effetto di snaturare la causa del contratto di

*leasing*, trasformandolo in un contratto di altro tipo o in un contratto a causa mista;

c'') se il relativo patto contrattuale “comporti violazione dell'obbligo di buona fede, per la mancanza di chiarezza ed informazione, conseguenti alla natura puramente speculativa della clausola”.

### 4. Sull'esistenza del contrasto

Preliminarmente rileva il collegio come non possa propriamente parlarsi dell'esistenza d'un contrasto nella giurisprudenza di questa Corte, sul tema della qualificazione e della validità di clausole che, come quella oggetto del presente giudizio, prevedano la variazione degli interessi dovuti dall'utilizzatore d'un bene concesso in *leasing*, in funzione delle oscillazioni d'un indice sia finanziario che monetario.

La validità di tali clausole, in fattispecie identica a quella oggi in esame, è già stata esaminata in diverse occasioni da questa Corte.

In particolare, la questione è stata esaminata da Cass., Sez. III, 22 febbraio 2021, n. 4659, la quale ha escluso che le suddette clausole possano qualificarsi come “strumenti finanziari derivati impliciti”; e poi da Cass., Sez. III, ord. 30 settembre 2021, n. 26538, la quale ha ritenuto erronea l'interpretazione del contratto con cui il giudice di merito aveva ritenuto “squilibrata”, in quanto favorevole ad una sola delle parti, la suddetta clausola.

Gli altri due precedenti segnalati come contrastanti dall'ordinanza di rimessione (Cass. n. 16907/2019 e Cass. n. 23655/2021) in realtà non possono ritenersi tali.

Quanto a Sez. III, 30 giugno 2019, n. 16907, tale decisione si è limitata a dichiarare – correttamente – insindacabile in sede di legittimità il giudizio con cui il giudice di merito aveva ritenuto “indeterminabile” la misura degli interessi dovuti dall'utilizzatore in *leasing* al concedente. Tale decisione, dunque, non ha affrontato né la questione della natura della clausola, né quella della sua contrarietà a buona fede.

Quanto, infine, a Cass., Sez. III, ord. 30 settembre 2021, n. 26538, del tale decisione non solo si è occupata di un problema ben diverso (se e quanto il giudice di merito, nel motivare il giudizio di indeterminazione d'una clausola di indicizzazione, potesse discostarsi dalle valutazioni già compiute su quella clausola dall'Autorità garante della Concorrenza e del mercato), ma per di più:

- aveva ad oggetto un contratto di mutuo e non di *leasing*;

- aveva ad oggetto un contratto stipulato con un consumatore e non tra imprese commerciali, come nel caso oggi in esame;

- aveva ad oggetto un contratto nel quale la clausola di indicizzazione prevedeva la variabilità non solo degli interessi, ma anche del capitale. Non esiste, dunque, alcun sostanziale contrasto nella giurisprudenza di questa Corte.

### 5. Sulla distinzione tra “derivati impliciti” e clausole di indicizzazione

Prima di stabilire se una clausola come quella oggetto del presente giudizio patto costituisca o meno uno “strumento finanziario derivato” reputa questa Corte doveroso premettere di non potere seguire le *nimiae subtilitates* con cui parte della dottrina ha proposto infinite distinzioni e sottodistinzioni in tema di strumenti finanziari derivati.

Compito del giudice di legittimità è infatti assicurare “l’esatta interpretazione della legge”, e l’esatta interpretazione consiste nel sussumere le nuove fattispecie concrete, fino a quando sia possibile, in categorie giuridiche note, piuttosto che partorirne continuamente di nuove.

5.1. Una clausola inserita in un contratto di *leasing*, la quale faccia dipendere gli interessi dovuti dall’utilizzatore dalla variazione di un indice finanziario insieme ad un indice monetario, in un caso come quello di specie, non è uno strumento finanziario derivato, e tanto meno un “derivato implicito”.

5.2. Gli “strumenti finanziari derivati” sono accordi negoziali definiti dall’art. 1 d.lgs. n. 58/1998.

La clausola oggetto del presente giudizio non rientra in tale previsione né avendo riguardo al testo vigente all’epoca della conclusione del contratto di *leasing* di cui si discorre; né avendo riguardo al testo di esso oggi vigente; né facendo ricorso all’analogia *legis*.

5.3. La clausola di cui si discorre, innanzitutto, non è uno strumento finanziario derivato in base alla normativa vigente *ratione temporis*.

Il contratto di cui si discorre è stato stipulato nel 2006 (così il controricorso, p. 3).

A quella data la nozione di “strumenti finanziari derivati” era contenuta nell’art. 1, c. 3, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (nel testo modificato dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, ed anteriore alle modifiche di cui al d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303). Tali erano considerati:

- i contratti “*futures*” su strumenti finanziari, su tassi di interesse, su valute, su merci e sui relativi indici, anche quando l’esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti;

- i contratti di scambio a pronti e a termine (*swaps*) su tassi di interesse, su valute, su merci nonché su indici azionari (*equity swaps*), anche quando l’esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti;

- i contratti a termine collegati a strumenti finanziari, a tassi d’interesse, a valute, a merci e ai relativi indici, anche quando l’esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti;

- i contratti di opzione per acquistare o vendere gli strumenti indicati nelle precedenti lettere e i relativi indici, nonché i contratti di opzione su valute, su tassi d’interesse, su merci e sui relativi indici, anche quando l’esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti;

- le combinazioni di contratti o di titoli indicati nelle precedenti lettere.

Nessuna di queste definizioni è idonea a ricomprendere la clausola oggetto del contendere.

5.4. La clausola in esame non costituirebbe comunque uno strumento finanziario neanche se la si volesse esaminare – per completezza ed astraendo dal caso concreto – alla luce della legislazione vigente.

“Strumento finanziario derivato”, per la legge vigente, è solo l’operazione che rientra tra quelle definite come tali dal d.lgs. n. 58/1998, e concordate nell’ambito delle operazioni previste dal suddetto testo unico.

Questi “strumenti finanziari derivati” sono:

- o quelli previsti dall’allegato I al d.lgs. n. 58/1998, Sezione “C”, punti 4-10 [art. 1, c. 2-ter, lett. a), d.lgs. n. 58/1998];

- o quelli individuati dal Ministro dell’economia con proprio decreto (art. 1, c. 2-bis, d.lgs. n. 58/1998).

Tuttavia, nessuna delle previsioni contenute nelle suddette norme è tale da includere, senza residui, la clausola di “rischio cambio” concordata dalle parti del presente giudizio.

È evidentemente da escludere la ricorrenza nel caso di specie d’una ipotesi di “derivati connessi a merci” (d.lgs. n. 58/1998, allegato I, Sezione C. nn. 5, 6 e 7); di “derivati per il trasferimento del rischio di credito” (allegati I, cit., n. 8); di derivati connessi a “variabili climatiche, tariffe di trasporto, tassi di inflazione o altre statistiche economiche ufficiali” (allegato I, cit., n. 10).

Resterebbero dunque soltanto le ipotesi di cui ai nn. 4 e 9, e cioè:

- n. 4: Contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati (“*future*”), “*swap*”, accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a valori mobiliari, valute, tassi di interesse o rendimenti, quote di emissione o altri strumenti finanziari derivati, indici finanziari o misure finanziarie che possono essere regolati con consegna fisica del sottostante o attraverso il pagamento di differenziali in contanti;

- n. 9: contratti finanziari differenziali.

Tuttavia, la clausola di cui si discorre non è suscumbibile in alcuna di queste categorie, per la semplice ragione che attraverso essa le parti non hanno scambiato nulla; né hanno inteso trarre frutto da uno scambio di valori comunque determinati.

Il contratto aveva infatti ad oggetto “la locazione finanziaria dell’immobile ivi catastalmente indicato” (così il controricorso, p. 3). Per effetto di esso la società concedente ha assunto l’obbligo di acquistare l’immobile, la società utilizzatrice quello di goderne e restituire le rate. Nessun “reciproco scambio di flussi di denaro” era previsto tra le parti, né fu interesse delle parti concludere quel contratto per lucrare sulle previste fluttuazioni valutarie, e tanto meno per coprire un rischio di credito.

5.5. Infine, la clausola di “rischio cambio” inserita nel contratto di *leasing* oggetto del presente giudizio non può qualificarsi “strumento finanziario derivato” nemmeno facendo ricorso all’analogia, per due ragioni: sia perché la sua causa – per quanto dedotto dalle parti – nulla ha in comune con quella degli “strumenti finanziari derivati” elencati dalla legge; sia perché è privo di alcuni elementi essenziali che accomunano la maggior parte degli strumenti finanziari derivati tipici.

5.5.1. Quanto al primo aspetto, s’è visto che l’art. 1 d.lgs. n. 58/1998 accomuna nella definizione di “strumenti finanziari derivati” ipotesi molto diverse tra loro, raggruppabili però in quattro fenotipi principali: la compravendita (ad es., l’acquisto di *futures*); la copertura di rischi (ad es., i *credit default swap*); la concessione dietro corrispettivo di un diritto di opzione; lo scambio di pagamenti il cui importo è determinato rinviando a variabili differenti.

La clausola che àncora il saggio degli interessi dovuti dal debitore di un contratto di *leasing* ad un indice monetario non rientra in alcuna di queste categorie. La clausola suddetta, infatti, non costituiva una compravendita né un’opzione, e tanto meno aveva lo scopo di coprire un certo rischio o “scommettere” sull’andamento dei cambi.

La clausola si limitava ad agganciare il debito dell’utilizzatore ad un valore monetario, e questa Corte ha già stabilito che rientrano nella categoria degli “strumenti finanziari collegati alla valuta” soltanto quelli per mezzo dei quali le parti intendono speculare sull’andamento del mercato delle valute, e non quelli che si limitano a determinare il valore d’una prestazione rinviando ad un indice monetario, comunque determinato (Sez. I, 4 settembre 2009, n. 19226, in motivazione).

5.5.2. Quanto al secondo aspetto, gli elementi unici di quella indistinta nebulosa che va sotto il nome di “strumenti finanziari derivati” sono, per quanto in questa sede rileva, almeno tre, già individuati da queste Sezioni unite con la sentenza 12 maggio 2020, n. 8770 a p. 11, par. 4.5 dei “Motivi della decisione”, ed in particolare:

1) oggetto del negozio deve essere la c.d. “differenzialità”, e cioè l’intento di trarre vantaggio dalla differenza di due valori variabili: ad essa le parti mirano; su essa fanno leva per il perseguimento dei rispettivi interessi; è essa che costituisce il cuore dell’operazione economica. Nel presente caso, invece, oggetto del negozio era indubitabilmente l’acquisto di un immobile, non la speculazione su un titolo;

2) uno strumento finanziario derivato presuppone l’esistenza di un “capitale nozionale”, cioè la somma di denaro astrattamente assunta quale base di calcolo dei reciproci flussi finanziari tra le parti: nel presente caso invece il capitale produttivo dei flussi finanziari era reale e realmente dovuto, e non già nozionale;

3) non era prevista nel contratto di *leasing* oggetto del contendere la possibilità – tipica dei derivati – di sciogliersi da esso avvalendosi dell’opzione “*mark to market*” (Cass., S.U., n. 8770/2020, cit., par. 4.7).

5.6. Non sono per contro condivisibili gli argomenti maggiormente enfatizzati da parte della dottrina per sostenere la tesi secondo cui clausole come quella qui in esame costituirebbero “strumenti finanziari derivati impliciti”.

5.6.1. In primo luogo, la nozione stessa di “derivato implicito” è concettualmente inservibile per quanti ritengono che frustra *fit per plura, quod potest fieri per pauciora*.

Se per “derivato implicito” si intendesse un patto dotato di una sua autonomia causale, ma aggiunto od accessorio ad altro negozio, la categoria non merita dignità concettuale: ci troveremmo infatti di fronte ad un normale negozio con una sua causa ed un suo oggetto, che se pur collegato ad altro negozio resta sottoposto alla disciplina per esso prevista dalla legge.

Lo spedizioniere-vettore, ad esempio, assume le obbligazioni scaturenti dal contratto di spedizione e da quello di trasporto, ed a nessuno verrebbe in mente di sostenere che ha stipulato un “trasporto implicito”.

Se invece per “derivato implicito” si intendesse qualunque clausola contrattuale, la quale abbia per effetto di subordinare le tipiche prestazioni dovute da una delle parti ad eventi futuri ed incerti, ovvero preveda che le contrapposte prestazioni di dare gravanti su ciascuna parte siano conguagliate per produrre un valore “differenziale”, tale nozione sarebbe giuridicamente inutile.

Infatti, una pattuizione parte di un più ampio contratto, e priva di autonomia causale rispetto al negozio cui accede, non è pensabile come negozio autonomo, né esplicito, né implicito. Così, ad esempio, se un appaltatore concedesse al committente una garanzia *ex art. 1667 c.c.* di quattro anni invece che di due, diremo che quell’appaltatore ha assunto un’obbligazione patiziativa aggiuntiva, non diremo certo che le parti hanno stipulato una “fideiussione implicita”.

5.6.2. In secondo luogo la tesi – formulata in dottrina – secondo cui qualsiasi clausola che faccia dipendere l’*an* e il *quantum* di una prestazione pecuniaria da un parametro esterno variabile sarebbe una scommessa finanziaria è insostenibile: essa infatti adotta una nozione di così sconfinata latitudine, che vi rientrerebbero – ad esempio – la vendita del raccolto futuro (*emptio spei*); l’assicurazione con clausola di regolazione del premio; l’indicizzazione del corrispettivo negli appalti a misura; e sinanche la tariffa di somministrazione di acqua da parte del gestore del servizio idrico.

Anche questi principi sono stati già affermati da questa Corte, allorché ha stabilito che l’art. 1933, c. 1, c.c. non s’applica a quei contratti i quali, pur caratterizzati dall’*alea*, non sono riconducibili alla nozione di giuoco e di scommessa: e tra questi contratti rientrano quelli – proprio come nel caso di specie – in cui sia apposta una clausola di “rischio cambio”, per l’eventualità che il corso di conversione della valuta in cui è espresso il credito venga a mutare nella vigenza del contratto (Sez. III, 6 febbraio 2004, n. 2288, Rv. 569925-01).

5.6.3. Allo stesso modo, costituisce un puro artificio la tesi (anch'essa sostenuta in dottrina) secondo cui la previsione di un tasso minimo dovuto dal cliente, inserita in un contratto di finanziamento a tasso indicizzato, costituirebbe una "inconsapevole vendita da parte del cliente al finanziatore" di una *option Floor*, e dunque un contratto derivato.

Infatti, la previsione per cui, anche nel caso di fluttuazione dell'indice di riferimento per la determinazione degli interessi, il debitore sia comunque tenuto al pagamento di un saggio di interessi minimo, non è che una clausola condizionale, in cui l'evento condizionante è la fluttuazione dell'indice di riferimento al di sotto di una certa soglia, e l'evento condizionato la misura del saggio: dunque un patto lecito e consentito dall'art. 1353 c.c.

5.6.4. Infine, la circostanza che le parti di un contratto decidano di regolare periodicamente i reciproci rapporti di dare ed avere mediante conguagli in denaro è una mera modalità di adempimento dell'obbligazione, ovviamente lecito (Sez. III, 17 gennaio 2017, n. 921), e di per sé inidonea a predicare l'esistenza d'uno strumento finanziario derivato.

È da escludere, in particolare, che la sola pattuizione di regolazione periodica delle reciproche obbligazioni variabili di dare ed avere, possa bastare per sussumere il contratto nella nozione di "contratti finanziari differenziali" di cui alla sezione "C", n. (9), dell'allegati I al d.lgs. n. 58/1998. Accezioni così late della "differenzialità" finirebbero per assegnare a quest'ultima espressione un significato talmente ampio, da trasformarla in un concetto *bon à tout faire*, comprensivo - ad esempio - dei contratti di conto corrente bancario o delle assicurazioni con clausola di regolazione del premio.

5.7. La corretta qualificazione giuridica di clausole come quella oggetto del presente giudizio deve muovere dal rilievo che il contratto oggetto del contendere aveva ad oggetto una operazione reale (*leasing*); prevedeva che il valore del debito complessivo dell'utilizzatore fosse determinato in franchi svizzeri, e accordava all'utilizzatore la facoltà di pagare in euro.

Il contratto di *leasing* ha ovviamente sempre una funzione (anche) di finanziamento, ed un finanziamento può legittimamente essere concesso in valuta nazionale od in valuta estera.

Un finanziamento in valuta estera ha lo scopo di evitare i rischi connessi alla svalutazione della moneta nazionale (e cioè il rischio della svalutazione per il creditore, e il rischio della rivalutazione per il debitore).

Un finanziamento in moneta estera può avvenire con due modalità:

- la prima modalità è prevedere che l'indebitamento venga direttamente denominato ed erogato nella valuta estera (ad esempio, il concedente acquista l'immobile in franchi, e lo dà in locazione finanziaria all'utilizzatore, che avrà facoltà di pagare in franchi o in euro, secondo la previsione dell'art. 1278 c.c.);

- la seconda modalità è esprimere sia la provvista erogata dal concedente, sia le rate dovute dall'utilizzatore in valuta domestica, ma agganciarne il valore al rapporto di cambio con una valuta estera.

In questo modo si realizza indirettamente lo stesso risultato della pattuizione sub (a).

In conclusione, un finanziamento (non importa se in forma di mutuo o di *leasing*) il cui importo è parametrato ad un rapporto di cambio è un debito di valore e non di valuta.

La clausola di cui si discorre dunque non è che una normale clausola-valore, attraverso la quale le parti individuano il criterio al quale commisurare la prestazione del debitore.

Pertanto:

- l'aleatorietà del contratto, lungi dal costituire un indice della presenza d'un "derivato implicito", non è che un effetto naturale d'una altrettanto normale clausola-valore;

- la previsione che eventuali conguagli a favore dell'una o dell'altra parte fossero regolati a parte, e non incidessero sul valore della rata (che restava costante) non è che una modalità esecutiva delle reciproche obbligazioni, insuscettibile di riverberare effetti di sorta sulla qualificazione del contratto. Il titolo dell'obbligazione, infatti, non muta sol perché cambi il termine di adempimento. Del resto, il creditore ha facoltà di accettare un adempimento parziale (art. 1181 c.c.) o di rinunciare al termine stabilito a suo favore (art. 1185 c.c.), e ciò dimostra che la possibilità di regolare a parte alcune delle obbligazioni e non altre, oppure una aliquota dell'unica obbligazione, è un effetto normale dello statuto delle obbligazioni civili.

5.8. Resta solo da aggiungere che le considerazioni sin qui svolte non mutano per il fatto che il contratto oggetto del presente giudizio prevedeva una doppia indicizzazione, agganciando le variazioni del canone sia alle variazioni del tasso Libor, sia alle variazioni del rapporto di cambio franco/euro.

Ed infatti:

l'indicizzazione del canone al tasso Libor costituisce una normale clausola onnipresente nei finanziamenti a tasso variabile; essa è pacificamente lecita e non costituisce un derivato;

l'indicizzazione del canone alle fluttuazioni del rapporto di cambio costituisce una clausola-valore, secondo quanto appena esposto; così inquadrata, anch'essa è pacificamente lecita e non costituisce un derivato.

Non è dunque sostenibile che dalla combinazione di due clausole, tutte e due lecite e non costituenti uno strumento finanziario derivato, possa sorgere un contratto illecito e che costituisca uno strumento finanziario derivato.

6. *Se la clausola di rischio cambio snaturi la causa del contratto di leasing*

È ben vero che l'inserimento di elementi spurii in un contratto legalmente o socialmente tipico può determinarne la trasformazione in altro tipo.

Per stabilire se un contratto, a causa di pattuizioni eterogenee rispetto allo schema tipico, abbia mutato causa e natura, questa Corte ha da tempo dettato tre criteri.

Il primo criterio è che la qualificazione del contratto come “atipico” deve dipendere dai suoi effetti giuridici, non da quelli economici: anche la *fideiussio indemnitas* può produrre gli effetti dell’accollo, ma non è un accollo.

Il giudice, pertanto, per qualificare un contratto deve avere riguardo all’intento negoziale delle parti, non al risultato economico di esso, e tanto meno alla sua convenienza per una delle parti (*ex multis*, Sez. III, 24 giugno 2003, n. 10004).

Il secondo criterio è che un contratto non muta natura e causa, sol perché uno dei suoi elementi presenti un’occasionale difformità rispetto allo schema legale tipico.

Un contratto può dirsi atipico solo quando il rapporto per come disciplinato dalle parti diventi “del tutto estraneo al tipo normativo, perché trae le proprie ragioni di essere dall’adeguamento degli strumenti giuridici alle mutevoli esigenze della vita sociale e dei rapporti economici” (così già, Sez. III, 07 novembre 1969, n. 3645; ma sostanzialmente nello stesso senso, *ex multis*, Sez. III, 14 gennaio 1974, n. 116; Sez. III, 28 gennaio 2002, n. 982; Sez. I, 11 giugno 2004, n. 11096).

Il terzo criterio, infine, è che le prestazioni atipiche poste a carico di una delle parti non mutano la causa tipica del contratto, se in questo permane la prevalenza degli elementi propri dello schema tipico (principio, anche questo, pacifico e risalente, a partire da Sez. III, 14 gennaio 1974, n. 116, Rv. 367676-01).

6.1. Se così è, ne segue che la previsione di maggiori o minori obblighi a carico di una delle parti, rispetto a quelli scaturenti dallo schema contrattuale tipico, non è di per sé sufficiente a concludere che quel contratto, mercé la pattuizione di quegli obblighi aggiuntivi, abbia mutato causa e natura.

Questo è il principio che emerge, inequivoco, dall’analisi della giurisprudenza di questa Corte, la quale – ad esempio – ha ritenuto che:

- il contratto di concessione del diritto d’uso (art. 1021 c.c.) non muta causa sol perché sia imposto un facere a carico del proprietario della cosa (Sez. II, 17 febbraio 1955, n. 462, Rv. 880375-01);

- il contratto di associazione tra professionisti (*ex lege* n. 1815/1939) non muta causa sol perché preveda la possibilità che il singolo associato sia escluso per delibera unanime degli altri (Sez. I, 16 aprile 1991, n. 4032, Rv. 471679-1);

- il contratto di deposito di generi alimentari deperibili non muta causa (in contratto d’opera) sol perché siano imposti obblighi di manutenzione ed avviso a carico del depositario (Sez. III, 20 gennaio 1997, n. 534, Rv. 501858-01);

- il contratto di commissione non muta causa sol perché sia escluso il diritto del commissionario alla

provvigione (Sez. III, 28 gennaio 2002, n. 982, Rv. 551881-01);

- la fideiussione non muta causa sol perché il fideiussore si obblighi a pagare “a prima richiesta” (S.U., 12 gennaio 2007, n. 412, Rv. 594355-01);

- il contratto di mediazione non muta causa sol perché il soggetto intermediato si obblighi a pagare la provvigione per il solo fatto che il mediatore abbia svolto la sua attività, anche senza esito (Sez. III, 13 marzo 2009, n. 6171, Rv. 607083-01);

- il contratto preliminare di vendita non muta causa sol perché preveda il pagamento anticipato del prezzo da parte del promissario acquirente (Sez. I, 1 marzo 2010, n. 4863, Rv. 612335-01).

Questi pochi esempi, trascelti tra innumerevoli, dimostrano come per la giurisprudenza di questa Corte non basta rilevare la presenza di obblighi aggiuntivi rispetto allo schema contrattuale tipico, per concludere che il relativo contratto abbia mutato causa e sia divenuto atipico.

6.3. L’applicazione di questi principi alle clausole di “rischio cambio” come quelle oggetto del presente giudizio impone di concludere che esse non mutano né punto, né poco, la causa del contratto di *leasing*.

La presenza della suddetta clausola, infatti, non consente di affermare che, mercé essa, scopo dell’utilizzatore non fu acquisire un immobile, ma fu investire del denaro per realizzare un lucro finanziario invece che commerciale.

Allo stesso modo, la presenza della suddetta clausola non basta per sostenere che fosse volontà del concedente concludere il contratto al solo fine di speculare sul tasso di cambio.

Del resto, una banale conferma della impensabilità che un *leasing* immobiliare indicizzato sia assimilabile ad un contratto di investimento finanziario la si ricava, sul piano della logica, da un’ovvia *reductio ad absurdum*: se un risparmiatore, volendo investire il proprio denaro, si vedesse consigliare dall’intermediario finanziario la stipula d’un contratto di *leasing* immobiliare indicizzato ad una valuta estera, difficilmente quell’intermediario eviterebbe un giudizio di responsabilità per violazione della regola di adeguatezza, o *suitability rule* che dir si voglia.

7. *Se la previsione d’una clausola di rischio cambio sia contraria a buona fede*

L’ordinanza di rimessione sollecita infine queste Sezioni unite (p. 9), a stabilire se la pattuizione della clausola di rischio cambio, più volte descritta, costituisca una violazione dei doveri di correttezza e buona fede da parte della società concedente, “per la mancanza di chiarezza e di informazione, conseguenti alla natura puramente speculativa della clausola”.

7.1. Premesso che tale questione non risulta essere stata dedotta in giudizio (né dalla società opponente, né dalla società opposta; né risulta essere stata rilevata *ex officio* dal Tribunale o dalla Corte d’appello), per completezza d’esame osservano queste Sezioni unite

che meritevolezza del contratto e rispetto dei doveri di buona fede sono questioni distinte e separate.

Un contratto invalido può essere eseguito in buona fede, così come uno valido può essere eseguito in mala fede.

Il giudizio di meritevolezza serve a stabilire se il contratto possa produrre effetti; il giudizio sul rispetto della buona fede serve a stabilire molte cose: prima della stipula può servire a stabilire se il consenso di una delle parti sia stato carpito con dolo o dato per errore; dopo la stipula, può servire a stabilire come debba interpretarsi il contratto (art. 1366 c.c.); dopo l'adempimento, può servire a stabilire se questo sia stato inesatto (art. 1375 c.c.).

Infine, il contratto immeritevole è improduttivo di effetti, il contratto eseguito senza buona fede fa sorgere il diritto alla risoluzione o al risarcimento del danno.

Alla luce di questi noti princìpi è agevole concludere che la sola pattuizione di una clausola di rischio cambio come quella oggetto del presente giudizio non può costituire, da sola, violazione dei doveri di correttezza e buona fede da parte di un intermediario creditizio o finanziario.

In ogni caso anche l'eventuale violazione dei suddetti doveri di correttezza nella fase delle trattative, e di buona fede nell'esecuzione del contratto, non potrebbe condurre ad una dichiarazione di "immeritevolezza" del contratto. Quelle violazioni potrebbero condurre teoricamente solo all'annullamento del contratto per vizio del consenso (errore o dolo), oppure all'affermazione di una responsabilità precontrattuale, od ancora al risarcimento del danno.

Tali princìpi, proprio con riferimento ad una clausola-valore inserita in un contratto di mutuo, sono stati condivisi anche da Cgue 20 settembre 2017, in causa C-186/16, Andriciuc vs. Banca Românească, secondo cui se il finanziatore, pur essendo a conoscenza o potendo conoscere eventuali future fluttuazioni del cambio a sfavore del mutuatario, non lo avverte di tale circostanza in sede precontrattuale, viola il dovere di buona fede e, se il contratto è stipulato con un consumatore, pattuisce una clausola che produce un significativo squilibrio tra le parti (è conforme Cgue 20 settembre 2018, in causa C-51/17, OTP Bank vs. Ilyés and Kiss).

8. La sentenza impugnata va dunque cassata con rinvio alla Corte d'appello di Trieste, in differente composizione, la quale tornerà ad esaminare l'appello proposto dalla Rps applicando il seguente principio di diritto:

“il giudizio di “immeritevolezza” di cui all'art. 1322, c. 2, c.c. va compiuto avendo riguardo allo scopo perseguito dalle parti, e non alla sua convenienza, né alla sua chiarezza, né alla sua aleatorietà”.

9. Va, infine, formulato nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c. il seguente principio di diritto:

“La clausola inserita in un contratto di *leasing*, la quale preveda che: a) la misura del canone vari in

funzione sia delle variazioni di un indice finanziario, sia delle fluttuazioni del tasso di cambio tra la valuta domestica ed una valuta straniera; b) l'importo mensile del canone resti nominalmente invariato, e i rapporti di dare/avere tra le parti dipendenti dalle suddette fluttuazioni siano regolati a parte; non è un patto immeritevole ex art. 1322 c.c., né costituisce uno “strumento finanziario derivato” implicito, e la relativa pattuizione non è soggetta alle previsioni del d.lgs. 58/1998”.

10. Le spese del presente giudizio di legittimità saranno liquidate dal giudice del rinvio.

*P.q.m.*, la Corte di cassazione:

- rigetta il primo motivo di ricorso;

- accoglie il secondo motivo di ricorso, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia la causa alla Corte d'appello di Trieste, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

### **Contratto di *leasing* con doppia indicizzazione: le Sezioni unite escludono la natura di derivato implicito**

Nella sentenza in commento le Sezioni unite della Corte di cassazione si sono definitivamente pronunciate sulla natura giuridica di un contratto di *leasing* indicizzato ad una valuta diversa da quella di erogazione e caratterizzato da una clausola di doppia indicizzazione, che prevede variazioni del canone sia in funzione del tasso di cambio tra euro e valuta straniera, sia in funzione del tasso di riferimento (Libor o Euribor).

La controversia trae origine da un contratto di *leasing* di un immobile in costruendo, concluso nel 2006, pertanto, prima che la legge di stabilità del 2016 introducesse la definizione da parte del diritto positivo di un tale modello di operazione economica, tuttavia, già ampiamente accettato e utilizzato nella pratica commerciale.

Il contratto oggetto di causa presentava le seguenti caratteristiche: a) il franco svizzero costituiva la valuta nominale di riferimento; b) il rimborso del finanziamento era previsto in euro; c) le rate mensili potevano variare, in aumento o in diminuzione, in base a due variabili: il tasso Libor 3 mesi – Chf e il tasso di cambio tra l'euro e il franco svizzero; d) la variabilità del canone in base al tasso Libor era illimitata in aumento e limitata in diminuzione, non poteva scendere oltre due punti in meno rispetto all'indice di riferimento (clausola *floor*); e) la variabilità del canone dipendente dalle fluttuazioni del cambio franco/euro era illimitata sia in aumento che in diminuzione ed era determinata da una particolare formula matematica che si basava su ipotesi di apprezzamento di una valuta rispetto all'altra (clausola rischio cambio); f) le variazioni dei due parametri non avrebbero determinato variazioni sul canone, ma solo guadagni e perdite per ciascuna

delle parti da regolare con rimesse reciproche e con diversa periodicità.

La società concedente il *leasing*, a fronte dell'inadempimento protratto dell'utilizzatore, presentava ricorso per decreto ingiuntivo al Tribunale di Udine.

All'emissione del decreto ingiuntivo faceva seguito l'opposizione promossa dall'utilizzatore, accolta dal giudice di primo grado, il quale, dopo aver espletato una consulenza tecnica, riteneva che la clausola di indicizzazione dei canoni, come concepita, costituisse, in realtà, uno strumento finanziario derivato con finalità speculativa.

A determinare il giudice di primo grado in tal senso era, in particolare, la presenza nel contratto di *leasing* della clausola *floor* sopra citata, per la quale era prevista l'attivazione nel caso in cui il dato puntuale del parametro di riferimento (Libor), in base al quale era determinato il tasso di interesse, scendesse oltre una certa soglia, al fine di impedire gli effetti di un'ulteriore discesa, garantendo alla banca un rendimento minimo.

Il giudice di merito rilevava che questo sistema di fatto trasforma un contratto di finanziamento a tasso variabile in uno a tasso fisso.

La riqualificazione di una tale clausola nei termini di un derivato è dovuta al fatto che vi è un tipo di contratto derivato con il quale è possibile ottenere una trasformazione di un tasso variabile in un tasso fisso; lo *swap*.

Inoltre, il giudice di prima istanza definiva la clausola in commento nei termini di un derivato implicito, in quanto ravvisava nella clausola *floor* un'opzione gratuita rilasciata in favore della società concedente il *leasing*, in modo implicito e inconsapevole, dall'utilizzatore, per il quale il contratto diveniva più oneroso.

Pertanto, il Tribunale di Udine dichiarava la nullità della clausola, in quanto stipulata dalla società finanziaria in violazione dei preventivi obblighi informativi, previsti dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Tuf), i quali impongono all'intermediario finanziario di dare adeguata informazione al cliente circa le caratteristiche dei prodotti proposti.

La Corte d'appello rigettava il gravame promosso e confermava la decisione del giudice di primo grado, precisando che la clausola di rischio cambio era astrusa nella sua formulazione, in quanto avrebbe dovuto regolare l'equivalenza finanziaria di un contratto stipulato in valuta estera ma, in realtà, risultava avere una funzione speculativa, incoerente con le effettive necessità di un contratto di *leasing*, nel quale introduceva un elemento di squilibrio fra le parti.

Il giudizio di secondo grado si concludeva con una dichiarazione di invalidità della sola clausola di rischio cambio per immeritevolezza di tutela ai sensi dell'art. 1322, c. 2, c.c. e, confermando l'impianto logico-argomentativo del giudice di prime cure, qualifi-

cava il contratto concluso come "una sorta di *swap*" aleatorio e rientrante nel *genus* delle scommesse.

Il ricorso per cassazione veniva assegnato alla Sezione III civile la quale, riscontrando un contrasto giurisprudenziale sulla natura giuridica e sulla validità della clausola oggetto di causa, con l'ordinanza interlocutoria 16 marzo 2022, n. 8603, poneva la questione di massima se la clausola di doppia indicizzazione, inserita in un contratto di *leasing* finanziario di immobile in costruendo, integri gli estremi di un derivato implicito, costituente uno strumento di speculazione, o non debba essere piuttosto considerata un mero meccanismo di indicizzazione, e se comunque la stessa incida sulla causa del contratto di *leasing*, trasformandolo in un diverso contratto atipico o misto e, in questo caso, con quali effetti.

I temi posti dalla controversia in disamina sono stati oggetto di autorevole analisi critica (P. de Gioia Carabellese, M. Lembo, *La deriva dei contratti speculativi in Italia: i "derivati impliciti"*. Per una causa *argenteria dei derivati italiani*, in questa *Rivista*, 2022, 3, 19) svolta in attesa che le Sezioni unite si pronunciasse e chiarisse le questioni fondamentali poste dall'ordinanza di rimessione, tenuto conto dell'ampia casistica presente nella realtà economica.

In particolare, nel contributo citato si evidenziava il pericolo insito nelle pronunce della giurisprudenza di merito che danno una rilevanza estrema ai derivati, attraverso "un'interpretazione creativa" degli stessi, e che, concentrate su tale impresa, sembrano dimenticare o confondere i principi fondamentali che sono alla base del diritto dei contratti, quali l'autonomia negoziale e i suoi predicati, il principio consensualistico e il valore funzionale di una clausola rispetto al *sinalagma* contrattuale.

Ebbene, le Sezioni unite, nella sentenza in commento, reinseriscono la controversia nel suo contesto naturale, ovvero quello di un contratto di finanziamento concluso da due parti in autonomia nella piena consapevolezza del relativo contenuto, e avvertono l'urgenza di pronunciare, nella prima parte della sentenza, un importante arresto giurisprudenziale sul giudizio di meritevolezza *ex art. 1322, c. 2, c.c.*, stante la motivazione formulata dalla Corte d'appello all'esito di un particolare iter argomentativo.

La Corte d'appello dichiarava la clausola in commento immeritevole di tutela, in quanto determinava una finalità speculativa del contratto concluso che era incompatibile con la causa di un contratto di *leasing*.

Pertanto, per effetto di tale clausola il giudice di merito riscontrava un'alterità giuridica del contratto rispetto al modello censito.

Le Sezioni unite rilevano che i presupposti utilizzati dal giudice di merito per formulare il giudizio di immeritevolezza (aleatorietà, asimmetria tra le prestazioni, difficoltà interpretativa, convenienza) sono del tutto irrilevanti a tal fine e denotano una scarsa sensibilità riguardo la portata normativa dell'art. 1322 c.c., nell'ambito del quale la meritevolezza assume il ruolo di predicato dell'autonomia privata, la quale attribui-



sce alle parti la libertà di realizzare i propri interessi personali o patrimoniali.

Nella sentenza in commento, in primo luogo, si evidenzia che il concetto di meritevolezza, come più volte ribadito dalla giurisprudenza in sede di legittimità, è strettamente connesso alla causa concreta, che definisce la sintesi degli interessi che l'operazione contrattuale è volta a porre in essere.

Pertanto, il giudizio *ex art. 1322, c. 2, c.c.* richiede una valutazione non del patto ma del risultato cui esso mira e non può limitarsi all'esame di singole clausole avulso dalla relazione economica che le parti hanno voluto realizzare (*ex aliis*, Cass., S.U., 17 febbraio, n. 4222; 17 febbraio 2017, n. 4224; Cass., Sez. III, 28 aprile 2017, n. 10506).

Inoltre, nella sentenza si pone l'accento sulla stretta connessione fra il giudizio di meritevolezza e l'autonomia negoziale.

In tal senso, le argomentazioni della Corte di cassazione si fondano su un assunto acquisito dalla giurisprudenza di legittimità e dalla dottrina: la previsione dell'art. 1322 c.c. muove da una presa di coscienza del diritto positivo secondo la quale l'autonomia privata ha uno spazio di esplicazione che non è definibile a priori, pertanto, i soggetti possono comporre i loro interessi discostandosi dal tipo contrattuale fino a poter concludere forme contrattuali atipiche.

Tutto ciò, come evidenziato nei lavori preparatori al codice vigente, garantisce l'adeguamento costante del diritto alla realtà pratica e, in particolare, alle esigenze della vita economica, che è per sua natura dinamica.

Tuttavia, è necessario tracciare i confini dell'autonomia privata ai sensi dell'art. 1322 c.c., al fine di apprestare una tutela giuridica alla regola pratica determinata dalle parti.

I controlli insiti nell'ordinamento positivo, relativi all'esplicazione dell'autonomia negoziale, richiedono la sottoposizione della causa concreta ad una doppia valutazione.

Una prima valutazione investe il giudizio di meritevolezza della finalità pratica rispetto al modello contrattuale censito, al fine di verificare se il contratto concluso è plausibile per l'ordinamento giuridico, se è riconoscibile dallo stesso, in quanto conforme ai principi di solidarietà sociale, parità, non prevaricazione, utilità sociale, richiesti dagli artt. 2, c. 2, 4, c. 2, 41, c. 2, Cost.

Dopo aver superato questo primo livello di giudizio, è necessario sottoporre il contratto al giudizio di liceità *ex art. 1322, c. 1, c.c.*, avendo come parametro non la singola norma ma l'intero assetto ordinamentale.

Muovendo da tale assunto sono stati, pertanto, ritenuti, in sede di legittimità, immeritevoli di tutela i contratti che avevano per scopo o per effetto quello di: a) attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra; b) porre una delle parti in una posizione di indeterminata

soggezione rispetto all'altra; c) costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti con i superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti.

La Corte di cassazione osserva che nel contratto oggetto di causa non ricorre nessuno di tali presupposti.

A ben vedere il giudizio di meritevolezza costituisce il grimaldello utilizzato dalla Corte nomofilattica per focalizzare la questione sulla causa concreta al fine di evidenziare che la clausola di indicizzazione, al di là dell'urgenza di una qualificazione giuridica, non intervenendo sulla causa del contratto concluso non ne modifica la natura e non lo trasforma in un derivato dalla finalità speculativa.

In realtà, precisano le Sezioni unite, il giudice di secondo grado ha ommesso di valutare il rapporto contrattuale alla luce del principio di autonomia privata *ex art. 1322, c. 1, c.c.*

Dalle argomentazioni della sentenza in disamina emerge che per i giudici di piazza Cavour la clausola di indicizzazione costituisce un accordo che, nell'economia del contratto di *leasing*, risponde all'esigenza di ampliare l'autonomia delle parti rispetto al modello e, pertanto, rappresenta un elemento volontario in senso finanziario meritevole di tutela.

Il giudice di secondo grado ha confuso il concetto di meritevolezza non solo con la difficoltà interpretativa di una clausola, a suo dire, macchinosa, ma anche con l'aleatorietà e lo squilibrio tra le prestazioni, svuotando in tal senso l'art. 1322 dei suoi indici orientativi.

Tale confusione è stata determinata dall'urgenza, avvertita dalla stessa Corte d'appello, di identificare il contratto come *swap* e di eliminare la clausola nella quale ha ravvisato il pericolo dell'alterazione di un predicato equilibrio dello schema contrattuale concluso.

La Corte di cassazione precisa che il giudizio *ex art. 1322, c. 2, c.c.* non ha ad oggetto l'obiettiva giustizia del contratto né può fondarsi sull'idea che l'equilibrio debba essere inteso come assoluta parità tra le parti (cfr. Cass., Sez. III, ord. 30 settembre 2021, n. 26538).

Un contratto aleatorio o squilibrato tra le controposte obbligazioni non può considerarsi, solo in quanto tale, immeritevole di tutela.

L'errata considerazione dei presupposti del giudizio di meritevolezza e il conseguente giudizio di invalidità della clausola, discendono dall'errore compiuto dal giudice d'appello, condiviso con il giudice di primo grado, nell'inquadrare la natura giuridica del contratto di cui è causa.

Infatti, come evidenziato, seppure l'esito del giudizio di secondo grado muove da argomentazioni diverse da quelle formulate dal giudice di prima istanza, la Corte d'appello di Trieste richiama la sentenza del tribunale nel qualificare il contratto come *swap*.

A riguardo l'ordinanza di rimessione pone all'attenzione delle Sezioni unite la questione fondamentale relativa alla possibilità di attribuire natura di

derivato implicito alla clausola che, nel contratto di *leasing*, fa dipendere gli interessi dovuti dall'utilizzatore di un bene dalla variazione di un doppio indice: finanziario (clausola *floor*) e monetario (clausola rischio cambio).

Sul punto le Sezioni unite chiariscono che, contrariamente a quanto affermato dalla sezione remittente, la giurisprudenza di legittimità è piuttosto unanime nell'affermare che una clausola siffatta è valida e non può essere qualificata come uno strumento finanziario derivato, tantomeno implicito, sia alla luce della nozione di derivato contenuta nell'art. 1 d.lgs. n. 58 cit., al c. 3, vigente al momento della stipula del contratto di *leasing* di cui è causa, sia tenendo conto, per mera completezza espositiva, del fatto che la clausola di doppia indicizzazione non rientra tra le operazioni definite strumenti finanziari derivati dal testo del d.lgs. n. 58 cit., attualmente vigente dopo le modifiche apportate dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 e dal d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303.

Partendo dal dato normativo la Corte di cassazione, al fine di delineare una figura chiara e univoca di contratto derivato, fa leva sia sulla rilevanza decisiva che in tal senso la giurisprudenza maggioritaria ha da sempre attribuito alla causa del negozio (cfr. Corte app., Trento, 3 maggio 2013, n. 141; Milano, Sez. I, 18 settembre 2013, n. 3459) sia sulla necessaria presenza nel suo oggetto di alcuni elementi distintivi.

Appare evidente che per le Sezioni unite le decisioni precedenti, richiamate da parte ricorrente, non sono sufficienti a risolvere il quesito posto.

Infatti, affermare, come nelle sentenze richiamate nel ricorso, che la clausola di indicizzazione, a differenza del derivato, non è funzionalmente autonoma, oppure che è possibile escludere giuridicamente la natura di derivato della clausola stessa, non vuol dire formulare argomenti dirimenti.

Come osservato in una precedente pronuncia dalle Sezioni unite, il derivato non è un contratto tipico, è invece un effetto sia finanziario che giuridico, contenuto in clausole che, a volte, hanno natura autonoma, altre volte sono incorporate in un altro contratto (cfr. Cass., S.U., 12 maggio 2020, n. 8770).

Il giudice di legittimità sposta l'accento su un quesito diverso: a prescindere dalle qualificazioni bisogna chiarire se la clausola di indicizzazione abbia l'effetto di incidere in modo significativo sulla causa del contratto, orientandolo in chiave speculativa, al fine di verificare se le parti hanno concluso o meno un accordo altro e diverso rispetto al modello di riferimento e se l'accordo concluso comunque sia conforme ai principi fondamentali del nostro ordinamento e possa, pertanto, reclamare tutela nell'ambito del diritto positivo.

Ora per effetto del contratto oggetto di causa, la società concedente ha assunto l'obbligo di acquistare l'immobile in costruendo e la società utilizzatrice ha ottenuto in godimento il bene con il corrispettivo obbligo di restituire le rate.

L'art. 1 d.lgs. n. 58 cit., individuava quattro tipi principali di strumenti finanziari derivati: la compra-

vendita (come l'acquisto di *futures*), la copertura di rischi (come i crediti *default swap*), la concessione a fronte di un corrispettivo di un diritto di opzione, lo scambio di pagamenti stabiliti sulla base di diverse variabili.

Pertanto, risulta evidente che l'operazione economica in esame difetta della causa concreta propria degli strumenti finanziari derivati, come previsti dalla normativa vigente al momento della stipula del contratto.

Infatti, con il patto di indicizzazione le parti non hanno realizzato alcuno scambio di flussi di denaro, non hanno lucrato sulle previste fluttuazioni valutarie e tanto meno hanno inteso coprire un rischio di credito.

Inoltre, il contratto concluso non presenta nessuno degli elementi unificanti gli strumenti finanziari derivati, che il giudice di legittimità ha identificato nella differenzialità dell'oggetto del contratto, nella sussistenza di un capitale nozionale e nella previsione di un'opzione *mark to market*, recependo un orientamento e molto restrittivo nella identificazione dei derivati impliciti. (cfr. Cass., S.U., n. 8770/2020 cit.).

In particolare, l'opzione *mark to market* è considerata dalla giurisprudenza prevalente un elemento essenziale del contratto derivato, in quanto essa rappresenta "sia pure nella dimensione temporalmente contestualizzata, un differenziale tra contrapposti flussi finanziari" (Trib. Milano, Sez. VI, 9 marzo 2016, n. 3070).

Il *mark to market* è un valore costantemente variabile del prodotto derivato ed esprime il totale dei differenziali futuri sulla base degli indici di riferimento e può fungere, in caso di risoluzione anticipata, da costo di sostituzione del prodotto.

Tale opzione non era prevista nel contratto concluso tra le parti coinvolte nel giudizio.

La clausola di rischio cambio era volta piuttosto a determinare il valore di una prestazione agganciandolo ad un indice monetario determinato e, pertanto, non era assimilabile ai c.d. "strumenti finanziari collegati alla valuta", per mezzo dei quali le parti speculano sulle fluttuazioni del mercato valutario.

Sul punto il giudice di legittimità richiama, altresì, l'attenzione sul fatto che il contratto di *leasing* ha pur sempre anche una funzione di finanziamento che, se concesso in valuta estera, deve necessariamente essere regolato in modo da evitare i rischi connessi alla svalutazione della moneta nazionale.

Un finanziamento il cui importo è ancorato ad un rapporto di cambio costituisce un debito di valore e non già di valuta.

Pertanto, la clausola di rischio cambio è in realtà una clausola-valore funzionale a stabilire un criterio rispetto al quale commisurare la prestazione del debitore, nel caso in cui il corso di conversione della valuta, in cui è espresso il credito, cambi durante la vigenza del contratto.

Da tale assunto discende che il contratto di cui è causa è caratterizzato da una naturale alea, in quanto la clausola fa dipendere l'*an* e il *quantum* della prestazione del debitore da un parametro esterno e variabile, ma da ciò non deriva, con perfetto automatismo, la riconducibilità del contratto alla scommessa finanziaria.

Il giudice di secondo grado, qualificato il contratto nei termini di uno *swap*, si è posto nella scia di quelle pronunce che, dando per scontata la natura aleatoria del contratto derivato a fronte di un interesse meritevole di tutela, aderiscono ad una definizione dello stesso come “scommessa legalmente autorizzata” (definizione inaugurata dal celebre arresto della Corte app. Milano, Sez. I, 18 settembre 2013, n. 3459 e condivisa *ex multis* da Trib. Milano, Sez. VI, 16 giugno 2015, n. 7398).

Tuttavia, la Corte di cassazione rileva, in primo luogo, che la Corte d'appello ha confuso l'alea economica, che può interessare ogni contratto, con l'alea giuridica che è rappresentata dalla *susceptio periculi* ed è elemento identificativo dei contratti aleatori, e, in ultima analisi, che la giurisprudenza, la quale ha identificato lo *swap* nei termini di una scommessa finanziaria, ha attribuito un'importanza decisiva, al tal fine, all'esistenza di un accordo che investa la misura di un'alea razionale e consapevole e alla presenza sia di una causa individuata “nella negoziazione e nella monetizzazione di un rischio”, sia di un oggetto contenente l'opzione *mark to market* (Cass., S.U., n. 8770/2020 cit.).

Con la clausola oggetto della controversia le parti, consapevolmente e nell'esercizio dell'autonomia negoziale, hanno invece introdotto nell'operazione economica conclusa un meccanismo di adeguamento della prestazione pecuniaria, in caso di concrete sopravvenienze determinate da fluttuazioni valutarie.

Tale meccanismo, come ribadito in diverse pronunce del giudice di legittimità, non costituisce “una diversa operazione negoziale avente natura di investimento finanziario” ed è assimilabile solo finanziariamente ma non anche giuridicamente al “*domestic currency swap*”, pertanto, non è uno strumento finanziario derivato (cfr. Cass., Sez. III, 22 febbraio 2021, n. 4659).

Le Sezioni unite precisano, inoltre, che la previsione di una clausola *floor* non è sintomatica di una vendita implicita e inconsapevole da parte del cliente di un'opzione *floor* e, quindi, di un derivato implicito, ma piuttosto trattasi di un patto lecito e consentito dall'art. 1353 c.c.

Infatti, il giudice di legittimità chiarisce che le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale ex art. 1322, c. 1, c.c., possono determinare la struttura del loro rapporto obbligatorio e realizzare volontariamente uno squilibrio fra le prestazioni stesse, anche attraverso la previsione di clausole le quali prevedano, in caso di sopravvenienze, meccanismi di adattamento dello schema contrattuale, con il rischio, che le parti assumono consapevolmente, di renderlo aleatorio e squilibrato.

Si precisa in sentenza che, in un contratto di finanziamento, la previsione di alcuni eventuali conguagli, a favore di una parte o di un'altra, i quali vengano regolati senza incidere sul valore della rata, costituisce un effetto normale dello statuto delle obbligazioni civili.

Tale precisazione richiama all'attenzione un principio fondamentale dello statuto delle obbligazioni civili contenuto nell'art. 1174, c. 1, c.c., secondo il quale un'obbligazione deve essere suscettibile di ricevere un contenuto economico.

Il contenuto dell'obbligazione è patrimonializzabile e non già patrimoniale (nel senso di definito *a priori*) e può risentire anche di esigenze di adattamento ad eventi esterni e rilevanti nella dinamica del rapporto contrattuale, anche sotto il profilo economico.

Pertanto, le parti possono non solo attribuire un valore economico ai beni ma anche regolare e modulare, nel rispetto del principio di determinatezza, le rispettive obbligazioni assumendo, consapevolmente, il rischio di influenzare gli effetti economici dell'operazione conclusa a vantaggio di una parte piuttosto che di un'altra.

Lo squilibrio tra le prestazioni nel rapporto contrattuale di cui è causa è assolutamente legittimo, in quanto è il risultato dell'attuazione di un principio fondamentale nel nostro ordinamento: l'autonomia negoziale.

Lo squilibrio fra prestazioni diviene illegittimo quando è il risultato di un consenso prestato in mancanza di concrete alternative di scelta per la coesistenza di condizioni che riducono o scemano grandemente la libertà contrattuale, come nella previsione dell'art. 1447 c.c.

In tal caso il contratto è da considerarsi invalido non perché squilibrato ma perché iniquo e può costituire terreno fertile per la realizzazione di situazioni di abuso.

Tale acquisizione, pacifica in giurisprudenza di legittimità, è valida anche nel nuovo diritto dei contratti, nel quale lo squilibrio non rileva mai in sé e per sé ma solo se accompagnato dal concetto *antitrust* della mancanza di concrete alternative, che permea ormai il nuovo diritto dei contratti.

Pertanto, la clausola in esame, pur prevedendo una naturale alea e un potenziale squilibrio tra le parti, non può essere considerata immeritevole di tutela ex art. 1322, c. 2, c.c.

In conclusione, l'ultimo quesito posto dall'ordinanza di rimessione chiede di chiarire se la clausola di rischio cambio violi i doveri di correttezza e buona fede per mancanza di chiarezza e di informazione, stante la sua presunta natura speculativa.

A riguardo le Sezioni unite ribadiscono che l'indicizzazione del canone alle fluttuazioni del rapporto di cambio costituisce una clausola-valore, priva di finalità speculativa.

Pertanto, tale clausola non pone alcun problema di violazione dei doveri di correttezza e di buona fede.

In ogni caso, la violazione di tali doveri, nella fase delle trattative, non può condurre ad una dichiarazione di immeritevolezza.

Potrebbe, invece, configurarsi l'annullamento del contratto per vizio del consenso oppure una responsabilità precontrattuale o il risarcimento del danno.

Il giudizio di meritevolezza non coinvolge i doveri di buona fede e di correttezza, come non riguarda giudizi sulla convenienza dell'affare, sulla chiarezza e sull'aleatorietà del contratto.

Il giudizio *ex art. 1322, c. 2, c.c.* è invece funzionale a stabilire se il risultato di un contratto è conforme alla coscienza civile, ai principi di solidarietà sociale e non prevaricazione e, pertanto, è accettabile dal nostro ordinamento e può produrre effetti.

L'ordinamento si preoccupa di tutelare il contraente il cui consenso sia stata prestato in assenza di libertà di autodeterminazione, ma non di certo il contraente che, libero e informato, ha compiuto scelte, le quali hanno comportato uno squilibrio economico a suo svantaggio.

Diversamente si finirebbe con il sovrapporre al giudizio di meritevolezza quello sulla convenienza dell'affare.

Tuttavia, in tale sovrapposizione è insito il pericolo di sottrarre potere alla volontà delle parti in favore del potere eteronomo del giudice sul sinallagma contrattuale.

All'esito di tali argomentazioni, la Corte di cassazione, nella sua più autorevole composizione, conclude disponendo rinvio alla Corte d'appello di Trieste affinché esamini la meritevolezza del contratto di *leasing* indicizzato, avendo riguardo all'assetto di interessi diviso tra le parti e non già al patto, dopo aver escluso che la clausola di indicizzazione possa essere identificata in uno strumento finanziario derivato implicito, avendo chiarito che una tale clausola costituisce piuttosto un elemento volontario attraverso il quale le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, hanno adattato il tipo alle loro esigenze senza destrutturarne la causa concreta.

CRISTINA ORSINI

\* \* \*

## CONSIGLIO DI STATO

1074 – Consiglio di Stato, Sezione V; sentenza 31 gennaio 2023; Pres. Caringella, Est. Manca; F.C. c. Roma Capitale.

*Conferma Tar Lazio, Sez. II, 30 luglio 2015, n. 10486.*

**Servizi pubblici – Concessione – Lavori strumentali alle concessioni di servizi e diretti a realizzare opere pubbliche – Affidamento – Procedura.**

D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'art. 10 l. 6 luglio 2002, n. 137, art. 52; d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce, artt. 30, 143, c. 5.

**Servizi pubblici – Concessione – Lavori – Studio di fattibilità – Annullamento in autotutela – Termini.**

L. 7 agosto 1990, n. 241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, art. 21-*nonies*; d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 143, c. 5; l. 7 agosto 2015, n. 124, deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, art. 1.

**Responsabilità civile – Amministrazione pubblica – Concessione di servizi – Procedura concorsuale – Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione – Risarcimento – Criteri.**

C.c., art. 1337.

*Qualora i lavori siano strumentali alle concessioni di servizi e diretti a realizzare opere pubbliche che diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice, deve trovare, comunque, integrale applicazione il codice dei contratti pubblici, pertanto, le concessioni dei servizi possono essere affidate solo attraverso una procedura basata sulla predeterminazione dei criteri selettivi.*

*Il nuovo termine di diciotto mesi, ora diventato di dodici mesi, entro il quale deve intervenire l'annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990, vista la natura innovativa della disposizione, è applicabile solo per i provvedimenti adottati successivamente alla entrata in vigore della l. n. 124/2015 (avvenuta il 28 agosto 2015), mentre per quelli precedenti la valutazione va condotta alla stregua del canone di ragionevolezza, facendo riferimento al "termine ragionevole" richiamato dalla versione antecedente alle modifiche sopra richiamate.*

*Il risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, per l'annullamento di una procedura concorsuale per l'affidamento di una concessione di servizi pubblici, deve essere riconosciuto nel caso in cui il concorrente venga coinvolto in una procedura che sin dall'origine era da considerarsi invalida per fatto imputabile all'amministrazione (in motivazione si precisa che il risarcimento può riguardare il solo interesse negativo rappresentato dalle spese sostenute per aver partecipato alla procedura e dai mancati profitti per le mancate occasioni, ossia tutti i contratti non conclusi per*

*aver partecipato alle trattative; il lucro cessante necessita, comunque, di un'espressa prova da parte del soggetto danneggiato e non può essere presunto).* (1)

*Fatto e diritto* – 1. La ditta individuale *Omissis* ha partecipato alla procedura indetta da Roma Capitale per la dotazione di servizi, la riqualificazione e la manutenzione del verde pubblico nelle aree denominate "Punti verde ristoro". Con la determinazione dirigenziale del 23 dicembre 2014 Roma Capitale ha annullato d'ufficio la predetta procedura.

Il provvedimento è stato impugnato con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio che, con la sentenza in epigrafe, lo ha respinto.

L'amministrazione aveva motivato l'annullamento in autotutela con particolare riferimento al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e al d.p.r. n. 554/1999, vigenti *ratione temporis*, in quanto l'amministrazione non aveva posto a base di gara un preventivo studio di fattibilità, come disposto dall'art. 143, c. 5, d.lgs. n. 163/2006 in materia di concessione di lavori pubblici, non essendo così possibile svolgere una valutazione dei vincoli ambientali, storico-archeologici e paesaggistici eventualmente interferenti sulle aree e sugli immobili interessati dagli interventi.

Inoltre, l'avviso pubblico risultava carente del disciplinare di gara e dei contenuti per l'individuazione e descrizione dell'intervento necessari a garantire l'omogeneità e la comparabilità nella valutazione delle offerte più vantaggiose per l'amministrazione.

Infine non sarebbe stata osservata la procedura autorizzativa di cui all'art. 52 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 nonché della delibera del commissario del Comune di Roma n. 50/2008 la quale prevedeva che i progetti di riqualificazione delle aree verdi e dei manufatti eventualmente esistenti nelle ville e nei parchi giochi dovessero ottemperare alle normative specifiche derivanti dai vincoli monumentali e paesistici che vi insistono e che, previo parere della Soprintendenza, per tutte le aree vincolate dovessero essere inseriti nel bando di gara chiari riferimento guida per la progettazione delle strutture dei punti di ristoro.

2. Il giudice di primo grado ha motivato la decisione di rigetto sull'assunto che, nell'ipotesi in cui i lavori siano strumentali ad una concessione di servizi (quale definita dall'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006) e siano quindi diretti a realizzare opere pubbliche che diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice, il codice dei contratti pubblici trovi integrale applicazione, non solo nell'ipotesi in cui i lavori siano eseguiti dagli stessi concessionari ma anche in quella in cui questi ultimi operino quale stazione appaltante.

2.1. Ha rilevato, inoltre, che lo studio di fattibilità non è previsto esclusivamente nell'ambito della con-

(1) Segue la nota di L. Giannetti, *Limiti di applicabilità del d.lgs. n. 163/2006 alle concessioni di servizio. Quantificazione del danno risarcibile in ipotesi di responsabilità precontrattuale amministrativa a seguito dell'esercizio di autotutela.*

cessione di lavori, costituendo lo stesso il primo stadio della programmazione di tutte le opere pubbliche, indipendentemente dalla modalità di affidamento. Anche la progettazione preliminare sarebbe necessaria poiché diversamente verrebbe attribuita al concessionario un'inammissibile discrezionalità nel definire i caratteri tecnico-economici della prestazione.

2.2. Infine, per quanto attiene alle carenze relative all'inquadramento storico-archeologico, ambientale e paesaggistico degli interventi, il giudice di primo grado ha ritenuto che le stesse non potessero essere sanate mediate l'inserimento di un rappresentante del Ministero dei beni culturali nella commissione giudicatrice, ovvero mediante l'espressione postuma del parere del medesimo Ministero in ordine ai progetti presentati dai concorrenti: è infatti in sede di studio di fattibilità, così come espressamente previsto dall'art. 14 del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, che l'amministrazione è tenuta a descrivere ed analizzare “*ai fini della valutazione preventiva della sostenibilità ambientale e della compatibilità paesaggistica dell'intervento*” i “*requisiti dell'opera da progettare*” e “*caratteristiche*” e i “*collegamenti con il contesto nel quale l'intervento si inserisce, con particolare riferimento alla verifica dei vincoli ambientali, storici, archeologici, paesaggistici interferenti sulle aree o sugli immobili interessati dall'intervento*” nonché ad individuare “*le misure idonee a salvaguardare la tutela ambientale e i valori culturali e paesaggistici*”. Nel caso di specie sarebbe mancato del tutto l'indispensabile approfondimento tecnico propedeutico all'approvazione del progetto preliminare di un'opera pubblica.

2.3. Relativamente al risarcimento del danno il Tar ha ritenuto fondata la domanda relativa al risarcimento del danno precontrattuale data la condotta colposa dell'amministrazione che aveva indetto una gara *contra legem* e indotto così i partecipanti a confidare nel fisiologico sviluppo della gara e dei suoi esiti finali. Ha riconosciuto il danno emergente costituito dalle spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara, non essendo stato provato il danno da lucro cessante.

3. Ha proposto appello il sig. *Omissis*, articolato in otto motivi di ricorso con i quali vengono riproposti i motivi di primo grado relativi alla qualificazione della concessione e alla responsabilità aquiliana dell'amministrazione.

4. Si è costituita in giudizio Roma Capitale concludendo per il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza di primo grado.

5. All'udienza straordinaria del 22 novembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Con l'appello il sig. *Omissis* ripropone i motivi di ricorso di primo grado con i quali assume che la concessione in oggetto si qualifica come concessione di servizio pubblico, e non come concessione di lavori disciplinata dall'art. 142 del codice dei contratti (di cui al d.lgs. n. 163/2006).

6.1. La realizzazione dei chioschi e degli altri manufatti sopra descritti avrebbe un rilievo del tutto accessorio e servente rispetto alla manutenzione del verde e ai servizi da rendere al pubblico. Da tale qualificazione discenderebbe l'inapplicabilità delle disposizioni del codice dei contratti pubblici del 2006 poste alla base dell'annullamento d'ufficio adottato da Roma Capitale. Anche la circostanza che i chioschi realizzati o ristrutturati saranno acquisiti al patrimonio comunale non costituirebbe un elemento decisivo per contraddire la natura di concessione di servizio pubblico locale. Nella fattispecie in esame, pertanto, troverebbe applicazione unicamente l'art. 30 del codice dei contratti del 2006, che esclude le concessioni di servizi dall'ambito del codice medesimo: sarebbe quindi inapplicabile l'art. 143, c. 5, sugli studi di fattibilità, così come la disciplina in tema di progettazione di opere pubbliche. Oggetto dell'affidamento non sarebbe stata, quindi, la progettazione e la realizzazione di un'opera pubblica ma l'affidamento di un servizio pubblico locale.

6.2. Quanto alla mancata verifica dei vincoli storici, ambientali e paesaggistici esistenti sull'area, l'appellante sostiene che questa si è svolta successivamente alla determina di aggiudicazione quando il Comune ha trasmesso alle competenti Soprintendenze per i beni archeologici e ai beni paesaggistici tutti i progetti per l'adozione dei pareri.

6.3. L'appellante deduce, inoltre, la violazione dell'art. 21-*nonies* della l. 7 agosto 1990, n. 241, per non essere state indicate le specifiche ragioni di pubblico interesse sottese all'annullamento della procedura di gara e per essere stato superato il limite del termine ragionevole.

7. I motivi sono infondati.

7.1. L'appellante ripropone, in primo luogo, le questioni relative alla qualificazione della concessione oggetto della procedura in esame nei termini di una concessione di servizi pubblici.

Peraltro, come rilevato anche dal giudice di prime cure, tale qualificazione non determinerebbe comunque la non assoggettabilità della stessa alla disciplina del codice dei contratti pubblici, quantomeno nei limiti segnati dal c. 3 dell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006, applicabile *ratione temporis*, il quale dispone che la scelta del concessionario “*deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con determinazione dei criteri selettivi*”. Pertanto, sebbene la normativa comunitaria (all'epoca della procedura in esame) avesse tendenzialmente escluso dal proprio ambito le concessioni di servizi, le stesse non si sottraevano al rispetto dei principi fondamentali del Trattato, tra i cui corollari rientrava anche quello della predeterminazione dei

criteri selettivi. Strumento quest'ultimo indispensabile per assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità. Quindi, sia pure nell'ambito di una gara informale, le concessioni di servizi potevano essere affidate solo all'esito di una procedura caratterizzata dalla predeterminazione dei criteri selettivi (così Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4913).

7.2. Nel caso di specie, l'amministrazione comunale non ha individuato con la necessaria completezza neppure l'oggetto dell'affidamento, rimettendo in sostanza agli stessi concorrenti la presentazione di progetti da loro stessi individuati, salvo per quanto atteneva ai servizi di manutenzione del verde, gli unici puntualmente individuati nel disciplinare allegato al bando di gara.

Inoltre, come correttamente statuito dal giudice di primo grado, quando i lavori siano strumentali a una concessione di servizi, e quindi diretti a realizzare opere pubbliche che "diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice", il codice dei contratti deve trovare integrale applicazione, sia quando siano eseguiti dagli stessi concessionari, sia quando questi ultimi operino come stazione appaltante. Invero l'art. 32, c. 1, lett. f) d.lgs. n. 163/2006 equipara i concessionari di servizi alle amministrazioni aggiudicatrici esentandoli dall'applicazione solo di alcune norme del codice degli appalti.

7.4. L'appellante ha inoltre rilevato che non fosse necessario approvare preventivamente uno studio di fattibilità.

L'argomento non può essere condiviso, dovendosi considerarsi che lo studio di fattibilità consiste in un elaborato con il quale vengono delineate le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economiche dei lavori da realizzare e costituisce il primo stadio della programmazione di un'opera pubblica.

Deve ritenersi, inoltre, che costituisce un principio di carattere generale la predisposizione della progettazione preliminare da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, poiché diversamente verrebbe attribuita al concessionario un'inammissibile discrezionalità nel definire i caratteri della prestazione, pregiudicando anche il conseguimento delle finalità di qualità, sostenibilità economica ed ambientale dell'intervento nonché il rispetto delle regole sulla qualificazione ed esecuzione dei lavori.

7.5. Come previsto dall'art. 14 d.p.r. n. 207/2010, nello studio di fattibilità l'amministrazione è tenuta a descrivere e analizzare "ai fini della valutazione preventiva della sostenibilità ambientale e della compatibilità paesaggistica dell'intervento" i "requisiti dell'opera da progettare", e i "collegamenti con il contesto nel quale l'intervento si inserisce, con particolare riferimento alla verifica dei vincoli ambientali, storici, archeologici, paesaggistici interferenti sulle aree o sugli immobili interessati dall'intervento" nonché ad individuare "le misure idonee a salvaguardare la tutela ambientale e i valori culturali e paesaggistici".

Nel progetto preliminare debbono poi essere inseriti, accanto allo studio di prefattibilità ambientale, anche gli "studi necessari per un'adeguata conoscenza del contesto in cui è inserita l'opera, corredati da dati bibliografici, accertamenti ed indagini preliminari – m quali quelle storiche archeologiche ambientali, topografiche, geologiche, idrologiche, idrauliche, geotecniche e sulle interferenze e relative relazioni ed elaborati grafici – atti a pervenire ad una completa caratterizzazione del territorio ed in particolare delle aree impegnate" (art. 17, c. 1, lett. d, d.p.r. n. 207/2010 cit.).

Come accennato, nella procedura in esame, la pubblica amministrazione non aveva predisposto né un progetto preliminare, in ordine alle strutture da realizzare e/o ristrutturare, né uno studio di fattibilità. Pertanto, come affermato dal giudice di prime cure, sebbene il bando faccia riferimento ad un progetto definitivo da presentare all'amministrazione, in realtà l'intera attività progettuale era stata delegata ai concorrenti rimettendo ad essi la scelta delle opere da realizzare.

7.6. Per quanto riguarda l'inquadramento storico – archeologico, ambientale e paesaggistico degli interventi, l'acquisizione postuma del parere da parte del Mibac non costituisce una mera "inversione procedimentale", essendo mancato l'indispensabile approfondimento tecnico propedeutico all'approvazione del progetto preliminare dell'opera.

8. Relativamente ai requisiti richiesti ai partecipanti alla gara non può essere accolto l'assunto di parte appellante secondo cui la qualificazione come "concessione di servizio pubblico" determinerebbe la possibilità di prevedere requisiti meno selettivi di quelli previsti dagli artt. 41 e 42 del d.lgs. n. 163/2006.

Come anticipato, anche nella concessione di servizi la scelta del concessionario (nel sistema disciplinato dal codice dei contratti del 2006) deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, con predeterminazione dei criteri selettivi. Nel caso di specie è agevole constatare come il bando non abbia previsto alcun requisito di esperienza e/o di qualificazione funzionale per la selezione del concessionario.

9. Analogamente il bando di gara risultava viziato a causa di parametri del tutto generici relativamente ai criteri selettivi. Risulta dunque violato il principio di predeterminazione dei criteri selettivi, ricavabile anche dai principi dell'art. 30 d.lgs. n. 163/2006 come quelli da rispettare nella scelta del concessionario di una concessione di servizi. Invero, per costante giurisprudenza, le concessioni di servizi, sia pure nell'ambito di una gara informale, possono essere affidate solo all'esito di una procedura caratterizzata dalla predeterminazione dei criteri selettivi (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7; Sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4913).

10. Anche le censure relative all'esercizio del potere di autotutela sono infondate.

10.1. In primo luogo, va rilevato che l'art. 11, c. 9, del d.lgs. n. 163/2006 fa espressamente salvi i poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti. Pertanto neanche l'avvenuta adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva limita il potere di annullamento in autotutela. Risulta da consolidata giurisprudenza che l'amministrazione può procedere ad annullare in autotutela il bando, le singole operazioni di gara e lo stesso provvedimento di aggiudicazione, in presenza di vizi di legittimità degli atti della procedura e delle altre condizioni fissate dall'art. 21-*nonies*, ossia le ragioni di interesse pubblico, la comparazione di tale interesse con quello privato al mantenimento dell'efficacia dell'atto, e il rispetto del termine ragionevole (così definito nel testo dell'art. 21-*nonies* nel testo applicabile *ratione temporis*) per l'adozione del provvedimento di secondo grado (*ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, 18 luglio 2017, n. 3524).

10.2. Nel caso di specie l'interesse pubblico sotteso all'annullamento d'ufficio deriva proprio dalle carenze riscontrate negli atti di gara, che non consentivano di esplicitare quali fossero i bisogni e gli interessi che l'amministrazione intendeva soddisfare mediante la gara. Non solo e non tanto, quindi, il ripristino della legalità violata ma, a monte, la difficoltà a intendere quali fossero gli obiettivi dell'amministrazione nell'affidare i servizi in questione e dunque la necessità di ripristinare le condizioni ottimali di funzionamento dei meccanismi concorrenziali.

10.3. Quanto al rispetto della prescrizione posta dall'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 sul termine entro il quale deve intervenire l'annullamento d'ufficio, premesso che il nuovo termine di diciotto mesi (ora divenuto di dodici mesi) è applicabile solo per i provvedimenti adottati successivamente alla entrata in vigore della l. n. 124/2015 (avvenuta il 28 agosto 2015), data la natura innovativa (e non interpretativa) della disposizione (per tutte Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 2022, n. 1704), la valutazione va condotta alla stregua del canone di ragionevolezza, secondo il tenore letterale della versione immediatamente antecedente alle modifiche sopra richiamate ("*termine ragionevole*") e dell'affidamento incolpevole del privato.

10.4. Nonostante il decorso di oltre tre anni dall'approvazione della graduatoria (determinazione dirigenziale del 5 maggio 2011), il concreto svolgimento del procedimento in esame non ha precluso all'amministrazione comunale l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, ove si tenga conto – per un verso – che nel momento in cui è stato avviato il procedimento di autotutela la convenzione di concessione non era stata ancora stipulata; e, per altro verso, delle ulteriori vicende procedurali relative alla (peraltro tardiva e quindi illegittima, come si è rilevato sopra) acquisizione dei pareri da parte delle Soprintendenze competenti (come ha sottolineato anche il primo giudice, la stessa definizione degli interventi era, sostanzialmente, ancora in fieri, per effetto delle prescrizioni

progettuali e dei pareri richiesti alle Soprintendenze statali).

10.5. Per tali ragioni, oltre che per la mancata sottoscrizione del contratto di concessione, non si può ritenere che sia maturato in capo all'appellante un affidamento incolpevole.

11. L'appellante ha riproposto la domanda di risarcimento del danno da responsabilità aquiliana e, in via subordinata, per il caso di riconoscimento della sola responsabilità precontrattuale, ha chiesto che il danno sia liquidato tenendo conto anche del lucro cessante (esplicitamente negato dal primo giudice) potendo la prova di esso ritenersi fondata sull'*id quod plerumque accidit*.

11.1. I motivi sono infondati.

11.2. Con riferimento alla riproposta domanda di risarcimento del danno, l'accertata infondatezza dei plurimi vizi di legittimità dedotti dall'appellante avverso il provvedimento di annullamento d'ufficio comporta come conseguenza l'insussistenza dell'elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità rappresentato dalla illegittima attività provvedimentale dell'amministrazione. Pertanto, sotto questo profilo va confermata la sentenza appellata.

11.3. La sentenza va condivisa anche nella parte in cui ha riconosciuto all'appellante la spettanza del danno da responsabilità precontrattuale, dovuta al coinvolgimento in una procedura che sin dall'origine era da considerarsi invalida per fatto imputabile all'amministrazione e che, per questo motivo, è stata annullata in autotutela da Roma Capitale. Come affermato nella sentenza, la "*condotta colposa dell'amministrazione si è concretizzata sia nell'indizione di una gara contra legem sia nell'induzione dei partecipanti a confidare nel fisiologico sviluppo della gara e dei suoi esiti finali*".

La responsabilità della pubblica amministrazione deriva dunque da un comportamento colposo tenuto nella fase delle trattative e nella fase precedente alla stipula del contratto che ha leso l'altrui libertà negoziale. Ricorre invero un caso di responsabilità precontrattuale pura, riconducibile al modello civilistico di cui all'art. 1337 c.c., qualora l'amministrazione, con un proprio comportamento contrario a buona fede, leda il legittimo affidamento riposto dal privato nella conclusione del contratto, incidendo negativamente sul suo diritto all'autodeterminazione in ambito negoziale e, quindi, violando una posizione di diritto soggettivo. La configurabilità di tale fattispecie ricorre tipicamente laddove l'amministrazione incida con atto di autotutela su di una gara già culminata nell'atto di aggiudicazione e il privato aggiudicatario avanzi una richiesta risarcitoria che fa leva sulla scorrettezza della stazione appellante.

In tal caso, peraltro, il risarcimento può riguardare il solo interesse negativo, rappresentato dalle spese sostenute per la partecipazione alla procedura e dai mancati profitti per i contratti che non siano stati stipulati a causa dell'impegno profuso nella partecipa-



zione alla gara (in termini di recente cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 luglio 2021, n. 5274; 12 aprile 2021, n. 2938; 2 febbraio 2018, n. 680; in generale cfr. anche Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5).

11.4. Come anticipato, per quanto attiene alla quantificazione del danno può essere riconosciuto unicamente quello relativo all'interesse negativo ed in particolare il solo danno emergente costituito dalle spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara, non essendo stata fornita alcuna prova circa il lucro cessante. Il riconoscimento del lucro cessante, nel danno precontrattuale, non potendo fondarsi sulla mancata esecuzione del contratto o della concessione, è dimostrato esclusivamente mediante l'allegazione di proposte contrattuali sfumate a causa dell'impegno richiesto dalla partecipazione alla gara successivamente annullata. Anche sotto quest'ultimo profilo deve quindi rimanere ferma la statuizione del giudice di prime cure e il danno risarcibile deve essere limitato al solo interesse negativo ravvisabile nelle spese inutilmente sopportate per partecipare alla gara.

12. In conclusione, l'appello va integralmente rigettato.

13. Le spese del grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

*P.q.m.*, il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sez. V, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

#### **Limiti di applicabilità del d.lgs. n. 163/2006 alle concessioni di servizi. Quantificazione del danno risarcibile in ipotesi di responsabilità precontrattuale amministrativa a seguito dell'esercizio di autotutela**

La sentenza in esame, con la quale il Consiglio di Stato conferma la pronuncia del Tar per il Lazio, da avvio ad una doppia analisi: la prima riguarda l'applicabilità della normativa del codice dei contratti pubblici alle concessioni di servizi, la seconda è relativa alla quantificazione del danno risarcibile in materia di responsabilità precontrattuale quando viene leso il legittimo affidamento riposto dal privato nella conclusione del contratto. Entrambe le indagini hanno come presupposto l'esercizio del potere di autotutela da parte della pubblica amministrazione.

La vicenda in oggetto trae origine da una procedura di gara annullata dall'amministrazione in via di autotutela, in un momento successivo all'aggiudicazione. La procedura era da ritenersi invalida *ab origine* a causa dell'inadeguatezza procedimentale, per mancanza del preventivo studio di fattibilità richiesto dall'art. 146, c. 5, d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), per carenza del disciplinare di gara e dei contenuti necessari alla descrizione dell'intervento.

La ricorrente ditta aggiudicatrice adiva il Tar per il Lazio sostenendo l'illegittimità di tale potere di auto-

tutela sul presupposto che non sarebbe applicabile il codice dei contratti pubblici, in quanto tale normativa si riferisce solo alle concessioni aventi ad oggetto lavori pubblici, mentre oggetto del presente affidamento non sarebbe la realizzazione di un'opera pubblica, bensì la concessione di un servizio pubblico locale.

Se è vero che dal 2013 (Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13) il collegio ha ritenuto le concessioni di servizi escluse dalle regole sugli appalti, seguendo l'indirizzo del diritto comunitario *ratione temporis*, che tendeva ad esentare dall'ambito della normativa tale tipologia di concessione, è altresì vero che l'affidamento debba comunque avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato Ue e dei principi generali sui contratti ad evidenza pubblica.

Con la citata pronuncia del 2013 si era difatti affermato che "la normativa di principio di derivazione comunitaria trova applicazione non limitatamente agli appalti di lavori, servizi e forniture ma presenta una valenza pressoché generalizzata nel settore dei contratti pubblici".

Il collegio ha ritenuto infatti che, poiché nella procedura di gara non è stata individuata la prestazione oggetto della concessione, al di là della qualificazione di detta concessione, sia stato violato l'art. 30 c.c.p. (applicabile anche alle concessioni di servizio, stante il primo comma dello stesso articolo) nella parte in cui prevede che la scelta del concessionario debba avvenire nel rispetto dei principi europei e dei principi del codice dei contratti pubblici, in particolare dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. In questo modo l'art. 30 assimila le concessioni agli appalti (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 giugno 2015, n. 2755) al fine di vincolare i soggetti aggiudicatari al rispetto dei principi dell'evidenza pubblica tra cui, nel caso di specie, la predeterminazione dei criteri selettivi. In questo senso il collegio non ha avuto dubbi nel riaffermare un principio già sostenuto in precedenza (v. Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4913) ossia che le concessioni dei servizi possono essere affidate solo attraverso una procedura basata sulla predeterminazione dei criteri selettivi.

Si è inoltre ribadito quanto già affermato dal giudice di prime cure, ossia che qualora i lavori siano strumentali alle concessioni di servizi e diretti a realizzare opere pubbliche che diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice, deve trovare comunque integrale applicazione il codice dei contratti pubblici, sia quando i lavori siano eseguiti dai medesimi concessionari, sia se questi ultimi li affidino a terzi. Né si può ritenere non indispensabile lo studio di fattibilità necessario, prima della realizzazione dei lavori pubblici, a delineare le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economiche. La progettazione preliminare è presupposto fondamentale per la definizione dei caratteri della prestazione, altrimenti vi sarebbe una inammissibile ed eccessiva discrezionalità tecnica del concessionario.

Per tutti questi motivi sia il giudice di primo grado che il Consiglio di Stato hanno ritenuto legittimo l'annullamento in autotutela della procedura di gara *contra legem* che aveva indotto i partecipanti a confidare nel fisiologico sviluppo della gara.

Ancora una volta l'autotutela si identifica con il potere "autarchico" nella disponibilità della pubblica amministrazione funzionale al poter tutelare in maniera autonoma la propria sfera d'azione, per assicurare il più efficace perseguimento dell'interesse pubblico.

Se da una parte è esatto che l'esercizio dell'autotutela comporti un ripristino dello *status quo ante*, è altrettanto ragionevole che un comportamento amministrativo, seppur legittimo, debba dar luogo al risarcimento del danno per il privato incolpevole coinvolto sin dall'origine in una procedura da considerarsi invalida per fatto imputabile all'amministrazione.

Ai sensi dell'art 1337 c.c. "le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede" e la violazione di questa norma crea un *genus* di responsabilità di *species* precontrattuale che deriva da tutti quei comportamenti che nel corso delle trattative contrattuali sono contrari alla buona fede. Anche l'art. 1 della l. n. 241/1990 al c. 2-*bis* dispone che "i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede".

Dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla natura della responsabilità precontrattuale, sino ad arrivare ad una tesi giurisprudenziale maggioritaria secondo la quale si tratterebbe di responsabilità aquiliana in quanto la condotta scorretta di una parte a danno dell'altra viene in essere in una fase in cui il contratto non è ancora stipulato. Un altro orientamento la qualifica come responsabilità contrattuale poiché tra le parti si genera il "contatto sociale" dal quale scaturisce un legittimo affidamento. Le diverse tesi comportano differenti termini prescrizione (cinque anni se si condivide la tesi della responsabilità aquiliana e dieci anni nel caso la responsabilità si consideri di natura contrattuale), oltre la possibilità di risarcire, se aquiliana, anche i danni imprevedibili.

A lungo la giurisprudenza ha ritenuto applicabile i principi della responsabilità precontrattuale solo dal momento in cui interviene l'aggiudicazione. Questo orientamento è stato di recente rinnegato dal Consiglio di Stato che con l'Adunanza plenaria del 4 maggio 2018, n. 5, ha affermato che "nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione, in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento".

Nella stessa pronuncia è stato sottolineato che la responsabilità precontrattuale si configura laddove il privato dimostri che il suo affidamento sia incolpevole, che il comportamento scorretto sia imputabile al

oggetto pubblico e che vi sia la prova da parte del privato del nesso di causalità tra i danni subiti ed il comportamento scorretto dell'amministrazione.

Il riconoscimento della responsabilità precontrattuale in capo al soggetto pubblico fa sì che l'amministrazione venga considerata alla stregua di un contraente privato. Trattasi però di un contraente "privilegiato" in quanto il potere di autotutela le conferisce una posizione diversa rispetto a quella della controparte e, attraverso il riconoscimento di quella che potremmo definire una responsabilità precontrattuale pubblica, l'amministrazione è chiamata a rispondere dei danni causati per tutti quei comportamenti amministrativi che, seppur legittimi, risultano scorretti in quanto contrari ai doveri di buona fede. In questo senso l'interesse da tutelare è la libertà negoziale di autodeterminazione in modo che nessuno sia coinvolto in trattative inutili, un interesse di tipo negativo, a differenza di quanto accade nella responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) che sanziona la lesione dell'interesse positivo ad ottenere la prestazione dovuta.

In fase di responsabilità precontrattuale il contratto ancora non è stipulato e quindi oggetto del risarcimento non può che essere l'interesse negativo che ricordiamo essere composto di due voci: il danno emergente, consistente nell'insieme delle spese sostenute nella fase delle trattative, e il lucro cessante riguardante tutte le occasioni di guadagno perse impiegando il tempo in contrattazioni fruttuose in luogo di quella inutile. Per il lucro cessante è chiesta una prova dalla parte privata danneggiata alla luce del principio di vicinanza della prova poiché solo la parte privata può dimostrare che durante le trattative abbia ricevuto delle occasioni di guadagno che ha dovuto rifiutare per aver riposto affidamento alla conclusione del contratto.

Concludendo, rapportando quanto esposto al caso in disamina, l'amministrazione ha sicuramente leso la posizione soggettiva del privato dando luogo ad un risarcimento del danno limitato all'interesse negativo nella voce di danno emergente, non avendo la ditta aggiudicatrice fornito prova alcuna circa la sussistenza del lucro cessante.

LAURA GIANNETTI

2192 – Consiglio di Stato, Sezione VI; sentenza 1 marzo 2023; Pres. De Felice, Est. Maggio; Agcm c. Comune di Manduria e altri.

*Riforma Tar Puglia, Lecce, Sez. I, 29 giugno 2021, n. 981.*

**Contratti pubblici – Concessioni demaniali – Concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – Proroga automatica – Incompatibilità con il diritto euro-unitario – Disapplicazione delle norme nazionali – Necessità.**

D.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, attuazione della direttiva 2006/123/Ce relativa ai servizi nel mercato interno, art. 12; d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, codice dei contratti pubblici, art. 1; l. 30 dicembre 2018, n. 145, bilancio

di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021, art. 1, cc. 682-684; d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, convertito con modificazioni dalla l. 24 febbraio 2023, n. 14, disposizioni urgenti in materia di termini legislativi, art. 10-*quater*, c. 3.

*Le disposizioni di legge nazionali che prevedono la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, si pongono in contrasto con il diritto-euro-unitario ed in particolare con l'art. 12 della direttiva 2006/123/Ce che sancisce l'obbligo di selezione dei candidati per il rilascio delle autorizzazioni, la cui durata temporalmente limitata non può essere oggetto di rinnovo automatico e, di conseguenza, devono essere disapplicate da qualsivoglia organo dello Stato, perciò tanto dai giudici quanto dalla pubblica amministrazione. (1)*

**(1) La vexata quaestio della disapplicazione delle disposizioni nazionali e regionali in materia di proroghe delle concessioni demaniali in contrasto con la disciplina unionale**

La pronuncia del Consiglio di Stato in commento è la più recente espressione di un indirizzo giurisprudenziale in materia di proroga delle concessioni demaniali marittime più che consolidato (cfr. *ex plurimis* in questa *Rivista*, 2021, 6, 268-278, con nota di D. Costageorgos) e tuttavia bisognoso di conferme ulteriori, considerate le novelle introdotte di tempo in tempo nella disciplina nazionale che continuano a porsi in contrasto patente con le norme euro-unitarie ed in particolare con l'art. 12 della direttiva 2006/123/Ce c.d. Bolkestein, e considerata l'applicazione data alle stesse dalle pubbliche amministrazioni. Sta di fatto che all'annuncio riordino della materia, anche in considerazione delle procedure di infrazione aperte dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia, non ha fatto seguito l'adozione di una normativa volta a garantire la compatibilità con l'ordinamento euro-unitario bensì ripetute proroghe delle scadenze precedentemente fissate (d.l. n. 194/2009, convertito con modificazioni dalla l. n. 25/2010, art. 1, c. 18; l. n. 228/2012; l. n. 145/2018, art. 1, cc. 682-683; d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020, art. 182, c. 2).

L'art. 2 della direttiva 2006/123 cit. che sancisce, come noto, l'obbligo di selezione dei candidati per il rilascio delle autorizzazioni, la cui durata deve essere temporalmente limitata e non rinnovabile automaticamente, e quindi il divieto di proroghe automatiche delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, è da considerarsi a tutti gli effetti norma *self executing*. Pertanto, essa è direttamente applicabile nell'ordinamento interno, con la conseguenza che le disposizioni nazionali (e regionali) con la stessa confliggenti devono essere disapplicate.

La natura *self executing* della direttiva in parola è stata in più occasioni ribadita alla stregua dei criteri enucleati dalla costante giurisprudenza in materia (cfr., in tal senso, *ex plurimis*, Corte giust. C-205/2020; EU:C:2022:168, p. 17) che ha da sempre precisato come una disposizione del diritto dell'Unione, sufficientemente circostanziata e precisa, possa trovare applicazione da parte del giudice. Allorché essa sancisca un obbligo in termini inequivocabili e ancorché lasci agli Stati membri un margine di discrezionalità nell'adozione delle modalità per la sua attuazione. Una disposizione del diritto unionale può essere, comunque, considerata incondizionata e precisa se pone a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e assolutamente incondizionato e se la discrezionalità affidata ai soggetti che devono dare alla stessa attuazione non toglia la possi-

bilità di determinare la tutela minima che deve essere applicata a favore delle posizioni giuridiche soggettive tutelate.

Nel caso di specie la tutela minima è a favore dei soggetti potenziali candidati di una procedura ad evidenza pubblica che ambiscano ad ottenere autorizzazioni concessorie del demanio marittimo, il cui numero è evidentemente limitato per via della scarsità delle risorse naturali (sul punto v. Cons. Stato, Ad. plen., n. 18/2021 ove, sulla base dei dati forniti dal Ministero delle infrastrutture, si evidenzia che le coste sabbiose nel nostro Paese sono interessate dalla presenza di stabilimenti balneari per almeno il 50 per cento della loro estensione, con picchi del 70 per cento in alcune regioni quali Liguria, Emilia-Romagna e Campania; la percentuale è sicuramente molto elevata se solo si considera l'incremento costante del fenomeno dell'erosione dei litorali e contemporaneamente la situazione di abbandono e di inquinamento in cui versano alcuni tratti costieri a livelli tali da impedirne l'utilizzo per finalità turistico-ricreative).

Alla luce del disposto dell'art. 12 della direttiva 2006/123 il rilascio delle concessioni demaniali marittime deve avvenire per un tempo limitato e non può essere automaticamente rinnovabile e, pertanto, è imposto agli Stati membri l'obbligo di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i potenziali candidati (cfr. Corte giust., 14 luglio 2016, C-458/14).

In ordine, poi, al dovere di disapplicazione delle norme nazionali in contrasto con le norme euro-unitarie, la giurisprudenza della Corte di giustizia è consolidata nel senso che esso sussista in capo non soltanto al giudice quanto anche alle autorità amministrative. Come nel caso di specie anche quelle territoriali. Ciò non potrebbe essere logicamente diverso se solo si pensa alla circostanza, come nel caso di specie, in cui l'amministrazione si ritenga in dovere di applicare la norma interna, sebbene in contrasto con quella unionale e tale contrasto e l'affermazione dei correlati diritti debbano essere, con evidente aggravio di tempi e di costi oltre che con grave compromissione del principio di certezza del diritto, rimessi unicamente alle cure del giudice.

La sussistenza di un dovere di non applicazione anche da parte della pubblica amministrazione costituisce un approdo consolidato della giurisprudenza europea e nazionale (cfr. *ex plurimis* Corte giust., 22 giugno 1989, C-103/1989; Corte cost. 11 luglio 1989, n. 389 e Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 1991, n. 452) che ha in più occasioni ribadito come tutti i soggetti dell'ordinamento, compresi gli organi amministrativi, debbano riconoscere alle norme comunitarie natura di diritto legittimo e vincolante che impone il dovere di disapplicazione di quelle nazionali contrastanti.

La sentenza in commento è stata occasionata dal gravame promosso dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato per la riforma della sentenza Tar Puglia, Lecce, n. 981/2021 con la quale il giudice di prime cure aveva respinto il ricorso proposto dalla stessa autorità contro il Comune di Manduria per l'annullamento della delibera della giunta dell'anzidetto ente locale (19 novembre 2020, n. 27), avente ad oggetto, tra l'altro, "l'atto di indirizzo per l'applicazione dell'estensione *ex lege* (art. 1, cc. 682 e 683, l. n. 45/2018) della durata delle concessioni demaniali marittime vigenti", nonché delle annotazioni apposte in calce ai titoli concessori, indicative della proroga del titolo concessorio fino al 31 dicembre 2033 e relative a tutti i concessionari autorizzati dal comune.

L'impugnativa proposta dall'Autorità è del tutto in linea con la missione istituzionale alla stessa affidata che è proprio quella di tutelare la libertà di concorrenza, lesa, nel caso di specie, dalla scelta del comune resistente di non fare luogo alla procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni demaniali scadute. Appare evidente, infatti, come la reiterata proroga della durata delle concessioni balneari scoraggi gli

*Fatto e diritto* – Con deliberazione della Giunta comunale 19 novembre 2020, n. 27, il Comune di Manduria, preso atto di quanto disposto dall'art. 1, cc. 682, 683 e 684 della l. 30 dicembre 2018, n. 45 e dall'art. 182, c. 2, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, ha dato indicazioni al responsabile del competente servizio per la predisposizione degli atti finalizzati all'estensione, sino al 31 dicembre 2033, del termine di durata delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative.

Tali concessioni sono state, poi, concretamente prorogate con apposite annotazioni apposte in calce ai relativi titoli.

Ritenendo la detta delibera e le concrete proroghe, in contrasto con gli artt. 49 e 56 Tfu e, in generale, con la normativa unionale contenuta nella direttiva 12 dicembre 2006, n. 2006/123/Ce (c.d. direttiva *Bolkestein*), l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) ha notificato al comune il parere motivato di cui all'art. 21-*bis* della l. 10 ottobre 1990, n. 287, evidenziando l'esigenza del previo espletamento di procedure a evidenza pubblica al fine di assicurare

---

investimenti in un settore importante dell'economia nazionale, ostacolando di fatto la modernizzazione che potrebbe derivare dall'ingresso sul mercato di nuovi fornitori di servizi, titolari delle concessioni. In questa direzione deve evidenziarsi anche la posizione espressa in più occasioni dalla Consulta (Corte cost. n. 180/2010) che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune leggi regionali che prevedevano proroghe delle concessioni demaniali marittime in favore dei titolari delle concessioni in considerazione del fatto che le stesse determinavano un'ingiustificata compressione dell'assetto concorrenziale del mercato della gestione del demanio marittimo violando il principio di parità di trattamento.

La stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato è stata protagonista del contenzioso approdato davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in ragione del rinvio pregiudiziale disposto dal Tar Puglia, ai sensi dell'art. 267 Tfu, con ordinanza dell'11 maggio 2022, nel procedimento promosso dall'Agcom contro il Comune di Ginosa. Quest'ultima amministrazione comunale, infatti, non si è adeguata al parere motivato dell'Autorità riguardante l'obbligo di previa procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni demaniali nel rispetto delle disposizioni volte a tutelare la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi. L'Alta Corte si è espressa con la sentenza del 20 aprile 2023 (C-348/22) confermando ancora una volta la piena validità ed efficacia vincolante della Direttiva *Bolkestein*, nonché l'efficacia diretta e la formulazione incondizionata e sufficientemente precisa delle disposizioni recate dall'art. 12 par. 1 e 2 che pertanto possono essere considerate produttive di effetti diretti. Oltre a ciò, la Corte ha ribadito che l'art. 288, c. 3, Tfu dispone l'obbligo di disapplicazione della norma nazionale confliggente con quella europea nei confronti non solo del giudice nazionale ma anche delle autorità amministrative, comprese quelle comunali (cfr. *ex plurimis* Corte giust. 22 giugno 1989, C-103/88 e 10 ottobre 2017, C-413/15). Infine, è stato nella stessa sede precisato che l'art. 12 deve essere interpretato nel senso che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili vadano valutate con un approccio generale e stratto a livello nazionale e caso per caso a livello territoriale, basandosi sull'analisi del territorio costiero comunale. [P. COSA]

il rispetto dei principi di concorrenza e di libertà di stabilimento, anche in ambito transfrontaliero, significando, in particolare, il contrasto della normativa nazionale di proroga delle concessioni di cui trattasi con la direttiva n. 2006/123/Ce, con conseguente obbligo di disapplicazione da parte di tutti gli organi dello Stato, sia giurisdizionali sia amministrativi.

Successivamente, poiché l'amministrazione comunale non si è adeguata ai rilievi mossi dall'Autorità, quest'ultima ha impugnato la menzionata delibera, n. 27/2020 con ricorso al Tar Puglia, Lecce, il quale, con sentenza 29 giugno 2021, n. 981, per un verso, lo ha dichiarato inammissibile e, per altro verso, ritenuto di doverlo, comunque, esaminare nel merito, lo ha respinto.

Avverso la sentenza ha proposto appello l'Agcm.

Per resistere al ricorso si sono costituiti in giudizio il Comune di Manduria, la Lega navale italiana e la Ca.De.Me. Campo dei Messapi s.r.l. (d'ora in poi solo Ca.De.Ma.), la quale ha, anche, proposto appello incidentale.

Con successive memorie tutte le parti, a eccezione del comune, hanno ulteriormente argomentato le rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 16 febbraio 2023 la causa è passata in decisione.

In via preliminare va disattesa la richiesta di sospensione "impropria" del presente giudizio, avanzata sia dalla Ca.De.Ma., sia dalla Lega navale italiana, in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea su varie questioni pregiudiziali, concernenti la direttiva *Bolkestein*, sottoposte dal Tar Puglia, Lecce con ordinanza 11 maggio 2022, n. 743.

E invero, la facoltà del giudice di procedere alla sospensione impropria del giudizio fa capo ad un potere ampiamente discrezionale che trova la propria giustificazione nel principio di economia dei mezzi processuali.

Tale facoltà va temperata col disposto dell'art. 73, c. 1-*bis*, c.p.a. il quale stabilisce, espressamente, che il rinvio della trattazione della causa può essere disposto solo per casi eccezionali.

Alla luce delle esposte considerazioni, se il giudizio può essere, comunque, definito, indipendentemente dalla decisione della questione pregiudiziale sollevata in una diversa causa, non c'è spazio per la sospensione impropria, la quale, ove accordata, comporterebbe una violazione del principio di ragionevole durata del processo, fissato dall'art. 111, c. 2, Cost., il quale assume particolare rilievo nel processo amministrativo in cui vengono in gioco interessi pubblici.

Nel caso di specie, le questioni dedotte possono essere risolte, come più sotto verrà meglio puntualizzato, alla luce dei principi affermati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nelle sentenze 9 novembre 2021, n. 17 e n. 18 e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15 *Promoimpresa*, e

tanto basta a negare la reclamata sospensione del processo.

E del resto, nel caso di specie ricorre una delle situazioni in presenza delle quali, in base alla sentenza 6 ottobre 1982, in C-283/81, Cilfit (di recente, ribadita, sia pure con alcuni correttivi volti a renderla più flessibile, dalla Corte di giustizia, Grande camera, nella sent. 6/10/2021, in C-561/19), i giudici nazionali di ultima istanza non sono sottoposti all'obbligo di rinvio pregiudiziale. La questione controversa è stata, infatti, già oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia e gli argomenti invocati per superare l'interpretazione già resa dal giudice europeo non appaiono idonei a indurre ragionevoli dubbi, come confermato anche dal fatto che i principi espressi dalla sentenza *Promoimpresa* sono stati recepiti da tutta la giurisprudenza amministrativa nazionale sia di primo che di secondo grado, con l'unica isolata eccezione del Tar Puglia, Lecce.

Nell'economia del presente giudizio assume rilievo pregiudiziale la trattazione dell'appello incidentale.

Col primo motivo si deduce che il Tribunale avrebbe errato a disattendere l'eccezione di inammissibilità del ricorso promosso da Agcm, basata sull'illegittimità costituzionale della norma, di cui dell'art. 21-bis, l. n. 287/1990, che attribuisce all'Autorità la legittimazione *“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”*.

Il giudice di prime cure in realtà si sarebbe limitato ad affermare l'esistenza del potere di agire senza esaminare la prospettata questione di costituzionalità, incentrata sul fatto che il potere d'impugnazione sarebbe sganciato da ogni collegamento col carattere soggettivo imposto alla giurisdizione amministrativa, di modo che l'azione sarebbe finalizzata unicamente a perseguire la legalità dell'azione amministrativa.

La doglianza non merita condivisione risultando la prospettata questione di costituzionalità manifestamente infondata.

La disposizione, lungi dall'introdurre un'ipotesi eccezionale di giurisdizione amministrativa di diritto oggettivo, in cui l'azione giurisdizionale mira alla tutela di un interesse generale, che potrebbe porre problemi di compatibilità con l'art 103 Cost., delinea piuttosto un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione di tipo soggettivo, benché riferito ad un'Autorità pubblica.

La norma, invero, non introduce un generalizzato controllo di legittimità, bensì un potere di iniziativa che, integrando quelli conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità garante dagli artt. 21 ss. l. n. 287/1990, risulta finalizzato a contribuire a una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato (Corte cost. 14 febbraio 2013, n. 20).

La particolare legittimazione ad agire di cui si discute non può dirsi generalizzata, perché operante sol-

tanto in ordine agli atti amministrativi che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

L'interesse sostanziale, a tutela del quale l'Agcm può ricorrere, ex art. 21-bis l. n. 287/1990 cit., assume i connotati dell'interesse a un bene della vita, nella specie quello al corretto funzionamento del mercato, che trova tutela a livello comunitario e costituzionale, e del quale l'Agcm, secondo la l. n. 287/1990, è, istituzionalmente, portatrice.

L'Autorità, quindi, in base alla menzionata normativa, è preposta alla salvaguardia di un interesse che si soggettivizza in capo ad essa come posizione qualificata e differenziata rispetto a quella degli altri attori del libero mercato, circostanza questa idonea a fondare la legittimazione processuale di cui all'art. 21-bis cit.

La scelta del legislatore di attribuire all'Autorità un potere di agire a tutela di tale interesse, costituisce un'opzione di stretto diritto positivo, che lungi dall'essere contraria al vigente quadro costituzionale, si inserisce, anzi, nell'ambito degli strumenti di garanzia di effettività del corrispondente valore costituzionale, garantendone una tutela completa.

Il quadro legislativo e giurisprudenziale offre, del resto, sempre più frequenti esempi di legittimazione ad agire, in qualche modo sganciata dai canonici criteri di individuazione della situazione di interesse legittimo.

Si pensi, in primo luogo, alle due ipotesi di legittimazione delle associazioni di categoria ad agire a tutela degli interessi collettivi e degli interessi diffusi previste dall'art. 4 della l. 11 novembre 2011, n. 180 (legittimazione delle associazioni rappresentate in almeno cinque camere di commercio e delle loro articolazioni territoriali e di categoria ad agire in giudizio sia a tutela di interessi relativi alla generalità dei soggetti appartenenti alla categoria professionale, sia a tutela di interessi omogenei relativi solo ad alcuni soggetti; legittimazione delle associazioni di categoria maggiormente rappresentative a livello nazionale, regionale e provinciale ad impugnare gli atti amministrativi lesivi degli interessi diffusi).

Un altro esempio si rinviene nel d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, che, in attuazione dell'art. 4 l. 4 marzo 2009, n. 15, ha riconosciuto ai *“titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori”* il potere di agire al fine di *“ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio”*.

Un'ulteriore esempio ancora può trarsi dall'art. 52, c. 4, d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, in materia di *“Potestà regolamentare generale delle province e dei comuni”*, secondo il quale *“Il Ministero delle finanze può impugnare i regolamenti sulle entrate tributarie per vizi di legittimità avanti gli organi di giustizia amministrativa”*.

Al riguardo, si è ritenuto che tale disposizione attribuisca *“al Ministero dell'economia e delle finanze una sorta di legittimazione straordinaria a ricorrere alla giustizia amministrativa, per l'annullamento dei*

*regolamenti e degli atti in materia di tributi adottati dall'ente locale, per motivi di legittimità. Tale legittimazione [...] prescinde dall'esistenza di una lesione di una situazione giuridica tutelabile in capo allo stesso dicastero, configurandosi come una legittimazione ex lege, esclusivamente in funzione e a tutela degli interessi pubblici la cui cura è affidata al Ministero dalla stessa legge (cfr. Cons. Stato, Sez. III, parere del 14 luglio 1998)"* (così Cons. Stato, 17 gennaio 2018, n. 267).

In definitiva, l'art. 21-bis della l. n. 287/1990 assegna all'Autorità una legittimazione straordinaria, che si inserisce in un sistema nel quale rileva il principio di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico (Cons. Stato, Sez. VI, 30 aprile 2018, n. 2583; 15 maggio 2017, n. 2294) del tutto coerente con i parametri costituzionali di cui agli artt. 103 e 113 Cost.

Col secondo motivo si deduce che il Tribunale avrebbe errato a ritenere irrilevante, ai fini dell'ammissibilità del gravame, l'omessa impugnazione delle circolari nn. 25 febbraio 2019, n. 4184 e 28 ottobre 2019, n. 21804, nonché degli ulteriori atti di indirizzo espressi dall'Ufficio demanio della Regione Puglia.

Con tale atti, infatti, l'amministrazione regionale avrebbe inteso garantire, con effetto vincolante, una gestione unitaria, a livello regionale, dell'art. 1, cc. 682 ss., l. n. 145/2018, esercitando il proprio potere di "programmazione, indirizzo e coordinamento generale", ai sensi dell'art. 6, c. 1, l. reg. 10 aprile 2015, n. 17 e in coerenza con il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, c. 1, Cost.

La doglianza è infondata.

Al riguardo è sufficiente rilevare che, attraverso gli atti di che trattasi, la regione per un verso si è limitata a dare indicazioni procedurali per l'attuazione della proroga legale, mentre nella specie ciò che si contesta e la possibilità, a monte, di procedere alla proroga, per altro verso, ha espresso il proprio avviso sulla natura asseritamente vincolante della normativa statale e, com'è noto, dalle circolari interpretative di norme primarie non sorge alcun vincolo per il giudice (Cons. Stato, Sez. V, 29 novembre 2013, n. 5714).

Col terzo motivo si denuncia l'errore commesso dal giudice di prime cure nel non aver rilevato l'inapplicabilità alla fattispecie della direttiva *Bolkestein*, atteso che, oggetto delle concessioni demaniale, sarebbe un bene e non un servizio, data la prevalenza della componente fisica, come sarebbe confermato anche dalla Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 febbraio 2014.

Nemmeno questa doglianza merita condivisione.

Al riguardo è sufficiente richiamare quanto al riguardo stabilito dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nelle sentenze gemelle 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, nelle quali si è affermato che: «non ha pregio neanche l'argomento volto a contestare la qualificazione della concessione demaniale con finalità turistico-ricreativa in termini di autorizzazione di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva 2006/123.

*Come si è visto, a sostegno di tale posizione si osserva, in sintesi, che la concessione attribuisce il bene [rectius: il diritto di sfruttarlo], ma non autorizza l'esercizio dell'attività e che le attività svolte dal concessionario non sono sempre attività di servizi.*

*Tale impostazione risulta, tuttavia, meramente formalistica, perché valorizza la distinzione, propria del diritto nazionale, tra concessione di beni (come atto con effetti costitutivi/traslativi che attribuisce un diritto nuovo su un'area demaniale) e autorizzazione di attività (come atto che si limita a rimuovere un limite all'esercizio di un diritto preesistente).*

*Questa distinzione, di stampo giuridico-formale, deve essere rivisitata nell'ottica funzionale e pragmatica che caratterizza il diritto dell'Unione, che da tempo, proprio in materia di concessioni amministrative, ha dato impulso ad un processo di rilettura dell'istituto in chiave sostanzialistica, attenta, più che ai profili giuridico-formali, all'effetto economico del provvedimento di concessione, il quale, nella misura in cui si traduce nell'attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale contingentata al fine di svolgere un'attività economica, diventa una fattispecie che, a prescindere dalla qualificazione giuridica che riceve nell'ambito dell'ordinamento nazionale, procura al titolare vantaggi economicamente rilevanti in grado di incidere sensibilmente sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi. Dall'art. 4, punto 1, della direttiva 2006/123 risulta che per "servizio", ai fini di tale direttiva, si intende qualsiasi attività economica non salariata di cui all'art. 57 Tfeue, fornita normalmente dietro retribuzione. In particolare, "un'attività di locazione di un bene immobile [...], esercitata da una persona giuridica o da una persona fisica a titolo individuale, rientra nella nozione di "servizio", ai sensi dell'art. 4, punto 1, della direttiva 2006/123" (Corte giust., grande sezione, 22 settembre 2020, C-724/2018 e C-727/2018, punto 34).*

*La stessa decisione della Commissione 4 dicembre 2020 relativa al regime di aiuti SA. 38399 2019/C (ex 2018/E) "Tassazione dei porti in Italia" contiene l'affermazione per cui "la locazione di proprietà demaniale dietro il pagamento di un corrispettivo costituisce un'attività economica". È allora evidente che il provvedimento che riserva in via esclusiva un'area demaniale (marittima, lacuale o fluviale) ad un operatore economico, consentendo a quest'ultimo di utilizzarlo come asset aziendale e di svolgere, grazie ad esso, un'attività d'impresa erogando servizi turistico-ricreativi va considerato, nell'ottica della direttiva 2006/123, un'autorizzazione di servizi contingentata e, come tale, da sottoporre alla procedura di gara.*

*Del resto, come ricordato dalla Corte di giustizia nella più volte citata sentenza *Promoimpresa*, "il considerando 39 della direttiva in questione precisa che la nozione di regime di autorizzazione dovrebbe comprendere, in particolare, le procedure amministrative per il rilascio di concessioni". E la stessa sentenza ha chiaramente affermato che "tali concessioni possono*

*quindi essere qualificate come autorizzazioni, ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123, in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica”.*

*L’Adunanza plenaria non può che condividere tali conclusioni e ribadire che le concessioni di beni demaniali per finalità turistico-ricreative rappresentano autorizzazioni di servizi ai sensi dell’art. 12 della direttiva c.d. servizi, come tali sottoposte all’obbligo di gara».*

Col quarto motivo si lamenta che il tribunale non avrebbe pronunciato sulle eccezioni di inammissibilità del ricorso, qui riproposte, con le quale si era dedotto che:

a) rispetto alla Ca.De.Me., non sarebbe configurabile alcuna lesione della concorrenza, in quanto l’area demaniale in concessione avrebbe carattere di pertinenza della proprietà privata della medesima e sarebbe raggiungibile, esclusivamente, per il tramite di quest’ultima;

b) non fosse ipotizzabile alcuna scarsità della risorsa naturale in quanto su 16 km di coste, di cui 3 km sono destinati a concessioni demaniali, solo 500 metri sarebbero attualmente oggetto di concessione.

Nessuna dei due profili di censura merita accoglimento.

Con riguardo al primo occorre prioritariamente rilevare che costituisce oggetto d’impugnazione un atto di carattere generale, con cui il comune, senza specifico riferimento alla concessione dell’appellante incidentale, ha dato indicazione ai propri uffici per l’automatica proroga di tutte le concessioni demaniali marittime in essere nel territorio comunale e tale atto, di per sé, si pone in contrasto con il diritto europeo più volte richiamato.

Conseguentemente è ininfluenza, ai fini di causa, la specifica situazione della Ca.De.Me., la quale potrà, eventualmente, assumere rilevanza solo in relazione al concreto provvedimento con cui dovesse essere negata l’estensione della durata della concessione.

Al di là di ciò, come correttamente dedotto dall’Agcm, dalla relazione tecnica prodotta nel giudizio di primo grado dalla stessa Ca.De.Me., si ricava come non sia affatto vero che l’area in concessione sia raggiungibile esclusivamente attraverso la sua struttura alberghiera, né è dirimente il fatto che la stessa abbia carattere pertinenziale rispetto a tale struttura.

Relativamente al secondo profilo basta richiamare le affermazioni delle menzionate sentenze dell’Adunanza plenaria n. 17 e n. 18/2021 secondo cui: *“nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, le risorse naturali a disposizione di nuovi potenziali operatori economici sono scarse, in alcuni casi addirittura inesistenti, perché è stato già raggiunto il – o si è molto vicini al – tetto massimo di aree suscettibile di essere date in concessione”.*

Considerato che, ai fini di stabilire l’entità della risorsa in questione, occorre aver riguardo alla situazione del territorio comunale (Corte giust. Ue, 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e 67/15) e che, come emerge dalle stesse affermazioni dell’appellante incidentale, nel Comune di Manduria l’arenile concedibile per finalità turistico ricreative è di appena 3 km, di cui 500 mt già assegnati in concessione, deve ritenersi che nel detto comune sia dimostrata la scarsità del bene di che trattasi.

Esaurita la trattazione dell’appello incidentale, può passarsi all’esame di quello principale.

Col primo motivo si denuncia l’errore commesso dal Tribunale nel dichiarare inammissibile il ricorso sul presupposto dell’omessa deduzione di censure di incostituzionalità nei confronti dei cc 682 e 683 dell’art. 1 della l. n. 145/2018, qualificate come norme provvedimento.

Il giudice di prime cure non avrebbe, infatti, considerato che le critiche mosse dall’appellante alla delibera impugnata si appuntavano sull’omessa disapplicazione della normativa nazionale per contrasto con la direttiva *Bolkestein*, che, con norma *self executing* (l’art. 12), vieterebbe agli Stati membri di stabilire procedure di “rinnovo automatico” delle concessioni in scadenza.

Conseguentemente, nell’economia del presente giudizio, sarebbe del tutto irrilevante l’omessa deduzione di censure di costituzionalità, atteso che nella fattispecie l’antinomia concretamente fatta valere riguarderebbe il rapporto tra il diritto interno e quello europeo dotato di efficacia diretta, nell’ordinamento interno per il tramite di norme sovranazionali c.d. “auto-esecutive”.

In ogni caso, il ricorso non avrebbe potuto essere dichiarato inammissibile, stante la norma di cui all’art. 23 della l. 11 marzo 1953, n. 87, che consente al giudice di sollevare d’ufficio la questione di legittimità costituzionale.

Col secondo motivo si censura l’appellata sentenza per aver affermato l’assenza di lesività della delibera impugnata riconnettendosi la stessa direttamente all’art. 1, cc. 682 e 683 della l. n. 145/2018.

Difatti, contrariamente a quanto ritenuto dal tribunale, attraverso la contestata delibera il comune avrebbe dato concreta attuazione a una disciplina normativa interna contraria all’art. 12 della citata direttiva n. 2006/123/Ce e quindi da disapplicare.

Le due doglianze, che si prestano a una trattazione congiunta, meritano accoglimento.

Va, in primo luogo, rilevato che, con la delibera n. 27/2020 e con gli atti sulla base della stessa adottati, il Comune ha espressamente inteso dare attuazione alla disciplina dettata dai cc. 682 e 683 dell’art. 1 della l. n. 145/2018, disponendo la proroga delle concessioni in essere.

Il che, indipendentemente dalla configurabilità delle suddette disposizioni come legge-provvedimento, ha indubbiamente dato luogo a una lesione concreta e

attuale dell'interesse, alla libertà di concorrenza e al corretto funzionamento del mercato, di cui l'Autorità è istituzionalmente portatrice, posto che il comune, anziché orientarsi per l'applicazione del diritto unionale, attivando, di conseguenza, le procedure a evidenza pubblica per la riassegnazione delle concessioni scadute, ha scelto di adeguarsi alla normativa interna disponendo l'estensione automatica del termine di scadenza delle concessioni in essere.

Non è quindi dubbio l'interesse dell'Agcm all'immediata impugnazione degli atti gravati.

Ciò posto, non ha pregio, come rilevato dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, nelle citate sentenza n. 17 e 18/2021, *“la tesi volta a sostenere che la disposizione in questione (l'art. 12 della direttiva 2006/123/Ce) non potrebbe considerarsi self-executing, perché non sufficientemente dettagliata o specifica.*

*Il livello di dettaglio che una direttiva deve possedere per potersi considerare self-executing dipende, invero, dal risultato che essa persegue e dal tipo di prescrizione che è necessaria per realizzare tale risultato. Da questo punto di vista, l'art. 12 della direttiva persegue l'obiettivo di aprire il mercato delle attività economiche il cui esercizio richiede l'utilizzo di risorse naturali scarse, sostituendo, ad un sistema in cui tali risorse vengono assegnate in maniera automatica e generalizzata a chi è già titolare di antiche concessioni, un regime di evidenza pubblica che assicuri la par condicio fa i soggetti potenzialmente interessati. Rispetto a tale obiettivo, la disposizione ha un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina nazionale che prevede la proroga ex lege fino al 2033 e ad imporre, di conseguenza, una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Pur essendo auspicabile (come si dirà nel prosieguo con maggiore dettaglio) che il legislatore intervenga, in una materia così delicata e sensibile dal punto di vista degli interessi coinvolti, con una disciplina espressa e puntuale, non vi è dubbio, tuttavia, che nell'inerzia del legislatore, l'art. 12 della direttiva 2006/123 e i principi che essa richiama, tenendo anche conto di come essi sono stati più volte declinati dalla giurisprudenza europea e nazionale, già forniscono tutti gli elementi necessari per consentire alle amministrazioni di bandire gare per il rilascio delle concessioni demaniali in questione, non applicando il regime di proroga ex lege.*

*27. Alla luce delle considerazioni che precedono deve, quindi, ritenersi che anche l'art. 12 della direttiva 2006/123 sia applicabile al rilascio e al rinnovo delle concessioni demaniali marittime, con conseguente incompatibilità comunitaria, anche sotto tale profilo, della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata delle concessioni già rilasciate”.*

Orbene, in base a ormai più che pacifici e consolidati principi in materia di rapporto tra normativa interna e normativa unionale autoesecutiva, in caso di

contrasto tra le due deve darsi precedenza alla seconda, con conseguente necessità che tutte le autorità dello stato membro, siano essi organi giurisdizionali o pubbliche amministrazioni, disapplicino la norma interna a favore di quella sovranazionale (Corte cost. n. 170/1984; n. 389/1989; n. 102/2008; n. 227/2010; Cons. Stato, Ad. plen. n. 17 e 18/2021 cit., Sez. VI e n. 430/2001).

Alla luce degli esposti principi, i rilievi sulla base dei quali il Tribunale ha dichiarato il ricorso inammissibile sono del tutto inconferenti, atteso che l'odierna appellante aveva dedotto il contrasto dell'art. 1, cc. 682 e 683, l. n. 145/2018 con l'art. 12 della direttiva 2006/123/Ce, e ciò era sufficiente a far sorgere il dovere del giudice di prime cure di pronunciare nel merito della prospettata questione di compatibilità della norma interna e della delibera comunale che ne ha fatto applicazione, col diritto unionale.

Col terzo motivo si contesta l'affermazione del giudice di prime cure secondo cui l'art. 12 della direttiva 2006/123/Ce non avrebbe carattere autoesecutivo, per cui, in assenza di norme interne di dettaglio e attuative, relative, tra l'altro, alle modalità con cui attivare le procedure a evidenza pubblica, lo stesso non sarebbe immediatamente applicabile.

Il Tribunale, infatti, non avrebbe colto che non era stata dedotta la natura *self executing* della direttiva nella sua interezza o del suo art. 12, bensì della specifica e puntuale “norma di divieto”, contenuta in tale articolo, la quale ha sicuramente “efficacia diretta”, prevedendo un obbligo chiaro, preciso, completo e incondizionato a carico degli Stati membri.

Inoltre, diversamente da quanto affermato dal medesimo giudice, l'applicabilità del divieto contenuto nell'art. 12 della direttiva Bolkestein opererebbe indipendentemente dal fatto che le concessioni prese in considerazione rivestano interesse transfrontaliero certo.

Non sarebbe nemmeno condivisibile l'affermazione secondo cui le spiagge non costituirebbero una risorsa scarsa.

Col quarto mezzo di gravame si lamenta che, diversamente da quanto sostenuto dal giudice di primo grado, l'obbligo di disapplicare la normativa interna contrastante col diritto unionale, sussisterebbe anche in capo alla pubblica amministrazione.

Si sostiene, infatti, che quest'ultima dovrebbe *“nel caso di una direttiva, attenersi all'applicazione della norma nazionale, di certa ed immediata esecutività, non potendosi consentire la violazione di legge certa ed applicabile alla fattispecie, sulla base di un soggetto quanto opinabile convincimento della natura self executing di una direttiva comunitaria, attraverso una interpretazione abrogante nella specie non consentita”.*

Solo il giudice, in definitiva, avrebbe il potere di disapplicare la norma nazionale non coerente col diritto dell'Unione.



Le due censure, entrambe infondate, possono essere affrontate in unico contesto.

Ai fini della sua reiezione è sufficiente fare riferimento ai principi enunciati, in sede nomofilattica, nelle citate sentenze dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nn. 17 e 18/2021 con le quali, in coerenza con l'orientamento in materia espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea con la sentenza Promoimpresa, è stato affermato che:

a) l'art. 12 della direttiva 2006/123/Ce, laddove sancisce il divieto di proroghe automatiche delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative è norma *self executing* e quindi immediatamente applicabile nell'ordinamento interno, con la conseguenza che le disposizioni legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle suddette concessioni sono con essa in contrasto e pertanto, non devono essere applicate (cfr., in termini, fra le tante, Cons. Stato, Sez. VII, n. 1780/2023; n. 5625/2022; n. 810/2022);

b) il dovere di disapplicare la norma interna in contrasto con quella eurounitaria autoesecutiva, riguarda, per pacifico orientamento giurisprudenziale, tanto i giudici quanto la pubblica amministrazione (Corte Cost., n. 389/1989; Cons. Stato Sez. VI, n. 7874/2019; n. 3072/2006; Corte giust. Ue, 22 giugno 1989, in C-103/88, Fratelli Costanzo, e 24 maggio 2012, in C-97/11, Amia);

c) l'art. 12 della menzionata direttiva 2006/123/Ce, prescinde del tutto «dal requisito dell'interesse transfrontaliero certo, atteso che la Corte di giustizia si è espressamente pronunciata sul punto ritenendo che "l'interpretazione in base alla quale le disposizioni del capo III della direttiva 2006/123 si applicano non solo al prestatore che intende stabilirsi in un altro Stato membro, ma anche a quello che intende stabilirsi nel proprio Stato membro è conforme agli scopi perseguiti dalla suddetta direttiva" (Corte giust., Grande Sezione, 30 gennaio 2018, C360/15 e C31/16, punto 103)»;

d) come più sopra rilevato in sede di esame dell'appello incidentale, i fini dell'applicabilità dell'art. 12 della direttiva n. 2006/123/Ce alle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative deve ritenersi sussistente il requisito della scarsità della risorsa naturale a disposizione di nuovi potenziali operatori economici.

In conclusione, giova soltanto soggiungere che, sulla base di quanto affermato dall'Adunanza plenaria, con le ricordate sentenze nn. 17 e 18/2021, non solo i cc. 682 e 683 dell'art. 1 della l. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell'art. 10-*quater*, c. 3, d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, convertito con modificazioni dalla l. 24 febbraio 2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/Ce, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato.

L'appello principale dev'essere, pertanto, accolto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi o eccezioni non espressamente esaminati che il collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Sussistono eccezionali ragioni per disporre l'integrale compensazione di spese e onorari del doppio grado di giudizio.

*P.q.m.*, il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sez. VI, definitivamente pronunciando sugli appelli principale e incidentale, come in epigrafe proposti, così dispone:

a) accoglie l'appello principale e, per l'effetto, in riforma della gravata sentenza accoglie il ricorso di primo grado e annulla i provvedimenti con esso impugnati;

b) respinge l'appello incidentale.

\* \* \*

## RECENSIONI

A. Barone, R. Scalia (a cura di)

*La funzione di controllo della Corte dei conti. L'esecuzione del Pnrr in Italia nel contesto di una economia di guerra*  
Bari, Cacucci, 2023, pagg. 460.

Il volume raccoglie gli atti del Convegno, tenutosi il 30 settembre-1 ottobre 2022 a Ragusa Ibla, con il supporto scientifico dell'Università degli studi di Catania e, in particolare, del Dipartimento di economia e impresa.

Il tema, affrontato da studiosi del diritto amministrativo, da cultori di economia aziendale nonché da alcuni *testimonials* di alto profilo, vuole fornire testimonianze concrete del modo – nel contesto del Progetto culturale “Orizzonti della contabilità pubblica”, promosso da alcuni anni dall'Istituto Max Weber” (2000), soprattutto nel Mezzogiorno d'Italia – in cui la Magistratura contabile, che potremmo denominare, ormai, “del buon andamento”, ha inteso declinare la fondamentale funzione del controllo indipendente esterno, previsto dall'art. 100, c. 2, Cost. Una declinazione che prende a base parametri di verifica del buon andamento tutt'affatto originali.

Infatti, viene posta in evidenza la necessità di ricorrere ai parametri dei costi, dei tempi e dei modi dell'azione amministrativa; parametri di analisi che il controllo finanziario-contabile (che altro non è che di semplice conformità o meno a regole poste dalla disciplina della contabilità pubblica, e quindi fundamentalmente di natura ragionieristica), in questi anni, ha oscurato facendo dimenticare anni di dibattito sul nuovo ruolo che Massimo Severo Giannini aveva, nel 1979, ritenuto di dover assegnare alla Corte dei conti.

Della necessità, per fini di analisi delle politiche pubbliche, di un ricorso costante al controllo concomitante (o “*in itinere*”) – riscoperto a far data dal 2022 con l'entrata in vigore dell'art. 7, c. 7, d.l. n. 77/2021 – si sono fornite non solo giustificazioni condivisibili ma se ne è intesa auspicare l'applicazione quale modalità essenziale del come fare “controllo sulla gestione”, disciplinato dalla l. n. 20/1994, non solo in ragione della temporanea obbligatorietà di monitorare le decisioni assunte con la presentazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza in Europa ma anche oltre.

D'altra parte, il Convegno si è dimostrato una felice occasione per riportare all'attenzione degli studiosi le esperienze di verifica, maturate dalla stessa Magistratura del buon andamento sia in campo nazionale che in campo regionale, in indagini di grande complessità aventi tutte un impatto sullo sviluppo economico e sociale di diverse aree territoriali, rimanendo la Corte dei conti italiana allineata così ai metodi di controllo della Corte dei conti europea.

\* \* \*

F. Cerioni (a cura di)

*Le società pubbliche*

Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, pagg. 643.

Il volume raccoglie i contributi di studiosi della materia, scelti tra professori universitari, magistrati della Corte dei conti e dirigenti pubblici, che hanno analizzato le svariate problematiche connesse al tema durante la loro attività scientifica e professionale.

Il testo unico di cui al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 viene quindi letto alla luce delle più rilevanti novità normative correlate, in particolare la nuova disciplina del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e la riforma dei servizi pubblici locali, nonché la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte di cassazione e della Corte dei conti.

Il taglio scientifico del volume è focalizzato su una analisi diacronica delle società pubbliche, dalla loro genesi fino al complesso inserimento nella trama ordinamentale e nel diritto vivente. Sono, così, oggetto di analisi le problematiche relative al controllo pubblico, alla responsabilità degli amministratori e degli organi degli enti partecipanti, alla gestione del personale, all'applicazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla tutela della trasparenza, ai vincoli finanziari e fiscali, anche europei, ai controlli della Corte dei conti sulle società, e, infine, alla crisi d'impresa, con la sottoposizione alla liquidazione giudiziale e alle altre procedure concorsuali ovvero all'inclusione nei piani di razionalizzazione o di revisione straordinaria delle partecipazioni, concludendo con la natura della società in mano pubblica, nel contesto del più generale dibattito sulla soggettività pubblica e la centralità della causa societaria.

\* \* \*



## INDICE ANALITICO DELLE DELIBERAZIONI E DELLE SENTENZE

### Amministrazione dello Stato e pubblica in genere

Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) – Investimento per il potenziamento il completamento e la manutenzione straordinaria delle infrastrutture idriche – Relazione *ex art.* 11 l. n. 15/2009 e art. 22 d.l. n. 76/2020 (Corte conti, Sez. centr. contr. gestione, Coll. contr. conc., 17 aprile 2023, n. 14) 126

Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) – Investimento per il rimboschimento urbano e tutela del verde – Relazione *ex art.* 11 l. n. 15/2009 e art. 22 d.l. n. 76/2020 (Corte conti, Sez. centr. contr. gestione, Coll. contr. conc., 15 marzo 2023, n. 8) 126

Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) – Stato di attuazione – Relazione *ex art.* 7, c. 7, d.l. n. 77/2021 (Corte conti, Sez. riun. contr., 17 marzo 2023, n. 15) 119

Ufficio scolastico regionale – Dirigenti – Provvedimento dell’Ufficio scolastico regionale di assegnazione in eccedenza rispetto alla dotazione organica, disposta in esecuzione di pronuncia del giudice del lavoro – Assenza di autorizzazione ministeriale – Illegittimità – Sussiste (Corte conti, Sez. contr. reg. Basilicata, 21 marzo 2023, n. 29, con nota di G. NATALI) 145

v. pure: *Responsabilità civile*

### Appalti pubblici

v: *Responsabilità amministrativa e contabile – Responsabilità civile – Servizi pubblici*

### Contabilità regionale e degli enti locali

Comuni – Contribuzione patrimoniale a favore di privati di natura convenzionale – Obbligo di motivazione per dimostrare la finalizzazione all’esclusiva soddisfazione di interessi della collettività amministrata – Sussiste (Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte, 5 aprile 2023, n. 40, con nota di L. ALESIANI) 175

Enti locali – Contributi pubblici – Modalità di rappresentazione contabile dei “contributi a rendicontazione” – Imputazione dell’intero importo al primo esercizio – Illegittimità – Esclusione (Corte conti, Sez. contr. reg. Emilia-Romagna, 18 aprile 2023, n. 49) 146

Enti locali – Principi contabili – Partecipazioni in società controllate e partecipate – Valutazione – Criteri (Corte conti, Sez. contr. reg. Siciliana, 15 marzo 2023, n. 90, con nota di G. NATALI) 179

Gruppi consiliari – Fondi destinati ai gruppi consiliari – Rendicontazione – Irregolarità – Corte dei conti – Controllo di regolarità della sezione regionale – Omessa o tardiva impugnazione della deliberazione di irregolarità – Obbligo di restituzione – Sussiste (Corte conti, Sez. III centr. app., 13 aprile 2023, n. 183, con nota di L. IOCCA) 190

Principi contabili – Riconoscimento di debito fuori bilancio con legge regionale – Copertura dei relativi oneri nel bilancio di previsione dell’esercizio precedente anziché dell’esercizio in corso – Necessità di copertura con risorse finanziarie effettivamente disponibili – Sussistenza – Violazione del “principio applicato 9.1 dell’allegato 4/2 al d.lgs. n. 118/2011 in materia di debiti fuori bilancio” – Censura rivolta all’atto di impegno e non alla norma di legge – Questione di legittimità costituzionale – Inammissibilità (Corte cost. 28 marzo 2023, n. 51, con nota di E. TOMASSINI) 225

Principi contabili – Riconoscimento di debito fuori bilancio con legge regionale – Copertura dei relativi oneri nel bilancio di previsione dell’esercizio precedente anziché dell’esercizio in corso – Necessità di copertura con risorse finanziarie effettivamente disponibili – Sussistenza – Violazione del principio di annualità del bilancio – Sussistenza – Illegittimità costituzionale (Corte cost. 28 marzo 2023, n. 51, con nota di E. TOMASSINI) 225

Proroga del termine di approvazione del bilancio di previsione – Divieto di assunzione di personale – Esclusione (Corte conti, Sez. contr. reg. Veneto, 3 aprile 2023, n. 90, con nota di A.M. QUAGLINI) 183

Regioni – Regione Emilia-Romagna – Referto annuale sulle tipologie di copertura delle leggi regionali di spesa e sulle tecniche di quantificazione degli oneri (Corte conti, Sez. contr. reg. Emilia-Romagna, 18 aprile 2023, n. 48) 146

### Contratti in genere

Tutela degli interessi – Meritevolezza – Valutazione – Criteri – *Leasing* – Determinazione del canone con clausola di indicizzazione ad un tasso finanziario e ad un tasso di cambio – Natura di strumento finanziario derivato implicito – Esclusione (Cass., S.U., 23 febbraio 2023, n. 5657, con nota di C. ORSINI) 258

## INDICE ANALITICO DELLE DELIBERAZIONI E DELLE SENTENZE

### Contratti pubblici

Accordi quadro – Assunzione di impegno di spesa a copertura dell'intero fabbisogno finanziario – Necessità – Non sussiste (Corte conti, Sez. centr. contr. legittimità, 7 marzo 2023, n. 1, con nota di P. COSA) 119

Concessioni demaniali – Concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – Proroga automatica – Incompatibilità con il diritto euro-unitario – Disapplicazione delle norme nazionali – Necessità (Cons. Stato, Sez. VI, 1 marzo 2023, n. 2192, con nota di P. COSA) 279

v. pure: *Corte dei conti – Responsabilità amministrativa e contabile*

### Corte dei conti

Contratti pubblici – Decreti approvativi dei contratti stipulati in adesione all'accordo quadro – Sottoposizione a controllo preventivo di legittimità – Competenza coincidente con quella del controllo sull'accordo quadro – Sussiste (Corte conti, Sez. centr. contr. legittimità, 7 marzo 2023, n. 1, con nota di P. Cosa) 120

Deliberazioni delle sezioni regionali di controllo – Identità concettuale con l'atto amministrativo – Esclusione – Giudicato contabile – Operatività (Corte conti, Sez. III centr. app., 13 aprile 2023, n. 183, con nota di L. IOCCA) 190

Organizzazione delle Nazioni Unite – International Centre for Genetic, Engineering and Biotechnology (Icgeb) – Audit certificate e report relativi all'Audit of the Financial Statements 2022 (Corte conti, Sez. contr. aff. com. e int., 6 aprile 2023, n. 6) 144

Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) – Controllo concomitante – Definizione delle modalità di collaborazione fra il Collegio centrale e le sezioni regionali di controllo – Individuazione delle tematiche da sottoporre a controllo (Corte conti, Sez. centr. contr. gestione, Coll. contr. conc., 20 marzo 2023, n. 10) 126

v. pure: *Contabilità regionale e degli enti locali – Unione europea*

### Dirigenti pubblici

v.: *Giurisdizione e competenza – Responsabilità amministrativa e contabile*

### Energia elettrica ed energia in genere

v.: *Enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria*

#### Enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria

Cassa per i servizi energetici e ambientali-Csea s.p.a. – Gestione finanziaria 2021 – Relazione al Parlamento (Corte conti, Sez. contr. enti, 5 aprile 2023, n. 31, con nota di P. COSA) 133

Ente nazionale idrocarburi-Eni s.p.a. – Gestione finanziaria 2021 – Relazione al Parlamento (Corte conti, Sez. contr. enti, 26 aprile 2023, n. 47) 142

Ente nazionale per l'energia elettrica-Enel s.p.a. – Gestione finanziaria 2021 – Relazione al Parlamento (Corte conti, Sez. contr. enti, 27 marzo 2023, n. 30) 127

Italia trasporto aereo-Ita s.p.a. – Gestione finanziaria 2021 – Relazione al Parlamento (Corte conti, Sez. contr. enti, 19 aprile 2023, n. 48) 136

#### Enti locali

Agente contabile consegnatario di azioni – Individuazione del soggetto tenuto alla resa del conto giudiziale – Criteri (Corte conti, Sez. contr. reg. Siciliana, 15 marzo 2023, n. 90, con nota di G. NATALI) 179

Amministratori – Indennità di funzione – Lavoratori dipendenti a tempo determinato – Determinazione (Corte conti, Sez. contr. reg. Calabria, 17 marzo 2023, n. 24, con nota di L. ALESIANI) 173

Comune – Società – Acquisto di partecipazione indiretta – Costituzione di una nuova società – Società in house – Valutazione della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria dell'operazione ai sensi dell'art. 5 Tusp – Motivazione analitica riferita all'ente locale – Necessità (Corte conti, Sez. contr. reg. Marche, 20 marzo 2023, n. 53, con nota di F. IZZO) 158

Comune – Società – Acquisto di partecipazione in società consortile – Svolgimento di servizi di committenza – Insussistenza della qualifica di centrale di committenza – Non conformità a legge dell'operazione (Corte conti, Sez. contr. reg. Umbria, 10 marzo 2023, n. 14) 167

Comune – Società – Delibera di conferma della decisione di acquisire una partecipazione societaria già sottoposta al controllo della Corte dei conti ai sensi dell'art. 5, c. 3, Tusp – Non luogo a deliberare (Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, 27 marzo 2023, n. 80, con nota di A.M. QUAGLINI) 157

## INDICE ANALITICO DELLE DELIBERAZIONI E DELLE SENTENZE

Comune – Società – Ristrutturazione proprietaria – Atto deliberativo di costituzione – Controllo della Corte dei conti – Difetto di necessità e sostenibilità finanziaria dell'operazione – Parere negativo (Corte conti, Sez. contr. reg. Lazio, 30 marzo 2023, n. 59, con nota di A. CARPELLUCCI)	146	Gestore di struttura ricettiva – Imposta di soggiorno – Agente contabile – Obbligo di resa del conto – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, decr. 27 marzo 2023, n. 5)	210
v. pure: <i>Contabilità regionale e degli enti locali – Federalismo fiscale – Giudizi di conto e per resa del conto – Prescrizione e decadenza – Responsabilità amministrativa e contabile</i>		Giudizio per resa del conto – Opposizione – Obbligo di resa del conto – Intervento amministrazione – Ammissibilità (Corte conti, Sez. giur. reg. Piemonte, 9 marzo 2023, n. 34)	219
<b>Enti pubblici e privati</b>		Giudizio per resa del conto – Opposizione – Obbligo di resa del conto – Legale rappresentante di una società – Qualifica di agente contabile – Esclusione (Corte conti, Sez. giur. reg. Piemonte, 9 marzo 2023, n. 34)	219
v.: <i>Responsabilità amministrativa e contabile</i>		v. pure: <i>Enti locali</i>	
<b>Federalismo fiscale</b>		<b>Giurisdizione e competenza</b>	
Comune – Fondo di solidarietà comunale – Apposizione di un vincolo di destinazione alle risorse da parte del legislatore statale – Esclusione (Corte cost. 14 aprile 2023, n. 71)	231	Danno indiretto – Nozione di fatto dannoso – Competenza territoriale – Luogo nel quale è avvenuto il fatto generatore della perdita patrimoniale della pubblica amministrazione (Corte conti, Sez. II centr. app., 27 marzo 2023, n. 75)	188
Comune – Fondo di solidarietà comunale – Apposizione di un vincolo di destinazione alle risorse da parte del legislatore statale – Illegittimità costituzionale – Inammissibilità del ricorso (Corte cost. 14 aprile 2023, n. 71)	231	Dirigente – Posizione di fuori ruolo istituzionale – Svolgimento di incarichi esterni non autorizzati – Compensi – Mancato riversamento – Giurisdizione contabile – Sussistenza – Fattispecie (Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 13 marzo 2023, n. 154)	209
<b>Giudizi di conto e per resa del conto</b>		Pensionati pubblici residenti all'estero – Rideterminazione del trattamento pensionistico – Imposizione fiscale – Giurisdizione contabile – Esclusione – Giurisdizione tributaria – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 3 aprile 2023, n. 221)	209
Conti giudiziali – Agente contabile addetto alla riscossione – Difetto di legittimazione passiva per maneggio diretto di denaro da parte di altri – Esclusione – Declaratoria di irregolarità – Configurabilità (Corte conti, Sez. giur. reg. Calabria, 10 marzo 2023, n. 23)	205	Sequestro conservativo – Inefficacia – Giurisdizione del giudice ordinario – Sussistenza – Deposito di copia della sentenza di condanna esecutiva nella cancelleria del giudice competente dell'esecuzione – Irrilevanza (Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 3 marzo 2023, n. 42)	217
Conti giudiziali – Gestione economale di ente locale – Economo comunale – Affiancamento da parte di altro intraneo comunale – Irrilevanza – Eccezione di difetto di legittimazione passiva – Esclusione (Corte conti, Sez. giur. reg. Calabria, 1 marzo 2023, n. 16)	205	Società a partecipazione pubblica – Danno – Giurisdizione del giudice ordinario – Sussistenza – Fattispecie (Cass., S.U., ord. 10 febbraio 2023, n. 4264, con nota di S. MIRIELLO)	253
Conto giudiziale – Gestione economale di ente locale – Carattere anticipatorio e derogatorio – Gestione di mera cassa in regime di anticipazione (Corte conti, Sez. giur. reg. Calabria, 29 marzo 2023, n. 42)	206	Società partecipata – Società <i>in house</i> – Qualificazione – Irrilevanza – Convenzione sottoscritta con l'ente pubblico socio – Rapporto di servizio – Giurisdizione contabile – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 9 marzo 2023, n. 149)	208
Conto giudiziale – Iscrizione a ruolo del conto compilato d'ufficio – Necessità (Corte conti, Sez. giur. reg. Emilia-Romagna, 14 aprile 2023, n. 32)	206		
Conto giudiziale – Iscrizione a ruolo del conto compilato d'ufficio – Regolazione delle spese processuali – Soccombenza virtuale – Condanna (Corte conti, Sez. giur. reg. Emilia-Romagna, 14 aprile 2023, n. 32)	206		

## INDICE ANALITICO DELLE DELIBERAZIONI E DELLE SENTENZE

Soggetto privato – Contributi a carico dell'erario nazionale e sovranazionale – Omessa realizzazione e mancata rendicontazione – Giurisdizione contabile – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Umbria, 15 marzo 2023, n. 18)	221	<b>Processo contabile</b>	
Soggetto privato – Contributo regionale a carico del Fondo europeo per il sostegno alle nuove piccole e medie imprese innovative – False fatturazioni – Irrilevanza – Giurisdizione contabile – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Umbria, 7 aprile 2023, n. 26)	222	Citazione a giudizio – Notificazione – Termine – Perentorietà – Esclusione – Analogia con la disciplina della riassunzione del giudizio sospeso o interrotto – Esclusione (Corte conti, Sez. II centr. app., 13 marzo 2023, n. 57)	187
<b>Impiegato dello Stato e pubblico in genere</b>		Danno derivante da dichiarazione di decadenza della potestà impositiva da parte del giudice tributario – Sussistenza – Pendenza del procedimento amministrativo per l'eventuale scarico delle quote inesigibili – Irrilevanza (Corte conti, Sez. app. reg. Siciliana, 12 aprile 2023, n. 20)	204
Posizione di fuori ruolo istituzionale – Posizione di aspettativa senza assegni – Differenza (Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 13 marzo 2023, n. 154)	209	Divieto del <i>ne bis in idem</i> – Inammissibilità dell'atto di citazione – Presupposti – Fattispecie (Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 9 marzo 2023, n. 149)	208
v. pure: <i>Responsabilità amministrativa e contabile</i>		Divieto di frazionamento della domanda – Diversità del rapporto sostanziale – Atto di citazione – Inammissibilità – Esclusione (Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 9 marzo 2023, n. 149)	208
<b>Impiegato regionale e degli enti locali</b>		Eccezione di prescrizione formulata in scritto difensivo successivo al primo – Inammissibilità (Corte conti, Sez. giur. reg. Trentino-Alto Adige, Trento, 2 marzo 2023, n. 8)	221
v.: <i>Contabilità regionale e degli enti locali – Enti locali</i>		Giudizio di responsabilità amministrativa – Danno erariale – Pagamento integrale – Cessazione materia del contendere – Sentenza – Effetti sostanziali – Fattispecie (Corte conti, Sez. giur. reg. Piemonte, 1 marzo 2023, n. 30)	218
<b>Notificazione e comunicazione di atti</b>		Giudizio di responsabilità amministrativa – Danno indiretto – Processo penale – Estinzione del reato per prescrizione – Parte civile – Condanna al risarcimento del danno – Efficacia di giudicato – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Sardegna, 6 aprile 2023, n. 48)	219
Notificazione – Atto di citazione – Domicilio eletto nella fase preprocessuale – Rilevanza – Sussistenza – Necessità di valida procura <i>ad litem</i> – Esclusione (Corte conti, Sez. II centr. app., 27 marzo 2023, n. 75)	188	Giudizio per l'applicazione di sanzioni pecuniarie – Contrasto dell'art. 248, c. 5-bis, Tuel con gli artt. 3, 24, 25, 51, 97, 111, c. 1, 102, 103, Cost. – Esclusione (Corte conti, Sez. app. reg. Siciliana, 31 marzo 2023, n. 18)	203
<b>Pensioni civili e militari</b>		Imposta di soggiorno – Norma sopravvenuta di estensione della qualifica di responsabile di imposta a casi pregressi – Natura di interpretazione autentica – Sussistenza – <i>Perpetuatio iurisdictionis</i> – Esclusione – Preclusioni processuali alla sua deducibilità – Esclusione (Corte conti, Sez. I centr. app., 16 marzo 2023, n. 107)	187
v. pure: <i>Giurisdizione e competenza</i>			
<b>Prescrizione e decadenza</b>			
Danno indiretto – Prescrizione – Termine iniziale – Dalla data del pagamento (Corte conti, Sez. II centr. app., 27 marzo 2023, n. 75)	188		
Enti locali – Rimborso delle spese legali sostenute dagli amministratori – Pagamento di un debito prescritto – Prescrizione presuntiva – Inapplicabilità (Corte conti, Sez. giur. reg. Toscana, 21 aprile 2023, n. 117)	220		
Sospensione <i>ex lege</i> – Emergenza sanitaria da Covid-19 – Applicabilità (Corte conti, Sez. giur. reg. Campania, 22 marzo 2023, n. 186)	206		
v. pure: <i>Processo contabile – Responsabilità amministrativa e contabile</i>			

## INDICE ANALITICO DELLE DELIBERAZIONI E DELLE SENTENZE

Ordine di decisione delle questioni – Principio della “ragione più liquida” – Eccezione di prescrizione – Applicabilità (Corte conti, Sez. giur. reg. Toscana, 10 marzo 2023, n. 72)	220	Prassi applicativa di invio della raccomandata prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma che non la prevedeva – Colpa grave dell’agente della riscossione – Esclusione – Equiparazione della colpa grave alla mera violazione di legge o di buone prassi – Esclusione (Corte conti, Sez. app. reg. Siciliana, 12 aprile 2023, n. 20)	204
Responsabilità sanzionatoria pecuniaria – Giudizio per l’applicazione di sanzioni pecuniarie – Termine di sessanta giorni per l’emissione del decreto motivato – Natura (Corte conti, Sez. app. reg. Siciliana, 31 marzo 2023, n. 18)	203	Agenti e funzionari di Polizia – Condanna in sede penale al pagamento delle provvisionali, spese di giudizio e spese relative al patrocinio gratuito – Condotte costituenti reato – Elemento soggettivo doloso – Sussiste (Corte conti, Sez. II centr. app., 27 marzo 2023, n. 75)	188
Revocazione – Sentenza penale irrevocabile di assoluzione perché il fatto non sussiste successiva alla decisione impugnata – Mancata previsione di un’ipotesi straordinaria di revocazione – Questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 24, 103, 113, 117 Cost. e art. 6 Cedu – Manifesta infondatezza (Corte conti, Sez. app. reg. Siciliana, 27 febbraio 2023, n. 11)	203	Amministratori comunali – Contratti derivati – Assenza di consapevolezza dell’ampiezza del rischio per inadeguata istruttoria – Colpa grave – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Veneto, 12 aprile 2023, n. 24)	222
Rito abbreviato – Poteri del giudice – Delibazione sommaria – Determinazione della somma dovuta in misura maggiore a quella proposta – Ammissibilità (Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, decr. 27 marzo 2023, n. 9)	216	Amministratori comunali – Indebita erogazione di emolumenti per un progetto di recupero dell’evasione dei tributi comunali – Prescrizione – <i>Dies a quo</i> – Occultamento doloso del danno – Dalla data della <i>deminutio patrimonii</i> – Impedimento giuridico alla conoscibilità del fatto illecito – Slittamento – Esclusione (Corte conti, Sez. II centr. app., 13 marzo 2023, n. 57)	187
Sentenza penale di non doversi procedere per essere il reato estinto per prescrizione – Efficacia nel giudizio contabile – Esclusione (Corte conti, Sez. II centr. app., 27 marzo 2023, n. 75)	188	Amministratori di cooperative sociali – Azione di responsabilità amministrativo-contabile – Solidarietà attiva – Mancanza – Atti interruttivi della prescrizione – Art. 1310, c. 1, c.c. – Inapplicabilità (Corte conti, Sez. giur. reg. Toscana, 10 marzo 2023, n. 72)	220
v. pure: <i>Giurisdizione e competenza – Responsabilità amministrativa e contabile</i>		Amministratori di cooperative sociali – Indebita percezione di contributi pubblici – Rapporto di servizio – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Toscana, 10 marzo 2023, n. 72)	220
<b>Processo penale</b>		Appalto di opera pubblica – Danno alla concorrenza – Esclusione – Mezzi di prova – Comparazione con i prezzi di mercato – Ribassi di gara per lavori simili – Utile d’impresa – Collegamento tra imprese – Non sufficienza (Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 13 marzo 2023, n. 152)	208
v.: <i>Processo contabile</i>		Appalto di opera pubblica – Società partecipata – Amministratore delegato – Responsabile unico del procedimento – Organi tecnici – Somme liquidate a seguito di accordo transattivo – Omessa valutazione delle disposizioni nel capitolato speciale – Colpa grave – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 9 marzo 2023, n. 149)	208
<b>Processo pensionistico</b>			
Appello – Motivi riguardanti questioni di fatto – Questioni medico-legali – Ammissibilità del gravame – Limiti (Corte conti, Sez. I centr. app., 23 marzo 2023, n. 119)	187		
<b>Regione in genere e regioni a statuto ordinario</b>			
v.: <i>Contabilità regionale e degli enti locali</i>			
<b>Responsabilità amministrativa e contabile</b>			
Accertamento della causalità materiale e giuridica – Necessità – Sussistenza – Nozione (Corte conti, Sez. II centr. app., 27 marzo 2023, n. 75)	188		
Agente della riscossione – Decadenza dalla riscossione del credito per nullità della notificazione a seguito di errore nell’indirizzo del destinatario nella raccomandata informativa –			



**INDICE ANALITICO DELLE DELIBERAZIONI E DELLE SENTENZE**

Appalto di opera pubblica – Somme liquidate per opere non realizzate – Responsabile unico del procedimento e direttore di aeroporto – Elemento soggettivo – Danno patrimoniale diretto – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 13 marzo 2023, n. 152)	208	Danno indiretto – Quantificazione – Ritenute fiscali e previdenziali – Vantaggi in favore delle amministrazioni o della comunità amministrata – Esclusione (Corte conti, Sez. II centr. app., 27 marzo 2023, n. 75)	188
Appalto di servizi – Proroga affidamento – Danno da lesione della concorrenza – Non sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Puglia, 21 aprile 2023, n. 146)	219	Dipendente pubblico – Esercizio di attività extraistituzionale non autorizzabile – Danno erariale – Sussistenza – Quantificazione del danno – Criteri (Corte conti, Sez. giur. reg. Trentino-Alto Adige, Bolzano 31 marzo 2023, n. 3)	221
Appartenenti alla Polizia stradale – Attività penalmente illecite – Servizio di vigilanza stradale – Disfunzione al servizio pubblico – Danno da disservizio – Sussistenza – Quantificazione – Criteri (Corte conti, Sez. giur. reg. Umbria, 7 marzo 2023, n. 14)	221	Dipendente pubblico – Falsa attestazione della presenza in servizio – Danno all’immagine della pubblica amministrazione – Condanna penale irrevocabile – Necessità – Non sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Emilia-Romagna, 28 aprile 2023, n. 39)	207
Applicazione del principio della ragione più liquida – Limiti (Corte conti, Sez. giur. reg. Friuli-Venezia Giulia, 5 aprile 2023, n. 9)	207	Dipendente pubblico – Falsa attestazione della presenza in servizio – Danno all’immagine della pubblica amministrazione – Disciplina autonoma rispetto alla fattispecie generale del “Lodo Bernardo” – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Emilia-Romagna, 28 aprile 2023, n. 39)	207
Azienda sanitaria – Dirigente medico – <i>Malpractice</i> sanitaria – Incongruo trattamento chirurgico ortopedico – Linee guida – Pretesa osservanza in astratto – Irrilevanza (Corte conti, Sez. giur. reg. Umbria, 11 aprile 2023, n. 27)	222	Dirigente – Posizione di fuori ruolo istituzionale – Svolgimento di incarichi extraistituzionali non autorizzati – Responsabilità amministrativa – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 13 marzo 2023, n. 154)	209
Comune – Amministratori – Proscioglimento in sede penale – Sentenza anteriore all’entrata in vigore della norma che lo prevede – Rimborso spese legali – Inammissibilità (Corte conti, Sez. giur. reg. Molise, 24 marzo 2023, n. 9)	218	Docente universitario – Attività extraistituzionale non autorizzata – Comunicazione generica – Condotta omissiva dell’amministrazione di appartenenza – Danno erariale – Quantificazione (Corte conti, Sez. giur. reg. Liguria, 2 marzo 2023, n. 22)	210
Comune – Dipendente – Rimborso spese legali a personale prosciolto in sede penale per non luogo a procedere – Danno erariale – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Molise, 24 marzo 2023, n. 9)	218	Docente universitario – Attività extraistituzionale non autorizzata – Indebita percezione di indennità di esclusiva – Onere della prova – Necessità (Corte conti, Sez. giur. reg. Liguria, 2 marzo 2023, n. 22)	210
Comune – Dirigenti incaricati della manutenzione delle strade urbane – Condotta omissiva – Sinistro stradale – Condanna dell’amministrazione al risarcimento dei danni – Danno indiretto – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Sardegna, 6 aprile 2023, n. 48)	219	Ente locale – Incarichi a soggetti esterni – Attività di supporto al Rup – Disciplina generale e speciale – Presupposti – Mancanza – Danno erariale – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Campania, 22 marzo 2023, n. 186)	206
Curatore fallimentare – Illeciti in ambito giudiziario – Appropriazione indebita di somme ricadenti in procedure concorsuali – Illecito erariale – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Umbria, 20 aprile 2023, n. 32)	222	Ente locale – Responsabile dei servizi alla persona – Responsabile unico del procedimento – Emergenza pandemica – Finanziamenti pubblici in favore dei minori per il contrasto alla povertà educativa – Indebito utilizzo – Illecito erariale – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Siciliana, 22 marzo 2023, n. 147)	219
Danno da indebita corresponsione di emolumenti per fatto del percettore – Quantificazione del danno – Lordo degli emolumenti erogati e oneri datoriali (Corte conti, Sez. giur. reg. Friuli-Venezia Giulia, 5 aprile 2023, n. 9)	207		

## INDICE ANALITICO DELLE DELIBERAZIONI E DELLE SENTENZE

Ente locale – Rimborso delle spese legali sostenute dagli amministratori – Presupposti – Normativa applicabile “ <i>ratione temporis</i> ” – Incertezza normativa – Colpa grave – Non sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Toscana, 21 aprile 2023, n. 117)	220	Ripartizione del danno – Commisurazione del danno all’entità delle somme percepite per il medesimo titolo – Esclusione (Corte conti, Sez. II centr. app., 13 marzo 2023, n. 57)	188
Ente pubblico patrocinato dall’Avvocatura dello Stato – Conferimento incarico oneroso di patrocinio legale ad avvocato del libero Foro – Danno erariale – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Abruzzo, 7 marzo 2023, n. 16)	204	Società privata – Contributi pubblici – Fondo per le agevolazioni alla ricerca del Miur – Discrezionalità tecnica dell’amministrazione – Valutazioni non ostative all’esercizio dell’azione erariale – Configurabilità (Corte conti, Sez. giur. reg. Umbria, 2 marzo 2023, n. 13)	221
Gestore di struttura ricettiva – Imposta di soggiorno – Affidamento funzioni di riscossione – Qualifica di agente contabile – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, decr. 27 marzo 2023, n. 5)	210	Società privata – Contributi pubblici – Fondo per le agevolazioni alla ricerca del Miur – Illegittimo utilizzo di crediti d’imposta – Danno erariale – Sussistenza – Responsabilità degli amministratori – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Umbria, 2 marzo 2023, n. 13)	221
Gestore di struttura ricettiva – Imposta di soggiorno – Attribuzione della qualità di responsabile di imposta – Retroattività (Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, decr. 27 marzo 2023, n. 5)	210	Soggetto privato – Contributi pubblici – Contributo regionale a carico del Fondo europeo per attività di coltivazione agricola – Domanda di aiuto – Difetto di titolo legittimante – Illecito erariale a titolo doloso – Configurabilità (Corte conti, Sez. giur. reg. Calabria, 20 marzo 2023, n. 35)	205
Rapporto di servizio tra gestore di struttura ricettiva e comune – Sussistenza – Modifiche normative – Rilevanza – Esclusione (Corte conti, Sez. I centr. app., 16 marzo 2023, n. 107)	187	Solidarietà passiva – Distinzione dalla solidarietà civilistica – Sussistenza – Differenza dal concorso e dalla cooperazione colposa di persone nel reato – Sussiste (Corte conti, Sez. II centr. app., 27 marzo 2023, n. 75)	188
Responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie – Legge “Gelli-Bianco” – Irretroattività (Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 6 aprile 2023, n. 77)	218	Unione di comuni – Amministratori, revisori e dipendenti comunali – Tassa per il servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani (Tarsu) – Indebita erogazione di emolumenti aggiuntivi per il recupero dell’evasione – Assenza di previsione legislativa – Tipicità delle fonti di previsione dei compensi incentivanti – Sussistenza – Disposizione derogatoria per il personale delle unioni di comuni – Esclusione – Fattispecie (Corte conti, Sez. II centr. app., 13 marzo 2023, n. 57)	187
Responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie – Morte del nascituro – Colpa grave – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Friuli-Venezia Giulia, 7 marzo 2023, n. 7)	207	<b>Responsabilità civile</b>	
Responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie – Onere di comunicazione – Processo contabile – Condizione di procedibilità – Inammissibilità dell’azione – Sussiste (Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 6 aprile 2023, n. 77)	218	Amministrazione pubblica – Concessione di servizi – Procedura concorsuale – Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione – Risarcimento – Criteri (Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2023, n. 1074, con nota di L. GIANNETTI)	274
Responsabilità sanzionatoria pecuniaria – Revisori dei conti comunali – Omissione nella rilevazione delle gravi situazioni di criticità finanziaria dell’ente locale – Emissione di parere favorevole sui bilanci in presenza di situazioni di grave criticità finanziaria – Violazione dei doveri di diligenza professionale – Sussistenza – Responsabilità – Sussistenza – Fattispecie (Corte conti, Sez. app. reg. Siciliana, 31 marzo 2023, n. 18)	203	Occupazione <i>sine titulo</i> – Concessione del godimento ad altri dietro corrispettivo – Determinazione del <i>quantum</i> del risarcimento del danno – Criteri (Cass, S.U., 15 novembre 2022, n. 33645, con nota di G.M. MARSICO)	239

## INDICE ANALITICO DELLE DELIBERAZIONI E DELLE SENTENZE

- Occupazione *sine titulo* – Risarcimento del danno – Fatto costitutivo (Cass, S.U., 15 novembre 2022, n. 33645, con nota di G.M. MARSICO) 239
- Revocazione (giudizio di)**
- Sentenza di primo grado – Documentazione rilevante depositata – Mancato esame – Ricorso per revocazione – Inammissibilità (Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 30 marzo 2023, n. 192) 209
- Sanità pubblica**
- v: *Prescrizione e decadenza – Responsabilità amministrativa e contabile*
- Servizi pubblici**
- Concessione – Lavori – Studio di fattibilità – Annullamento in autotutela – Termini (Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2023, n. 1074, con nota di L. GIANNETTI) 274
- Concessione – Lavori strumentali alle concessioni di servizi e diretti a realizzare opere pubbliche – Affidamento – Procedura (Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2023, n. 1074, con nota di L. GIANNETTI) 274
- v. pure: *Responsabilità amministrativa e contabile*
- Società**
- v.: *Enti locali – Giudizi di conto e per resa del conto – Giurisdizione e competenza – Responsabilità amministrativa e contabile*
- Spese giudiziali**
- v.: *Responsabilità amministrativa e contabile*
- Trasporti**
- v: *Enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria*
- Tributi**
- v.: *Giurisdizione e competenza – Processo contabile – Responsabilità amministrativa e contabile*
- Unione europea**
- Finanziamenti pubblici – Irregolarità della documentazione presentata – Illegittimità dei finanziamenti – Frode e irregolarità – Nozione – Realizzazione totale o parziale dell’opera finanziata – Irrilevanza (Corte conti, Sez. II centr. app., 3 aprile 2023, n. 90) 189
- Presunzione d’innocenza – Corte dei conti – Danno all’immagine – Procedimento penale – Archiviazione penale per prescrizione – Insussistenza violazione art. 6, par. 2, Cedu (Cedu, Sez. I., 9 marzo 2023, ric. 20148/09, con nota di S. CALZETTA) 223
- v. pure: *Contratti pubblici – Giurisdizione e competenza*
- Università**
- v.: *Responsabilità amministrativa e contabile*

## INDICE CRONOLOGICO DELLE DELIBERAZIONI E DELLE SENTENZE

**Controllo**

<i>Sezioni riunite in sede controllo</i>	
17 marzo 2023, n. 15	119
<i>Sezione centrale controllo legittimità</i>	
7 marzo 2023, n. 1	119
<i>Collegio controllo concomitante</i>	
15 marzo 2023, n. 8	126
20 marzo 2023, n. 10	126
17 aprile 2023, n. 14	126
<i>Sezione controllo enti</i>	
27 marzo 2023, n. 30	127
5 aprile 2023, n. 31	133
19 aprile 2023, n. 48	136
26 aprile 2023, n. 47	142
<i>Sezione controllo affari internazionali e comunitari</i>	
6 aprile 2023, n. 6	144
<i>Sezioni regionali di controllo</i>	
<i>Basilicata</i>	
21 marzo 2023, n. 29	145
<i>Emilia-Romagna</i>	
18 aprile 2023, n. 48	146
18 aprile 2023, n. 49	146
<i>Lazio</i>	
30 marzo 2023, n. 59	146
<i>Lombardia</i>	
27 marzo 2023, n. 80	157
<i>Marche</i>	
20 marzo 2023, n. 53	158
<i>Umbria</i>	
10 marzo 2023, n. 14	167

**Pareri**

<i>Sezioni regionali di controllo</i>	
<i>Calabria</i>	
17 marzo 2023, n. 24	173
<i>Piemonte</i>	
5 aprile 2023, n. 40	175
<i>Sicilia</i>	
15 marzo 2023, n. 90	179
<i>Veneto</i>	
3 aprile 2023, n. 90	183

**Giurisdizione**

<i>Sezione I centrale d'appello</i>	
16 marzo 2023, n. 107	187
23 marzo 2023, n. 119	187
<i>Sezione II centrale d'appello</i>	
13 marzo 2023, n. 57	187
27 marzo 2023, n. 75	188
3 aprile 2023, n. 90	189
<i>Sezione III centrale d'appello</i>	
13 aprile 2023, n. 183	190
<i>Sezione d'appello Regione Siciliana</i>	
27 febbraio 2023, n. 11	203
31 marzo 2023, n. 18	203
12 aprile 2023, n. 20	204
<i>Sezioni giurisdizionali regionali</i>	
<i>Abruzzo</i>	
7 marzo 2023, n. 16	204
<i>Calabria</i>	
1 marzo 2023, n. 16	205
10 marzo 2023, n. 23	205
20 marzo 2023, n. 35	205
29 marzo 2023, n. 42	206
<i>Campania</i>	
22 marzo 2023, n. 186	206
<i>Emilia-Romagna</i>	
14 aprile 2023, n. 32	206
28 aprile 2023, n. 39	207
<i>Friuli-Venezia Giulia</i>	
7 marzo 2023, n. 7	207
5 aprile 2023, n. 9	207
<i>Lazio</i>	
9 marzo 2023, n. 149	208
13 marzo 2023, n. 152	208
13 marzo 2023, n. 154	209
30 marzo 2023, n. 192	209
3 aprile 2023, n. 221	209
<i>Liguria</i>	
2 marzo 2023, n. 22	210
<i>Lombardia</i>	
3 marzo 2023, n. 42	217
decr. 27 marzo 2023, n. 5	210
decr. 27 marzo 2023, n. 9	216
6 aprile 2023, n. 77	218

## INDICE CRONOLOGICO DELLE DELIBERAZIONI E DELLE SENTENZE

### *Molise*

24 marzo 2023, n. 9 218

### *Piemonte*

1 marzo 2023, n. 30 218

9 marzo 2023, n. 34 219

### *Puglia*

21 aprile 2023, n. 146 219

### *Sardegna*

6 aprile 2023, n. 48 219

### *Sicilia*

22 marzo 2023, n. 147 219

### *Toscana*

10 marzo 2023, n. 72 220

21 aprile 2023, n. 117 220

### *Trentino-Alto Adige, Bolzano*

31 marzo 2023, n. 3 221

### *Trentino-Alto Adige, Trento*

2 marzo 2023, n. 8 221

### *Umbria*

2 marzo 2023, n. 13 221

7 marzo 2023, n. 14 221

15 marzo 2023, n. 18 221

7 aprile 2023, n. 26 222

11 aprile 2023, n. 27 222

20 aprile 2023, n. 32 222

### *Veneto*

12 aprile 2023, n. 24 222

## **Altre Corti**

### *Corte europea dei diritti dell'uomo*

Sez. I, 9 marzo 2023, ric. n. 20148/09 223

### *Corte costituzionale*

28 marzo 2023, n. 51 225

14 aprile 2023, n. 71 231

### *Corte di cassazione*

S.U., 15 novembre 2022, n. 33645 239

S.U., ord. 10 febbraio 2023, n. 4264 253

S.U., 23 febbraio 2023, n. 5657 258

### *Consiglio di Stato*

Sez. V, 31 gennaio 2023, n. 1074 274

Sez. VI, 1 marzo 2023, n. 2192 279

**Direzione e redazione**

Via Antonio Baiamonti, 25 - 00195 Roma - tel. 0638762191 - E-mail: [massimario.rivista@cor-teconti.it](mailto:massimario.rivista@cor-teconti.it)



ISBN 978-88-498-5743-6



9 788849 857436

I.S.S.N. 0392-5358  
(c.m. 30-443900120101)