



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**14 giugno
2016**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ Illegittimità dei criteri di riparto dei tagli della spending review per il 2013
- ❖ Non può configurarsi un rapporto di fatto di pubblico impiego quando vi è una convenzione fra privato e PA
- ❖ Il Comune è tenuto ad accertare scrupolosamente l'esistenza di un diritto di uso pubblico su una strada privata prima di poterne inibire la chiusura
- ❖ Solo lo Stato può agire per il risarcimento del danno ambientale

SEDE CENTRALE - Piazzale Risorgimento n. 14 - 24128 Bergamo
Tel. 030/40.35.40 . Fax 035/25.06.82 - C.F. 95100580166
www.conord.org conord@conord.org

Illegittimità dei criteri di riparto dei tagli della spending review per il 2013

Con la sentenza n. 129 del 6 giugno 2016 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 16, comma 6, del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95 – cd. spending review – nella parte in cui non ha previsto il coinvolgimento dei Comuni nel processo di determinazione delle riduzioni dei trasferimenti spettanti a ciascun Ente.

La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata dal TAR Lazio a seguito dell'impugnativa, da parte di un Comune, del decreto del Ministero dell'interno 24 settembre 2013, con cui era stata determinata – in applicazione dell'art. 16 del D. L. 95/2012 – la riduzione dei trasferimenti erariali spettanti a ciascun Comune “in proporzione alla media delle spese sostenute per consumi intermedi nel triennio 2010-2012, desunte dal SIOPE”.

La Corte Costituzionale fornisce, dapprima, una ricostruzione analitica della complessa evoluzione che ha interessato la disciplina dei trasferimenti erariali agli enti locali tanto che, lo stesso art. 16, comma 6 del D. L. 95/2012 ha subito, in un breve lasso di tempo, diversi interventi legislativi, che hanno inciso sia sulla entità dei trasferimenti erariali ai Comuni, sia sulle modalità di determinazione delle quote di riduzione spettanti a ciascun Comune.

Per quanto qui più interessa, preme ricordare come, con la legge di stabilità 2013 – legge 24 dicembre 2012, n. 228 – sia stato ridisegnato il sistema di finanziamento degli enti locali dato che, a fronte dell'attribuzione ai Comuni dell'intero gettito IMU (a esclusione di quello derivante dagli immobili produttivi, che rimane destinato allo Stato), è stato soppresso il fondo sperimentale di riequilibrio istituito dall'art. 2 del decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23 (Disposizioni in materia di federalismo

fiscale municipale).

In sostanza, per il solo anno 2013, hanno convissuto due fondi con due diversi meccanismi di imputazione delle riduzioni: il primo riguarda il Fondo sperimentale di riequilibrio, in via di estinzione, e prevede che lo Stato, con una decisione unilaterale, distribuisca le risorse, ridotte in proporzione alle spese sostenute per i consumi intermedi; il secondo riguarda il nuovo Fondo di solidarietà comunale, il cui riparto è affidato primariamente alla Conferenza Stato-Città e autonomie locali e, nel solo caso di mancato accordo, all'intervento unilaterale dello Stato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri.

Peraltro il mancato coinvolgimento della Conferenza Stato-Città e autonomie locali nella fase di determinazione delle riduzioni addossate a ciascun Comune, seppur limitatamente al Fondo sperimentale di riequilibrio per l'anno 2013, comporta la violazione delle disposizioni costituzionali sopra richiamate.

Sebbene infatti non sia in discussione il potere del Governo di indicare obiettivi di contenimento delle spese degli enti locali in forza del principio di coordinamento della finanza pubblica (sentenze n. 65 e n. 1 del 2016, n. 88 e n. 36 del 2014, n. 376 del 2003), la Consulta ritiene che tale incidenza debba essere mitigata attraverso la garanzia del loro coinvolgimento nella fase di distribuzione del sacrificio e nella decisione sulle relative dimensioni quantitative, semmai prevedendo, a posteriori, uno strumento di chiusura che consenta allo Stato di addivenire alla determinazione delle riduzioni dei trasferimenti a fronte di un'eventuale inerzia degli enti territoriali.

La partecipazione degli Enti interessati viene poi ritenuta dalla Corte ancora più importante alla luce della dubbia razionalità del criterio posto alla base del riparto dei sacrifici, ossia quello delle spese sostenute per i consumi intermedi: come già evidenziato dal Comune ricorrente

innanzi al TAR, il Giudice delle Leggi ritiene che tale criterio possa far gravare i sacrifici economici in misura maggiore sulle amministrazioni che erogano più servizi, a prescindere dalla loro virtuosità nell'impiego delle risorse finanziarie.

Ciò detto, il criterio delle spese sostenute per i consumi intermedi non è illegittimo in sé e per sé ma la sua illegittimità deriva dall'essere parametro utilizzato in via principale anziché in via sussidiaria, vale a dire solo dopo infruttuosi tentativi di coinvolgimento degli enti interessati attraverso procedure concertate o in ambiti che consentano la realizzazione di altre forme di cooperazione.

Inoltre viene censurata anche la mancata previsione, da parte della disposizione impugnata, di alcun termine per l'adozione del decreto ministeriale che determina il riparto delle risorse e le relative decurtazioni.

E' chiaro, infatti, come un intervento di riduzione dei trasferimenti che avvenisse a uno stadio avanzato dell'esercizio finanziario comprometterebbe un aspetto essenziale dell'autonomia finanziaria degli enti locali, vale a dire la possibilità di elaborare correttamente il bilancio di previsione, attività che richiede la previa e tempestiva conoscenza delle entrate effettivamente a disposizione.

Per tutte queste ragioni, con la sentenza in oggetto, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 16, comma 6, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 (Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 7 agosto 2012, n. 135, nella parte in cui non prevede, nel procedimento di determinazione delle riduzioni del Fondo sperimentale di riequilibrio da applicare a ciascun Comune nell'anno 2013, alcuna forma di coinvolgimento degli enti interessati, né l'indicazione di un termine per l'adozione

del decreto di natura non regolamentare del Ministero dell'interno.

Non può configurarsi un rapporto di fatto di pubblico impiego quando vi è una convenzione fra privato e PA

Nel caso in cui vi sia una convenzione fra privato e Pubblica amministrazione non può nascere un rapporto diverso di pubblico impiego né può esserci un riconoscimento come rapporto di fatto, in quanto la convenzione non consente che si formi una presunzione della reale volontà delle parti sulla nascita di un rapporto più stabile, salvo che, eventualmente, ci siano riscontri di altri indici rilevatori di un rapporto lavorativo pubblicistico. Così si è espresso il Consiglio di Stato, sezione V, con la sentenza 30 maggio 2016 n. 2275.

Nel caso specifico, un cittadino aveva stipulato un convenzione con la Regione in base alla quale aveva assunto un ruolo di supporto ad un gruppo di intervento nelle aree terremotate. Questo rapporto era stato più volte prorogato, fino a che era stata disposta l'immissione in ruoli speciali ad esaurimento del personale con rapporto convenzionato. L'amministrazione regionale aveva poi disposto il reinquadramento richiesto dal ricorrente, che chiedeva anche il pagamento delle differenze retributive.

Per i magistrati gli indici rilevatori del pubblico impiego sono che l'attività sia svolta in modo continuativo per un apprezzabile lasso temporale, che vi sia un compenso mensile predeterminato, che il servizio sia svolto in orari e giorni predeterminati, il riconoscimento implicito dato dalle modalità di svolgimento del lavoro che si tratti di un rapporto subordinato come ad esempio il vincolo di subordinazione gerarchica o l'inserimento stabile nell'organizzazione dell'Ente o ancora mansioni identiche a quelle

indicate negli ordini di servizio per una determinata qualifica, ed infine l'esclusività della prestazione lavorativa.

La presenza di questi elementi, in linea teorica può superare la presunzione semplice derivante dall'identificazione del rapporto lavorativo fatto dalle parti, prevalendo la sostanza del rapporto rispetto alla definizione contrattuale che ne è stata data.

Nel caso però di un rapporto convenzionale per il perseguimento di finalità istituzionali, la previsione ex lege di questa forma contrattuale non consente il formarsi di tale presunzione semplice. Sono escluse dalla convenzione la nascita di un rapporto di pubblico impiego o la possibilità di un suo riconoscimento come rapporto di fatto, in quanto gli indici rilevatori del pubblico impiego hanno solo lo scopo di qualificare astrattamente il rapporto di lavoro per determinarne la disciplina economica e previdenziale. Per questi motivi, la normativa ha da tempo esplicitamente sancito la nullità di diritto di ogni assunzione o conferma in servizio deliberate in deroga alla regola concorsuale per le pubbliche assunzioni, con annessa responsabilità personale del funzionario che la disponga.

Il fatto che un rapporto di lavoro venga configurato come contrario a norme imperative di legge, rende inapplicabile l'orientamento tradizionale dei giudici amministrativi e della Corte di Cassazione riguardo alla possibile configurazione di un rapporto di pubblico impiego di fatto in presenza degli indici rilevatori sopra esposti. Ogni qualvolta sia riscontrabile l'inserimento del prestatore di lavoro in posizione di subordinazione e con carattere di continuità nell'organizzazione dell'ente, indipendentemente dall'atto formale di nomina o dalla diversa qualificazione giuridica del contratto da parte dell'ente pubblico stesso, sussisterebbe un rapporto di pubblico impiego. L'elemento caratterizzante di tale rapporto, in particolare, sarebbe l'inserimento del soggetto

nell'organizzazione istituzionale dell'ente con sottoposizione dello stesso alla supremazia speciale come tipico di tutte le Pubbliche Amministrazioni ed inoltre qualsiasi attività svolta in questa situazione, cioè alle dipendenze dirette della PA, sarebbe sottoposta alla disciplina dell'articolo 2126 del Codice Civile per quanto riguarda gli aspetti previdenziali e contributivi.

Il Comune è tenuto ad accertare scrupolosamente l'esistenza di un diritto di uso pubblico su una strada privata prima di poterne inibire la chiusura

Il TAR Campobasso è stato chiamato a pronunciarsi, con la sentenza n. 212 del 19.5.2016, in ordine alla legittimità di un'ordinanza con la quale il Responsabile dell'Area GST di un Comune ha ordinato di rimuovere n. 3 paletti in metallo e la catena di acciaio posti, dai proprietari di un fondo, a delimitare parzialmente la loro proprietà da una strada comunale.

I destinatari del provvedimento decidono di ricorrere al Tribunale amministrativo, esponendo di essere proprietari di un terreno che consiste in una strada senza uscita dalla quale essi accedono alla propria abitazione e che serve anche gli abitanti dell'edificio frontista, titolari di un diritto di passaggio sulla medesima area.

Questi danno conto di come il parcheggio indiscriminato di autovetture nella zona in questione abbia finito per ostacolare l'agevole accesso alla propria abitazione e, al fine di risolvere tale problematica, decidevano quindi di installare alcuni paletti di ferro con catena, inoltrando un'apposita S.C.I.A. al Comune.

Tale iniziativa veniva tuttavia contrastata dai titolari della servitù di passaggio, i quali proponevano due azioni civili per ottenere la rimozione dei paletti in questione che, tuttavia, venivano entrambe

respinte dal Tribunale civile.

Cionondimeno, a seguito delle segnalazioni dei medesimi frontisti, il Comune comunicava l'avvio di un procedimento per la rimozione dei paletti che culminava nell'adozione dell'ordinanza impugnata, con cui precisava che "l'area delimitata dalla catena risulta pubblica e di uso pubblico, in quanto la stessa è stata sistemata a seguito dell'approvazione del progetto, con delibera di C.C. n. 112 dell'11.11.1985 e utilizzata da numerosi cittadini nel corso degli anni sia a piedi che con automezzi per accedere e/o uscire dai fabbricati prospicienti".

Il TAR adito ritiene che, dalla documentazione versata in atti anche dai controinteressati, non emergano elementi idonei a provare l'esistenza di una servitù di uso pubblico sulla strada, e neppure ricorrono elementi atti a deporre per la sua demanialità.

Il Giudice evidenzia come, laddove si tratti di una strada non iscritta negli appositi elenchi (di cui di cui all'art. 20 L. n. 2248/1865 all. F), l'Amministrazione debba porre a base delle sue determinazioni idonei accertamenti da cui risulti un titolo di acquisto del relativo diritto da parte della collettività.

Inoltre, nel caso di specie, risultano carenti gli altri requisiti necessari per ravvisare la sussistenza di un uso pubblico, ovvero, il passaggio abituale esercitato da una collettività di persone qualificate dall'appartenenza ad un gruppo territoriale, nonché la concreta idoneità della strada a soddisfare esigenze di pubblico interesse (TAR Lombardia, Sez. II, 15 maggio 2013, n. 1270).

L'Amministrazione si è limitata, infatti, ad affermare, che la strada in questione sarebbe "utilizzata da numerosi cittadini nel corso degli anni sia a piedi che con automezzi", "per accedere e/o uscire dai fabbricati prospicienti", con ciò evidenziando un utilizzo, non già generalizzato da parte della comunità

locale, ma limitato ai proprietari degli edifici che su tale particella abitano.

Nè si può dire che la realizzazione di un marciapiede da parte del Comune abbia determinato l'insorgenza di alcuna presunzione in ordine al regime giuridico del bene in questione, essendo circostanza certamente non idonea a sovvertire la presunzione relativa di cui alle risultanze catastali versate in atti che, invece, attestano la proprietà della particella in capo ai ricorrenti.

Non risulta, in sostanza, che la P.A. abbia posto a fondamento del provvedimento impugnato accertamenti idonei in ordine alla sussistenza di un eventuale uso pubblico pregresso e, pertanto, il provvedimento impugnato viene annullato.

Solo lo Stato può agire per il risarcimento del danno ambientale

L'unico soggetto legittimato a costituirsi parte civile per il risarcimento del danno ambientale è il Ministero dell'ambiente, in quanto il suo ruolo è per legge quello di tutelare il bene ambientale. Questa decisione è giustificata dall'esigenza di assicurare una gestione unitaria ed uniforme dei compiti di prevenzione e riparazione del danno, che non sempre è contenibile in un preciso e delimitato ambito territoriale, siccome il principale obiettivo è il ripristino e solo in secondo piano vi è la sanzione risarcitoria, diretta a garantire allo Stato, su cui grava la responsabilità del risanamento, la disponibilità delle risorse necessarie a questa specifica destinazione. Così ha stabilito la Corte Costituzionale, con la sentenza 1 giugno 2016 n. 126, attraverso la quale ha respinto la questione di legittimità sollevata verso l'articolo 311, comma 1, del Decreto legislativo 152/2006, Codice dell'Ambiente, nella parte in cui attribuisce solo allo Stato la legittimazione

a costituirsi parte civile per il risarcimento del danno ambientale, attraverso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, escludendo una legittimazione sostitutiva o concorrente della Regione e degli enti locali sul cui territorio si è verificato il danno.

La questione era stata sollevata dal Tribunale ordinario di Lanusei, nel corso del procedimento penale che vede imputati i comandanti militari del Poligono Interforze "Salto di Quirra", succedutisi nel tempo, per il reato di cui all'articolo 437, commi 1 e 2 del Codice Penale, cioè "Rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro", in quanto non avrebbero adottato le precauzioni e le cautele nello svolgimento delle attività militari, non avendo anche segnalato il pericolo di esposizione di uomini e animali a sostanze tossiche e radioattive presenti nelle aree militari causando così un gravissimo e duraturo disastro ambientale portato dal pericolo chimico e radioattivo per la salute del personale del Poligono, dei militari, dei civili impiegati nella struttura, della popolazione dei centri urbani limitrofi, degli agricoltori e degli animali da pascolo ed allevamento di quell'area.

Per il Tribunale, la norma censurata violerebbe il principio di ragionevolezza costituzionale escludendo la legittimazione concorrente o sostituiva a favore delle persone o degli Enti offesi, soprattutto considerando che il Ministero dell'ambiente, a nome dello Stato, non si è costituito parte civile per il risarcimento del danno ambientale contro lo stesso Stato chiamato in causa in quanto responsabile civile dei danni. Gli Enti coinvolti sono la Regione Sardegna, la Provincia di Cagliari e alcuni Comuni che avevano parte del territorio esposto alle sostanze nocive, che si erano ritualmente costituiti parte civile per il risarcimento sia del danno patrimoniale che di quello non patrimoniale, oltre a tutta una serie di cittadini, militari, allevatori e famigliari che lamentavano danni patrimoniali e alla salute per colpa

della prolungata e costante esposizione alle sostanze radioattive e tossiche.

La Consulta rileva come la tutela dell'ambiente, sia un bene libero e fruibile dalla collettività e dai singoli in quanto "valore assoluto" che "non può essere sacrificato ad altri interessi, ancorchè costituzionalmente garantiti", e come questa tutela sia espressamente riservata alla competenza legislativa statale in base all'articolo 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione. Secondo i principi dell'ordinamento europeo, quando vi è un danno ambientale, la priorità deve essere quella di "riportare l'ambiente danneggiato alle condizioni originarie tramite misure di riparazione primaria", con lo scopo di ristabilire le "condizioni originarie" e solo in subordine il danno potrà essere risarcito tramite misure di riparazione "complementare" e "compensativa". In questa linea anche il Codice dell'ambiente pone il risarcimento pecuniario del danno ambientale come posizione accessoria rispetto alla riparazione ed al ripristino, che l'articolo 311 pone a carico dell'autore del danno. La Corte prosegue sostenendo che qualora le misure imposte al responsabile del danno siano realizzate in modo incompleto o in modo diverso, dovrà essere direttamente il Ministero dell'ambiente ad intervenire per realizzare il ripristino dell'area danneggiata o contaminata, potendo così determinare i costi delle operazioni di corretto ripristino rivalendosi sul soggetto originariamente tenuto ad eseguire i lavori per ottenere i pagamenti delle somme necessarie anticipate, salvo comunque il diritto dei soggetti danneggiati dal danno ambientale nella loro salute o nel loro patrimonio ad agire in giudizio nei confronti del responsabile per tutelare i propri diritti ed interessi lesi ai sensi dell'articolo 313, comma 7. La sentenza spiega come la legge riconosca al Ministero, in quanto soggetto preposto alla tutela funzionale dell'ambiente, la facoltà di scegliere come esercitare al meglio il proprio ruolo in quanto vi sarebbe "esigenza di assicurare che

l'esercizio dei compiti di prevenzione e riparazione del danno ambientale risponda a criteri di uniformità e unitarietà", con la possibilità di agire o in via giudiziaria o in via amministrativa, visto che il Ministero può sempre emettere un'ordinanza immediatamente esecutiva con cui ingiungere al danneggiante di ripristinare l'ambiente in un determinato modo ed entro un determinato lasso di tempo, con la possibilità qualora i responsabili non adempiano di determinare i costi delle opere di ripristino per realizzarle direttamente e poi ingiungere i pagamenti delle somme spese, come previsto dagli articoli 313 e 314 del Decreto legislativo 15/2006.

La Consulta quindi, dopo aver identificato il risarcimento del danno ambientale come un'appendice dell'azione amministrativa del Ministero che essendo responsabile del risanamento dell'area inquinata attraverso il risarcimento ottiene le risorse economiche per il lavoro svolto, esclude che nel caso in oggetto la mancata costituzione di parte civile del Ministero dell'ambiente in rappresentanza dello Stato, che sarebbe sia danneggiato che danneggiante, comporti un rischio di inattività del Ministero stesso, in quanto come abbiamo ampiamente illustrato l'esercizio dell'azione penale è solo una delle possibili alternative. Inoltre la *"tempestività ed effettività degli interventi di risanamento"* sono gli interessi giuridicamente rilevanti di cui anche gli Enti locali sono portatori ed è lo stesso Codice dell'ambiente a prevedere esplicitamente all'articolo 309 che le Regioni, le Province Autonome e gli Enti locali, anche associati fra loro possano presentare denunce e segnalazioni al Ministero documentando qualsiasi caso di danno ambientale o di minaccia imminente per richiedere l'intervento statale a tutela dell'ambiente, con la possibilità di agire autonomamente davanti al giudice amministrativo ai sensi dell'articolo 310 in caso di inerzia.

La Corte infine richiama la giurisprudenza

per spiegare come non vi sia alcuna *"antinomia reale"* fra la normativa speciale sul risarcimento del danno ambientale e quella generale sul risarcimento del danno civile, in quanto le varie istituzioni locali ed i privati singoli o associati, seppur non legittimati per le ragioni sopra esposte a costituirsi parte civile per il danno ambientale, potranno sempre farlo per il risarcimento dei *"danni diretti e specifici, ulteriori e diversi rispetto a quello, generico, di natura pubblica, della lesione dell'ambiente come bene pubblico e diritto fondamentale di rilievo costituzionale"* che è per legge riservato allo Stato.