



# Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

**Newsletter**

**31 ottobre  
2016**

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

## IN QUESTO NUMERO

- ❖ Sono sempre maggiori i limiti per l'affidamento in house
- ❖ Azione di responsabilità per danno a società a totale partecipazione pubblica e confini della giurisdizione contabile
- ❖ Sul riparto di competenze in materia edilizia fra Stato e Regioni: il caso dell'incostituzionalità della legge regionale ligure che libera troppi interventi dai controlli.
- ❖ E' possibile stabilire un assegno mensile di mantenimento con la separazione od il divorzio semplificato innanzi all'Ufficiale di stato civile

**SEDE CENTRALE - Piazzale Risorgimento n. 14 - 24128 Bergamo**  
**Tel. 030/40.35.40 . Fax 035/25.06.82 - C.F. 95100580166**  
**[www.conord.org](http://www.conord.org)                      [conord@conord.org](mailto:conord@conord.org)**

**Sono sempre maggiori i limiti per l'affidamento in house**

E' cosa ribadita da tempo dalla legge e dalla giurisprudenza e quindi nota, che l'affidamento in house della gestione di servizi a società pubbliche costituisce un'eccezione rispetto alla regola dell'affidamento al mercato e che tra i requisiti che devono essere obbligatoriamente rispettati affinché l'affidamento sia legittimo vi è il necessario controllo dell'ente affidatario sulla società al pari dei controlli che l'ente fa su se stesso nella gestione dei servizi propri cosiddetti "in economia". Questo avviene in quanto è necessario allineare la gestione tramite una propria struttura che altro non è che una "longa manus" dell'amministrazione che ha scelto l'affidamento in house, invece che il ricorso al mercato, e la gestione diretta. Tale allineamento si concretizza nell'avere la società partecipata e l'ente pubblico affidante i medesimi strumenti di programmazione e controllo.

Il nuovo Codice dei contratti agli articoli 5 e 192 ed il nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica all'articolo 16, nel trattare del tema dell'affidamento in house, ribadiscono i principi affermati dalla normativa comunitaria riguardo alla necessità che l'ente affidatario esegua i controlli come appena spiegato.

Andiamo ad illustrare quali sono questi controlli che l'ente deve garantire sui propri servizi e sulla società in house. Il decreto legge numero 174/2012 ha riformato il sistema dei controlli introducendo, disciplinando e riproponendo controlli di tipo aziendale come ad esempio il controllo di gestione, il controllo strategico e quello sugli organismi partecipati. Le diverse disposizioni oggi creano un sistema completo e coerente in quanto sia che si parta da questa riforma per arrivare al nuovo testo unico sulle partecipate

passando per il nuovo codice dei contratti, sia che si parta dalla nuova riforma sulle società pubbliche di cui al decreto legislativo numero 175/2016 per arrivare alla gestione e controllo sulle partecipate, il quadro di insieme è comunque sempre lo stesso e fa sì che oggi, per evitare che una gestione in house sia dichiarata illegittima e non rispettosa delle norme comunitarie in materia di promozione e tutela della concorrenza, sia obbligatorio che l'ente si doti di determinati sistemi di controllo effettivi con la relativa adeguata organizzazione. Per quanto riguarda il controllo di gestione, al fine di garantire un adeguato confronto delle alternative gestionali tra affidamento esterno e gestione diretta, sarà necessaria una reale contabilità economica e analitica per centro di costo, inoltre solamente con un efficiente ufficio di controllo di gestione all'interno dell'ente si può garantire l'esercizio di un controllo di tipo economico sulla società in house mediante il sistema di reporting e i relativi indicatori che dovranno poi essere condivisi fra quest'ultima ed il socio ente pubblico. Sul controllo strategico, così come per i propri servizi l'ente è tenuto a programmare con la definizione di strategia ed obiettivi da conseguire, lo stesso modello deve essere garantito sulla società in house, affinché i documenti programmatici di quest'ultima rispondano a quanto previsto dal nuovo testo unico delle società partecipate non solo all'articolo 16, ma anche all'articolo 19 comma 5 dove si stabilisce che le *"amministrazioni pubbliche socie fissano ... obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi compreso il personale..."*. Inoltre secondo il decreto legge numero 174/2012 per quanto riguarda il controllo sugli organismi partecipati, l'ufficio a ciò preposto rappresenta il necessario strumento che permette di trasmettere gli obiettivi e di esercitare il relativo controllo senza che questo consista in un mero adempimento, ma faccia parte del modello di programmazione-gestione e controllo a livello di gruppo comunale. Il nuovo testo

unico delle società partecipate sul punto stabilisce in maniera esplicita, all'articolo 4 comma 5, che può anche legittimamente essere una holding ad esercitare questa funzione di direzione e coordinamento fra l'ente pubblico ed i propri organismi partecipati.

Quello che quindi emerge con chiarezza da questa analisi è che le amministrazioni che decideranno comunque di mantenere la gestione dei servizi tramite le proprie società in house, se vogliono farle sopravvivere al piano di razionalizzazione previsto dall'articolo 24 del testo unico delle società a partecipazione pubblica, o per evitare che altri concorrenti privati o l'Agcm sulla base della legge numero 287/1990 possano far dichiarare illegittimo questo modello di gestione alternativo al libero mercato, dovranno per forza di cose rafforzare e garantire l'effettività dei controlli di cui abbiamo trattato. Inoltre a breve entrerà in vigore l'obbligo di rendicontare questi controlli alla Corte dei Conti ex articolo 148 del testo unico e gli enti locali, siccome deve essere dimostrata numeri alla mano la piena ed effettiva funzionalità.

Gli enti hanno la possibilità di approfittare del piano di razionalizzazione delle partecipate per riorganizzare il proprio sistema di controlli interni, al fine di renderli efficaci ed effettivi, senza i quali non sarà più possibile effettuare quel "controllo analogo" che la nuova normativa richiede per poter continuare le gestioni dei servizi pubblici mediante affidamenti in house.

### **Azione di responsabilità per danno a società a totale partecipazione pubblica e confini della giurisdizione contabile**

Il tema dell'individuazione della giurisdizione competente in caso di danno arrecato a società a prevalente o totale partecipazione pubblica è stato più volte oggetto di attenzione, negli ultimi anni, da parte della Corte dei conti e della Cassazione civile.

Quest'ultima è di recente intervenuta nuovamente sul punto con la sentenza n. 21692 del 27.10.2016, resa a Sezioni Riunite.

I fatti traggono origine dalla condanna comminata in primo grado dalla Corte dei Conti per la regione Trentino, Provincia di Bolzano, e successivamente confermata in sede di appello, nei confronti di un amministratore delegato di una S.p.A. Pubblica a capitale interamente pubblico, nonché i sindaci dei due Comuni soci, in relazione al danno cagionato dalla sottoscrizione, da parte dell'amministratore delegato su richiesta dei due sindaci, di un contratto di sponsorizzazione per una manifestazione sportiva in forza del quale l'azienda si impegnava a versare l'importo di € 200.000 in cambio di prestazioni pubblicitarie che per altri sponsor venivano valutate in misura di gran lunga inferiore.

Secondo il Giudice contabile la sponsorizzazione aveva cagionato un danno per i Comuni, anche in considerazione del fatto che le erogazioni disposte dall'amministratore delegato avrebbero dovuto essere qualificate come erogazioni di utili – e, come tali, da ripartire tra gli Enti e da impiegare per finalità istituzionali – piuttosto che come costi non riferibili all'azienda.

Gli imputati hanno ricorso eccependo il difetto di giurisdizione della Corte dei Conti in quanto l'eventuale danno cagionato dalla "mala gestio" sarebbe stato subito dal patrimonio della società con

conseguente giurisdizione del giudice ordinario poichè il pregiudizio patrimoniale inciderebbe in via diretta solo sul patrimonio della società.

Nel siffatto quadro, la Corte ha ritenuto di dover diversificare la posizione dell'Amministratore delegato della società con capitale interamente pubblico, dai soci azionisti.

Con riferimento alla posizione dell'Amministratore delegato, in continuità con la più recente giurisprudenza, il Collegio ha ritenuto che l'azione di responsabilità promossa dal Procuratore della Corte dei Conti per il danno diretto, patito da una società per azioni a partecipazione pubblica e addebitato a condotte illecite dei suoi amministratori o dipendenti, non rientri nella giurisdizione della Corte dei Conti, non essendo configurabile, avuto riguardo all'autonoma personalità giuridica della società, ne' un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, ne' un danno diretto arrecato a quest'ultimo.

Ciò, a maggior ragione, nel caso in cui – come quello preso in analisi dalle Sezioni Riunite – in cui non si tratti di società in house ma di società di diritto privato operante in un mercato concorrenziale, dotata di piena autonomia rispetto ai soci enti pubblici.

D'altronde nella società di diritto privato a partecipazione pubblica, il pregiudizio patrimoniale arrecato dalla asserita "mala gestio" dei suoi organi sociali non integra il danno erariale in quanto si risolve in un "vulnus" gravante in via diretta esclusivamente sul patrimonio della società stessa, soggetta alle regole di diritto privato e dotata di autonoma e distinta personalità giuridica rispetto ai soci. In altre parole non è consentito di saltare a piè pari la distinzione tra patrimonio della società e patrimonio dell'ente partecipante ne', quindi, di investire la Corte dei Conti con un'azione di responsabilità per danno erariale cagionato dall'Amministratore della società quando il danno dedotto si

riferisce al patrimonio sociale e non direttamente a quello del socio pubblico.

Diversa è, invece, la valutazione sulla giurisdizione con riferimento ai sindaci dei Comuni soci, ben potendo l'azione di responsabilità per danno erariale configurarsi nei confronti di chi, essendone incaricato, non abbia esercitato i poteri ed i diritti sociali spettanti al socio pubblico al fine d'indirizzare correttamente l'azione degli organi sociali o di reagire opportunamente agli illeciti da questi ultimi commessi, in relazione ai quali non vale la distinzione tra danno diretto e danno indiretto per l'ente locale, occorrendo far riferimento al danno concretamente imputabile agli enti di cui sono rappresentanti.

I due sindaci dei Comuni soci hanno infatti cooperato, sulla base di quanto emerso nel corso del giudizio contabile, unitamente all'amministratore delegato per la realizzazione di finalità non corrispondenti a quelle pubbliche della società, caratterizzate da una illecita sponsorizzazione per la realizzazione degli illeciti commessi dall'amministratore delegato.

Nell'attuale assetto normativo, il dato essenziale che radica la giurisdizione della Corte contabile è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico di una pubblica amministrazione e non più dal quadro di riferimento - pubblico o privato - nel quale si colloca la condotta produttiva del danno

Inoltre viene posto in evidenza come si eserciti attività di rilevanza pubblica non solo quando si svolgono pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, si perseguono le finalità istituzionali proprie dell'amministrazione pubblica mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato.

Pertanto chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i



propri diritti di socio, in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed implicante l'impiego di risorse pubbliche, soggiace alla giurisdizione della Corte dei conti.

**Sul riparto di competenze in materia edilizia fra Stato e Regioni: il caso dell'incostituzionalità della legge regionale ligure che libera troppi interventi dai controlli**

La sentenza numero 231 della Corte Costituzionale, depositata recentemente, ha bocciato diversi punti della legge regionale ligure numero 12 del 7 aprile 2015, che tratta di edilizia libera e comunicazione di inizio lavori, in particolare alcuni commi dell'articolo 6.

Viene censurata dalla Corte la parte della legge regionale in cui viene catalogata sotto la definizione di manutenzione ordinaria anche l'installazione all'esterno degli edifici di impianti tecnologici ed elementi di arredo urbano *“e privato pertinentiali non comportanti la creazione di volumetria, eliminando l'inciso secondo cui i medesimi interventi rientrano nella manutenzione ordinaria solo se «non comportanti opere edilizie»*. Dall'altra parte il legislatore ligure ha posto sotto la normativa dell'edilizia libera *“l'installazione di opere di arredo pubblico e privato, anche di natura pertinenziale, purché non comportanti creazione di nuove volumetrie, anche interrato”* non prevedendo quindi più per questi interventi, a differenza di prima, la sottoposizione al regime della Scia.

Nella sentenza la Consulta spiega come l'autonomia regionale preveda la possibilità per il legislatore ligure di esemplificare le varie fattispecie di interventi edilizi che rientrano nelle definizioni statali, ma che tale

esemplificazione per essere legittima costituzionalmente non può contraddire quanto disposto nel testo unico dell'edilizia. Ciò che la legge regionale può fare è estendere la disciplina statale dell'edilizia a interventi ulteriori rispetto a quelli elencati dai commi 1 e 2 dell'articolo 6 del Tue, ma non possono attraverso la differenziazione cambiarne il regime giuridico *“dislocando diversamente gli interventi edilizi tra le attività deformalizzate”*.

Il punto principale quindi è che le Regioni non possono rendere alcune categorie di opere libere da ogni controllo discostandosi autonomamente da quella che è la previsione normativa statale.

Un'altra questione oggetto di attenzione da parte della Corte è stata quella delle distanze da osservare negli interventi sul patrimonio edilizio esistente e nelle nuove costruzioni. Anche su questo viene denunciato dai magistrati il contrasto con l'articolo 2-bis del Tue delle norme regionali liguri, in quanto la legge oggetto della sentenza non avrebbe come finalità quella di soddisfare esigenze di carattere urbanistico, ma quella di consentire interventi edilizi in deroga alle prescrizioni statali riguardo alle distanze, invadendo così la competenza legislativa statale esclusiva in materia di ordinamento civile. Pure su questo punto il ricorso dello Stato è ritenuto fondato dalla Corte Costituzionale. Per quanto riguarda il riparto delle competenze in tema di distanze legali, la sentenza precisa che *“la disciplina delle distanze minime tra costruzioni rientra nella materia dell'ordinamento civile e, quindi, attiene alla competenza legislativa statale; alle Regioni è consentito fissare limiti in deroga alle distanze minime stabilite nelle normative statali, solo a condizione che la deroga sia giustificata dall'esigenza di soddisfare interessi pubblici legati al governo del territorio. Dunque, se da un lato non può essere del tutto esclusa una competenza legislativa regionale relativa alle distanze tra gli edifici, dall'altro essa, interferendo con l'ordinamento civile, è rigorosamente circoscritta dal suo scopo – il governo del territorio che è invece competenza*

regionale – che ne detta anche le modalità di esercizio”.

**E' possibile stabilire un assegno mensile di mantenimento con la separazione od il divorzio semplificato innanzi all'Ufficiale di stato civile.**

Con la sentenza 26 ottobre 2016, n.4478 il Consiglio di Stato ha aperto agli accordi economici nelle separazioni e nei divorzi cd. semplificati, ribaltando l'interpretazione estensiva del divieto di patti di trasferimento patrimoniale previsto dall'art. 12 d.l. n. 132/2014 data in primo grado dal Tar Lazio con la sentenza n. 7813/2016.

Per i giudici di Palazzo Spada, infatti, l'espressione "patti di trasferimento patrimoniale", per quanto perfettibile sul piano tecnico, si riferisce, letteralmente, agli accordi traslativi della proprietà (o di altri diritti) con i quali i coniugi decidono, mediante il c.d. assegno una tantum, di regolare l'assetto dei propri rapporti economici una volta per tutte e di trasferire la proprietà o la titolarità di altri diritti sui beni da uno all'altro, anziché prevedere la corresponsione di un assegno periodico.

v., in particolare, l'art. 5, comma 8, della l. n. 898/1970) La richiamata norma, infatti, «prevede che 'su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in unica soluzione ove questa sia ritenuta equa dal tribunale', con la conseguenza che, in tale caso, 'non può essere proposta alcuna successiva domanda di contenuto economico'».

Laddove invece, si aderisse all'interpretazione estensiva del divieto operata dal TAR, con conseguente esclusione di ogni forma di accordo economico, di fatto la riforma sui c.d. separazioni e divorzi brevi, volta da un lato a valorizzare la volontà delle parti e

dall'altro alla c.d. «degiurisdizionalizzazione» della procedura di separazione/divorzio, perderebbe di significato.

Sarebbe inoltre paradossale vietare ogni forma di accordo economico, ma poi consentire patti, per altro irrilevanti, relativi all'affidamento dell'animale domestico od alla ripartizione dell'uso della casa di villeggiatura, sostenendone l'assenza di un valore patrimoniale.

Ecco che, allora, il divieto in questione mira esclusivamente ad evitare che con gli accordi stipulati in seno a tale procedura – anche per i limitati poteri di verifica che l'ufficiale di stato civile può esercitare nell'ambito delle proprie competenze – possano realizzarsi una volta per tutte trasferimenti di beni (o di altri diritti) che, per la loro particolare rilevanza socio-economica, incidono irreversibilmente sul patrimonio dei coniugi e, in quanto tali, richiedono un controllo non solo formale (si pensi alle verifiche notarili o agli obblighi fiscali connessi alle compravendite di beni immobili) ma anche sostanziale sulla 'equità' di tali condizioni, inteso a scongiurare una definitiva compromissione economica del coniuge più debole.

Così stando le cose, il divieto deve intendersi limitato all'assegno una tantum, come già rilevato dalla circolare Ministero dell'Interno n. 6/2015, perchè irreversibile e, come tale, implicante un definito trasferimento di una proprietà o di altro diritto.