



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**1 ottobre
2017**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ Possibili le acquisizioni di società in house fuori dal proprio ambito soltanto se l'affidamento dei servizi avviene mediante gara
- ❖ Concessioni cimiteriali perpetue: il Comune può intervenire solo con un atto di revoca
- ❖ I consiglieri che per scelta politica non partecipano ai consigli comunali non possono essere sanzionati con la decadenza
- ❖ E' sempre dovuta la riduzione della tassa rifiuti in caso di gravi e prolungati disservizi

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

Possibili le acquisizioni di società in house fuori dal proprio ambito soltanto se l'affidamento dei servizi avviene mediante gara

Sarà possibile mantenere le quote di partecipazione in società che gestiscono i servizi di interesse economico generale a rete, o acquisirne di nuove, quando queste operano in ambiti territoriali diversi da quello di riferimento dell'ente locale azionista, solamente se gli affidamenti di servizi a queste società avvengono con gara e non mediante il sistema dell'affidamento in house.

E' stato delineato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato il percorso che devono seguire i Comuni, le Città metropolitane e le Province quando abbiano intenzione di estendere le proprie partecipazioni oltre il contesto di riferimento del proprio territorio, attraverso dei provvedimenti di intervento, come l'AS1407 e seguenti, su un gruppo di Comuni che avevano autorizzato la propria società in house per la gestione rifiuti ad acquisire attraverso una gara il 99% delle quote di un'altra società, che era affidataria in house del medesimo tipo di servizio da parte, ovviamente, di un altro ente locale.

Secondo l'Autorità, questo tipo di iniziativa sarebbe in contrasto con il dettato normativo dell'articolo 4 del decreto legislativo numero 175/2016, trattandosi dell'acquisizione di quote di una società che non ha come oggetto sociale la produzione di beni o servizi strettamente necessaria per il perseguimento dei fini istituzionali del Comune, trattandosi di una società che gestisce sicuramente un servizio pubblico, ma analogo a quello che già esercita la propria società di raccolta rifiuti in house, ma in un ambito territoriale diverso da quello di riferimento.

Secondo L'Agcm saremmo di fronte ad una operazione che ha come unico scopo un mero investimento di tipo finanziario

finalizzato ad allargare l'estensione territoriale delle attività industriali dei comuni soci oltre al proprio territorio.

Inoltre le motivazioni contenute nelle delibere di consiglio comunale a sostegno dell'operazione di acquisizione del capitale sociale della società in house affidataria del servizio dall'unico comune del diverso ambito territoriale confermavano il pensiero dell'Autorità, con l'aggiunta della considerazione che una sinergia migliore fra le due società in house avrebbe migliorato nel complesso il servizio erogato da entrambe, nelle rispettive città di riferimento, nel campo dell'igiene urbana.

Nel suo parere l'Agcm spiega che nel caso in cui i comuni soci della società in house acquirente e quello della società in house cedente ritenessero non soddisfacente la gestione del proprio servizio di igiene urbana, dovrebbero al massimo rivedere la modalità di gestione fino a valutare di ricorrere alla selezione con gara di un nuovo gestore o di un nuovo socio industriale.

Per questi motivi secondo l'Autorità le delibere comunali autorizzative dell'acquisizione societaria erano in contrasto con i principi a tutela della concorrenza che sono sottesi ai limiti che l'articolo 4 del Testo Unico sulle Società partecipate impone per l'acquisizione o il mantenimento di quote azionarie in società da parte di una pubblica amministrazione.

Va ricordato che i provvedimenti dell'Agcm sono stati adottati il 1 giugno, quindi prima che fosse emanato e pubblicato il decreto correttivo del decreto legislativo numero 175/2016, che ha inserito nell'articolo 4 una norma chiarificatrice nel senso indicato dall'Autorità. Infatti il comma 9-bis della disposizione stabilisce che nel rispetto delle normative europea, è lasciata la possibilità alle amministrazioni pubbliche di acquisire o mantenere partecipazioni in società che producono servizi economici di interesse

generale a rete anche al di fuori dell'ambito territoriale di riferimento dei comuni, derogando a quanto previsto dal comma 2, lettera a), a condizione che l'affidamento dei servizi a questa società, sia in corso che quelli nuovi, sia avvenuto e avvenga mediante procedure ad evidenza pubblica.

Quindi le amministrazioni locali devono concentrarsi con molta attenzione sui processi da sviluppare per realizzare la razionalizzazione straordinaria per le proprie società in house, dati i margini estremamente ristretti per eventuali ampliamenti dell'attività di tipo industriale, visti i paletti numerosi previsti dalla disciplina del decreto legislativo numero 175/2016 in particolare sulla extraterritorialità delle partecipazioni azionarie.

Concessioni cimiteriali perpetue: il Comune può intervenire solo con un atto di revoca

La controversia trae origine dall'impugnazione di una delibera di giunta avente ad oggetto la decadenza dalla titolarità di due concessioni sepolcrali sulle "aiuole" cimiteriali e rilasciate nel lontano anno 1907.

Detta decadenza veniva motivata sull'assorbente rilievo dell'intervenuta scadenza del termine e dell'inopportunità di procedersi al rinnovo al fine di consentire un più facile accesso al nuovo cimitero.

Il Tribunale amministrativo regionale, a cui ricorreva l'avente causa degli originari concessionari, confermava la bontà dell'azione amministrativa.

La sentenza viene però impugnata in quanto il giudice di prime cure avrebbe errato nella parte in cui ha applicato alla fattispecie la disciplina del mancato

rinnovo delle concessioni sottoposte a termine anziché quella, pertinente, della revoca delle concessioni rilasciate in perpetuo, con la conseguenza di ritenere sufficientemente e adeguatamente motivato il diniego di rinnovo sulla scorta dell'utilità di consentire al pubblico, sulle aiuole in questione, un più facile passaggio per accedere al nuovo cimitero.

Il Consiglio di Stato accoglie, con la sentenza n. 4530/2017, l'appello dell'erede.

Dai documenti versati agli atti del giudizio si evince infatti che in data 4 agosto 1907 l'allora sindaco del comune ebbe a "vendere" agli interessati le aiuole cimiteriali in questione.

È indubbio che le anzidette concessioni furono rilasciate sotto il vigore del Regio Decreto 25 luglio 1892 (recante approvazione del nuovo regolamento di polizia mortuaria), il cui art. 100 espressamente prevedeva che "Il posto per sepolture private potrà essere concesso per tempo determinato o a perpetuità".

La fattispecie è, pertanto, *ratione temporis*, disciplinata da tale norma.

L'espressione "vendere" utilizzata negli anzidetti atti, benché tecnicamente impropria non potendo darsi, giuridicamente, la possibilità di vendita di beni demaniali, ma soltanto la costituzione di diritti di godimento con titolo concessorio, è tuttavia indicativa della natura giuridica dell'atto voluto dalle parti e, soprattutto, della sua durata, intesa all'evidenza nel senso della perpetuità.

La circostanza che successivi regolamenti di polizia mortuaria (art. 93 del d.p.r. 21 ottobre 1975, n. 803) abbiano escluso la natura perpetua delle concessioni non toglie valore, ma anzi rafforza la considerazione che fino ad un certo momento storico (in tal senso anche il R.D. 21 dicembre 1942, n. 1880, art. 70, successivo a quello *ratione temporis* applicabile al caso de quo ma allo stesso modo confermativo della natura perpetua del titolo concessorio) le concessioni

potevano essere rilasciate sine die, salvo ovviamente l'esercizio da parte della stessa amministrazione di rivedere le proprie decisioni in via di autotutela.

Nel caso di specie è, invece, accaduto che l'amministrazione comunale ha ritenuto le concessioni scadute nella loro vigenza e non sottoponibili al rinnovo per un ulteriore periodo di tempo a motivo dell'opportunità di ampliare l'accesso al nuovo cimitero, per rendere più comodo il passaggio.

Senonché, venendo in rilievo un rapporto giuridico di durata caratterizzato dalla natura perpetua della concessione, non potrebbe proprio sul piano logico-giuridico darsi luogo alla possibilità di una venuta a scadenza del termine e di un conseguente potere, da parte dell'amministrazione comunale, di disporre proroghe del termine medesimo o rinnovi del rapporto in sé complessivamente considerato.

Di fronte ad una concessione perpetua l'amministrazione potrebbe, semmai, nell'esercizio del proprio potere di autotutela revocare l'atto per sopravvenuti motivi di interesse pubblico o per mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, anche, semplicemente, per una nuova valutazione degli elementi e dei presupposti di fatto preesistenti, ma ciò con il rispetto delle garanzie e delle modalità (soprattutto quanto alla previsione dell'indennizzo economico) previste dall'art. 21-quinquies della legge generale n. 241/1990 a tutela delle posizioni giuridiche maturate dal privato a seguito dell'atto ampliativo.

I consiglieri che per scelta politica non partecipano ai consigli comunali non possono essere sanzionati con la decadenza

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza numero 4433/2017 afferma un principio molto importante per la vita delle amministrazioni locali, cioè che la decadenza dei consiglieri comunali non può essere dichiarata nel caso in cui questi abbiano scelto deliberatamente di astenersi dal partecipare alle sedute del consiglio per una ragione, documentabile, di conflitto politico fra maggioranza ed opposizione.

La deliberazione attuale nasce dall'appello avverso la sentenza che aveva accolto in parte il ricorso presentato da alcuni consiglieri contro la delibera con cui il consiglio comunale di appartenenza aveva dichiarato la loro decadenza in quanto non intervenuti ad alcune sedute, senza aver fornito, a detta del consiglio comunale, le dovute giustificazioni. Il ricorso era stato accolto in quanto, nel caso in oggetto, l'astensione dai consigli era stato ritenuto un legittimo strumento di lotta politica a disposizione delle forze di minoranza per far valere il proprio dissenso verso una maggioranza considerata non partecipativa e chiusa al confronto, nonostante queste assenze superassero il periodo previsto dalla normativa per farne conseguire la decadenza. L'appello è stato proposto per ottenere un risarcimento in denaro per il danno patito a causa del provvedimento di decadenza, per il danno di immagine, per il fatto di non aver più potuto partecipare alle attività del consiglio in cui sono state discusse iniziative importanti su cui gli appellanti avrebbero voluto intervenire, oltre alla perdita di voti nelle elezioni seguenti.

La Quinta sezione nella pronuncia afferma che l'astensionismo di un consigliere che utilizza questo strumento per fare una

battaglia politica deliberatamente in un contesto di dialettica fra maggioranza ed opposizione documentabile come particolarmente conflittuale, non può essere causa della sanzione di decadenza.

Inoltre le normative sulla decadenza vanno interpretate sempre con estremo rigore e le circostanze da cui questa consegue vanno a loro volta interpretate in modo restrittivo, tenendo a mente gli aspetti garantistici della procedura per evitare che la decadenza possa diventare uno strumento discriminatorio ad uso delle maggioranze contro le minoranze.

La giurisprudenza segue la linea secondo cui le assenze dei consiglieri portano alla decadenza solamente nel caso in cui le giustificazioni addotte siano prive di elementi oggettivi e limitate alle idee soggettive di chi le presenta, tali quindi da non essere riscontrabili nei fatti come motivazioni serie e rilevanti, oppure quando dalle stesse si desume un atteggiamento di disinteresse al proprio ruolo per motivi futili o inadeguati rispetto all'importanza del proprio mandato pubblico elettivo.

Nella situazione oggetto del ricorso invece l'astensionismo dei consiglieri era stato preannunciato e motivato sulla base di questioni politiche, cioè l'asserito atteggiamento autoreferenziale della maggioranza che aveva escluso dal dibattito sulle scelte più importanti il consiglio. La decisione del giudice di primo grado quindi era fondata. Priva di fondamento invece è la richiesta di risarcimento del danno. Non è risarcibile quello all'immagine, di cui manca la prova del nesso eziologico e che per i magistrati del Consiglio di Stato è stato pienamente ristorato dalla sentenza caducatoria della deliberazione di decadenza, ma neppure quello per la mancata partecipazione alle riunioni del consiglio dato che i consiglieri non sono titolari del bene che affermano pregiudicato e anche perchè avrebbero potuto attivare i sistemi di controllo giurisdizionale previsti specificatamente dall'ordinamento per tutelarsi.

E' sempre dovuta la riduzione della tassa rifiuti in caso di gravi e prolungati disservizi

Con ordinanza 27.9.2017, n. 22531 la Corte di Cassazione ha fornito una pregevole lettura del quarto comma dell'articolo 59 d.lgs. 507/93, a mente del quale: "se il servizio di raccolta, sebbene istituito e attivato, non si è svolto nella zona di residenza o di dimora nell'immobile a disposizione ovvero di esercizio dell'attività dell'utente o è effettuato in grave violazione delle prescrizioni del regolamento di cui al primo comma, relative alle distanze e capacità dei contenitori ed alla frequenza della raccolta, da stabilire in modo che l'utente possa usufruire agevolmente del servizio di raccolta, il tributo è dovuto nella misura ridotta di cui al secondo periodo del comma 2" (cioè in misura non superiore al 40% della tariffa).

A sua volta il sesto comma della richiamata disposizione prescrive che: "l'interruzione temporanea del servizio di raccolta per motivi sindacali o, per imprevedibili impedimenti organizzativi non comporta esonero o riduzione del tributo. Qualora tuttavia il mancato svolgimento del servizio si protragga, determinando una situazione riconosciuta dalla competente autorità sanitaria di danno o pericolo di danno alle persone o all'ambiente secondo le norme e le prescrizioni sanitarie nazionali, l'utente può provvedere a proprie spese con diritto allo sgravio o restituzione, in base a domanda documentata, di una quota della tassa corrispondente al periodo di interruzione, fermo restando il disposto del comma 4".

Le disposizioni sopra citate prevedono, quindi, che la riduzione della TARSU spetti per il solo fatto che il servizio di raccolta, debitamente istituito ed attivato, non venga poi concretamente svolto, ovvero venga svolto in grave difformità

rispetto alle modalità regolamentari relative alle distanze e capacità dei contenitori, ed alla frequenza della raccolta, così da far venir meno le condizioni di ordinaria ed agevole fruizione del servizio da parte dell'utente.

Siffatta riduzione tariffaria non opera quale risarcimento del danno da mancata raccolta dei rifiuti né, men che meno, quale 'sanzione' per l'amministrazione comunale inadempiente; bensì al diverso fine di ripristinare – in costanza di una situazione patologica di grave disfunzione per difformità dalla disciplina regolamentare – un tendenziale equilibrio impositivo (entro la percentuale massima discrezionalmente individuata dal legislatore) tra l'ammontare della tassa comunque pretendibile ed i costi generali del servizio nell'area municipale, ancorché significativamente alterato. Correlazione sulla quale si basa la Tarsu, senza con ciò contraddirne il carattere prettamente tributario (SSUU 14903/10; Cass. 4283/10 ed altre), e non privatistico-sinallagmatico.

Al contrario, in presenza di una situazione di disfunzione non temporanea, ma apprezzabilmente protratta nel tempo (qual è quella qui lamentata dalla società contribuente), la legge attribuisce all'utente – in presenza di una accertata emergenza sanitaria – la facoltà di provvedere a proprie spese con diritto allo sgravio parziale su domanda documentata.