



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**21 dicembre
2017**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ Conferimento di incarichi a soggetti esterni al Comune, discrezionalità dell'amministrazione e sindacato della Corte dei Conti
- ❖ Il dirigente che non applica le penali previste da un contratto di concessione in gestione rischia la condanna per danno erariale
- ❖ Sulla legittimità di contributi da parte dell'ente locale a terzi comunque finalizzati al perseguimento dei propri fini istituzionali
- ❖ I locali che svolgono attività musicale occasionalmente non necessitano dell'autorizzazione

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

Conferimento di incarichi a soggetti esterni al Comune, discrezionalità dell'amministrazione e sindacato della Corte dei Conti

Le Sezioni Unite della Cassazione civile sono state chiamate a pronunciarsi nuovamente sulla cd. riserva di amministrazione e sui conseguenti limiti della giurisdizione del giudice contabile.

Il ricorso per cassazione viene proposto avverso una sentenza della Sezione Giurisdizionale d'Appello per la Regione Sicilia della Corte dei Conti con cui era stata confermata la responsabilità amministrativa in capo all'ex Sindaco di un Comune per illegittimi conferimenti di numerosi incarichi a soggetti estranei all'Amministrazione comunale.

Secondo la tesi propugnata dal ricorrente, la sezione Giurisdizionale della Corte dei Conti avrebbe invaso con il proprio sindacato la sfera della discrezionalità amministrativa riservata all'Amministrazione, celando con rilievi di violazione di canoni di buona amministrazione astratti e indeterminati un giudizio d'opportunità formulato ex post.

La censura viene tuttavia ritenuta infondata dalle Sezioni Unite con la sentenza 13/12/2017, n. 29921.

La Suprema Corte ricorda che, ai sensi della L. n. 20 del 1994, art. 1, comma 1, (Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei Conti), nel giudizio di responsabilità amministrativa, al giudice contabile è posto il divieto di sindacare nel merito le scelte discrezionali dell'amministrazione.

Pertanto è fermo ed evidente come l'organo giurisdizionale non può sostituirsi all'amministrazione nel compiere scelte d'opportunità, trasformandosi da "operatore di giustizia" ad "amministratore".

Tuttavia, tale disposizione non può essere interpretata nel senso che l'azione discrezionale dell'amministrazione non sia sottoposta al vaglio di alcun parametro normativo, sicché la stessa si trasformi in espressione di puro "arbitrio".

Affinchè l'azione dell'amministrazione sia legittima è infatti necessario che la stessa non si ponga in contrasto con la normativa di riferimento rappresentata dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 7, comma 6, dalla L.R. n. 48 del 1991, art. 1, lett. h), dal D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 110, comma 6, nonché dalla L.R. n. 7 del 1992, art. 14 da cui si ricava il consolidato principio secondo il quale il conferimento di incarichi a soggetti estranei all'amministrazione è consentito solo nei casi previsti dalla legge o in relazione ad eventi straordinari, ai quali non si possa far fronte con la struttura burocratica esistente (ex multis Cass., Sez. Un., n. 10069/2011; Cass., Sez. Un., n. 5288/2009).

Parimenti, l'azione amministrativa non può non conformarsi ai canoni di razionalità, economicità, efficienza ed efficacia, diretto corollario del principio di rango costituzionale del "buon andamento" sancito dall'art. 97 Cost., comma 2.

Secondo costante orientamento del giudice nomofilattico, difatti, "sulla configurazione di spazi discrezionali - e quindi di aree di insindacabilità - svolgono un essenziale effetto conformatore i principi di economicità e di efficacia, contenuti nella L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 1, i quali, anche per l'attività regolata dal diritto pubblico, costituiscono un'ulteriore limite alla libertà di valutazione conferita alla p.a. Tali criteri non esprimono un mero ed enfatico richiamo ai principi di legalità e di buona amministrazione contenuti nell'art. 97 Cost. Si tratta, infatti, non di un vincolo ad un generale dovere (quale quello del perseguimento del pubblico interesse affidato al singolo organo amministrativo), la cui concreta applicazione dà luogo non

ad esercizio di discrezionalità amministrativa, ma a vere e proprie regole giuridiche, la cui inosservanza può dar luogo alla misura - correttiva o repressiva - che il giudice deve applicare ad esito della sua verifica. Tali principi, quindi, costituiscono una regola di legittimità dell'azione amministrativa, la cui osservanza può essere oggetto di sindacato giurisdizionale, nel senso che lo stesso comporta il controllo della loro concreta applicazione, essendo lo stesso estraneo alla sfera propriamente discrezionale" (così Cass., Sez. Un., n. 7024/2006).

Siffatti fondamentali canoni conformatori assumono, dunque, rilevanza sul piano della legittimità e non della mera opportunità dell'azione amministrativa (ex plurimis Cass., Sez. Un., n. 10814/2016; Cass., Sez. Un., n. 21217/2015; Cass., Sez. Un., n. 25037/2013; Cass., Sez. Un., n. 10069/2011; Cass., Sez. Un., n. 14488/2003).

Così stando le cose, il sindacato del giudice contabile viene ritenuto conforme al quadro normativo, il quale non ha compiuto una scelta d'opportunità tra diverse soluzioni possibili, ma ha giudicato della legittimità dei provvedimenti di conferimento di incarichi esterni secondo il parametro normativo rappresentato dalle disposizioni vigenti in materia e dai principi di rango costituzionale conformatori dell'attività amministrativa, in quanto il principio di insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali non preclude al giudice contabile di esaminare l'operato della pubblica amministrazione con riferimento ai parametri dell'efficacia, dell'efficienza e della economicità dovendosi escludere che il giudice contabile abbia travalicato i limiti esterni della sua giurisdizione.

Il dirigente che non applica le penali previste da un contratto di concessione in gestione rischia la condanna per danno erariale

La Corte dei Conti Abruzzo, con la sentenza numero 136/2017 ha deciso che qualora un dirigente non applichi le penali previste da un contratto sia responsabile di danno erariale.

La procura contabile regionale aveva contestato al dirigente del settore sport di un Comune abruzzese un danno erariale di più di 70 mila euro per non aver applicato correttamente le penali previste contrattualmente a seguito della risoluzione per inadempimento del contratto per la gestione della piscina comunale, in quanto la società gestrice aveva ommesso sia di realizzare delle opere di adeguamento obbligatorie sia migliorie alla struttura previste dal contratto di affidamento in gestione. Per la procura la condotta del dirigente rientrava nella fattispecie della colpa grave, avendo lo stesso ommesso senza alcuna giustificazione di tutelare le ragioni dell'ente pubblico di appartenenza a fronte della palese situazione di inadempienza dell'associazione sportiva che aveva invece goduto di un trattamento privilegiato ed ingiustificato.

I magistrati contabili, pur accogliendo la tesi portata avanti dalla procura regionale ed evidenziando la grave negligenza in capo al convenuto, dato che si trattava di adempimenti piuttosto banali e che riguardavano una vicenda che era, in quel periodo, al centro dell'attenzione pubblica con addirittura un dibattito in seno al Consiglio Comunale sul tema, hanno condannato il dirigente del settore sport per un danno erariale di 15 mila euro accogliendo alcune cause "scusanti" presentate nella comparsa di costituzione e risposta dello stesso. In concreto, hanno attenuato la posizione del convenuto le sue precarie condizioni di salute, il concorso di

terzi nella produzione del danno, la carenza cronica di organico dell'ufficio sport, l'atteggiamento dell'ente nei rapporti col gestore, la mancanza di personale tecnico disponibile per effettuare un sopralluogo e la disorganizzazione generale dell'apparato amministrativo emersa nella vicenda.

Sulla legittimità dei contributi da parte dell'ente locale verso terzi comunque finalizzati al perseguimento dei propri fini istituzionali

Il Sindaco di un Comune ha formulato una richiesta di parere alla Sezione regionale lombarda della Corte dei conti in merito alla possibilità di cofinanziare un intervento di riqualificazione di una infrastruttura urbana allocata sul territorio comunale ma di competenza e di proprietà di altro ente. Al riguardo il primo cittadino chiede "se il Comune può compartecipare ai costi di abbattimento delle barriere architettoniche della stazione metropolitana insistente sul territorio comunale" considerato che la compartecipazione da parte del Comune, di entità non superiore al 20% del costo totale dell'opera, agevolerebbe la realizzazione della medesima da parte dell'ente titolare della struttura, che lamenta di non avere le risorse sufficienti.

La Sezione adita nella sua funzione consultiva evidenzia, con il parere n. 362/2017, come in sostanza occorra stabilire, per evadere la richiesta dell'Ente, se ed entro quali limiti un Comune possa finanziare altri soggetti per lo svolgimento di determinate attività.

A tal proposito la stessa Sezione aveva già avuto modo di precisare (ex multis, deliberazioni n. 218/2014/PAR, n. 262/2014/PAR, n. 121/2015/PAR) che in base alle norme e ai principi della contabilità pubblica non è rinvenibile

alcuna disposizione che impedisca all'ente locale di effettuare attribuzioni patrimoniali a terzi, ove queste siano necessarie per conseguire i propri fini istituzionali e sempre che il contributo non sia finalizzato allo svolgimento di attività che rientrano nei fini istituzionali di altro ente, destinatario dei finanziamenti necessari a perseguirli.

Se, infatti, l'azione è intrapresa al fine di soddisfare esigenze della collettività rientranti nelle finalità perseguite dal Comune il finanziamento, "anche se apparentemente a fondo perso, non può equivalere ad un depauperamento del patrimonio comunale, in considerazione dell'utilità che l'ente o la collettività ricevono dallo svolgimento del servizio pubblico o di interesse pubblico effettuato dal soggetto che riceve il contributo" (Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 262/2012/PAR).

Presupposto di ogni forma di spesa pubblica è, infatti, la circostanza che essa sia funzionale a svolgere attività che rientrano nelle competenze dell'ente locale.

Una volta effettuate le valutazioni sopra descritte, l'Amministrazione è poi tenuta ad evidenziare i presupposti di fatto e il percorso logico alla base dell'erogazione a sostegno dell'attività svolta dal destinatario del contributo, nonché il rispetto dei criteri di efficacia, efficienza ed economicità delle modalità prescelte di resa del servizio, anche nel rispetto, specie se destinatario del contributo è un soggetto di diritto privato, dei principi di buon andamento, di parità di trattamento e di non discriminazione che debbono caratterizzare l'attività amministrativa, così come declinati anche nell'art. 12 della legge n. 241 del 1990.

Infine, l'eventuale attribuzione deve risultare conforme al principio di congruità della spesa mediante una valutazione comparativa degli interessi complessivi dell'ente locale.

I locali che svolgono attività musicale occasionalmente non necessitano dell'autorizzazione

Il Tar Basilicata, sezione I, con la sentenza numero 759/2017 ha stabilito che l'ordinanza con cui il Sindaco disponga la chiusura di un locale, che somministra bevande e alimenti, per quindici giorni in seguito all'accertamento effettuato dalla polizia locale sul fatto che occasionalmente lo stesso locale svolga attività di intrattenimento musicale, pur non essendo in possesso della autorizzazione di pubblica sicurezza prescritta dall'articolo 69 del regio decreto numero 773 del 18 giugno 1931, è illegittima.

Questo in quanto tale autorizzazione richiede che l'attività svolta nel pubblico esercizio abbia il carattere dell'imprenditorialità.

Il potere della Pubblica Amministrazione riguardo alla determinazione dei tempi della chiusura di un locale commerciale è molto vasto e discrezionale.

Infatti secondo l'articolo 140 del regio decreto numero 635 del 6 maggio 1940, cioè il Regolamento per l'esecuzione del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, il Questore ha il potere di sospendere la licenza di cui all'articolo 68 della legge per un periodo di tempo che varia da tre giorni a tre mesi. Questo tipo di sanzione è quindi caratterizzato da un potere ampiamente discrezionale della Pubblica Amministrazione nella determinazione della durata, applicabili da un minimo di tre giorni ad un massimo di tre mesi. Nella norma, tra l'altro, non è previsto alcun criterio a cui l'Amministrazione debba attenersi nella scelta.

Secondo il TAR Toscana Firenze, sezione II, nella sentenza numero 1705 del 7 giugno 2010, l'autorizzazione di cui all'articolo 68 del TulpS deve essere

posseduta dal titolare di un esercizio pubblico soltanto se l'attività di intrattenimento svolta all'interno del locale riveste il carattere della imprenditorialità. Perché sia configurabile questa circostanza, secondo i giudici amministrativi, è determinante che sia riscontrata la presenza di apparecchiature tecniche tipiche dei locali di intrattenimento danzante, la richiesta del pagamento di un biglietto di ingresso ai clienti e l'aumento dei prezzi delle consumazioni.

Il TAR quindi, in questo caso, ha accolto il ricorso, ritenendo che, dopo aver considerato i presupposti per l'applicazione degli articoli 68 e 69 del TulpS, le autorizzazioni di pubblica sicurezza non siano richieste per l'intrattenimento musicale svolto occasionalmente all'interno di esercizi pubblici o comunque aperti al pubblico. La situazione in esame rientrava in questa fattispecie, in quanto dai verbali della Polizia Locale emergeva che le serate musicali erano state solamente due, pubblicizzate sui social network, con l'indicazione dei limiti di capienza del locale e delle fasce orarie.

Su questo presupposto il Tar ha anche valutato fondata la richiesta di risarcimento del danno presentata dal gestore del locale per la sua chiusura illegittima, imponendo all'Amministrazione di proporre *“un'offerta di risarcimento del danno ... commisurata ad 1/24 dell'utile annuo, pari ai quindici giorni di chiusura del locale”*. Trattandosi poi di un debito di valore, alla somma determinata secondo questi parametri bisognerà aggiungere la rivalutazione monetaria e gli interessi legali. Nulla invece è stato riconosciuto dai giudici come risarcimento del danno per la perdita delle derrate alimentari, in quanto il gestore del locale ricorrente avrebbe potuto conservarle evitandone il deterioramento.