



REPUBBLICA ITALIANA  
LA  
CORTE DEI CONTI  
IN  
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA  
LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Giuseppe Roberto Mario Zola	Consigliere
dott. Gianluca Braghò	Primo referendario
dott. Alessandro Napoli	Referendario
dott.ssa Laura De Rentiis	Referendario
dott. Donato Centrone	Referendario
dott. Francesco Sucameli	Referendario
dott. Cristiano Baldi	Referendario
dott. Andrea Luberti	Referendario (relatore)

nell'adunanza in camera di consiglio del 3 ottobre 2012

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti del 16 giugno 2000, n. 14, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite del 3 luglio 2003, n. 2 e del 17 dicembre 2004, n. 1;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, recante il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la nota prot. 3411 in data 31 luglio 2012, con cui il sindaco del comune di Lecco ha richiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

Vista la deliberazione n. 1/PAR/2004 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza dell'11 settembre 2012 per deliberare sulla richiesta del sindaco del comune di Lecco;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per la camera di consiglio del 3 ottobre 2012 per deliberare sulla richiesta proveniente dal Comune di Lecco alla luce dei chiarimenti formulati dal comune istante;

Udito il relatore dott. Andrea Luberti;

### **PREMESSO CHE**

Il sindaco del comune menzionato in epigrafe ha richiesto l'avviso della Sezione in ordine all'intendimento di rinunciare, verso corrispettivo, a un diritto qualificato, in prima battuta, come servitù di regime demaniale, sussistente in favore del comune su di un fondo privato. Detta rinuncia sarebbe, come detto, remunerata proprio dal proprietario del fondo che, a seguito di tale operazione, vedrebbe estendere il proprio dominio sulla piena proprietà.

Con nota in data 17 settembre 2012 il comune istante ha precisato la genesi e la natura del diritto in commento.

In particolare, è emerso che in sede di stipulazione di una convenzione urbanistica il privato aveva acconsentito all'asservimento all'uso pubblico di un'area di sua proprietà, in relazione alla realizzazione di un'area comunale di parcheggio.

### **AMMISSIBILITA' SOGGETTIVA**

Il primo punto da esaminare concerne l'ammissibilità della richiesta, con riferimento ai parametri derivanti dalla natura della funzione consultiva prevista dalla normativa sopra indicata.

Con particolare riguardo all'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere dei Comuni, si osserva che il sindaco è l'organo istituzionalmente legittimato a richiedere il parere in quanto riveste il ruolo di rappresentante dell'ente ai sensi dell'art. 50 del t.u.e.l. Pertanto, la richiesta di parere è soggettivamente ammissibile poiché promanante dall'organo legittimato a proporla.

### **AMMISSIBILITA' OGGETTIVA**

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo di ammissibilità del quesito, occorre rammentare che la richiesta di parere è formulata ai sensi dell'articolo 7, comma 8 della legge

5 giugno 2003, n. 131, recante *"Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3"*.

La disposizione contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 131/2003 deve essere raccordata con il precedente comma 7, norma che attribuisce alla Corte dei conti la funzione di verificare il rispetto degli equilibri di bilancio, il perseguimento degli obiettivi posti da leggi statali e regionali di principio e di programma, la sana gestione finanziaria degli enti locali.

Lo svolgimento delle funzioni è qualificato dallo stesso legislatore come una forma di controllo collaborativo.

Il raccordo tra le due disposizioni opera nel senso che il comma 8 prevede forme di collaborazione ulteriori rispetto a quelle del precedente comma che, lungi dal conferire alle Sezioni regionali di controllo un generale ruolo di consulenza, la limitano alla sola contabilità pubblica. Preliminare all'ulteriore procedibilità del parere è quindi la ricomprensione del parere tra quelli attribuibili per materia alle Sezioni regionali di controllo.

Le Sezioni riunite della Corte dei conti, intervenute con una pronuncia in sede di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 17, comma 31 del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, hanno al riguardo precisato che detto concetto non si estende sino a ricomprendere la totalità dell'azione amministrativa che presenti riflessi di natura finanziaria, ma deve intendersi limitato al *"sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli Enti pubblici"*, sia pure *"in una visione dinamica dell'accezione che sposta l'angolo visuale dal tradizionale contesto della gestione del bilancio a quello inerente ai relativi equilibri"*.

Con specifico riferimento alla richiesta analizzata dalla presente pronuncia, la stessa risulta in linea di principio oggettivamente ammissibile in quanto relativa a materia, quella della contrattualistica pubblica e delle cessioni di compensi pubblicistici, storicamente attratta nell'ambito della contabilità di stato in quanto fonte di atti di spesa o di entrata.

## MERITO

La richiesta del sindaco del menzionato comune è inerente alla possibilità di rinunciare, verso corrispettivo, a un diritto demaniale, convenuto in sede di pianificazione convenzionale, e non più ritenuto di pubblico interesse, in modo tale da accrescere il diritto del proprietario del fondo servente, che verrebbe in tal modo a fruire del corrispondente ampliamento del proprio diritto.

Preliminarmente deve essere precisato che la fattispecie esposta dal comune può in astratto ascrivere a tre distinte categorie giuridiche.

i) In primo luogo il diritto vantato dal comune potrebbe essere ascritto nell'alveo delle vere e proprie *servitù di diritto pubblico*, consistenti in diritti reali assimilabili alle servitù di diritto comune (e quindi in un rapporto di subordinazione tra beni immobili, essenzialmente

concernente singole utilità tra un fondo servente e un fondo dominante) in cui però l'*utilitas* attribuita presenta stretta attinenza con gli scopi della proprietà demaniale e, quindi, in sostanza, con il pubblico interesse curato dall'Amministrazione.

Detta fattispecie è presa in considerazione dall'art. 825 c.c., che assoggetta al regime proprio del demanio *"i diritti reali che spettano allo Stato, alle province e ai comuni su beni appartenenti ad altri soggetti, quando i diritti stessi sono costituiti per l'utilità di alcuno dei beni indicati dagli articoli precedenti o per il conseguimento di fini di pubblico interesse corrispondenti a quelli a cui servono i beni medesimi"*.

Corollario dell'iscrizione a detta categoria giuridica sarebbe la possibilità di dismissione del diritto negli stretti limiti in cui le leggi speciali ne consentono la disposizione.

Tanto premesso, questa Sezione ha già avuto modo di precisare (*cf. ex plurimis* da ultimo la deliberazione del 30 luglio 2012, n. 350) come, in linea di principio, con riferimento all'attribuzione di utilità pubbliche, che nel caso di specie si concretizzerebbero nella sostanziale traslazione di un diritto reale immobiliare, nel rispetto delle norme speciali che consentono la dismissione di beni demaniali, sia i principi generali evidenziati che i dati normativi imporrebbero, in linea di massima, che la dazione delle aree interessate avvenga in ogni caso nel rispetto di una selezione comparativa tra i soggetti che aspirino a perseguire detta utilità pubblica. Ciò si ricava, in particolare, dalle previsioni del codice degli appalti (tra cui l'art. 144 e ss. in materia di concessione), ma anche dalla primigenia legge di contabilità (R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 e reg. att.), che impongono, come detto, che l'attività negoziale delle amministrazioni sia improntata al perseguimento del pubblico interesse nell'imparzialità, il che comporta, in linea di principio, la selezione comparativa degli astanti e la formulazione di una specifica offerta.

Tuttavia, nel caso di specie, consistendo la servitù nel il rapporto tra due fondi specificamente determinati, risulterebbe impossibile ipotizzare una concorrenzialità tra vari soggetti interessati, con la conseguenza che la dismissione potrebbe avvenire anche in via informale.

Diverso è a dirsi laddove il comune ritenesse, come prospettato, insussistente l'interesse pubblicistico alla conservazione del diritto di servitù: tuttavia, nel caso di specie, nemmeno si potrebbe opinare della libera disponibilità dello stesso, quanto di un mero potere ricognitivo che precluderebbe la successiva dismissione di un diritto ormai ritenuto estinto.

Come noto, infatti, l'esistenza di un'oggettiva utilità è elemento costitutivo della servitù (art. 1028 c.c.) per cui l'eventuale atto dismissivo inserito in un contratto ne determinerebbe la nullità per impossibilità dell'oggetto.

Del resto, in ambito demaniale, si è ritenuta ammissibile la c.d. sdemanializzazione tacita di un diritto pubblico, che però, più che a una volontà dismissiva, è inerente alla stessa volontà e possibilità di conservare la destinazione pubblicistica del diritto (Cass., sez. II, 3 maggio 1996, n.4089; Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 1998, n.148; Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 1998, n.287; Cass., sez. un., 18 dicembre 1998, n.12701).

Laddove non sussistesse più il requisito della utilità oggettiva, la riespansione del diritto del proprietario non potrebbe risultare quale effetto di una volontà negoziale dell'amministrazione, ma quale mero effetto consequenziale della situazione di fatto determinatasi.

Per contro, laddove l'utilità oggettiva permanesse, ma fosse inerente agli interessi dell'ente considerato *uti dominus*, potrebbe ipotizzarsi la cessazione dello *status* demaniale e la correlativa iscrizione al patrimonio (disponibile) dell'ente, con conseguente possibilità di disposizione.

ii) Diversamente dovrebbe opinarsi laddove il diritto gravante sul fondo privato fosse inquadrato nell'ambito di una diversa forma di titolarità collettiva, come il c.d. diritto di uso pubblico, in quanto esso è connotato (cfr da ultimo Cass., sez. II, 22 giugno 2011 n. 13705) dalla circostanza che, a differenza della servitù, sia pure sottoposta a regime demaniale, è svolto a favore di una pluralità di soggetti considerati *uti cives* e non già *uti singuli*, nonché dal dato che l'interesse sotteso alla sua instaurazione non è correlato a quello di un fondo, sia pure demaniale, ma a quello generale della collettività.

In sostanza, nel diritto di uso pubblico risulta carente il rapporto relazionale tra due fondi, essendo il diritto *illico et immediate* ascritto alla collettività interessata (si pensi al diritto di visita in un parco).

Dalla differenziazione sopra operata, consegue che mentre per la servitù demaniale è ipotizzabile, in caso di venir meno dell'interesse pubblico, la traslazione al patrimonio dell'ente, per il diritto di uso dovrebbe piuttosto discettarsi della caducazione del diritto, non essendo l'ente di riferimento legittimato a disporne.

iii) Da ultimo, occorre investigare la possibilità che il diritto vantato nei confronti del privato non presenti le caratteristiche dei diritti descritti, ma si collochi nell'alveo degli effetti discendenti da convenzioni urbanistiche, ascrivibili agli accordi di cui all'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che prevede che l'amministrazione precedente possa concludere accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sua sostituzione. Detti accordi sono peraltro relativamente vincolanti, in quanto, come previsto dal comma 4, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione può recedere unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato.

Per contro, in carenza di detto pubblico interesse (cfr da ultimo TAR Lombardia, sez. II, 8 settembre 2011, n. 21) gli accordi in tal modo stipulati risultano pienamente vincolanti per le parti ex art. 1372 c.c. e, conseguentemente, è ammessa la monetizzazione del recesso della controparte (nel caso di specie la p.a.).

Una recente pronunzia del Consiglio di Stato (sez. IV, 13 luglio 2010 n. 4545) ha al riguardo precisato che anche le convenzioni intercorrenti nell'ambito della pianificazione urbanistica possono essere ascritti al *genus* degli accordi infraprocedimentali, evidenziando che il legislatore ha ormai optato per una sostanziale fungibilità dello strumento consensuale

rispetto a quello autoritativo, sul presupposto dell'idoneità del primo al perseguimento degli obiettivi di pubblico interesse.

Nel caso in esame pare alla sezione che il diritto accordato al privato, indipendentemente dalla sua qualificazione civilistica possa essere ascritto proprio a tale tipologia di effetti.

Ne consegue che, nel caso di specie, nulla osta a che il comune, nell'esercizio di una propria discrezionalità, acconsenta allo scioglimento del vincolo consensualmente assunto con il privato, al contempo condizionando il proprio assenso all'erogazione di una somma di denaro reputata congrua. A ben vedere, in realtà, proprio la subordinazione a un corrispettivo del recesso del privato dal vincolo convenzionale assunto garantirebbe la destinazione a finalità di incremento delle risorse pubbliche dell'assenso concesso dal comune istante.

**P. Q. M.**

Nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

L'Estensore  
(dott. Andrea Luberti)

Il Presidente  
(dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria  
il 18 ottobre 2012  
Il Direttore della Segreteria  
(dott.ssa Daniela Parisini)