

All' Ecc.mo Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

Appello cautelare ai sensi dell' art. 62 c.p.a.

Proposto dal **Comune di Montelupone**, in persona del Sindaco legale rappresentante pro tempore Rolando Pecora, con sede in Piazza del Comune, n. 1, 62010 Montelupone (P. IVA 00132110438) rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Carassai di Macerata (C.F. CRSGPP55P19I315A – fax 0733/234319 - pec: giuseppe.carassai@certmail-cnf.it), con domicilio eletto in Roma Piazza San Bernardo n. 101 presso e nello studio dell' avv. Francesco Vagnucci, il tutto in virtù di procura speciale rilasciata in calce al presente atto,

contro

-il **Ministero dell'Istruzione**, in persona del Ministro legale rappresentante pro tempore, nella sua sede istituzionale in Roma, Viale di Trastevere, 76/a,

-il **Ministero dell'Interno**, in persona del Ministro legale rappresentante pro tempore, nella sua sede istituzionale in Roma, Piazza del Viminale, 1,

-il **Ministero dell' Istruzione**, Unità di missione per il piano nazionale di ripresa e resilienza, in persona del Direttore generale legale rappresentante pro tempore, nella sua sede istituzionale in Roma, Viale di Trastevere, 76/a,

tutti domiciliati ex lege presso l' Avvocatura Generale dello Stato in Roma via dei Portoghesi 12,

e nei confronti di

-Comune di Cerignola, in persona del Sindaco pro tempore, nella sua sede istituzionale in Cerignola, Piazza della Repubblica, rappresentato e difeso nel ricorso avanti al TAR Lazio dagli avv.ti Angela Paradiso e Giuliana Nitti,

-Comune di Tropea, in persona del Sindaco pro tempore, nella sua sede istituzionale in Tropea, Largo Municipio, non costituito in giudizio,

-Comune di Civitavecchia, in persona del Sindaco pro tempore, nella sua sede istituzionale in Civitavecchia, Piazza Umberto I° 26, non costituito in giudizio,

AVVERSO

L' Ordinanza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Terza Bis, pubblicata il 8.6.22, n. 3617/2022, resa nel ricorso 4097/2022, non notificata, con la quale si respinge l' istanza cautelare proposta dal ricorrente Comune di Montelupone.

L' atto si suddivide in quattro parti

- la trascrizione del ricorso per la parte qui di rilievo (parte prima),
- la sintesi della difesa dell' Avvocatura (parte seconda),
- la motivazione dell' ordinanza appellata (parte terza)
- la critica all' ordinanza (parte quarta).

Parte prima : il ricorso

Si ritiene opportuno riportare gli stralci del ricorso introduttivo per consentire al Giudice di Appello l' immediata individuazione delle questioni in contesa.

Col ricorso introduttivo il Comune di Montelupone (di seguito Comune) ha chiesto, previa concessione di idonee misure cautelari, l' annullamento dei seguenti atti:

-della nota prot. n. 5283 del 31.01.2022 del Ministero dell'Istruzione, Unità di missione per il piano nazionale di ripresa e resilienza, a firma del Direttore Generale Simona Montesarchio, con la quale si comunica la non ammissione a finanziamento dell'intervento con CUP H61B21000840001 presentato dal Comune di Montelupone, inizialmente inserito nella graduatoria provvisoria, relativa all'Avviso pubblico di cui al DM 22 marzo 2021, approvato con decreto del Ministero dell'interno Direzione centrale della finanza locale, di concerto con il Ministero dell'istruzione Direzione generale per i fondi strutturali per l'istruzione, l'edilizia scolastica e la scuola digitale, del 22 marzo 2021, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 78 del 31 marzo 2021,

-e della nota prot. n. 14278 del 14.03.2022 del Ministero dell'Istruzione, Unità di missione per il piano nazionale di ripresa e resilienza, a firma del Direttore

Generale Simona Montesarchio, con la quale, a seguito di richiesta di riesame del Comune, la si rigetta e si conferma quanto già disposto con nota del 31 gennaio 2022, prot. n. 5283.

Nel ricorso “in fatto” ed “in diritto” il Comune ha dedotto quanto segue

“

In Fatto

A- Con l' Avviso pubblico (di seguito identificato anche con il termine “avviso”), approvato con decreto del Ministero dell' Interno Direzione centrale della finanza locale, di concerto con il Ministero dell'istruzione Direzione generale per i fondi strutturali per l'istruzione, l' edilizia scolastica e la scuola digitale, del 22 marzo 2021, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 78 del 31 marzo 2021, sono stabiliti i requisiti per l'assegnazione di *fondi al fine di consentire interventi di messa in sicurezza, ristrutturazione, riqualificazione o costruzione di edifici di proprietà dei comuni destinati ad asili nido e scuole dell'infanzia e a centri polifunzionali per i servizi alla famiglia, ai sensi dell'articolo 1, comma 59, della legge 27 dicembre 2019, n. 160 (art. 1).*

In base all' art. 2, comma 1, dell' avviso *“Possono presentare richiesta di contributo gli enti locali per il finanziamento di interventi relativi ad opere pubbliche di messa in sicurezza, ristrutturazione, riqualificazione o costruzione di edifici di proprietà dei comuni destinati ad asili nido e scuole dell'infanzia o destinati o da destinare a centri polifunzionali per la famiglia”.*

B- Il Comune di Montelupone presenta la propria domanda il 21.05.2021, registrata con CUP H61B21000840001.

Il progetto presentato prevede la realizzazione di un nuovo asilo nido, operata, all' uopo, attraverso la demolizione e ricostruzione di immobile di proprietà del Comune sito in Piazza Cola n. 7 (foglio 26 particella 251 e porzione sub 3 particella 253).

In base al Decreto 2.8.21 prot. n. 94222, adottato dal Capo del Dipartimento per gli Affari interni e territoriali del Ministero dell'Interno, di concerto con il Capo del Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato del Ministero dell'Economia e

delle Finanze, con il Capo del Dipartimento per le Politiche della famiglia della Presidenza del Consiglio dei ministri, e con il Capo del Dipartimento per il Sistema educativo di istruzione e di formazione del Ministero dell'Istruzione, il Comune risulta

-incluso nella graduatoria approvata di cui all'allegato 2 del decreto,
-assegnatario, in via provvisoria, del finanziamento, come emerge dall'allegato 3 al decreto, con il punteggio totale di 65.

C- Con successiva nota port. n. 5283 del 31.02.2022 del Ministero dell'Istruzione, però, comunica al Comune la non ammissione a finanziamento, perché l'edificio oggetto di intervento di proprietà comunale è censito al catasto in categoria A/3 e A/4 abitazioni.

Nella nota qui impugnata, a firma del Direttore generale, si scrive che

“L'articolo 3, comma 1, dell'avviso pubblico prevede che possono essere ammessi a finanziamento solo interventi di costruzione, ristrutturazione, messa in sicurezza e riqualificazione di edifici di proprietà dell'ente locale già destinati ad asili nido, scuole dell'infanzia e centri polifunzionali.

Pertanto, non essendo ammissibili a finanziamento edifici pubblici con destinazione residenziale la proposta presentata dal Comune in indirizzo non è ammissibile.”

D- Con comunicazione via PEC del 17.2.22, il Comune invia istanza di autotutela evidenziando che l'intervento:

-rientra esattamente nel primo dei casi affermati nella disposizione, cioè la costruzione di un edificio da adibire ad asilo nido;

-verrà realizzato, mediante integrale demolizione e totale ricostruzione dell'edificio esistente, che sarà adibito a questo scopo.

Per questi motivi l' *“effetto finale sarà una nuova costruzione in senso fisico.”*

Sotto il profilo edilizio, l'intervento risulta compatibile con il Piano particolareggiato del Centro Storico, in base alla disposizione del punto 2.2 delle NTA di detto piano, che permette ivi *“la destinazione d'uso pubblico o di interesse pubblico esclusivamente non residenziale”*.

Il Comune evidenzia, inoltre, che per realizzare ex novo un' opera da destinare a pubblico servizio l' ente ha, in linea generale, due opzioni:

-o acquisisce un' area nuova tramite gli strumenti apprestati dal DPR 327/01 (TU espropri), sulla quale edifica l' opera,

-o destina un edificio, già di sua proprietà, a tale finalità, trasformandolo.

In entrambi i casi vi è una variazione della originaria destinazione:

-nel primo caso essa è originata dall' apposizione del vincolo preordinato all' esproprio,

-nel secondo caso dalla trasformazione edilizia operata allo scopo.

Trattandosi in entrambi i casi di nuova costruzione destinata ad asilo nido, a giudizio del Comune, risulta irrilevante la precedente destinazione dell'immobile o dell'area.

E- La richiesta del Comune non viene accolta dal Ministero dell'Istruzione che con la nota prot. n. 14278 del 14.03.2022, qui impugnata, conferma la non ammissione, perché *“l'edificio oggetto del l'intervento candidato [...] ha una destinazione residenziale, appare evidente che, ai fini dell'ammissibilità del finanziamento, a nulla rilevi che si tratti di un'opera di ricostruzione a seguito di demolizione”*.

F- Le disposizioni che regolano la fattispecie

F.1. La selezione in esame si origina dalla disposizione di cui all' art. 1, comma 59, della **L. 27/12/2019, n. 160**, ove si prevede che

“Per il finanziamento degli interventi relativi ad opere pubbliche di messa in sicurezza, ristrutturazione, riqualificazione o costruzione di edifici di proprietà dei comuni destinati ad asili nido e scuole dell'infanzia, è istituito nello stato di previsione del Ministero dell'interno il fondo «Asili nido e scuole dell'infanzia», con una dotazione pari a 100 milioni di euro per ciascuno degli anni dal 2021 al 2023 e a 200 milioni di euro per ciascuno degli anni dal 2024 al 2034.”

In base al successivo comma 60 dell' art. 1 in esame

“Il fondo di cui al comma 59 è finalizzato, in particolare, ai seguenti interventi:

a) progetti di costruzione, ristrutturazione, messa in sicurezza e riqualificazione di asili nido, scuole dell'infanzia e centri polifunzionali per i servizi alla famiglia, con priorità per le strutture

localizzate nelle aree svantaggiate del Paese e nelle periferie urbane, con lo scopo di rimuovere gli squilibri economici e sociali ivi esistenti;

b) progetti volti alla riconversione di spazi delle scuole dell'infanzia attualmente inutilizzati, con la finalità del riequilibrio territoriale, anche nel contesto di progetti innovativi finalizzati all'attivazione di servizi integrativi che concorrano all'educazione dei bambini e soddisfino i bisogni delle famiglie in modo flessibile e diversificato sotto il profilo strutturale ed organizzativo”.

Chiarisce poi il successivo comma 61 dello stesso art. 1, tra altro, che con apposito decreto del Ministero dell'interno, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, con il Ministro per le pari opportunità e la famiglia e con il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, sono individuati gli enti beneficiari, gli interventi ammessi al finanziamento e il relativo importo.

F.2. Con il **DPCM 30/12/2020** sono definite le modalità e le procedure di presentazione delle richieste di contributo per progetti relativi ad opere pubbliche di messa in sicurezza, ristrutturazione, riqualificazione o costruzione di edifici di proprietà dei comuni destinati ad asili nido e scuole dell'infanzia e a centri polifunzionali per i servizi alla famiglia, i criteri di riparto e le modalità di utilizzo delle risorse, ivi incluse le modalità di utilizzo dei ribassi d'asta, di monitoraggio, anche in termini di effettivo utilizzo delle risorse assegnate e comunque tramite il sistema di cui al decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229, di rendicontazione e di verifica, nonché le modalità di recupero ed eventuale riassegnazione delle somme non utilizzate (art. 1, comma 1).

Precisa il comma 2 dell' art. 3 che

“Per gli interventi di costruzione, ristrutturazione, messa in sicurezza e riqualificazione di asili nido, scuole dell'infanzia e centri polifunzionali per la famiglia, di cui al comma 2 dell'art. 2, sono considerate ammissibili le seguenti tipologie di progetti:

a) asili nido;

b) scuole dell'infanzia;

c) centri polifunzionali per la famiglia.”

F.3. Con **decreto 22/03/2021** (l' "avviso"), pubblicato nella Gazz. Uff. 31 marzo 2021, n. 78, del Direttore Centrale per la finanza locale del Ministero dell'interno, di concerto con il direttore generale per i fondi strutturali per l'istruzione, l'edilizia scolastica e la scuola digitale del ministero dell'istruzione, viene approvato *avviso* concernente termini, modello di domanda e modalità operative per la presentazione della richiesta, per il quinquennio 2021-2025, relativa a contributi ai comuni per progetti relativi ad opere pubbliche di messa in sicurezza, ristrutturazione, riqualificazione o costruzione di edifici di proprietà dei comuni destinati ad asili nido e scuole dell'infanzia e a centri polifunzionali per i servizi alla famiglia.

Di rilievo, per ciò che qui concerne, sono

-l' art. 1, comma 1, ove si indicano le finalità, ravvisate nel "*consentire interventi di messa in sicurezza, ristrutturazione, riqualificazione o costruzione di edifici di proprietà dei comuni destinati ad asili nido e scuole dell'infanzia e a centri polifunzionali per i servizi alla famiglia, ai sensi dell'articolo 1, comma 59, della legge 27 dicembre 2019, n. 160 ...*",

-l' art. 2, comma 1, ove si individuano gli Enti ammessi alla selezione, specificandosi che possono "*presentare richiesta di contributo gli enti locali per il finanziamento di interventi relativi ad opere pubbliche di messa in sicurezza, ristrutturazione, riqualificazione o costruzione di edifici di proprietà dei comuni destinati ad asili nido e scuole dell'infanzia o destinati o da destinare a centri polifunzionali per la famiglia*",

-l' art. 3, comma 1, ove si chiarisce la tipologia degli interventi ammissibili a contributo, ivi affermandosi che sono ammesse candidature per i seguenti interventi: "*1) interventi di costruzione, ristrutturazione, messa in sicurezza e riqualificazione di asili nido, scuole dell'infanzia e centri polifunzionali per la famiglia; ...*".

Gli atti impugnati sono illegittimi per le seguenti ragioni.

In diritto

Violazione e falsa applicazione dell' art. 1, commi da 59 a 61, della L. 27/12/2019, n. 160, degli artt. 1, 2 e 3 del DPCM 30/12/2020, degli artt. 1 2 e

3 del decreto 22/03/2021 del Direttore Centrale per la finanza locale del Ministero dell'interno. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e sviamento.

1. Come visto

-il Comune chiede l' ammissione a finanziamento di un intervento finalizzato alla realizzazione di un nuovo asilo nido, mediante demolizione e ricostruzione di un proprio edificio, ora avente destinazione abitativa,

-il Ministero oppone, dal suo lato, la non ammissibilità al finanziamento, in quanto l' avviso escluderebbe dal novero di quelli ammissibili gli interventi su edifici pubblici con pregressa destinazione residenziale.

Il punto di diritto è il seguente: dato conto che la finalità cui assolvono le disposizioni sopra richiamate (par. F) è quella di assicurare che il servizio di asilo nido si svolga in locali nuovi e/o sicuri, la destinazione edilizia da prendersi in considerazione, ai fini dell' ammissione, è quella finale o quella anteriore all'intervento ?

Ragioni di ordine logico sistematico ed anche il tenore letterale delle disposizioni in esame depongono per la prima risultanza, come appresso si chiarisce.

2. La legge (e, dopo, il DPCM e l' avviso) individuano quattro tipi di interventi ammissibili a finanziamento

-messa in sicurezza,

-ristrutturazione,

-riqualificazione,

-costruzione.

2.1. Va premesso che non appare agevole, in assenza di indicazioni specifiche, identificare esattamente i contenuti degli interventi in questione.

Se per la nozione di *ristrutturazione* si può far riferimento al DPR 380/01 (artt. 3 e 10), non altrettanto è dirsi per gli altri interventi.

Ad esempio per *costruzione* ci riferisce al concetto di “nuova costruzione” di cui all' art. 3 dello stesso TUED oppure il termine è usato in senso a-tecnico, quindi

nel senso di edificio, anche preesistente, che, a seguito di apposita trasformazione, viene destinato a nuova scuola?

E per l' intervento di *riqualificazione*, ci si riferisce alla sua riqualificazione energetica o anche ad altro ?

Stessa notazione vale per la *messa in sicurezza*: ci si riferisce all' adeguamento dell'edificio alle nuove normative in materia di costruzioni (ed in materia antisismica) o anche ad altro ?

2.2. Dato conto di ciò, se per gli interventi di *messa in sicurezza* e *riqualificazione* si può, in ipotesi, convenire con il Ministero nel senso che essi riguardano interventi su edifici già destinati ad asilo nido, altrettanto non può dirsi per gli interventi di *costruzione* e *ristrutturazione*.

La *costruzione*, ove la si intenda come “nuova costruzione”, ai sensi del TUED, è per definizione la edificazione di un (totalmente) nuovo edificio (o di sua parte),

In questa accezione è chiaro che, sotto il profilo edilizio, non vi è alcuna destinazione “preesistente” (ed irrilevante risulta quella catastale, precedente, dell'area su cui insisterà l' edificazione).

Ma, in ipotesi, per *costruzione* può intendersi anche un radicale intervento edilizio sull' esistente, finalizzato alla realizzazione di una nuova scuola. In questo caso il “nuovo” non è l' edificato in sé considerato, ma la funzione che esso assolve.

Anche in questa accezione non è di rilievo la destinazione preesistente.

Anche per la *ristrutturazione* deve farsi una notazione analoga, tenuto conto che, ai sensi degli artt. 3 e 10 del TUED, il risultato finale della ristrutturazione può comportare anche il mutamento della destinazione d'uso.

3. Ne deriva sotto il profilo logico-sistematico che la destinazione edilizia da prendersi in considerazione è quella finale e non quella anteriore all' intervento, quantomeno per gli interventi di *costruzione* o *ristrutturazione*.

3.1. Infatti, se è finanziabile la “*costruzione*”, ciò vuol dire che le disposizioni in esame

-consentono interventi che prescindono dalla destinazione preesistente (non potendo certamente parlarsi di destinazione preesistente, ad esempio, per la *nuova* costruzione),

-hanno la finalità di favorire interventi (rientranti nelle tipologie di *costruzione* o *ristrutturazione*) finalizzati alla realizzazione di un nuovo asilo nido.

Si abbia presente, in aggiunta, che, come scritto dal Comune nella istanza, non accolta, di riesame, l' Ente locale, per realizzare un' opera da destinare a pubblico servizio su beni immobili di proprietà, ha, in linea generale, due opzioni:

-o acquisisce un' area nuova tramite gli strumenti apprestati dal DPR 327/01 (TU espropri), sulla quale edifica l' opera,

-o destina un edificio a tale finalità, trasformandolo.

In entrambi i casi vi è una variazione (anche catastale) della originaria destinazione

-nel primo caso essa è originata dalla variazione della destinazione urbanistica, per effetto dell' apposizione del vincolo preordinato all'esproprio,

-nel secondo caso dalla trasformazione edilizia operata allo scopo.

3.2. Quindi, tenuto conto degli strumenti di legge che può utilizzare il Comune, ciò che ha rilievo, ai fini delle disposizioni in esame, non è la destinazione preesistente, ma il risultato dell'attività edilizia conseguente all' intervento.

Se il legislatore avesse inteso limitare gli interventi alle sole strutture (già) destinate ad asili nido, ciò avrebbe perseguito

-espungendo dal novero degli interventi ammessi la *costruzione*

-circoscrivendo il concetto di *ristrutturazione* ai soli interventi senza mutamento di destinazione.

Ma nulla di ciò si rinviene.

3.3. Chiaro, per contro, è lo scopo che il legislatore ha inteso perseguire: quello di garantire l' esistenza di asili nido che assicurino il massimo grado di sicurezza e di migliore fruibilità per gli utenti, nonché di efficienza della struttura.

In questa ottica non è in dubbio che l' intervento proposto dal Comune sia ammissibile a finanziamento

-sia che lo si configuri come *costruzione* di un nuovo asilo, con trasformazione radicale dell' esistente (cioè nel significato più ampio ed a-tecnico del concetto di costruzione),

-sia che lo si configuri come *ristrutturazione* con cambio di destinazione.

E sotto questo aspetto, infatti, non è importante individuare se l' intervento proposto dal Comune rientra nel novero della *costruzione* o della *ristrutturazione*, essendo entrambe queste tipologie di interventi deputate a realizzare un nuovo asilo, o tramite la realizzazione di un nuovo edificio o tramite la trasformazione radicale di quello anteriore.

4. Conferma questa opzione interpretativa anche la lettera delle disposizioni in esame.

4.1. Si annoti che la disposizione di cui all' art. 1, comma 59, della L. 27/12/2019, n. 160, NON si è ancora alla destinazione preesistente, ma alla destinazione finale, laddove prevede il finanziamento degli interventi detti su “*edifici di proprietà dei comuni destinati ad asili nido e scuole dell'infanzia*”.

4.2. Nessuna aggiunta sul punto viene operata, se esattamente letto da questa difesa, dal DPCM 30/12/2020.

4.3. Anche l' avviso (art. 1, comma 1, e art. 2, comma 1) riproduce detta locuzione.

4.4. Ulteriore e decisiva conferma di questa opzione interpretativa la si rinviene nell' art. 5 dell' avviso, ove si dettano i criteri per l' attribuzione dei punteggi ai singoli progetti.

Tra i criteri di attribuzione del punteggio per gli asili nido (art. 5, comma 1, lett. a) figurano, tra altri,

-al n. 4) “*assenza di strutture analoghe nel territorio comunale cioè residente nell'area che rappresenta il bacino d'utenza della struttura*”

-al n. 7) “*delocalizzazione da R4/R3 rischio idrogeologico*”

-al n. 8) “*dismissione fitto passivo*”.

Quelli qui annotati sono evidentemente criteri di attribuzione del punteggio che del tutto prescindono dalla preesistenza della destinazione ad asilo.

Si tengano presenti le ultime due evenienze che chiaramente evocano un contesto nel quale

-vi è un asilo nido esistente,

-la relativa ubicazione viene trasferita in altra struttura (che non è utilizzata come asilo nido).

4.5. In sostanza, nel nostro caso, il participio passato “destinati” individua due categorie di edifici, cioè

-sia gli immobili con destinazione preesistente ad asilo,

-sia gli immobili che verranno *destinati* ad asilo.

Ciò anche tenuto conto, come detto nel paragrafo 3 che precede,

-della previsione dell’ ammissibilità dell’ intervento di *costruzione*, che non può rientrare nella prima categoria,

-della previsione dell’ ammissibilità dell’ intervento di *ristrutturazione*, che, potenzialmente, include entrambe le categorie.

4.6. Alla stregua di quanto precede entrambi gli atti impugnati, la non ammissione ed il rigetto del riesame, siccome fondati su identica interpretazione delle disposizioni qui in esame (il secondo conferma l’ interpretazione espressa nel primo), sono affetti dagli stessi vizi, vale a dire

-la violazione e falsa applicazione dell’ art. 1, commi da 59 a 61, della L. 27/12/2019, n. 160, degli artt. 1, 2 e 3 del DPCM 30/12/2020, degli artt. 1 2 e 3 del decreto 22/03/2021 del Direttore Centrale per la finanza locale del Ministero dell’interno,

-l’ eccesso di potere per carenza di istruttoria e sviamento.

Sulla violazione di legge si è sopra dedotto.

Sull’ eccesso di potere si annota che

-vi è carenza di istruttoria, in quanto gli atti impugnati sono stati adottati senza valutare gli elementi di fatto che ha offerto il Comune,

-vi è sviamento, in quanto gli atti impugnati denotano che la PA ha usato il potere conferito per fini diversi da quelli previsti dalle disposizioni in esame,

---non potendosi immaginare che, se è ammissibile a finanziamento una *nuova costruzione*, non sia ammissibile a finanziamento anche un minus, cioè la trasformazione di un edificio esistente, già con destinazione diversa, allo scopo (asilo nido),

---risultando evidente che la trasformazione di un edificio esistente, con destinazione diversa, ad asilo nido, assolve pienamente lo scopo per il quale il finanziamento è disposto (si avrà comunque un asilo nido nuovo, efficiente e sicuro), con minore dispendio di risorse pubbliche, non essendo necessario l'acquisizione di un area a tal fine.

”
—

Parte seconda : la difesa dell' Avvocatura

L' Avvocatura, chiedendo la reiezione del ricorso, ha incentrato la propria difesa, in particolare, sulla interpretazione palesata dal Ministero con la FAQ del 12/05/2021 (prot. 10708 del 2021), ove si scrive “Per la costruzione di nuovi asili nido, scuole dell'infanzia o centri polifunzionali per la famiglia, ferma restando la comprova delle esigenze didattiche, l'area deve essere di proprietà del comune, libera da vincoli, disponibile e già urbanisticamente destinata alla finalità prevista”.

Parte terza : l' ordinanza qui appellata

Il TAR Lazio, Roma, dopo aver disposto la notificazione per pubblici proclami, regolarmente eseguita, con l' ordinanza 3617/22 ha così motivato la reiezione della misura cautelare

“Rilevato che con il provvedimento gravato il Ministero ha negato l'ammissione al finanziamento di cui all'avviso pubblico approvato con D.M. 22 marzo 2022 del

progetto presentato dal Comune ricorrente per la demolizione e ricostruzione di un edificio da destinare ad asilo nido poiché relativo ad un edificio “censito al catasto in categoria A/3 e A/4 (abitazioni)”.

Considerato che la previsione di cui all’art. 3 del richiamato avviso, laddove ammette a finanziamento gli interventi di costruzione, ristrutturazione, messa in sicurezza e riqualificazione di asili nido, debba essere letta in combinato disposto con la precedente previsione di cui all’art. 2 co.1 la quale dispone che “*Possono presentare richiesta di contributo gli enti locali per il finanziamento di interventi relativi ad opere pubbliche di messa in sicurezza, ristrutturazione, riqualificazione o costruzione di edifici di proprietà dei comuni destinati ad asili nido e scuole dell’infanzia o destinati o da destinare a centri polifunzionali per la famiglia.*”

Ritenuto pertanto che il dato letterale della disposizione da ultimo richiamata nel riferire l’espressione “da destinare” esclusivamente ai centri polifunzionali, sembra delimitare il finanziamento di asili nidi alle sole ipotesi in cui gli edifici interessati dall’intervento abbiano già tale destinazione.”

Parte quarta: le critiche all’ ordinanza

1. Si premette in fatto che risulta incontroverso che
 - il bene per cui è richiesta di finanziamento è del Comune,
 - esso risulta, al momento della domanda, avere destinazione “abitativa”,
 - il Piano particolareggiato del Centro Storico consente di destinarlo ad uso “asilo nido”,
 - il Comune non ha un asilo nido.

2. L’ Ordinanza appellata, rispetto all’ avviso pubblico di cui discute (di seguito *avviso*), da un lato dà conto di un dato esatto, ma da altro lato ne palesa una lettura non convincente.

- 2.1. Il dato esatto è la differenza lessicale tra due previsioni, quella per gli asili nido e quella per i centri polifunzionali per la famiglia.

Effettivamente

- mentre per i centri polifunzionali per la famiglia si scrive *destinati o da destinare*,
- per gli asili nido si usa solo il participio passato *destinati*.

2.2. Non convincente è, invece, l'interpretazione che viene offerta, perché essa, come vedremo,

- confligge con le regole, unitariamente lette, di tutto l'avviso,
- non tiene conto del contenuto e del significato effettuale degli interventi ammessi a finanziamento,
- si pone in contrasto con le finalità che l'avviso, anche alla luce delle disposizioni legislative cui dà esecuzione, persegue.

3. Il tenore letterale dell'avviso, complessivamente considerato.

3.1. Sotto il profilo letterale si tratta di dare un significato al termine "destinati", per comprendere se esso si riferisca solo agli immobili *già destinati* ad asilo, o includa anche *quelli che verranno destinati* ad asilo.

La lettura complessiva dell'avviso depone per la seconda opzione interpretativa.

3.2. Si abbia riferimento alle seguenti disposizioni.

Sia la legge (1, commi 59 e 60, della L. 27/12/2019, n. 160), sia il DPCM 30/12/2020, sia l'avviso (artt. 1, 2 e 3) prevedono, tra quelli finanziabili, interventi di costruzione e di ristrutturazione di asili nido.

Tra i criteri di attribuzione del punteggio per gli asili nido (art. 5, comma 1, lett. a dell'avviso) figurano, tra altri,

-al n. 4) "*assenza di strutture analoghe nel territorio comunale cioè residente nell'area che rappresenta il bacino d'utenza della struttura*"

-al n. 7) "*delocalizzazione da R4/R3 rischio idrogeologico*"

-al n. 8) "*dismissione fitto passivo*".

3.3. Il senso letterale delle disposizioni dell'avviso, se lette nella loro interezza, è chiaro: sono finanziabili gli interventi su immobili *sia già destinati* ad asilo, sia su *quelli che verranno destinati* ad asilo.

Se così non fosse,

a) non sarebbero finanziabili gli interventi

-di costruzione (nuova),

-di ristrutturazione (ove vi sia cambio di destinazione),

b) non figurerebbero tra i criteri di attribuzione del punteggio gli interventi

-di nuova costruzione di asilo nido (ciò chiaramente indica la locuzione “*assenza di strutture analoghe nel territorio comunale*”),

-finalizzati alla delocalizzazione dell’ esistente per *rischio idrogeologico*, che, semplicemente, significa che si trasferisce l’ asilo presso una nuova struttura/costruzione (avente preesistente destinazione diversa), per ragioni di sicurezza,

-per “*dismissione fitto passivo*”, situazione che presuppone che vi sia un asilo nido alloggiato presso immobile di proprietà aliena, che viene trasferito in un NUOVO immobile di proprietà comunale, che certamente NON ha, a monte, la destinazione ad asilo.

3.4. Ne deriva che

-la disposizione del comma 1 dell’ avviso non può essere letta isolatamente, ma congiuntamente con tutte le altre disposizioni,

-da queste emerge una risultanza diversa da quella palesata dal primo Giudice, cioè che sono ammissibili finanziamenti anche per strutture da destinarsi ad asilo nido.

Il dato letterale dell’ avviso, ad onta della diversa (e presumibilmente non ponderata) scrittura delle due fattispecie regolate, depone, quindi, nel senso qui invocato e ciò esimerebbe dalle ulteriori note che seguono.

Esse si aggiungono per consentire di accertare che a questa interpretazione si perviene anche valutando tutti gli ulteriori possibili angoli di visuale.

4. Il senso letterale delle disposizioni va individuato in coerenza con i concetti e gli adempimenti che le singole definizioni evocano in ambito pubblicistico.

4.1. Si muove dal concetto di *costruzione*.

4.1.a. A prescindere dalla definizione di cui all' art. 3 del TUED, è agevole ritenere, in base alle disposizioni sopra richiamate, che per *costruzione* si intenda la edificazione di nuovo edificio destinato allo scopo (cioè ad asilo nido).

4.1.b. Se così è, bisogna porsi nell' ottica dell' ente locale, tenendo conto degli strumenti e delle regole che il legislatore ha fissato per la realizzazione di un nuovo edificio da destinarsi a pubblico servizio.

L' Ente locale può realizzare un nuovo edificio da destinarsi a pubblico servizio, solo se vi sono, a monte, apposite **risorse economiche**, senza le quali nessun procedimento a tal fine può essere avviato.

4.1.c. E' evidente che, senza apposite risorse economiche a disposizione, all' ente locale è inibito avviare la progettazione ed anche acquisire la proprietà dell' area per lo scopo (in questo senso il TUEL ed il Codice dei contratti).

4.1.d. Calando questi naturali principi nel nostro contesto abbiamo le seguenti risultanze:

a) essendo le norme di cui si discute finalizzate al finanziamento degli interventi, **solo l' ammissione a finanziamento** consente al Comune di avviare la realizzazione di un "**nuovo**" asilo nido,

b) per ciò, solo il finanziamento consente all' Ente locale

-di acquisire un' area od un immobile a ciò destinato,

-di realizzare l' opera.

4.1.e. Ne deriva, ulteriormente, che il participio passato "destinati", a differenza di ciò che ritiene il primo Giudice, va riferito **sia agli immobili già destinati ad asilo, sia alle nuove costruzioni che verranno destinate ad asilo.**

4.1.f. Sulla base di quanto precede è chiaro che, aderendo all' opzione interpretativa fatta propria dal TAR Lazio, si avrebbe una conseguenza fortemente

confliggente con le disposizioni in esame, vale a dire la oggettiva preclusione alla “costruzione” di un nuovo asilo nido.

E detta preclusione vi sarebbe ad onta della chiara previsione dell’ ammissibilità a finanziamento della nuova costruzione.

In sostanza l’ unica interpretazione coerente con il testo di legge è quella qui illustrata.

L’ interpretazione alternativa, enunciata nella ordinanza appellata, comporterebbe una implicita parziale abrogazione delle disposizioni in esame (art. 1, commi 59 e 60, della L. 27/12/2019, n. 160- DPCM 30/12/2020, l’ avviso), espungendosi da queste la nuova costruzione.

4.2. Sviluppando i concetti evocati dalle disposizioni in esame, si deve poi ritenere che se è ammissibile la nuova *costruzione*, tanto più lo è la *ristrutturazione*, con cambio di destinazione, costituendo quest’ ultima un intervento “minore” rispetto alla nuova costruzione.

Si aggiunga che

-la ristrutturazione comporta voci di spesa minori rispetto alla nuova costruzione, perché l’ edificio ristrutturando è già di proprietà del Comune e non vi è necessità di finanziare l’ acquisto dell’ area,

-nel concetto di ristrutturazione (artt. 3 e 10 del TUED) è incluso anche il cambio di destinazione (con opere).

Il che conferma, sotto altro profilo, che anche la *ristrutturazione*, con cambio di destinazione, è ammissibile a finanziamento.

4.3. Che entrambi questi interventi (nuova costruzione / ristrutturazione con cambio di destinazione) siano ammissibili a finanziamento è reso palese dai criteri di attribuzione del punteggio per gli asili nido, enunciati nell’ art. 5, comma 1, lett. a) dell’ avviso, richiamati nel punto 3.2 che precede.

Infatti il n. 4) (“*assenza di strutture analoghe nel territorio comunale cioè residente nell’ area che rappresenta il bacino d’utenza della struttura*”), il n. 7) (“*delocalizzazione da R4/R3 rischio idrogeologico*”), il n. 8) (“*dismissione fitto passivo*”) inequivocamente denotano che **il**

nuovo asilo sarà realizzato in una struttura che NON ha destinazione preesistente ad asilo.

4.4. Il rilievo che precede introduce ad un altro tema, non valutato direttamente dal TAR, ma posto a fondamento del diniego da parte del Ministero, che si tratta in sintesi.

Nel diniego si motiva la non ammissibilità a finanziamento, in quanto il bene non ha destinazione preesistente ad asilo.

Si tratta di un assunto non condivisibile.

4.4.a. La previsione dell' avviso va letta alla luce delle considerazioni che precedono, in base alle quali sono ammessi a finanziamento sia la nuova costruzione che la ristrutturazione con cambio di destinazione.

Ritenuti ammissibili questi due interventi, è irrilevante che, al momento della presentazione della domanda per il finanziamento di un “**nuovo**” asilo nido, vi sia o meno compatibilità urbanistica e/o edilizia.

4.4.b. Infatti detta compatibilità vi sarà successivamente,

-o con la formazione dell' atto abilitativo, ai sensi dell' art. 7 del TUED (Attività edilizia delle pubbliche amministrazioni), come nel nostro caso, avendo già il Comune la proprietà del bene,

-o utilizzando previamente anche gli strumenti di cui al DPR 327/01 (TU espropri), ove il Comune non abbia ancora la proprietà del sedime dell' area, nella quale insisterà il nuovo asilo.

Il pretendere, in caso di **nuovo** asilo (o tramite nuova costruzione o tramite ristrutturazione con cambio di destinazione), la compatibilità urbanistica e/o edilizia a monte, cioè al momento della domanda (questo sembra l'assunto del Ministero)

-confliggerebbe apertamente con la finalità delle norme in esame, il cui scopo è di assicurare la realizzazione di strutture che garantiscano il massimo grado sicurezza ed efficienza,

-renderebbe la realizzazione di un “**nuovo**” asilo nido pressoché impossibile, perché, ammesso che vi sia una previsione specifica nello strumento urbanistico comunale (con apposizione di un vincolo preordinato all’ esproprio non decaduto), vi dovrebbe essere anche l’ evenienza, del tutto rimessa al caso, che l’ ente abbia acquisito in proprietà l’ area.

Ma si tratta di un’ ipotesi notoriamente implausibile, atteso che l’ ente locale avvia il procedimento ablativo solo quando ha le risorse occorrenti per l’ esproprio dell’area e la realizzazione dell’ opera pubblica.

4.5. Resta da osservare sul punto che l’ obiezione giuridica espressa dall’Avvocatura (parte seconda che precede) non è pertinente e che il Comune ha proprio i requisiti ivi espressi.

4.5.a. Nella FAQ dal Ministero del 12/05/2021 (prot. 10708 del 2021), come riportato nella difesa dell’ Avvocatura, si scrive “Per la costruzione di nuovi asili nido, scuole dell’infanzia o centri polifunzionali per la famiglia, ferma restando la comprova delle esigenze didattiche, l’area deve essere di proprietà del comune, libera da vincoli, disponibile e già urbanisticamente destinata alla finalità prevista”.

4.5.b. Quindi, secondo il Ministero, oltre alle esigenze didattiche che qui non vengono in considerazione, dovrebbero sussistere i seguenti presupposti di ammissibilità

- a) l’area deve essere di **proprietà del comune**,
- b) l’ area deve essere **libera da vincoli e disponibile**,
- c) l’ area deve essere già **urbanisticamente destinata alla finalità prevista**.

4.5.c. Omesso, per ora, ogni rilievo sul valore di una FAQ, va annotato che, nel nostro caso, sussistono tutti e tre presupposti indicati.

Non sono in discussione i requisiti a) e b).

E nessun dubbio può sussistere anche rispetto al terzo requisito.

Infatti è chiarito nella relazione allegata all’ istanza (doc. 5 pagina 23) e ribadito nell’ istanza di autotutela (PEC del 17.2.22), che sotto il profilo edilizio, l’intervento risulta compatibile “*con il Piano particolareggiato del Centro Storico, in base alla*

disposizione del punto 2.2 delle NTA di detto piano, che permette ivi “la destinazione d’ uso pubblico o di interesse pubblico esclusivamente non residenziale”.

Vi è, quindi, -al momento della presentazione della domanda- destinazione urbanistica coerente con la finalità prevista, atteso che non è in dubbio che la *destinazione d’ uso pubblico* includa anche la realizzazione di un asilo nido pubblico.

5. Il significato delle disposizioni in esame e delle finalità cui assolvono va letto alla luce della norma primaria (art. 1, commi 59 e 60, della L. 27/12/2019, n. 160).

Ove, da ultimo, residui ancora un dubbio interpretativo, esso va risolto tenendo conto della norma primaria e delle finalità ivi enunciate.

Questa esegesi conferma, per altra via, la fondatezza del ricorso del Comune.

5.1. Dai commi 59 e 60 dell’ art. 1 della L. 27/12/2019, n. 160 (richiamati nel punto F.1 del ricorso, sopra trascritto) emerge che

-la legge NON fa cenno alcuno al requisito della preesistenza della destinazione, affermato, invece, dal Ministero, limitandosi la norma (comma 59) ad enunciare gli interventi ammissibili (*messa in sicurezza, ristrutturazione, riqualificazione o costruzione di edifici di proprietà dei comuni destinati ad asili nido*),

-anzi si usa esclusivamente il participio passato *destinati*, con ciò confermandosi l’interpretazione qui invocata,

-gli interventi hanno *lo scopo di rimuovere gli squilibri economici e sociali ivi esistenti, con priorità per le strutture localizzate nelle aree svantaggiate del Paese e nelle periferie urbane* (comma 60).

5.2. Questa essendo la norma primaria, cui l’ avviso dà esecuzione, e quello enunciato essendo lo scopo cui il finanziamento assolve, appare evidente che affermare limitazioni spurie e non aderenti allo scopo è illegittimo.

Il legislatore enuncia con chiarezza lo scopo e, per il suo perseguimento, non pone limitazioni (formali).

Si tratta, se consentito l'uso dell'aggettivo al di fuori dell'ambito nel quale viene normalmente utilizzato, di norma con finalità "*inclusive*": **avere asili nido sicuri ed efficienti a servizio della comunità, allo scopo privilegiando le aree svantaggiate del Paese e le periferie urbane.**

Rispetto a finalità e norme di questa natura (*inclusiva*), non è condivisibile una loro lettura di carattere "*limitativo*", con funzioni "*escludenti*", quale enunciata dal Ministero.

6. Sull'istanza cautelare.

Sul punto vale quanto scritto nel ricorso.

Si chiede l'adozione di misura cautelare che l'Ecc.mo Consiglio di Stato adito riterrà più opportuna.

Tra queste figura quella di consentire la fissazione di udienza ai fini di una sollecita definizione del giudizio nel merito, ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a.

7. Istanza di notifica per pubblici proclami

Come sopra anticipato, con precedente ordinanza 5578/2022, pubblicata in data 4.5.22, ha disposto l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i Comuni inseriti nella graduatoria provvisoria relativa ai finanziamenti di cui all'oggetto, mediante notificazione per pubblici proclami.

L'adempimento è stato eseguito, secondo le modalità impartite nell'ordinanza stessa.

Ritenendo questa difesa che, ai fini della regolare instaurazione del contraddittorio nel presente grado di giudizio cautelare, si debba procedere con identica modalità, essa fa espressa istanza al Giudice di appello adito onde voglia disporre la notificazione per pubblici proclami nei confronti di tutti i Comuni inseriti nella graduatoria provvisoria, stabilendo le regole per la sua esecuzione.

Per tutto quanto dedotto e con ogni più ampia riserva si chiede che l' Ecc.mo Consiglio di Stato adito, in totale riforma dell' ordinanza appellata, voglia accogliere l' istanza cautelare avanzata dal Comune di Montelupone col ricorso introduttivo.

Vinte le spese della fase.

Il sottoscritto difensore dichiara che il presente documento è documento informatico nativo digitale, sottoscritto digitalmente.

avv. Giuseppe Carassai