

Limiti e potenzialità del baratto amministrativo

Fabio Giglioni

*Professore associato di Diritto amministrativo
Università degli Studi Sapienza di Roma*

Riassunto

Nel corso del 2015 molti comuni italiani hanno adottato misure denominate di “baratto amministrativo” attraverso cui le amministrazioni pubbliche hanno riconosciuto agevolazioni o esenzioni fiscali a fronte di impegni per la collettività nella cura di spazi e beni comuni da parte dei beneficiari. Il forte successo dell’iniziativa ha permesso in poco tempo di vedere una significativa varietà di applicazioni. A partire, però, dalla metà del 2016 la Corte dei Conti, sollecitata da alcune amministrazioni, ha cominciato a emanare una serie di pareri negativi e a stabilire i limiti di questa pratica, potenzialmente confliggente con alcuni principi costituzionali. Mentre le autorità di controllo costruivano le condizioni restrittive per rendere possibili il baratto amministrativo, il legislatore ne ha ampliato il campo di applicazione prevedendo la sua inclusione nei partenariati pubblico privati con sollevazione di nuovi e rilevanti dubbi di carattere giuridico con il risultato di aumentare lo stato di incertezza.

Parole chiave: Baratto amministrativo, amministrazione condivisa, partenariato pubblico privato

Abstract. *Limits and Potentials of “Administrative Barter”*

In 2015 a lot of Italian local authorities took measures said as “administrative barter”, through which they gave tax relief provided that the recipients committed themselves to take care of collective urban goods. A very high range of concrete enforcements was recorded in a short time. By contrast, in the second-mid 2016 the Court of Auditors has started to stand an opposite position because of infringement of some Constitutional principles with the result of settling narrow conditions of legality. As check authorities was building the conditions able to make the administrative barter accordant with the Constitution, the legislator has widened the enforcement with the new code of public contracts, by raising fresh and significant legal questions. As a result, the uncertainty of law has been increased.

Keywords: Administrative barter, shared administration, public-private partnership

1. Introduzione al tema

A partire dal 2015 gli organi di informazione hanno dato ampia risonanza a una serie di esperienze sperimentate in sede locale su iniziativa di amministratori pubblici, che, con tipica fantasia giornalistica, sono state ricondotte al c.d. “baratto amministrativo”. Un nuovo sintagma così si è imposto nella pubblicistica e ha avuto un largo successo tra amministratori, addetti alla stampa e anche nei settori più organizzati della società civile.

Il termine sta ad identificare, evidentemente, uno “scambio”, in cui gli enti locali si rendono disponibili a concedere qualcosa ai cittadini a fronte di un impegno assunto per la collettività che gli amministratori rappresentano. L’aggettivo “amministrativo”, che

qualifica il baratto, sta proprio a significare che sul lato degli enti locali la concessione concerne adempimenti di natura tipicamente amministrativa che possono variare dal riconoscimento di agevolazioni per oneri procedurali alla messa a disposizione di professionalità tecniche per la realizzazione di attività a carico dei cittadini aventi un impatto positivo per la comunità, dalla semplificazione di adempimenti procedurali alle gratificazioni onorifiche e altro ancora. Nel baratto amministrativo si registra pertanto una relazione semplice, organizzata sotto forma di una sorta di patto: se i cittadini si impegnano a realizzare qualcosa di utile per la comunità, l'ente locale si rende disponibile a sostenerlo secondo varie forme. Le finalità ricondotte a queste esperienze sono molteplici e non sempre perfettamente coincidenti: si possono rintracciare intenti di semplificazione o di costruzione di relazioni più friendly con le amministrazioni pubbliche o, perfino, si investe sulla capacità di sostituzione dei cittadini alle amministrazioni per fronteggiare la penuria di risorse pubbliche, ma anche – e al contrario – si perseguono obiettivi di collaborazione per il governo degli interessi generali che seguono percorsi innovativi senza far venir meno la responsabilità delle pubbliche amministrazioni. Insomma, dietro l'etichetta del baratto amministrativo non si eseguono solo esperienze varie, ma si perseguono anche obiettivi molto diversificati.

A fronte di questa varietà potenziale dell'applicazione del baratto amministrativo, non può essere negato che il ricorso più frequente che si è registrato è quello che è stato fondato sull'agevolazione o, addirittura, esenzione di natura fiscale, in applicazione, in modo particolare, dell'art. 24, d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. "Sblocca Italia"), convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164. La disposizione di legge prevedeva, infatti, che a fronte di iniziative assunte dai cittadini, singoli o associati, per la valorizzazione di una limitata zona del territorio urbano o extraurbano (si tratta, più in particolare, di interventi di pulizia, manutenzione, abbellimento di aree verdi, piazze, strade ovvero interventi di decoro urbano, di recupero e riuso, con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati) i comuni possano assicurare agevolazioni o esenzioni di natura fiscale. In effetti, gli amministratori locali hanno dimostrato di apprezzare molto questa

norma ed è proprio la sua applicazione che ha generato l'uso del nuovo sintagma di baratto amministrativo.

L'ampio successo della locuzione lessicale ha finito per coinvolgere anche il legislatore nazionale che ha deciso di rubricare così l'art. 190, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il c.d. "Codice dei contratti pubblici e delle concessioni". L'art. 190 d.lgs. n. 50/2016, peraltro, oltre a "materializzare" per la prima volta in un testo di legge questo sintagma, riproduce, in gran parte, sotto il profilo contenutistico, nonché letterale, il disposto di cui all'art. 24, l. n. 164/2014.

Per completezza, occorre, inoltre, ricordare che il concetto di baratto amministrativo è stato molto spesso impiegato per una fattispecie particolare: molte amministrazioni locali, infatti, ne hanno ristretto l'ambito di applicazione soggettivo ai cittadini gravati da un debito fiscale. In questo modo, gli enti locali hanno utilizzato il baratto amministrativo per sostenere chi è in debito con comuni e non riesce a onorare gli obblighi. In questa ulteriore declinazione il baratto amministrativo si configura quale strumento di sostegno sociale, rivolto a quei cittadini che si trovano in oggettive difficoltà nell'adempimento dei propri doveri di contribuenti. Questa peculiare declinazione del baratto amministrativo offre al cittadino una duplice possibilità di scelta: pagare il proprio debito fiscale nei modi e nelle forme ordinarie previste dalla legge oppure scambiarlo con attività positive da esercitare nei confronti della comunità, che consentono l'applicazione di uno sconto o, addirittura, l'annullamento del debito fiscale.

2. Problemi di ordine giuridico

La sintetica ricostruzione delle vicende ricondotte al baratto amministrativo restituisce un'immagine assai variegata delle esperienze, che partono dall'applicazione di una specifica norma ma che poi seguono rivoli molto eterogenei. Non mancano, tuttavia, interrogativi giuridici sulla piena legittimità di queste esperienze.

Il primo problema, che considererei il più profondo e rilevante, riguarda proprio la relazione che il baratto sottende di là dalle concrete manifestazioni che esso produce. Per le esperienze storico giuridiche dei paesi europei continentali di civil law, ancor più se segnate da un ordine costituzionale, il baratto amministrativo presuppone una condizione di libertà delle pubbliche amministrazioni che è difficilmente riscontrabile nel concreto. In altre parole, se il baratto corrisponde a uno scambio, si deve assumere che i soggetti di questo scambio agiscano in piena autonomia disponendo liberamente dei mezzi a propria disposizione. Se questa è senz'altro la condizione "naturale" dei soggetti privati, non altrettanto lo è per i soggetti pubblici, i cui obblighi di imparzialità, trasparenza e buon andamento, esigono che le scelte siano orientate da vincoli giuridici fissati per legge. Le pubbliche amministrazioni, in altre parole, sono prima di tutto tenute a osservare il principio di legalità e la libertà, che è presupposta nello scambio per baratto, può essere esercitata solo entro circoscritti e dettagliati limiti.

La circostanza è aggravata nei casi finora segnalati dal fatto che, pur a fronte di una norma di riferimento legislativa, l'applicazione è stata – come già rilevato – molto eterogenea. Si pensi, al riguardo, che molti amministratori locali hanno declinato il baratto amministrativo quale mero strumento di agevolazione o esenzione di natura fiscale, dando luogo, altresì, a forme giuridiche applicative piuttosto libere al riguardo: alcuni, infatti, hanno adottato dei regolamenti di portata generale su cui fondare le agevolazioni; altri – la maggior parte – si sono limitati ad adottare delle delibere puntuali.

Senza contare che, con riferimento all'applicazione che si sostanzia attraverso agevolazioni ed esenzioni fiscali, è riscontrabile anche un rilevante limite costituzionale, consistente nella indisponibilità formale dei tributi da parte degli enti locali: a norma dell'art. 23 Cost., sussiste, infatti, una riserva di legge (relativa) in materia, che circoscrive fortemente l'ambito di intervento dell'ente locale (Perrone, 2015). Oltretutto, alcune delle richiamate deliberazioni presentano un contenuto estremamente specifico, come a prefigurare un patto tra l'amministrazione e il cittadino, contravvenendo, così, al disposto di cui all'art. 24, l. n. 164/2014, in forza del quale il baratto amministrativo deve essere

preceduto da una deliberazione di carattere generale, volta ad individuare i criteri e le condizioni necessarie all'esplicarsi delle iniziative della comunità. Come è noto si tratta di un'esigenza che prescinde anche dallo specifico dato positivo, dal momento che esiste un principio generale dell'ordinamento che esige l'adozione di criteri preliminari per la concessione di agevolazioni o benefici economici a privati (art. 12, legge 8 agosto 1990, n. 241) (Lariccia, 2011).

Un altro problema giuridico di carattere generale nell'applicazione della norma riguardava anche l'individuazione dei beneficiari, visto che la disposizione ammetteva sia i singoli sia i soggetti associativi, senza però fornire al riguardo indicazioni ulteriori su come ripartire le agevolazioni per i soggetti collettivi. Il profilo problematico riguardava – ancora una volta – l'esatta corrispondenza dei principi di carattere tributario con riferimento a questa tipologia di soggetti.

A fronte di problemi così grandi ha sorpreso la facilità con la quale l'“Associazione nazionale dei comuni italiani” (Anci), per il tramite della propria fondazione “Istituto per la finanza e l'economia locale” (Ifel), ha avallato queste esperienze, soprattutto per le materiali circostanze in cui tale orientamento è maturato. Infatti, nel corso dell'ottobre 2015 l'Ifel ha diramato due comunicazioni nel breve corso di una settimana: nella prima, quella del 15 ottobre, la comunicazione aveva espresso una serie di cautele nell'applicazione dell'art. 24. l.n. 164/2014, che appena una settimana dopo, il 23 ottobre, erano nella sostanza fugate. Il cambio di orientamento in così breve tempo sembra addebitabile a pressioni che evidentemente gli amministratori pubblici, in particolare i sindaci, hanno esercitato verso un istituto che godeva del loro pieno consenso, finendo dunque per sovrapporre valutazioni politiche a più ponderate riflessioni tecniche.

3. L'intervento della Corte dei conti e la ricostruzione di alcune coordinate giuridiche di compatibilità

In questo contesto merita di essere segnalato l'intervento della Corte dei conti, sezione regionale di controllo per l'Emilia Romagna, con la deliberazione n. 27/2016/PAR, che peraltro ha trovato autorevoli conferme nelle deliberazioni di altre sezioni regionali nel corso dell'anno (sez. Veneto, n. 313/2016/PAR; sez. Lombardia, n. 313/2016/PAR). Il parere era stato sollecitato dal comune di Bologna proprio allo scopo di fare chiarezza sul corretto regime di applicazione del baratto amministrativo.

Il parere fornito dalla sezione regionale si è incentrato, prevalentemente, su tre aspetti principali, peraltro, tra loro interrelati (Arena, 2016a): il richiamo al rispetto delle forme e delle condizioni applicative del baratto amministrativo; il contributo all'interpretazione dell'art. 24, l. n. 164/2014; la netta chiusura verso letture restrittive del baratto amministrativo, inteso come strumento di agevolazione e/o esenzione rivolto ai debitori fiscali.

In ordine al primo aspetto, la Corte dei conti ribadisce l'importanza del principio dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria e dunque la necessità che le ipotesi di agevolazione fiscale debbano essere precedute da deliberazioni di carattere generale (come, tra l'altro, si evinceva già dalla lettura dell'art. 24, l. n. 164/2014 e oggi dall'art. 190, d.lgs. 20/2016) di natura regolamentare, volte, più in particolare, a delimitare le condizioni e i criteri applicativi di questo strumento. In tal senso, assume rilevanza la specificazione dei requisiti e dei criteri richiesti ai soggetti destinatari della disciplina, che, a norma dell'art. 24, l. n. 164/2014, sono i cittadini singoli e associati.

Il secondo aspetto preso in considerazione dalla Corte dei conti attiene alla necessità di concepire l'agevolazione quale strumento ad efficacia limitata nel tempo, come, peraltro, già indicava l'art. 24, l. n. 164/2014, ma che spesso non è stata osservata nelle esperienze concrete. Secondo il giudice contabile, infatti, la natura fortemente circostanziata che consente l'uso promozionale del fisco non può essere conciliata con un regime di favore che prescinde da condizioni temporali determinate. Si noti, peraltro, che nella nuova formulazione della norma, all'art. 190, d.lgs. 50/2016, il limite temporale è stato rimosso dal legislatore in evidente contraddizione con il parere ricordato.

Sempre con riferimento ad una corretta interpretazione dell'art. 24, l. n. 164/2014, la Corte dei conti si pronuncia, in ultimo, sulla ipotesi di restringimento dell'ambito di applicazione soggettivo della disciplina concernente il baratto amministrativo a quei soggetti qualificati come debitori fiscali, che ha avuto, come già rilevato, dei risvolti applicativi concreti da parte di diverse amministrazioni locali. In tal senso, la Corte dei conti esclude in maniera netta la possibilità di configurare una siffatta ipotesi, in ragione di due considerazioni: nel caso di specie, non sussisterebbe una stretta correlazione tra tributi agevolati e/o esentati e le attività poste in essere dai cittadini, che è da ritenere, invece, necessaria; inoltre, l'agevolazione e/o l'esenzione determinerebbero un danno di tipo erariale, perché produttive di effetti non positivi sugli equilibri di bilancio, dal momento che i debiti fiscali risultano già allocati nel bilancio dell'ente locale tra i residui attivi. In questo ultimo punto sono ricavabili così due ulteriori elementi, uno di carattere generale e uno applicabile specificatamente all'ipotesi del baratto amministrativo rivolto ai debitori fiscali. Il primo si aggiunge ai rilievi generali già ricordati: la agevolazioni fiscali sono ammesse nel limite della loro piena corrispondenza tra attività richiesta e beneficio applicato, ai sensi anche dell'art. 52, d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446. Il secondo, invece, è decisivo per negare del tutto quel tipo di applicazione del baratto amministrativo: l'inequivocabile danno erariale che l'agevolazione provocherebbe.

Alle considerazioni della Corte dei conti si possono aggiungere altre valutazioni. Nello specifico, l'estensione dell'ambito di applicazione soggettivo della norma sul baratto amministrativo ai debitori fiscali è da ritenere illegittima se, come nel caso di specie, non sussiste una espressa previsione normativa che lo consenta. Il debitore fiscale, in effetti, configura una fattispecie soggettiva specifica e differente rispetto a quella generale di cittadino, singolo o associato. Ciò lo si evince, in particolare, dal limitato grado di libertà imputabile ai debitori fiscali rispetto ai cittadini, cui, invece, è riconosciuta un'assoluta libertà di scelta circa le possibili azioni da intraprendere per la promozione e/o valorizzazione del territorio. I debitori fiscali, infatti, sebbene posti in una condizione di scelta tra il pagamento del tributo e l'esercizio di una determinata attività a favore della

collettività, rimangono pur sempre dei soggetti obbligati giuridicamente nei confronti dell'amministrazione e forme di agevolazione sono consentite solo se precipuamente previste per legge.

Ciò detto, il parere reso dalla Corte dei conti si presta ad essere assunto come riferimento per la corretta applicazione dell'art. 24, l. n. 164/2014 (ora anche art. 190, d.lgs. 50/2016), fugando alcuni significativi dubbi interpretativi alimentati durante i mesi trascorsi. Rileva, in particolare, il passaggio nel quale l'art. 24, l. n. 164/2014 viene concepito dal giudice contabile quale applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, c. 4, Cost. «in quanto consente alle comunità di cittadini di partecipare alla gestione dei servizi relativi alla cura e alla valorizzazione del territorio». In questo senso, il baratto amministrativo si configura legittimo solo quando le attività esercitate a beneficio della comunità sono espressione di una scelta libera, spontanea, come recita d'altra parte la disposizione costituzionale che fa riferimento alle «autonome iniziative dei cittadini». Ne consegue, pertanto, l'esclusione dei debitori fiscali dal novero dei soggetti legittimati ad avvalersi di questo strumento nei rapporti con l'amministrazione.

4. I regolamenti comunali per la cura e condivisione dei beni comuni urbani

Quanto appena rilevato si salda perfettamente con un'altra esperienza che i comuni italiani stanno maturando a partire dal 2014. Mi riferisco all'approvazione dei regolamenti inerenti alla gestione condivisa dei beni comuni urbani, diffusisi in un centinaio di comuni italiani a partire dall'adozione del "Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e rigenerazione dei beni comuni urbani", da parte del comune di Bologna il 22 febbraio 2014 (Labsus, 2015). Si noti, infatti, che tale fattispecie regolamentare disciplina le forme di collaborazione che comuni e cittadini possono assumere attraverso i cosiddetti Patti di collaborazione per la cura e gestione condivisa di beni comuni urbani, quali aree verdi, spazi, edifici, beni in disuso o degrado ecc. Esiste,

pertanto, tra questi regolamenti e l'art. 24, l.n. 164/2014, ora anche art. 190, d.lgs. 50/2016, una potenziale contiguità nell'oggetto della disciplina, anche se i regolamenti comunali si fanno preferire per una serie di ragioni.

In primo luogo, i regolamenti comunali soddisfano il requisito richiamato anche dalla Corte dei conti di essere un provvedimento normativo di carattere generale, dove sono definiti esattamente le condizioni e le modalità con cui il sostegno dei comuni viene assicurato ai cittadini. Peraltro, occorre notare che nell'ambito della disciplina prevista dai regolamenti comunali sono individuate forme di agevolazione e sostegno da parte degli enti locali che hanno anche natura fiscale, similmente a quanto previsto nell'art. 24, l. n. 164/2014. Così, ad esempio, il regolamento di Bologna (al pari di molti altri regolamenti "gemelli") riconosce ai cittadini attivi la possibilità di fruire agevolazioni fiscali, in applicazione dell'art. 52, d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, che è anche richiamato dalla Corte dei conti nel suo parere. Inoltre, significativamente, i regolamenti comunali non limitano le forme di sostegno alle sole agevolazioni fiscali: sono previsti, infatti, attribuzioni di beni in natura, messa a disposizione di expertise tecniche, onorificenze, sostegno alla raccolta di finanziamenti di origine privata, ecc.; tutte modalità che attenuano i problemi giuridici già sollevati.

In secondo luogo, la relazione giuridica che riguarda comuni e cittadini è – nel caso dei regolamenti comunali citati – fondata su un esplicito patto autodeterminato, dove sono fissate le condizioni del rapporto di collaborazione (Arena, 2016b). Diversamente dalle esperienze andate sotto il nome di baratto amministrativo che sono fondate esclusivamente su delibere comunali, i patti di collaborazione presuppongono una costruzione partecipata della relazione giuridica, in cui i cittadini sono parte attiva non solo perché chiamati a realizzarli, ma perché ne sono spesso l'ispirazione, co-progettano gli interventi, determinano essi stessi le condizioni da rispettare. Si stabilisce, in altre parole, una relazione tendenzialmente paritaria. Infine, deve essere notato che, diversamente dal baratto amministrativo, la finalità dei regolamenti comunali è inequivoca: si tratta di una disciplina che intende promuovere la collaborazione tra comuni e cittadini dove, da un lato, non c'è

alcun arretramento da parte delle pubbliche amministrazioni e delle loro responsabilità e, dall'altro, ha una funzione di stimolo e promozione della cittadinanza attiva. Non dovrebbe dunque sfuggire che l'esclusiva finalità dei regolamenti comunali è quella di incentivare la cittadinanza attiva e le stesse agevolazioni fiscali, che i regolamenti prevedono, svolgono una funzione promozionale. Non è richiesta dunque una corrispondenza tra quanto dovuto e quanto concesso, che è la logica del baratto amministrativo; si prevedono agevolazioni perché s'intende favorire il coinvolgimento attivo dei cittadini per l'interesse generale. La logica dei regolamenti è, dunque, solidale; quella del baratto, come applicato nella maggior parte dei casi, è invece economica (Giglioni, 2015).

Infine, si noti che alla base dei regolamenti comunali non vi è alcuna legge. I regolamenti comunali per i beni comuni urbani sono espressione di due norme costituzionali: l'art. 117, c. 6, che stabilisce l'autonomia regolamentare dei comuni e l'art. 118, c. 4, che definisce il principio di sussidiarietà costituzionale. Il che significa che i comuni in questo caso concreto si mettono in connessione direttamente con la costituzione utilizzando gli spazi di autonomia giuridica che questa concede loro. La legittimazione è offerta così dalla costituzione e dal principio di sussidiarietà orizzontale che si pone come principio aperto e disponibile a raccogliere le esperienze sociali di collaborazione, attribuendo loro una valenza giuridica. Il principio di legalità è così rispettato sia pure in forme nuove: non è inteso solo come principio di conformità a norme di legge, ma come conformità all'ordine e ai valori stabiliti dalla costituzione che i comuni interpretano secondo autonomia (Pioggia, 2012). Naturalmente questo implica che i comuni possono dare diverse concrete applicazioni ma il dato non appare preoccupante. Infatti, scorrendo i quasi cento regolamenti comunali si può intanto scorgere una sostanziale omogeneità dei testi che rendono limitate le differenze; la differenziazione si registra principalmente nei patti di collaborazione che riflettono realmente gli interventi concreti che si vanno realizzando, senza che ciò faccia venire meno le analogie dei regolamenti generali di disciplina. Inoltre, la differenziazione, oltre a essere diventata essa stessa un principio generale dell'ordinamento, rispecchia correttamente le differenze nei territori sia istituzionali sia

sociali e, pertanto, appare un valore da preservare. Infine, non vengono meno le forme di responsabilità da parte di comuni e cittadini per la sola applicazione del regolamento: su di essi potrà agire con forza uniformante la giurisprudenza in sede di controllo.

In quest'ottica si è indotti a ritenere che il baratto amministrativo possa trovare concreta espressione nell'ordinamento interno solo se si salda con un'idea di "amministrazione condivisa" – mutuando l'espressione utilizzata da Gregorio Arena (Arena, 1997) – nell'ambito della quale i cittadini sono assunti come una risorsa aggiuntiva dell'amministrazione per la risoluzione di interessi generali, non, invece, in chiave strumentale, come spesso è avvenuto con riferimento ai debitori fiscali. Questo è proprio ciò che viene realizzato attraverso i regolamenti dei beni comuni urbani.

5. L'ingresso del baratto amministrativo nel codice dei contratti pubblici e delle concessioni

Un supplemento di osservazioni merita il recente inserimento dell'istituto del baratto amministrativo nel codice dei contratti pubblici e delle concessioni. Benché la norma sia nella sostanza analoga (anche se non identica) all'art. 24, l. n. 164/2014, l'inserimento all'interno di un testo normativo che aspira ad avere una sua coerenza intrinseca presenta problemi interpretativi significativi. Se ne segnalano alcuni.

Il baratto amministrativo è inserito nel Titolo I, parte IV, del codice, intitolato il Partenariato pubblico privato e, ai sensi proprio dell'art. 190, si configura come uno speciale istituto, detto di «partenariato sociale». In questo senso il baratto amministrativo costituisce una variante nazionale della disciplina dei contratti e delle concessioni che, come è noto, è invece ampiamente condizionata dalle norme disposte dalle direttive comunitarie (2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE). Le ragioni che hanno indotto il legislatore a inserire il baratto tra le forme di partenariato sono probabilmente dovute ad alcune analogie di massima: la destinazione degli interventi e delle azioni verso beni a uso o di proprietà

pubblica, l'onere di realizzazione a carico di privati anche su loro stessa primordiale iniziativa, l'alleviamento del carico degli oneri per le pubbliche amministrazioni. Tuttavia, a fronte di queste analogie vi sono anche elementi che fanno dubitare sull'opportunità di questa scelta, visti i problemi interpretativi che solleva.

Il principale dubbio interpretativo origina proprio dalla natura dei contratti di partenariato: secondo il codice, infatti, si tratta di contratto «a titolo oneroso per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore» (art. 3, c. 1, lett. eee)). L'inclusione del baratto amministrativo tra le forme di partenariato pubblico privato, pur con l'originalità già segnalata di configurarsi come partenariato sociale, dovrebbe comportare la conseguenza di configurare la relazione in termini di contratto oneroso scritto, caratterizzato dall'allocazione dei rischi a carico dei privati. Si è visto, però, che finora il baratto amministrativo non è stato rappresentato né in termini di contratto, tanto meno scritto, né in termini di assunzione di rischi da parte del privato.

Si potrebbe obiettare, però, che il baratto amministrativo possa essere configurato come partenariato atipico e quindi le varianti sarebbero idonee non tanto a smentire la natura di partenariato quanto a identificare i profili di unicità del partenariato sociale. Una tesi di questo tipo potrebbe trovare fondamento nell'art. 180, c. 8, codice dei contratti pubblici e delle concessioni, che include nei partenariati pubblico privati «la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentano le caratteristiche di cui ai commi precedenti», lasciando aperta dunque la possibilità di includere ulteriori fattispecie. Tuttavia, anche

trascurando il fatto che il baratto amministrativo è comunque disciplinato dal codice così che sia difficile considerare atipica una tal figura, resta il fatto che la norma a fattispecie aperta condiziona la configurazione di altre forme di partenariato alla verifica del rispetto delle caratteristiche descritte nell'art. 180, in cui costanti sono i riferimenti alla valutazione dell'allocazione del rischio a carico del privato, prevalentemente sottoforma di rischio di domanda, e all'equilibrio economico finanziario dell'iniziativa che può sostanziarsi anche nel riconoscimento di contributi pubblici parziali a corresponsione di un prezzo. Insomma, è evidente che la tipologia dei partenariati pubblico privati esige l'applicazione di elementi e condizioni che sono del tutto estranei al baratto amministrativo (D'Alessandro, 2016).

Ancora adesso l'art. 190, codice dei contratti pubblici e delle concessioni, prevede che il sostegno assicurato dagli enti locali configuri come agevolazioni o esenzioni di tributi, che non hanno nulla a che vedere con la commisurazione di un prezzo, né assumono il rischio come valore fondante del beneficio. Potrebbe al limite essere ipotizzato che le agevolazione fiscali a cui fa riferimento l'art. 190 riguardino i soli contributi richiesti sottoforma di tariffa amministrativa, ma una tale interpretazione, oltre a restringere significativamente il campo di applicazione del baratto amministrativo, non sarebbe esente dai limiti e dai condizionamenti che il menzionato parere della Corte dei conti aveva già individuato. D'altra parte è la stessa natura della corresponsione dell'agevolazione o dell'esenzione dei tributi come forma di sostegno a rendere del tutto inconferente il baratto amministrativo dai partenariati pubblico privati, anche volendo accettare l'idea che siano da considerare contratti atipici.

Si aggiunga che le difficoltà interpretative per offrire un quadro coerente di interpretazione sono aggravate dall'evidente sottrazione del baratto amministrativo alle esperienze di sussidiarietà orizzontale, perché l'art. 189, codice dei contratti pubblici e delle concessioni, rubrica in tal modo altre fattispecie, diverse dal baratto amministrativo. Sicché le coordinate giuridiche prima menzionate – che avrebbero potuto consentire una costruzione adeguata dell'istituto nel rispetto dei principi costituzionali – sono qui escluse a priori per scelta del legislatore. Vale peraltro la pena osservare che, comunque, anche le

ipotesi rubricate come Interventi di sussidiarietà orizzontale nell'art. 189, presentano le stesse difficoltà interpretative del baratto amministrativo perché sono anch'esse tutte fondate sul riconoscimento delle agevolazioni fiscali e quindi i rilievi appena ricordati rispetto alla coerenza con l'istituto del partenariato pubblico privato possono essere ripetuti.

In sostanza, appare profondamente diversa la natura dei due partenariati: quello pubblico privato è oneroso e tiene in equilibrio le esigenze di natura pubblicistica con gli interessi di natura privata che sono ben presenti nel contratto, mentre quello sociale ha un'evidente e preminente finalità pubblica tanto che si sostanzia in agevolazioni di natura tributaria. Nel partenariato pubblico privato è dirimente la verifica costante della permanenza di un rischio significativo a carico dei privati nella realizzazione di un intervento, nel partenariato sociale è un elemento discrezionale la verifica dell'uso a fini pubblici dell'oggetto su cui intervengono i privati. Da un punto di vista sistematico appare più corretto ricostruire in termini di accordo di diritto pubblico i partenariati sociali ai quali dovrebbe adottarsi, sia pure come norma di principio, l'art. 11, l.n. 241/1990, e non le disposizioni sui contratti pubblici. La natura dei due istituti appare irrimediabilmente diversa.

Infine, si sottolineano alcuni effetti contraddittori che l'introduzione del baratto amministrativo nei partenariati pubblico privati produce. Infatti, tale inclusione comporta anche l'applicazione delle regole generali in materia di selezione dei contraenti e, soprattutto, di affidamento dell'intervento, che sono previste per il partenariato e per le concessioni e che sono molto più rigorose e rigide di altre disposizioni, quali ad esempio i contratti di sponsorizzazione (art. 19), la realizzazione di opere pubbliche a spese del privato (art. 20) o le ipotesi di interventi per garantire la fruizione pubblica del patrimonio culturale della nazione (art. 151, c. 3). È così evidente la formazione di un paradosso: il baratto amministrativo viene irrigidito, segue regole più rigorose di altre fattispecie che sono catalogate tra quelle di appalto che sono del tutto estranee alle ipotesi di collaborazione pubblico privata. A ciò si aggiungano anche le conseguenze che l'introduzione del baratto nel codice comporta in termini di azionamento degli strumenti di rimedi giurisdizionali e di vigilanza da parte dell'Anac, la cui azione – come è noto – è tesa a verificare

esclusivamente l'economicità, la concorrenza e la trasparenza delle procedure, profili – cioè – che hanno un rilievo non esclusivo nelle esperienze di baratto amministrativo.

6. Conclusioni

La disamina condotta traccia un percorso assai confuso della storia del baratto amministrativo. Una storia giovane che, per certi versi, pare di successo, visti i terreni guadagnati sia sul piano dell'applicazione pratica sia sul piano normativo, ma che man mano che progredisce manifesta anche debolezze e incertezze che suggeriscono maggiori cautele nel suo utilizzo.

In una prospettiva generale, comunque, il ricorso al concetto di baratto amministrativo è da considerare inopportuno, perché richiama alla mente un modello di relazione tra cittadino e amministrazione improntato allo scambio, allo schema logico del “do ut des”, senza tuttavia presentare i tratti idonei per configurarlo come un vero e proprio contratto di partenariato. In questo senso, appare auspicabile promuovere un modello relazionale differente, concepito sulla base del principio di sussidiarietà orizzontale, in cui l'ente pubblico si contraddistingue per incentivare e sostenere iniziative libere, positive e virtuose dei cittadini a beneficio della collettività, inverando quel “diritto promozionale” sostenuto da Norberto Bobbio (1969) quale efficace schema di riferimento entro il quale collocare l'azione dei pubblici poteri.

In conclusione, non può non essere evidenziata l'importanza del parere fornito dalla Corte dei conti, in quanto consente una corretta interpretazione dell'art. 24, l. n. 164/2014, e permette di evidenziarne gli elementi (positivi) di saldatura con i regolamenti sulla gestione condivisa dei beni comuni, prefigurando un modello relazionale improntato sul principio di sussidiarietà orizzontale. Resta da capire come tutto questo possa essere tenuto in coerenza con l'introduzione del partenariato sociale nel codice dei contratti pubblici e delle concessioni, dal momento che tale scelta ha reso il quadro disciplinare profondamente

confuso e insuscettibile di un'interpretazione che ne assicuri coerenza complessiva. Siamo di fronte così al paradosso di dover sollecitare un nuovo intervento del legislatore, pur consapevoli che è proprio il suo attivismo, spesso poco accorto e ponderato, l'origine di tanta incertezza.

Bibliografia

- Arena G. (1997). Introduzione all'amministrazione condivisa. *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 117-118: 29.
- Arena G. (2016). *Perché la Corte dei conti dice di no al baratto amministrativo*. Testo disponibile all'indirizzo web: <http://www.labsus.org/2016/04/la-corte-dei-conti-dice-no-al-baratto-amministrativo-2/> (10/10/2016).
- Arena G. (2016). Democrazia partecipativa e amministrazione condivisa. In Valastro A., a cura di, *Le regole locali della democrazia partecipativa. Tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*. Napoli: Jovene.
- Bobbio N. (1969). Sulla funzione promozionale del diritto. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4: 1312.
- D'Alessandro D. (2016). *Un commento agli artt. 189 e 190 del nuovo Codice dei contratti pubblici*. Testo disponibile all'indirizzo web: <http://www.labsus.org/2016/05/codice-dei-contratti-pubblici-art-189-e-190/> (10/10/2016).
- Giglioni F. (2015). *Le ragioni per dire no al baratto amministrativo*. Testo disponibile all'indirizzo web: <http://www.labsus.org/2015/12/le-ragioni-per-dire-no-al-baratto-amministrativo/> (10/10/2016).
- Labsus (2015). *Rapporto Labsus 2015 sull'amministrazione condivisa dei beni comuni*. Testo disponibile all'indirizzo web: http://www.labsus.org/wp-content/themes/Labsus/media/Rapporto_Labsus_2015_Amministrazione_condivisa_dei_beni_comuni.pdf (10/10/2016).

- Lariccia S. (2011). I provvedimenti attributivi di vantaggi economici. In Sandulli M.A., a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*. Milano: Giuffrè.
- Perrone A. (2015). *Si possono ridurre i tributi per premiare i cittadini attivi?* Testo disponibile all'indirizzo web: <http://www.labsus.org/2015/06/si-possono-ridurre-tributi-per-premiare-cittadini-attivi/> (10/10/2016).
- Pioggia A. (2012). Giudice amministrativo e applicazione diretta della costituzione. Qualcosa sta cambiando? *Diritto pubblico*, 1: 79.