

CAPITOLO IX
IL PARTENARIATO SOCIALE

LUCA CAIANIELLO

1. Il partenariato sociale nel quadro del partenariato pubblico privato contrattuale

L'espressione 'partenariato sociale' è utilizzata dal Consiglio di Stato (si cfr. il parere del Consiglio di Stato 1 aprile 2016, n. 855) per definire peculiari forme di Ppp (Partenariato pubblico privato) disciplinate agli articoli 189 (rubricato «Interventi di sussidiarietà orizzontale») e 190 (rubricato «Baratto amministrativo») del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (il c.d. nuovo codice dei contratti pubblici) caratterizzate dal loro ridotto rilievo economico e rilevante impatto sociale.

La disciplina delle forme di partenariato sociale richiamate agli articoli 189 e 190, d.lgs. n. 50/2016, trova collocazione nell'ambito delle disposizioni del capo quarto. Qui, in particolare, assumono rilevanza le disposizioni di cui agli articoli 180, 181 e 182, d.lgs. n. 50/2016, in quanto recano – riprendendo le parole del Consiglio di Stato – «un archetipo generale del (P)artenariato pubblico privato contrattuale» (Pppc) nel cui quadro è possibile ricomprendere anche le forme di partenariato in esame.

Tali forme di partenariato sono ascrivibili, dunque, al modello partenariale 'contrattuale', che – come specificato nel Libro verde del 30 aprile 2004 «relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni» adottato dalla Commissione europea (Com(2004) 327) – si distingue da quello 'istituzionalizzato', in quanto fondato essenzialmente sul (mero) legame contrattuale tra le parti, quella pubblica e quella privata, non implicando la creazione di un'entità terza per il soddisfacimento dei comuni interessi.

Sul punto, si precisa che, ai sensi dell'art. 3, c. 1, lett. eee), d.lgs. n. 50/2016, il Pppc è un contratto a titolo oneroso attraverso il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono ad uno o più operatori economici, attività concernenti la realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione di un'opera in cambio di un particolare corrispettivo, che può consistere nella sua disponibilità o nel suo sfruttamento economico ovvero nella fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa.

In tal senso, le forme di partenariato sociale, al pari delle altre forme tipizzate di Ppp di cui all'art. 180, c. 8 (la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche e il contratto di disponibilità) sono configurate, in generale, quali contratti a prestazioni corrispettive o sinallagmatici, ove la parte privata, selezionata con procedure ad evidenza pubblica, sopporta, altresì, oneri di rilievo, afferenti, in particolare, al finanziamento di gran parte delle iniziative e all'assunzione dei relativi 'rischi operativi'.

Ciò premesso, è ora necessario focalizzare l'attenzione sugli articoli 189 e 190, d.lgs. n. 50/2016.

Al riguardo, si rammenta, tuttavia, che le disposizioni normative in oggetto, sebbene figurino per la prima volta nell'ambito della disciplina sui contratti pubblici, non costituiscono una novità in senso assoluto per l'ordinamento interno, in quanto riproducono, talvolta in maniera speculare, altre disposizioni di rango legislativo, oggi per lo più abrogate a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici.

Questa circostanza impone di tenere conto anche di siffatta normativa (pregressa) in quanto, presentando elementi comuni (o, comunque, di sostanziale prossimità) agli articoli 189 e 190, d.lgs. n. 50/2016, arricchisce il quadro giuridico di riferimento per la comprensione del fenomeno del partenariato sociale.

Similmente, riveste interesse la giurisprudenza intervenuta su tale normativa, i cui ragionamenti possono essere in gran parte validamente assunti con riferimento alla disciplina in esame.

Fondamentale, inoltre, il richiamo a quella giurisprudenza (consultiva) della Corte dei conti già intervenuta sulle nuove disposizioni di cui agli articoli 189 e 190, d.lgs. n. 50/2016, in modo particolare sul tema del baratto amministrativo.

2. Gli interventi di sussidiarietà orizzontale

L'art. 189, d.lgs. n. 50/2016 prevede due distinte fattispecie di partenariato sociale: la «gestione diretta delle aree e degli immobili» disciplinata al comma 1 e la «realizzazione di opere di interesse locale» disciplinata ai commi 2, 3, 4 e 5.

La disciplina di cui all'art. 189, c. 1, d.lgs. n. 50/2016 riconosce in capo alla pubblica amministrazione la possibilità di affidare a soggetti privati la gestione «per quanto concerne la manutenzione» di «aree riservate al verde pubblico urbano e gli immobili di origine rurale, riservati alle attività collettive sociali e culturali di quartiere [...] ceduti al comune nell'ambito delle convenzioni e delle norme previste negli strumenti urbanistici attuativi, comunque denominati» (con esclusione, tuttavia, degli immobili ad uso scolastico o abitativo) nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento.

Tale disciplina promuove, pertanto, l'instaurazione di rapporti partenariali funzionali alla valorizzazione ovvero riqualificazione di taluni spazi pubblici, in specie le aree verdi, quali parchi, giardini o prati pubblici e gli immobili rurali, conformemente a quanto prescrive la disciplina urbanistica vigente.

Si noti, al riguardo, che la norma riprende talune disposizioni della l. 14 gennaio 2013, n. 10, recante «Norme per lo sviluppo degli spazi verdi urbani» (in specie, i commi 4, 5 e 6 dell'art. 4, ora abrogati per effetto dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici); tale legge, che rappresenta una fondamentale fonte giuridica per la tutela, promozione e riqualificazione degli spazi verdi pubblici, costituisce, perciò, un utile riferimento per la completa e sistematica comprensione della fattispecie in esame.

L'ambito soggettivo di applicazione di tale fattispecie è circoscritto ai cittadini residenti nei comprensori delle richiamate convenzioni, afferenti ai beni e/o alle aree oggetto di interesse, che costituiscono un consorzio pari ad almeno il sessantasei per cento della proprietà di lottizzazione. A questi, in particolare, la norma riconosce, sulla scorta di un principio di 'prossimità territoriale', un diritto di prelazione per il soddisfacimento non mediato dei propri interessi, che può essere, altresì, facilitato dalle autorità pubbliche competenti – nella fattispecie le regioni e i comuni – attraverso la messa a disposizione di idonei incentivi, in specie di natura fiscale (vi è, infatti, un espresso richiamo alla eventuale riduzione di tributi).

La seconda fattispecie, disciplinata all'art. 189 c. 2, 3, 4 e 5 prevede che gruppi di cittadini organizzati possano formulare all'ente locale territoriale competente «proposte operative di pronta realizzabilità, nel rispetto degli strumenti urbanistici vigenti o delle clausole di salvaguardia degli strumenti urbanistici adottati, indicandone i costi e i mezzi di finanziamento, senza oneri per l'ente medesimo» volte alla realizzazione di opere di interesse locale, riguardanti anche immobili sottoposti a tutela storico-artistica o paesaggistico-ambientale. In quest'ultimo caso, tuttavia, trovano applicazione le disposizioni del codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, nonché quelle disposizioni di rango legislativo che subordinano la realizzazione degli interventi al previo rilascio di pareri ovvero autorizzazioni. In tali circostanze, l'ente locale è chiamato a 'provvedere' sulla proposta avanzata dai richiamati gruppi di cittadini, fornendo loro prescrizioni mirate e assistenza, anche in collaborazione con altri soggetti, in particolare, enti e uffici interessati.

Il disposto è certamente applicabile ove l'istanza di parte trovi accoglimento entro il termine di conclusione del procedimento, fissato a sessanta giorni. In questo caso, infatti, l'autorità pubblica locale dispone l'approvazione della proposta, adottando una deliberazione, che tiene conto, altresì, delle fasi essenziali del procedimento di realizzazione dell'opera e dei relativi tempi di esecuzione. Conseguentemente, l'opera, una volta realizzata, viene «acquisit(a) a titolo originario al patrimonio indisponibile dell'ente competente». Tuttavia, nel caso in cui decorra infruttuosamente il termine di conclusione del procedimento, la proposta si intende respinta, dando luogo all'ipotesi del c.d. 'silenzio-rifiuto'. La norma, dunque, vincola il buon esito dell'iniziativa di parte all'adozione di un espresso e puntuale atto di assenso da parte dell'ente locale.

La disciplina normativa prevede, poi, che la realizzazione delle opere locali non determini oneri fiscali e amministrativi a carico del gruppo attuatore (eccezion fatta per l'imposta sul valore aggiunto) e che le spese sostenute per la formulazione delle proposte e la realizzazione delle opere siano detraibili dall'imposta sul reddito dei soggetti che le hanno sostenute.

Da notare, inoltre, la previsione che riconosce in capo agli enti locali la possibilità di adottare appositi regolamenti volti a disciplinare compiutamente la fattispecie, con particolare riferimento alle richiamate attività e processi.

Si tenga presente che tale disciplina, come quella poc'anzi esaminata, non ha portata innovativa sul piano dell'ordinamento generale. In questo caso, il precedente normativo è rinvenibile nell'art. 23, c. 1, 2, 3 e 4, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2, oggi abrogato, per effetto della entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici. Proprio in merito all'interpretazione di tale articolo, significativamente rubricato «Detassazione dei microprogetti di arredo urbano o di interesse locale operati dalla società civile nello spirito di sussidiarietà» è intervenuta l'importante sentenza del Tar Puglia, Bari, sez. III, 5 dicembre 2013, n. 1642, che offre un'efficace sintesi della disciplina in parola.

Secondo quanto sostenuto dai giudici amministrativi, ci si riferisce ad un procedimento speciale, improntato sul principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, c. 4, cost., volto alla realizzazione di opere di interesse locale (concernenti, nel caso di specie, la realizzazione di spazi attrezzati per le riunioni condominiali e per l'esercizio di pratiche di culto) per le quali non trova applicazione la disciplina generale di cui al d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 (recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia») che impone il rilascio del permesso di costruire.

La sentenza, peraltro, assume rilevanza perché riconosce nella convenzione stipulata tra il soggetto pubblico e il soggetto privato lo strumento utile alla regolazione delle «fasi essenziali del procedimento di realizzazione e i tempi di esecuzione» dell'opera.

3. Il baratto amministrativo

L'art. 190, d.lgs. n. 50/2016, che 'materializza' per la prima volta l'espressione 'baratto amministrativo' in un testo di legge di diritto interno, presenta una disciplina assai simile a quella di cui all'art. 24, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla legge 11 novembre 2014, n. 164 (il c.d. decreto 'Sblocca Italia') peraltro ancora in vigore.

Come rilevato dalla sezione regionale di controllo per la Lombardia della Corte dei conti (si cfr. la deliberazione 6 settembre 2016, n. 225, che richiama la deliberazione 24 giugno 2016, n. 172) infatti, il disposto di cui all'art. 190, d.lgs. n. 50/2016 riprende «in massima parte le espressioni testuali del precedente art. 24 del d.l. n. 133 del 2014» completando, tuttavia, l'istituto in esame e «attraendolo nella materia dei contratti pubblici di partenariato sociale».

Stando a quanto riportato nell'art. 190, d.lgs. n. 50/2016, il baratto amministrativo si sostanzia in un contratto di partenariato sociale attraverso il quale l'ente territoriale riconosce in capo alla generalità dei cittadini il diritto di esercitare attività di vario genere legate al proprio territorio (ci si riferisce ad attività di cura, valorizzazione, rigenerazione e gestione di spazi e/o immobili) finalizzate al soddisfacimento di interessi generali, che danno luogo, altresì, a riduzioni e/o esenzioni fiscali; queste ultime, in particolare, sono concepite «in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini».

Ai fini dell'applicabilità dell'istituto, la norma impone all'ente territoriale la previa adozione di apposite deliberazioni che fissino i criteri e le condizioni per la realizzazione dei contratti.

Il disposto in esame prevede, inoltre, che la realizzazione dei contratti – aventi ad oggetto, più precisamente «la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati» – sia diretta conseguenza dell'attivazione dei cittadini, singoli e associati, che presentano, al riguardo, idonei progetti in relazione ad un preciso ambito territoriale.

La norma prevede, poi, che gli enti locali individuino le riduzioni e/o le esenzioni fiscali in relazione alla tipologia degli interventi ovvero delle attività svolte.

Sul piano applicativo, occorre notare che la disciplina sul baratto amministrativo ha dato luogo a interpretazioni non univoche, che hanno ingenerato, nondimeno, dubbi sulla legittimità di taluni interventi da parte delle amministrazioni locali. Si è assistito, infatti, a soluzioni anche sensibilmente diversificate tra di loro sia per quanto concerne la scelta degli strumenti di recepimento della disciplina in esame

(regolamenti amministrativi ovvero deliberazioni di carattere puntuale) sia con riferimento al loro relativo ambito di applicazione.

Ai fini esplicativi, pare, allora, utile riprendere alcune considerazioni svolte dalla giurisprudenza contabile, confermate in diverse pronunce.

In primo luogo, in base a siffatta giurisprudenza, gli interventi attuativi in materia di baratto amministrativo posti in essere dalle autorità competenti devono fondarsi su disposizioni di legge (nel caso di specie sull'art. 190, d.lgs. n. 50/2016) sulla scorta del principio dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria'.

In secondo luogo, il baratto amministrativo non può essere oggetto di deliberazioni di carattere puntuale, ma necessita di un'ampia cornice legale di riferimento, riconducibile, a norma dell'art. 52, d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, allo strumento regolamentare, che ne disciplini 'condizioni' e 'criteri' applicativi.

In tale quadro, è, inoltre, necessario che l'autorità pubblica competente ammetta riduzioni e/o esenzioni tributarie temporanee e strettamente connesse alle attività esercitabili dai cittadini, al fine di prevedere gli effetti derivanti dal mancato o ridotto gettito, scongiurando, così, ipotesi di 'danno erariale'. Da ciò ne consegue, in particolare, l'impossibilità di riconoscere riduzioni e/o esenzioni fiscali ai contribuenti insolventi per debiti pregressi.

4. Note di sintesi sul partenariato sociale e sulle sue principali criticità

Le disposizioni relative alle tre figure di partenariato sociale esaminate presentano elementi caratteristici comuni, sostanzialmente perché legittimano taluni soggetti della società civile a prendersi cura degli spazi in cui vivono, riconoscendo loro, altresì, un regime fiscale di favore, previsto tassativamente nelle ipotesi di realizzazione di opere di interesse locale e di baratto amministrativo e in modo facoltativo nel caso della gestione diretta delle aree verdi e degli immobili.

Come precisato, inoltre, si tratta di fattispecie già previste nell'ordinamento interno, che, nondimeno, risultano ora configurate nella cornice del Pppc di cui al nuovo codice dei contratti pubblici.

Al riguardo, è possibile svolgere alcune considerazioni conclusive.

In particolare, emergono taluni elementi di incoerenza e sovrapposizione nella normativa vigente che prestano il fianco a qualche critica.

Si pensi, da un lato, all'impossibilità di ricondurre l'agevolazione e/o esenzione fiscale ad una delle forme di corresponsività previste nell'art. 3, c. 1, lett. eee), d.lgs. n. 50/2016; dall'altro, alle fattispecie di cui agli articoli 189, c. 1 e 190, d.lgs. n. 50/2016, con particolare riferimento alle previsioni che ammettono interventi per la gestione di determinate aree (verdi) ed immobili, le quali, pur essendo sostanzialmente coincidenti, risultano assoggettate ad una disciplina differente, che chiama in causa, altresì, soggetti pubblici e privati distinti: in un caso, le regioni, i comuni e solo taluni cittadini; in un altro, gli 'enti territoriali' e la generalità dei cittadini (singoli e associati).

Un simile quadro normativo rischia di alimentare equivoci sul piano applicativo, minando, in particolare, il principio della 'certezza del diritto', che implica la conoscibilità e prevedibilità delle norme giuridiche da osservare.

In una prospettiva più generale, inoltre, suscita perplessità la scelta di aver configurato le fattispecie in esame nel quadro della disciplina del Pppc prevista nel nuovo codice dei contratti pubblici, connotandole quali (meri) contratti a prestazioni corrispettive (dunque a titolo oneroso): suddette fattispecie, infatti, richiamano alla mente forme di collaborazione sociale tra soggetti pubblici e soggetti privati, diffuse sul territorio nazionale ed estranee a logiche eminentemente economiche, che avrebbero potuto suggerire una diversa soluzione dal punto di vista normativo.