

Baratto amministrativo

L'estensione ai crediti di natura extra tributaria dell'istituto del "baratto amministrativo" ex art. 190, D.Lgs. n. 50/2016

di Samantha Zebri - Avvocatura Civica del Comune di Bologna

La Sezione delle Autonomie della Corte dei conti, nell'adunanza del 20 gennaio 2020 si è autorevolmente espressa (n. 2/sezaut/2020/QMIG) sulla possibilità di far rientrare nell'ambito di operatività dell'istituto del baratto amministrativo (di cui all'art. 190, D.Lgs. n. 50/2016) i crediti di natura extra-tributaria.

L'antefatto

Con deliberazione n. 357/2019/QMIG la Sezione regionale di controllo per la Lombardia, in riferimento alla richiesta di parere presentata da un Sindaco, aveva rimesso al Presidente della Corte dei conti (1) una questione di massima riguardante l'estensione (da parte dell'Ente locale, in sede di esercizio della potestà regolamentare prevista dall'art. 190, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50) del c.d. baratto amministrativo anche ai crediti di natura extra-tributaria connessi all'erogazione di servizi pubblici o prestazioni a domanda individuale.

La suddetta questione di massima - successivamente rimessa all'esame della Sezione autonomie - concerneva la possibilità o meno di "estendere riduzioni/ esenzioni del cd. baratto amministrativo anche ai 'canoni' (di occupazione suolo pubblico, di polizia idraulica, etc.) oltre che ai tributi locali, posto che l'art. 190 D.Lgs. 50/2016 fa riferimento solo ad entrate tributarie [...] non menzionando espressamente le entrate locali aventi natura sinallagmatica e non prettamente tributaria".

Il richiamato art. 190, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) dispone: "Gli enti territoriali possono definire con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti

di partenariato sociale, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione ad un preciso ambito territoriale. I contratti possono riguardare 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. In relazione alla tipologia degli interventi, gli enti territoriali individuano riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione ovvero comunque utili alla comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa".

Secondo il Comune istante la disposizione normativa sarebbe suscettibile di applicazione analogica, "stante la natura sinallagmatica che contraddistingue tipicamente i canoni (trattandosi di corrispettivi che l'utente deve versare a fronte di uno specifico servizio/concessione prestata dall'Ente locale, diversamente dalla generalità che caratterizza i tributi locali da versarsi a fronte della prestazione di servizi c.d. indivisibili) nonché stante il diverso rango dell'entrata pubblica relativa, di natura meramente patrimoniale".

(1) Ai sensi dell'art. 17, comma 31, D.L. 1° luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla Legge 3 agosto 2009, n. 102, e

dell'art. 6, comma 4, D.L. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con modificazioni dalla Legge 7 dicembre 2012, n. 213.

La Sezione regionale di controllo per la Lombardia, nella propria deliberazione di rimessione, ha ricostruito il quadro di riferimento richiamando l'indirizzo ermeneutico fatto proprio nell'ambito dell'attività consultiva con le deliberazioni del 17 giugno 2016, n. 172/2016/PAR, depositata il 24 giugno 2016, e n. 225/2016/PAR, depositata il 6 settembre 2016.

La precedente deliberazione n. 172/2016

Con il primo parere (172/2016/PAR) era stata affermata la necessità di “distinguere fra le ipotesi in cui gli Enti locali possono accordare agevolazioni tributarie, da quelle in cui le agevolazioni riguardano il pagamento di debiti di natura extra tributaria”.

Conformandosi ad un precedente della Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna (deliberazione n. 27/2016/PAR del 23 marzo 2016), era stata esclusa, altresì, “la possibilità di consentire che l'adempimento di tributi locali, anche di esercizi finanziari passati confluiti nella massa dei residui attivi dell'ente medesimo, possa avvenire attraverso una sorta di *datio in solutum* ex art. 1197 c.c. da parte del cittadino debitore che, invece di effettuare il pagamento del tributo dovuto, ponga in essere una delle attività previste dalla norma e relative alla cura e/o valorizzazione del territorio comunale. La Sezione ritiene che tale ipotesi non solo non rientrerebbe nell'ambito di applicazione della norma in quanto difetterebbe il requisito dell'inerenza tra agevolazione tributaria e tipologia di attività svolta dai soggetti amministrati, elementi che, peraltro, devono essere preventivamente individuati nell'atto regolamentare del comune, ma potrebbe determinare effetti pregiudizievoli sugli equilibri di bilancio considerato che i debiti tributari del cittadino sono iscritti tra i residui attivi dell'ente”.

Con riferimento ai crediti di natura extra tributaria, connessi con l'erogazione di servizi pubblici o di prestazioni a domanda individuale, si era invece affermato che: “in linea di principio, la natura disponibile di tali crediti discende dalla capacità generale dell'Ente locale, nel senso della piena capacità di diritto privato dell'Ente locale, alla luce del principio normativo scolpito nell'art. 1, comma 1-bis della Legge 7 agosto 1990 n. 241, secondo cui ‘la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge non disponga altrimenti’”. Conseguentemente, ad avviso della Sezione di controllo per la Lombardia, “l'assenza di una norma specifica di divieto, unitamente alla carenza di una

previsione legislativa speculare all'art. 190 del D.Lgs. n. 50/2016, fa propendere il Collegio per l'applicazione, alla tematica in esame, del principio generale previsto dall'art. 1, comma 1-bis della Legge n. 241/1990, laddove il credito dell'Ente locale rivesta natura extra tributaria, salva la qualificazione dell'entrata extra tributaria come indisponibile e salva la previsione legale della sua destinazione, in tutto o in parte, ad altro ente pubblico o allo Stato”. L'assunto troverebbe “omologa copertura costituzionale nel disposto dell'art. 118 Cost. che ha introdotto i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza nell'attribuzione delle funzioni amministrative alle autonomie locali”.

Ad ulteriore conforto di tale assunto, la medesima Sezione precisava che: “La gestione delle entrate extra tributarie soggiace, al pari delle altre entrate, ai principi in tema di equilibri e di vincoli di bilancio, affinché sia scongiurato il rischio di diminuzione di entrate derivante da politiche espansive sul baratto amministrativo, il quale deve essere concepito quale strumento sussidiario e complementare per assicurare forme di partenariato sociale, nel rispetto della salvaguardia dei vincoli e degli equilibri finanziari dell'Ente locale. In attuazione dei vigenti principi di legalità finanziaria, l'Ente locale dovrà, pertanto, predeterminare fattispecie tipizzate, quali forme latamente compensative per l'adempimento di debiti extra tributarie, basate sulla sostituzione della prestazione personale in luogo del pagamento dell'originaria obbligazione pecuniaria. L'attività personale sostitutiva non può che estrinsecarsi su base volontaria al servizio della collettività di riferimento. Sotto il profilo contabile, la quantificazione in termini monetari della prestazione sostitutiva dovrà essere predeterminata e congruamente correlata alla natura dell'attività da svolgere, secondo criteri obiettivi riferibili alla durata della prestazione (oraria o giornaliera) o al risultato da raggiungere, con previsione degli oneri riflessi, anche di tipo assicurativo e antinfortunistico. L'amministrazione dovrà porre in essere gli strumenti di controllo necessari ad assicurare che la prestazione sostitutiva sia effettivamente eseguita e/o che il risultato prefissato sia completamente raggiunto, prima di procedere alla contabilizzazione dell'*utilitas* a sgravio, compensazione o riduzione del credito extra tributario”.

Su tali basi, gli interventi di “perimetrazione” del baratto amministrativo troverebbero adeguata attuazione “nella predisposizione di appositi bandi pubblici che, sotto il profilo soggettivo, individuino aprioristicamente i beneficiari ammessi alle

prestazioni sostitutive secondo criteri neutrali, idonei a graduare le situazioni di disagio sociale (ad es. mediante certificazione ISEE) o di difficoltà economica derivante da eventi non colposi (ad es. morosità incolpevole per perdita di attività lavorativa); e che, sotto il profilo oggettivo, delimitino gli ambiti, i tempi e i modi di resa dell'attività socialmente utile o del servizio”.

La riscossione agevolata, la riduzione e, in *extrema ratio*, l'esenzione dal pagamento del credito extra tributario potrebbe, infine, riguardare “il montante del debito pregresso secondo modalità che comunque garantiscano la correlazione fra quanto dovuto e la prestazione sostitutiva da eseguirsi a beneficio della collettività, a condizione che tali forme di baratto amministrativo non arrechino un vulnus agli equilibri di bilancio dell'Ente locale e non generino fenomeni elusivi dell'adempimento di obbligazioni regolarmente contratte dal cittadino con l'amministrazione di riferimento”.

La precedente deliberazione 225/2016

Con il secondo parere n. 225/2016/PAR, la sezione regionale di controllo per la Lombardia, dopo aver ribadito che il baratto amministrativo “necessita di previa regolamentazione a carattere generale, riveste natura temporanea (con progetti finalizzati), ambiti territoriali limitati e non può riguardare i debiti tributari pregressi”, aveva precisato che lo stesso è utilizzabile “nei soli casi nei quali l'Ente locale ha preliminarmente disciplinato l'istituto, i casi concreti di attuazione, la tipologia di crediti ai quali applicarlo, la natura e l'individuazione dei lavori e servizi, nonché le modalità di individuazione dei soggetti che possono avvalersi dell'istituto. In sostanza, deve escludersi che il singolo cittadino, anche se insolvente incolpevole, possa proporre l'effettuazione di interventi che non rientrino nella programmazione dell'Ente locale, potendosi effettuare unicamente le attività già previste e finanziate in bilancio, con successiva regolarizzazione contabile”.

Nello stesso parere si evidenziava che il baratto amministrativo, così come disciplinato dalla recente legislazione, “opera su un piano diverso dagli istituti del codice civile della *datio in solutum* e della transazione”, i quali “...sono utilizzabili dall'Amministrazione pubblica in base alla capacità di agire riconosciuta dall'ordinamento, con le limitazioni

e le cautele richieste dalle regole della contabilità pubblica e dai principi di organizzazione dell'attività amministrativa risultanti dall'art. 97 della Costituzione”.

Il contrasto tra Sezione regionale Lombardia e Sezione regionale Veneto

La Sezione regionale di controllo per la Lombardia ha rilevato il contrasto di tali pareri con l'orientamento espresso al riguardo dalla Sezione regionale di controllo per il Veneto, che con deliberazione n. 313/2016/PAR aveva escluso l'applicabilità dell'istituto in esame alle entrate extratributarie “alla luce del chiaro dettato della norma”.

Questa difformità di orientamento tra le due Sezioni di controllo ha comportato quindi la remissione degli atti al Presidente della Corte dei conti (2).

Ai fini della definizione della questione di diritto da rimettere alle valutazioni del Presidente della Corte dei conti, la Sezione regionale di controllo per la Lombardia ha ritenuto che il quesito formulato dal Comune istante, benché formalmente limitato alla riduzione o esenzione di “canoni” di occupazione di suolo pubblico o di polizia idraulica, andasse ricondotto, più genericamente, alle “entrate locali aventi natura sinallagmatica e non prettamente tributaria”. Pertanto, la Sezione, ritenendo “di poter qualificare la atecnica espressione ‘canoni’, con quella entrate di natura extra-tributaria qualificabili come entrate patrimoniali (ossia, escluse le entrate extra tributarie derivanti dall'emissioni di debito pubblico)”, ha formulato la questione di massima nei seguenti termini: “se in sede di esercizio della potestà regolamentare prevista dall'art. 190 D.Lgs. n. 50/2016 l'Ente locale possa prevedere l'applicabilità dell'istituto del c.d. baratto amministrativo per la riduzione e/o estinzione di crediti di natura extra tributaria, connessi all'erogazione di servizi pubblici o di prestazioni a domanda individuale”.

Il nodo da sciogliere

La questione di massima sollevata dalla sezione regionale di controllo per la Lombardia riguarda l'istituto del partenariato sociale definito “baratto amministrativo”, di cui all'art. 190, D.Lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), sulla cui base gli enti territoriali possono consentire la compensazione (in tutto o in parte) di un credito tributario in

(2) Ai sensi dell'art. 17, comma 31, D.L. 1° luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla Legge 3 agosto 2009, n. 102, e dell'art. 6, comma 4, D.L. n. 174/2012.

funzione della realizzazione di un intervento di utilità sociale effettuato a cura ed a spese dei contribuenti. La Sezione Autonomie è stata quindi chiamata a dirimere il contrasto insorto tra i suddetti orientamenti:

1) da una parte quello della sezione regionale lombarda, che sostiene l'estensibilità dell'istituto del baratto amministrativo anche ai crediti non tributari, valorizzando l'autonomia negoziale della Pubblica amministrazione nei limiti del rispetto dei parametri della parità di trattamento di medesime situazioni soggettive, della trasparenza dell'azione amministrativa e degli equilibri di bilancio;

2) dall'altra quello della sezione regionale veneta, che limita l'applicabilità dell'istituto ai soli tributi locali, valorizzando il dato letterale della norma in esame.

In questi termini, la questione attiene alla materia della contabilità pubblica e rientra effettivamente nella competenza della giustizia contabile, visto che riguarda problematiche inerenti all'esercizio del potere regolamentare degli enti territoriali da cui discende la corretta individuazione dei limiti di applicazione dei contratti di partenariato sociale, con riflessi sull'acquisizione delle entrate e sulla gestione del patrimonio suscettivi di ricadute sugli equilibri economici e finanziari dell'ente.

Il baratto amministrativo

Per agevolare la partecipazione delle comunità locali in materia di tutela e valorizzazione del territorio, l'art. 190, D.Lgs. n. 50/2016 concede agli enti territoriali la facoltà di definire con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti di partenariato sociale riguardanti la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso di aree e beni immobili inutilizzati. In relazione a tale tipologia di interventi, gli enti territoriali "individuano riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta ... in un'ottica di recupero del

valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa".

L'art. 190 ha riprodotto - attraendola nella materia dei contratti pubblici di partenariato sociale - la fattispecie disciplinata dal precedente art. 24, D.L. 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. Sblocca Italia) (3) quale particolare modalità applicativa del principio di "sussidiarietà orizzontale" (4) sancito dal quarto comma dell'art. 118 Cost. (a tenore del quale: "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà") e teso a valorizzare l'autonomia, la libertà e la responsabilità dei privati cittadini, sia come singoli sia come associati, in ambiti di interventi che incidono sulle realtà sociali a loro più vicine, benché in settori che, in passato, venivano considerati nella competenza esclusiva degli apparati amministrativi.

Sussidiarietà orizzontale e partecipazione attiva dei cittadini nella gestione dei beni comuni sono ad oggi i principi ispiratori degli artt. 189 e 190 del nuovo Codice dei contratti pubblici (rubricati, rispettivamente, "Interventi di sussidiarietà orizzontale" e "Baratto amministrativo"). Si tratta di norme inquadrate tra i contratti di partenariato pubblico-privato, in cui - come osserva la stessa Sezione Autonomie nella pronuncia in commento - la previsione di una riduzione degli obblighi tributari a fronte della prestazione del privato è sufficiente a qualificare l'accordo raggiunto fra le parti come un contratto a titolo oneroso, in quanto capace di coprire i costi della prestazione con i ricavi derivanti dal beneficio fiscale. L'intrinseco rilievo economico dell'attività del privato giustifica, dunque, l'inquadramento di entrambe le ipotesi normative nell'ambito del c.d. partenariato sociale, una particolare forma di contratto di partenariato avente ad oggetto un'attività che deve essere finalizzata al perseguimento di una utilità sociale per la collettività territoriale di riferimento.

(3) Convertito con modificazioni in Legge n. 164/2014 e successivamente abrogato dalla lett. m) dell'art. 129, D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (recante disposizioni correttive dell'art. 217, D.Lgs. n. 50/2016).

(4) Principio richiamato dall'art. 11, comma 2, lett. f), D.Lgs. 14 marzo 2011, n. 2, che, ai fini dell'introduzione dell'Imposta municipale secondaria, stabiliva che "i comuni, con proprio regolamento da adottare ai sensi dell'articolo 52 del citato decreto legislativo n. 446 del 1997, hanno la facoltà di disporre esenzioni ed agevolazioni, in modo da consentire anche una più piena valorizzazione della sussidiarietà orizzontale, nonché ulteriori modalità applicative del tributo".

Analoga fattispecie era contenuta nell'art. 4, Legge 14 gennaio 2013, n. 10, in materia di sviluppo degli spazi verdi urbani, mentre, per la realizzazione di opere di interesse locale, la relativa disciplina era dettata dall'art. 23, D.L. 29 novembre 2008, n. 185 (norme entrambe abrogate nel 2016 con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti).

Anche l'art. 3, ultimo comma, del TUEL (e prima di esso l'art. 2, comma 5, Legge n. 265/1999) prevede, in via generale, che i Comuni svolgano le funzioni di cui sono titolari secondo il principio di "sussidiarietà orizzontale", operando "anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonomia iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali".

Le caratteristiche del baratto amministrativo

L'art. 190, D.Lgs. n. 50/2016, quale espressione del principio di sussidiarietà orizzontale, appare diretto a regolare le modalità di soddisfazione degli interessi comuni e individuali su cui può incidere la partecipazione attiva dei cittadini: gli stessi giudici della Sezione autonomie evidenziano, nelle premesse della pronuncia in commento, come in tal modo i cittadini non conseguano un guadagno in senso proprio, ma al più una riduzione degli obblighi tributari in misura corrispondente al valore dell'opera o del servizio prestati.

Come a dire: le attività di interesse generale che possono essere svolte dai privati in virtù del principio di sussidiarietà orizzontale sono, fondamentalmente, attività autonome "disinteressate", nel senso che non hanno come obiettivo la realizzazione di interessi privati, ma di interessi collettivi.

Deve quindi trattarsi di prestazioni:

- non aventi carattere industriale/commerciale;
- svolte per finalità non lucrative (come ad es. i servizi sociali alla persona non suscettibili di prestazioni standardizzate o le attività di tutela di beni comuni come l'ambiente, la cultura, l'integrazione, lo sport).

La Sezione autonomie individua chiaramente la "causa" del contratto di partenariato sociale ("baratto amministrativo") nell'osservare come la finalità sociale di carattere non lucrativo dell'istituto (ricavabile dallo stesso tenore letterale dell'art. 190 laddove precisa che il baratto opera "...in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini ...") realizzi la funzione solidaristica attraverso uno scambio in natura ("baratto") tra una prestazione d'opera o di servizi da parte del cittadino e la rinuncia (totale o parziale) all'esercizio di una potestà impositiva da parte dell'ente pubblico (funzione economica), evitando al primo di pagare un debito tributario in denaro ed al secondo di pagare in denaro un'opera o un servizio.

L'interesse tutelato dalla norma risiede, in tale ottica, nella partecipazione attiva dei cittadini alla cura, al recupero ed allo sviluppo dei beni comuni.

Per tali giudici quindi:

a) la "causa" del contratto di cui all'art. 190 del Codice si concretizza nel regolare le ipotesi e le condizioni in cui i contribuenti possono offrire spontaneamente il loro impegno a svolgere, in via sussidiaria e complementare, attività o servizi a carattere indivisibile a fronte di una riduzione o di una esenzione tributaria;

b) sono invece da ricondursi a meri "motivi" le possibili ulteriori funzioni riconducibili all'istituto del baratto amministrativo, come ad esempio il sensibilizzare le persone ad aver cura dei beni comuni, il radicare nelle comunità territoriali forme di cooperazione e rapporti di fiducia tra le istituzioni locali e i cittadini, il valorizzare la personalità e la dignità dei partecipanti, l'aiutare cittadini in difficoltà o categorie sociali svantaggiate ad assolvere ai propri doveri di contribuenti, l'aiutare i Comuni con ridotta disponibilità di risorse ad assolvere alle loro funzioni).

Entro quest'ambito funzionale, come chiarito dalla Sezione delle autonomie in una propria precedente deliberazione (n. 26/SEZAUT/2017/QMIG), gli enti pubblici sono "chiamati a favorire l'estrinsecarsi dell'attività privata finalizzata alla realizzazione di dette esperienze intervenendo in funzione 'sussidiaria'. Ogni qualvolta ciò sia possibile, il soggetto privato deve essere preferito, privilegiato e, quindi, sussidiato nello svolgimento dell'attività di interesse generale attraverso opportune attività di programmazione, coordinamento, controllo, promozione e, eventualmente, anche gestione. L'articolo 118 Cost. limita, infatti, l'esercizio delle competenze locali e dispone che gli enti territoriali interpretino in positivo il loro ruolo sussidiario rispettando e favorendo tali forme di assunzione di responsabilità (...). Naturalmente, resta nell'autonomia del legislatore accompagnare l'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale con l'individuazione di strumenti di vigilanza e di controllo a protezione delle esigenze collettive che i privati perseguono. Tuttavia, benché il principio di sussidiarietà orizzontale non si presti ad essere applicato in assenza di una norma di legge che gli dia attuazione, è altrettanto vero che le norme costituzionali di principio debbono (nei limiti del possibile) essere applicate direttamente, anche in mancanza di una interposizione legislativa, in quanto le stesse vincolano l'esercizio della funzione amministrativa nell'ambito del margine di discrezionalità spettante alle autorità pubbliche. Sotto tale profilo, il principio di sussidiarietà opera alla pari di altri principi costituzionali che regolano l'attività della pubblica amministrazione, quali i principi di legalità, imparzialità e buon andamento".

La materia tributaria

La materia tributaria, come sancito dall'art. 23 Cost., è soggetta a riserva ("relativa") di legge per quanto concerne le norme che disciplinano i presupposti e l'ammontare del tributo (*an* e *quantum* della prestazione); con legge ordinaria resta sempre possibile

assegnare a fonti di rango inferiore l'integrazione di aspetti secondari della disciplina (ne è un esempio l'art. 52, D.Lgs. n. 446/1997 in materia di potere regolamentare dei Comuni/Province in materia di tributi locali).

La suddetta riserva riguarda non solo le norme impositive, ma anche quelle agevolative, in quanto anch'esse incidenti sui presupposti dell'*an* e *quantum* del tributo integrandone gli elementi essenziali (rif. Corte cost. sent. n. 123/2010).

Nell'esercizio della funzione regolamentare e attuativa dei rapporti tributari deve essere assicurato l'effettivo rispetto del principio di eguaglianza, in particolare attraverso il rispetto del principio di capacità contributiva (art. 53, comma 1, Cost.) e di imparzialità nell'azione della Pubblica Amministrazione (art. 97, comma 2, Cost.).

La riserva di legge (con la necessaria previsione dell'obbligazione tributaria in disposizioni di legge imperative vincolanti sia per l'ente impositore che per il contribuente) e la necessità di rispettare i suddetti principi costituzionali determina il carattere di indisponibilità dell'obbligazione tributaria, ossia la necessità per l'ente impositore di esercitare i poteri conferitigli senza alcun potere discrezionale.

Come affermato dalla Sezione regionale di controllo per la Lombardia, con parere n. 140/2018/PAR, "il principio dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria risulta derogabile, nel nostro ordinamento, soltanto in forza di disposizioni di legge eccezionali (come tali da interpretarsi restrittivamente) che, nel rispetto del principio di legalità e operando un bilanciamento fra esigenze contrastanti, sacrificano gli interessi tutelati dagli articoli 53 e 97 della Costituzione, in favore di altri interessi, costituzionalmente garantiti, di rango pari o superiore".

Ad avviso della Sezione autonomie in commento, il baratto amministrativo non si limita ad introdurre una modalità alternativa di adempimento dell'obbligazione tributaria (una sorta di *datio in solutum* ex art. 1197 Cod. civ.), ma determina una vera e propria deroga al principio della indisponibilità del credito tributario, perché pone l'Amministrazione locale nella condizione di disporre dell'*an* e del *quantum* di un tributo in funzione della realizzazione di un intervento di utilità sociale effettuato a cura ed a spese dei contribuenti che ne facciano richiesta.

Tale deroga è resa possibile dal fatto che, operando il bilanciamento di interessi, il Legislatore si è espresso in favore delle esigenze costituzionalmente garantite dal principio di sussidiarietà orizzontale, consentendo espressamente all'ente (ai sensi dell'art. 190

del Codice dei Contratti) di rinunciare alla potestà impositiva prevista dalla legge in funzione del recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla comunità di riferimento.

La specialità del contratto di partenariato sociale

Il baratto amministrativo integrerebbe pertanto un autonomo genere contrattuale, non riconducibile ai contratti di appalto o di concessione (perché privo del carattere professionale e della finalità di lucro), né ai contratti di partenariato pubblico-privato declinati dal Codice dei contratti pubblici (l'ultimo comma dell'art. 180 - osservano i giudici in commento - pur richiamando *nominatim* i singoli contratti di partenariato, non menziona il baratto amministrativo).

Si tratta di un contratto che necessita di una disciplina ispirata a forme e procedure semplificate che favoriscano l'iniziativa solidaristica, il recupero dell'ambiente e la crescita socio-culturale della collettività, come tale antinomica a quella dettata per gli altri contratti di partenariato pubblico-privato (rivolta a garantire la libera concorrenza tra gli operatori economici e ad assicurare all'ente un vantaggio strettamente economico).

Proprio per queste ragioni - osserva la Sezione Autonomie - la disciplina quadro dell'istituto del baratto amministrativo (che risulta appena tratteggiata dal Legislatore) deve essere completata dai regolamenti degli enti territoriali, chiamati a definire i criteri e le condizioni del partenariato sociale.

Alla luce di ciò, nella pronuncia in commento viene cristallizzato un importante aspetto destinato ad illuminare la specialità di questo istituto: "In quanto espressione del principio di sussidiarietà orizzontale, il baratto amministrativo, non solo si pone in contrasto con alcuni dei principi che governano la generalità degli istituti di partenariato, ma interrompe anche la consequenzialità logica e teleologica sottesa a gran parte delle norme di evidenza pubblica stabilite dal Codice dei contratti. Deve concludersi, dunque, che il disposto di cui all'art. 190 (non diversamente dall'art. 189) non si limita ad introdurre un mero elemento specializzante all'interno della disciplina del partenariato pubblico-privato, ma si connota di caratteristiche ed esigenze peculiari che necessitano di una deroga ai principi generali in materia di partenariato."

Valorizzando il carattere di norma eccezionale dell'art. 190, D.Lgs. n. 50/2016, vengono definiti i "limiti" di operatività del baratto amministrativo:

non può trovare applicazione oltre i casi e i tempi in esso considerati (art. 14 disp. prel. Cod. civ.), vale a dire al di fuori delle fattispecie qualificabili come “riduzioni o esenzioni di tributi”.

Chiarito ciò, la Sezione autonomie cerca di dare risposta anche ad un secondo dubbio: se possano riconoscersi margini per utilizzare, in sede regolamentare, lo strumento del baratto amministrativo oltre i casi previsti dall'art. 190, valorizzando, in questo caso, l'autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione.

A tal fine è utile sintetizzarne l'*excursus* in materia di prestazione patrimoniale imposta. Secondo la giurisprudenza costituzionale, non esiste perfetta coincidenza tra la nozione di entrata tributaria (prestazione patrimoniale realizzata in forza di un atto autoritativo a carattere ablatorio con finalità di copertura di spesa) e l'ambito applicativo delle prestazioni patrimoniali imposte coperte dalla riserva di legge sancita dall'art. 23 Cost. La Corte costituzionale ha interpretato in senso ampio la nozione di “prestazione patrimoniale imposta”, ricomprendendo al suo interno non solo i tributi (il cui *genus* si articola, secondo la classica tripartizione, in imposte, tasse e contributi) ma anche le prestazioni coattive a carattere sanzionatorio, risarcitorio o indennitario, nonché determinate obbligazioni assunte contrattualmente, nelle quali la fonte del complessivo rapporto giuridico è principalmente negoziale.

Riguardo a quest'ultima tipologia la Sezione Autonomie rileva come anche in talune ipotesi di tributi la volontà del privato concorra alla formazione dell'obbligazione: ad esempio nella “tassa”, che si caratterizza per il fatto di essere dovuta in relazione all'esplicazione di una specifica attività dell'ente pubblico svolta nei diretti confronti dell'obbligato che ne ha fatto volontaria richiesta. Analogamente, nel caso del “contributo” (o tributo speciale) il prelievo trova fondamento in uno specifico vantaggio economico tratto (sia pur indirettamente) dal soggetto obbligato a seguito di un'attività dell'ente pubblico, sebbene, in questo caso, l'attività esplicata abbia carattere generale e indifferenziato (senza riguardare in modo diretto o specifico l'obbligato, come nelle tasse, e a prescindere dalla richiesta di un determinato servizio).

Ciò che, tuttavia, caratterizza la prestazione patrimoniale non tributaria che viene imposta in taluni rapporti negoziali è l'esistenza di un rapporto sinalagmatico tra le parti che viene alterato: ciò accade in presenza di monopoli fiscali (che influiscono sul

corrispettivo introducendo logiche estranee alle regole di mercato) o in presenza di determinazioni autoritative dell'importo dovuto che, in virtù di determinate situazioni di fatto, realizzano un sacrificio patrimoniale attraverso la determinazione unilaterale del corrispettivo, l'ablazione reale di un bene o l'estinzione di un preesistente diritto. Si tratta delle c.d. “imposizioni in senso sostanziale” (o “imposizioni di fatto”), in cui il privato, in considerazione della particolare natura del bene o del servizio di cui ha bisogno (generi di prima necessità, utenze, etc.), partecipa in modo solo apparentemente libero o volontario alla formazione dell'obbligazione, trovandosi, in realtà, in una particolare condizione di subordinazione e di sostanziale coazione. Anche tali situazioni di sudditanza richiedono, al pari degli obblighi tributari e delle sanzioni pecuniarie amministrative, la garanzia della riserva di legge prevista dall'art. 23 della Costituzione, in quanto occorre evitare che la discrezionalità dell'ente impositore nell'esercizio del potere attribuitogli possa trasmuovere in arbitrio (Corte cost. n. 51/1960; Cass., SS.UU., n. 18262/2004). In tali casi, la fonte primaria non può limitarsi a stabilire una normativa “in bianco” che eviti qualunque riferimento a contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera di libertà dei cittadini, ma deve indicare sufficienti criteri direttivi e linee generali di disciplina idonei a delimitare la discrezionalità dell'ente impositore (Corte cost. n. 69/2017).

Alla luce di dette considerazioni, la Sezione Autonomie riconosce agli enti territoriali, nei limiti della propria capacità giuridica e di agire in ambito privatistico, la possibilità di predeterminare, in sede regolamentare, i casi in cui - in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost.) - sia possibile concordare, con cittadini singoli o associati che ne facciano richiesta, lo svolgimento di attività socialmente utili nella gestione di aree e beni immobili (quali pulizia, manutenzione, abbellimento di aree verdi, piazze, strade, interventi di decoro urbano, iniziative culturali, recupero e riuso di aree e beni immobili inutilizzati), da compensare con la riduzione o l'estinzione di crediti extratributari disponibili assicurando il rispetto delle regole di contabilità pubblica e di salvaguardia dei vincoli e degli equilibri finanziari dell'Ente locale, nonché dei principi di trasparenza, di parità di trattamento e di non discriminazione (richiamati nelle deliberazioni n. 172/2016/PAR e n. 225/2016/PAR della Sezione regionale di controllo per la Lombardia).

Viene al riguardo precisato che - nelle ipotesi in cui il credito di natura extratributaria sia riconducibile a prestazioni patrimoniali da qualificare come imposte unilateralmente dall'Amministrazione - la facoltà dell'ente di operare la riduzione o l'estinzione del credito vantato trova attuazione negli spazi di disciplina consentita dalla norma primaria che impone la prestazione ai sensi dell'art. 23 Cost.

I principi di diritto enunciati

Questi pertanto i principi di diritto enunciati dalla Sezione delle autonomie della Corte dei conti nella pronuncia in commento:

“È compito dell'Ente locale favorire l'autonomia iniziativa dei cittadini prevista dal quarto comma dell'art. 118 della Costituzione, anche attraverso la predeterminazione di fattispecie convenzionali tipizzate dirette allo svolgimento di attività socialmente utili nella gestione di aree e beni immobili, da compensare con la riduzione o l'estinzione di crediti extratributari disponibili.

Qualora i crediti vantati dall'ente traggano origine da prestazioni patrimoniali imposte ex art. 23 della Costituzione, l'esercizio di detto potere discrezionale può espletarsi entro gli spazi che la norma primaria rimette alla determinazione degli enti in sede attuativa.

Nei predetti ambiti applicativi, la disciplina dell'istituto del baratto amministrativo prevista dall'art. 190 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non è suscettibile di interpretazione analogica e può essere applicata alle sole ipotesi di riduzione e/o estinzione di crediti di natura tributaria.

Nella disciplina regolamentare deve essere, comunque, assicurato il rispetto sia dei principi di legalità, trasparenza, imparzialità e buon andamento, sia delle regole di contabilità pubblica e di salvaguardia dei vincoli e degli equilibri finanziari”.

Viene così sostanzialmente ribadita la doverosità, per l'Ente locale, di favorire l'attuazione al principio di solidarietà orizzontale anche per mezzo del baratto amministrativo, la cui operatività necessita della predeterminazione (regolamentare) dei relativi criteri e disciplina attuativa. Significativo il riconoscimento della possibilità di predeterminare fattispecie convenzionali tipizzate in cui le attività svolte vengano “compensate” attraverso la riduzione/estinzione di crediti extratributari (purché disponibili, nel senso di cui al precedente paragrafo). La Sezione Autonomie promuove dunque una lettura non strettamente letterale dell'art. 190, ma comunque aderente al dettato Costituzionale e dichiaratamente non suscettibile di interpretazione analogica.

Spunti di riflessione

Il quadro in cui gli Enti locali possono operare nell'incentivare ed attuare la collaborazione civica (e quindi l'amministrazione condivisa dei beni comuni, espressione del principio di sussidiarietà orizzontale) appare quindi il seguente:

- l'art. 190, D.Lgs. n. 50/2016, quale norma di carattere speciale, non può essere applicato al di fuori delle fattispecie qualificabili come riduzioni o esenzioni di tributi;
- l'Ente locale, nell'ambito della propria autonomia negoziale, può regolamentare fattispecie in cui ipotizzare la compensazione di entrate extratributarie disponibili;
- nelle ipotesi in cui il credito di natura extratributaria sia riconducibile a prestazioni patrimoniali da qualificare come imposte unilateralmente dall'Amministrazione, la facoltà dell'ente di operare la riduzione o l'estinzione del credito vantato trova attuazione negli spazi di disciplina consentita dalla norma primaria che impone la prestazione ai sensi dell'art. 23 Cost.

Il contratto di baratto amministrativo (art. 190) resta caratterizzato da una “controprestazione” in cui la compensazione ha ad oggetto i tributi, intesi come prestazioni patrimoniali imposte. L'eventuale compensazione con crediti di natura extratributaria (disponibili) può trovare spazio, ma su basi diverse: non ai sensi dell'art. 190, ma in virtù della predeterminazione di apposite fattispecie convenzionali nell'ambito dell'esercizio della propria autonomia negoziale.

La previsione di un'unitaria ed organica disciplina regolamentare locale in materia di promozione della sussidiarietà è possibile (ed anzi auspicabile), ma a due imprescindibili condizioni:

- deve tener conto delle suddette diversità per quanto concerne i relativi presupposti;
- l'intera disciplina regolamentare deve **in ogni caso** assicurare il rispetto sia dei principi di legalità, trasparenza, imparzialità e buon andamento, sia delle regole di contabilità pubblica e di salvaguardia dei vincoli e degli equilibri finanziari.

Certamente la pronuncia in commento contribuisce significativamente a fare chiarezza sui requisiti “d'uso” del baratto amministrativo di cui all'art. 190 e sulla sua corretta funzionalità, rimarcandone i confini rispetto ad altri strumenti contrattuali (anche non pubblicistici).

Il “baratto amministrativo” di cui all'art. 190 (quindi contratto “pubblico”, sia pure di un genere a sé) è ancora oggi uno strumento poco utilizzato per via

delle numerose perplessità su come potervi dare concreta operatività senza incorrere nella violazione del Codice dei Contratti o in contestazioni da parte della Corte dei conti.

A poco a poco la disciplina di riferimento si sta comunque delineando più chiaramente, di pari passo con la consapevolezza della “specialità” di questo strumento anche per quanto riguarda le sue peculiari necessità rispetto alla generale disciplina dei contratti pubblici.

La disciplina del baratto amministrativo - più che preoccuparsi di tutelare la libera concorrenza tra gli operatori economici e di assicurare all’ente un vantaggio strettamente economico - deve poter favorire (o quanto meno non scoraggiare) l’iniziativa solidaristica, il recupero dell’ambiente e la crescita socio-culturale della collettività e a tal fine deve poter garantire procedure “semplici”, quindi “semplificate” (e per questo più celeri ed informali), nel rispetto di pochi ma basilari principi.

Come avvalorato anche dalla Sezione Autonomie in commento, il baratto amministrativo, sebbene incluso tra le forme di partenariato pubblico-privato, non sembra rientrare nella definizione comunitaria di appalto o concessione.

Questa sua specialità incide in modo significativo nell’individuazione della disciplina applicabile.

Si potrebbe ad esempio iniziare dall’ipotizzare la sua esclusione (5) dall’ambito di applicazione della normativa comunitaria di settore: il baratto non ha finalità lucrativa (le agevolazioni sembrano più simili ad una rifusione dei costi) e i cittadini non sono “operatori economici” (6), tant’è che appare strumento effettivamente riservato (e da riservare) ai non imprenditori (7).

Il baratto amministrativo in cui sia parte un privato cittadino non qualificabile come operatore economico, pertanto, pur potendo avere ad oggetto lavori o servizi, non sembra soggetto alle norme codicistiche relative ad appalti o concessioni. La medesima disciplina potrebbe invece trovare applicazione laddove parte del baratto sia un ente del terzo settore rientrante nella nozione comunitaria di “operatore economico”.

L’ambito di operatività del codice dei contratti (D.Lgs. n. 50/2016) è tuttavia più esteso di quello delle direttive comunitarie: ai sensi del suo art. 1,

comma 1, esso trova applicazione ai contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l’acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché ai concorsi pubblici di progettazione; a dette ipotesi si aggiungono poi le casistiche particolari di cui al successivo comma 2.

La disciplina normativa del contratto di partenariato sociale (“baratto amministrativo”) ex art. 190, D.Lgs. n. 50/2016 deve essere pertanto concretamente ricercata in via interpretativa rispettandone le caratteristiche, che suggeriscono soluzioni semplici idonee a non scoraggiare o defaticare i cittadini che vogliono cimentarsi, da non professionisti, in queste attività sociali e solidali.

Come osservato dagli stessi giudici della Sezione Autonomie, si tratta con ogni evidenza di un istituto solo tratteggiato dal codice dei contratti e pertanto caratterizzato da “naturali” lacune procedurali che spetta ai Comuni colmare attraverso un’attività di regolamentazione dell’istituto che riempia di contenuto le finalità sottese allo strumento.

Pare comunque possibile ritenere ad esso applicabili (in quanto comunque si tratta di contratto “incluso nel relativo Codice) i principi di cui all’art. 30 (libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, economicità, efficacia, tempestività, correttezza).

In caso di contratto di partenariato sociale la cui conclusione sia promossa dall’ente, è inoltre ipotizzabile che l’ente possa optare per una delle procedure previste dal codice, con preferenza se possibile per quelle più semplificate (ad esempio, quelle dell’art. 36, comma 2), in considerazione del contesto.

In caso invece di partenariato su iniziativa dei cittadini, l’ente dovrà selezionare il proprio *partner* privato attraverso una procedura selettiva rispettosa dei principi di cui all’art. 30 del codice e da prevedere e descrivere nel regolamento *ad hoc* che l’ente deve preventivamente deliberare ai sensi dell’art. 190 del codice.

In tale ottica rilevano in particolare:

a) i principi di affidamento di cui all’art. 4 (economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell’ambiente ed efficienza energetica);

(5) Art. 3, lett. ii), uu), vv), D.Lgs. n. 50/2016.

(6) Art. 3, D.Lgs. n. 50/2016: “p) ‘operatore economico’, una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (Geie) costituito ai sensi

del D.Lgs. 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi”.

(7) In tal senso anche Corte conti, Sez. contr. reg. Veneto, n. 313/2016.

b) i principi di aggiudicazione di cui all'art. 30, con particolare riferimento al comma 1, in cui si afferma la centralità della garanzia di qualità delle prestazioni ed in cui si richiamano principi fondamentali tra cui quello di economicità, che può essere subordinato (nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal codice) a pre-formalizzati criteri ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico;

c) le regole per i contratti sottosoglia (art. 36);

d) le cause di esclusione (art. 80 per i requisiti generali).

A poco a poco, grazie anche a pronunce come quella in oggetto, il baratto amministrativo di stampo codicistico acquisisce una fisionomia più marcata che rende meno incerto l'approcciarsi ad una concreta legittima applicazione.

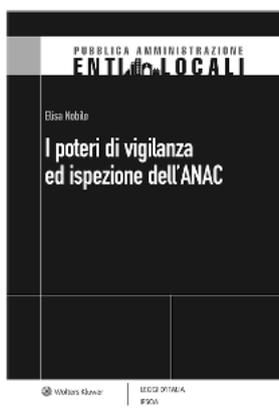
Si tratta di uno strumento che necessita di un regime regolamentare *ad hoc*, ma - come sopra rilevato - non per questo del tutto privo di specifici riferimenti normativi utili ad orientare, uniformare, garantire. Lo caratterizza la trasversalità, perché chiamato ad operare in svariati contesti e ad interagire con sistemi normativi particolari, come ad esempio quello del Codice del Terzo Settore.

E-BOOK

COLLANA: Azienditalia - Manuali professionali

I poteri di vigilanza e controllo dell'ANAC

di Elisa Nobile



L'e-book è una guida utile per meglio inquadrare l'intricato contesto normativo, interpretativo e regolatorio che si presenta al Responsabile per la Prevenzione della Corruzione e per la Trasparenza o agli operatori del settore, spesso in difficoltà riguardo all'esatta ricostruzione dei riferimenti normativi, in ragione dei quali è stata adottata una quantità esponenziale di regolamenti da parte dell'ANAC, al filtro dei regolamenti ancora vigenti da quelli obsoleti e del tutto superati e alla comprensione di principi e regole da essi fissati.

Tratta, pertanto, i temi della derivazione dei poteri dell'ANAC, del sistema di vigilanze ed ispezioni, delle sanzioni da questo originate, delle procedure speciali di vigilanza - quali quella dell'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi, della vigilanza in tema di prevenzione della

corruzione e della vigilanza in materia di contratti pubblici, con una digressione sul procedimento contenzioso -, della finalità dell'attività di vigilanza e del procedimento ispettivo, della procedura generale di vigilanza e ispezione e, infine, dell'attività di vigilanza e di ispezione dell'ANAC svolta nel 2018 e dell'attività programmatica 2019.

Completa la trattazione un utile formulario per la segnalazione delle violazioni in materia.

Wolters Kluwer, ottobre 2019

pagg. 91, Euro 18+IVA

Codice e-book: 00237430

ISBN (ebook): 978- 88- 217-7046-3

Per informazioni e acquisti**• On line www.shopwki.it**