

V e VI settimana diritto amministrativo
Seconda parte

Tema n. 1: la procedura di evidenza pubblica nell'alienazione di beni pubblici
Tema n. 2. Le modalità di alienazione di quote di società pubbliche con particolare riguardo all'esercizio del diritto di prelazione

Sommario Generale: 1. L'alienazione di beni pubblici dello stato (p.1 – 22). 2. Tavola normativa (p. 22-52). 3. Note testo (p. 52- 86). 4. Il contratto di concessione come modello di paternariato pubblico – privato (p. 86 – 111). 5. La concessione di beni demaniali marittimi (p. 111- 117). 6. La valorizzazione dei beni culturali tramite accordi (p. 117 – 136) . 7. L'esercizio del potere sostitutivo.

1. Alienazione dei beni pubblici dello Stato. Approvato dalla Commissione Studi Pubblicistici il 25/05/2017

Lo studio in sintesi (Abstract): Con il presente studio ci si propone l'esame della disciplina dei beni pubblici dello Stato per tracciarne le principali procedure attraverso le quali si perviene alla loro vendita.

In quanto beni utilizzati per fini di pubblico interesse, essi sono assoggettati ad un regime speciale che si differenzia da quello che si applica agli altri beni per ciò che riguarda, tra gli altri, il profilo della circolazione, la quale è infatti preclusa o comunque limitata dallo specifico vincolo di destinazione all'uso pubblico.

Seguendo l'impostazione codicistica, i beni assoggettati al suddetto regime vengono distinti in demaniali e patrimoniali indisponibili.

Dopo una breve esposizione dei modi di acquisto della demanialità e della indisponibilità, ci si sofferma sulla perdita di tali qualità, e, quindi, sulla "sclassificazione", la quale, coincidendo con la cessazione della destinazione pubblicistica, determina il passaggio dei beni in parola al regime della disponibilità.

Nella definizione delle modalità attraverso le quali si realizza questa riconduzione dei beni pubblici entro l'ambito della disponibilità, oltre alla scarna normativa civilistica, si considera la normativa intesa a realizzare la c.d. privatizzazione del patrimonio immobiliare pubblico, nonché l'assetto organizzativo che caratterizza l'amministrazione di questi beni.

Circa le modalità della dismissione, si rileva anzitutto la complessità ed eterogeneità della relativa disciplina; accanto alle norme generali tuttora contenute nella legge di contabilità di Stato, si collocano infatti le innumerevoli disposizioni derogatorie

introdotte dal legislatore negli anni a noi più vicini per fare fronte alle sempre crescenti esigenze finanziarie.

Nell'impossibilità di tracciare un quadro unitario, si offre un prospetto di riferimento delle principali procedure di alienazione dei beni immobili di proprietà dello Stato, nelle quali può venire in rilievo il ruolo del notaio.

Segue l'esposizione delle principali regole che presiedono alla fase della stipulazione. Infine, si offre una tavola normativa contenente i principali interventi legislativi in materia di dismissione e valorizzazione dei beni pubblici.

Sommario: 1. I beni pubblici; 2. I beni demaniali; 3. I beni patrimoniali indisponibili; 4. Acquisto e perdita della destinazione pubblicistica; 4.1 Acquisto della demanialità; 4.2. Perdita della demanialità; 4.3 Acquisto della indisponibilità; 4.4 Perdita della indisponibilità; 5. Cenni sulla politica di privatizzazione degli immobili dello Stato e tendenza ad accomunare in un regime unitario le categorie dei beni pubblici demaniali e patrimoniali indisponibili; 6. Profili di gestione degli immobili dello Stato e sdemanializzazione; 7. Norme generali in materia di contratti di dismissione del patrimonio pubblico; 8. Principali procedure di vendita; 9. La stipulazione; 10. Tavola normativa.

1. I beni pubblici

Secondo il disposto dell'art. 42 della Costituzione «la proprietà è pubblica o privata». Tale disposizione, più che descrivere il titolo di appartenenza dei beni pubblici, attesta la legittimità costituzionale di un regime speciale per gli stessi.

I beni pubblici sono i beni appartenenti agli enti pubblici, i quali, costituendo gli «strumenti attraverso cui le amministrazioni pubbliche realizzano o sono in grado di realizzare le loro funzioni», sono assoggettati ad una normativa differente rispetto a quella che si applica agli altri beni per ciò che riguarda i profili dell'uso, della circolazione e della tutela.

Il regime proprio dei beni pubblici è estremamente differenziato. Esso è costituito oltre che dalle norme contenute nella Costituzione, nel codice civile e in quello della navigazione, dalle norme speciali regolanti una grande varietà di figure e di rapporti, tanto che è possibile ritenere che i beni pubblici costituiscano «una categoria descrittiva utile a comprendere fattispecie normative multiformi e articolate, che presentano come tratto costante quello di essere soggette ad un regime diversificato rispetto al diritto comune».

Dietro questa differenziazione vi è la chiara esigenza di «salvaguardare i beni appartenenti ai pubblici poteri e utilizzati per fini di pubblico interesse, dai «pericoli» inevitabilmente connessi all'applicazione del diritto comune, sia nei riguardi dello stesso ente proprietario (che non avrebbe freno a disfarsi dei beni in caso di necessità di mezzi finanziari), sia nei riguardi dei terzi (e perciò la regola della

imprescrittibilità) e segnatamente dei creditori dell'ente (e perciò la regola della impignorabilità)".

I beni assoggettati al regime testé indicato sono distinti nel codice civile in demaniali (artt. 822, 824 e 825) e patrimoniali indisponibili (artt. 826 e 830).

2. I beni demaniali

In base alla disciplina positiva che, almeno nelle sue linee fondamentali, risiede ancora nel codice civile, sono beni demaniali quei beni, immobili o universalità di mobili, appartenenti agli enti territoriali, ossia allo Stato, alle Regioni, alle Province e ai Comuni, che si trovano elencati nell'art. 822 c.c..

Si tratta di beni che rispondono a dirette esigenze della collettività.

Questi beni sono demaniali per loro intrinseca qualità oppure per il fatto di appartenere ad enti territoriali.

Nel primo caso si parla di demanio necessario, costituito dal demanio marittimo, idrico e militare (art. 822, comma 1), ossia da beni le cui stesse «caratteristiche fisicofunzionali» ne connotano lo statuto; nel secondo caso si parla invece di demanio accidentale o eventuale, giacché ricomprende beni che non sono naturalmente di proprietà pubblica e che acquistano carattere demaniale solo se divengano di proprietà degli enti pubblici territoriali. Di esso fanno parte strade, autostrade, strade ferrate, aerodromi, acquedotti, immobili di interesse storico ed artistico, raccolte dei musei ecc., e gli altri beni assoggettati al regime proprio del demanio pubblico dalla legge (art. 822 c.c., comma 2).

Il regime giuridico dei beni demaniali è contenuto nell'art. 823 c.c., in forza del quale essi sono «inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano». L'incommerciabilità così sancita comporta che sono nulli di diritto gli eventuali atti dispositivi di beni demaniali posti in essere dalla pubblica amministrazione; i beni in parola, infatti, hanno "un vincolo reale che rende impossibile l'oggetto ai fini dell'art. 1418 c.c.".

Una "parziale deroga" al divieto di alienazione in questione è intervenuta in materia di **beni demaniali culturali**, ossia i beni appartenenti ad un ente pubblico territoriale che presentano un interesse storico, archeologico e artistico.

Secondo l'art. 55 del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42 del 2004), infatti, taluni di questi beni possono essere venduti previa autorizzazione ministeriale, purché sia assicurata una destinazione d'uso compatibile con il carattere storico ed artistico dei beni stessi, tale da non recare danno alla loro conservazione. Da evidenziare è comunque la previsione per cui l'autorizzazione ad alienare comporta la sdemanializzazione del bene cui essa si riferisce.

3. I beni patrimoniali indisponibili

Nella disciplina sistematica del codice, se tutti i beni non demaniali che appartengono allo Stato e agli enti pubblici ne «costituiscono il patrimonio», soltanto alcuni di essi rientrano nel patrimonio indisponibile. Si tratta dei beni indicati nell'art. 826 c.c., il quale contiene una elencazione non tassativa nella quale rientrano beni che,

diversamente dai demaniali, possono essere sia immobili che mobili e possono appartenere anche ad enti pubblici non territoriali.

La differenza tra beni del patrimonio e beni del patrimonio indisponibile sta nella destinazione, essendo infatti i secondi, come i beni del demanio, vincolati a una destinazione di pubblica utilità.

Anche per questi beni si profila una distinzione tra patrimonio necessario e patrimonio accidentale, poiché vi sono beni che rientrano nella categoria del patrimonio indisponibile per loro caratteristiche naturali (miniere, acque minerali termali, cave e torbiere etc.), ed altri che vi rientrano solo in conseguenza della destinazione loro impressa (edifici destinati a sede di uffici pubblici, arredi, dotazione del Presidente della Repubblica etc.).

Riguardo al regime giuridico, l'art. 828 c.c., comma 2, si limita a stabilire che tali beni «non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano». Se il divieto di distrazione dalla loro destinazione è qualità che accomuna il regime dei beni del patrimonio indisponibile con quello dei beni demaniali, non può dirsi altrettanto con riguardo al divieto di alienazione.

I beni patrimoniali indisponibili, infatti, non sono incommerciabili, pur essendo gravati da uno specifico vincolo di destinazione all'uso pubblico .

4. Acquisto e perdita della destinazione pubblicistica

Essendo l'ambito del tema che qui interessa limitato all'esame dei beni demaniali e patrimoniali indisponibili dello Stato, quali beni sottoposti al regime speciale di stampo pubblicistico teso a preservare i fini pubblici da essi serviti, si rende subito opportuno fare cenno ai modi di acquisto e perdita della demanialità e indisponibilità, e, quindi, della loro destinazione pubblicistica.

4.1 Acquisto della demanialità

Riguardo all'acquisto della demanialità, in mancanza di disposizioni specifiche nel codice civile, la dottrina ha elaborato un ulteriore criterio di classificazione dei beni demaniali, distinguendo tra demanio naturale e demanio artificiale.

Per i beni appartenenti al primo, l'acquisto della demanialità avviene per il fatto giuridico e naturale dell'esistenza, possedendo tali beni i requisiti già previsti dalla legge per la loro riconduzione nell'ambito del demanio (si pensi ad es. alle acque e alle spiagge).

I beni che compongono il demanio artificiale, invece, sono opera dell'uomo, per cui, per entrare nel mondo del diritto come beni pubblici, abbisognano dell'esercizio di un'attività amministrativa, dovendo essere costruiti o trasformati e destinati, formalmente o almeno di fatto (24), all'uso diretto o all'uso pubblico

Va qui puntualizzato che l'inclusione dei beni negli elenchi di beni demaniali che le amministrazioni pubbliche sono solite redigere, non determina di per sé l'acquisto della qualità demaniale. La giurisprudenza è infatti costante nel riconoscere che si tratta di atti meramente dichiarativi.

4.2. Perdita della demanialità

Maggiore rilievo, ai fini del presente lavoro, assume la c.d. sdemanializzazione, ossia il passaggio dei beni dal demanio pubblico al patrimonio dello Stato, con conseguente cessazione dell'assoggettamento dei beni medesimi al regime giuridico dell'incommerciabilità.

Al riguardo va anzitutto detto che, nonostante la perentorietà del tono della disposizione di cui all'art. 829 c.c., la quale sancisce che il passaggio dei beni dal demanio al patrimonio «deve essere dichiarato dall'autorità amministrativa» e che dell'atto sia dato «annunzio nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica», mancano indicazioni in ordine alla efficacia dichiarativa o costitutiva della dichiarazione di sdemanializzazione, e non si preclude una sdemanializzazione tacita.

In particolare, con riferimento ai beni del demanio naturale, come per l'acquisto, è pacificamente ammessa anche la perdita di fatto della demanialità a seguito di accadimenti naturali che la P.A. non può che accertare e dichiarare. In altri termini, per tale categoria di beni, la vicenda estintiva della demanialità può avvenire per distruzione, deperimento o snaturamento della cosa; possono, dunque, intervenire situazioni del tutto indipendenti dalla volontà dell'amministrazione, che determinano il venir meno delle caratteristiche del bene previste dalla legge per appartenere al demanio; in questi casi la P.A. semplicemente prende atto del mutare delle situazioni adottando atti dichiarativi.

Con riferimento ai beni del demanio artificiale, invece, presupponendosi il compimento di scelte amministrative discrezionali, parte degli interpreti richiede alla P.A. un provvedimento espresso e formale di cessazione della demanialità, attribuendovi efficacia costitutiva.

Circa la configurabilità di una sdemanializzazione tacita o, meglio, per facta concludentia, la giurisprudenza pare essersi attestata nel senso di ammetterla, ancorché in modo ben circostanziato.

In pratica, in mancanza delle formalità previste dalla legge in materia, si ammette la sdemanializzazione di un bene soltanto in presenza di atti e/o fatti concludenti che evidenzino in maniera inequivocabile la volontà della p.a. di sottrarre il bene medesimo alla destinazione pubblica e di rinunciare definitivamente al suo ripristino, escludendo che possano essere a tal fine sufficienti il prolungato disuso del bene demaniale da parte dell'ente pubblico proprietario ovvero la tolleranza osservata da quest'ultimo rispetto a un'occupazione da parte di privati.

Si rileva come, fin dagli anni sessanta, la giurisprudenza ha interpretato le prescrizioni contenute nell'art. 829 c.c. nel senso che le stesse si limitano ad imporre all'amministrazione un mero dovere giuridico nell'interesse della certezza delle situazioni giuridiche, senza accordare prevalenza ad un elemento di carattere puramente formale su quelli che sono gli effettivi elementi costitutivi della demanialità. Eccezione è fatta per i beni appartenenti al demanio marittimo, la cui sdemanializzazione, stante il disposto di cui all'art. 35 cod. nav. «non può mai avvenire tacitamente». Si è affermato che «a differenza di quanto

previsto dall'art. 829 cod. civ. per il passaggio di un bene dal demanio pubblico al patrimonio, in relazione a beni appartenenti al demanio marittimo la sdemanializzazione è attuabile solo in forma espressa mediante uno specifico provvedimento di carattere costitutivo da parte dell'autorità amministrativa competente .

È inoltre esclusa la sdemanializzazione tacita dei beni del demanio idrico, come espressamente sancisce l'art. 947 c.c., riformato dall'art. 4 della Legge 5 gennaio 1994, n. 37, recante norme per la tutela ambientale delle aree demaniali dei fiumi, dei torrenti, dei laghi e delle altre acque pubbliche .

4.3 Acquisto della indisponibilità

Anche per i beni patrimoniali indisponibili si ripropone la “summa divisio” tra beni naturali e beni artificiali, potendo estendere ad essi le osservazioni svolte in ordine ai beni demaniali.

Sono beni indisponibili naturali quelli destinati a un pubblico servizio per natura, ossia in virtù delle loro obiettive caratteristiche, come le miniere, le cave, gli armamenti ecc. (art. 826, comma 2), mentre gli altri abbisognano di un atto di destinazione (art. 826, comma 3) .

Per i primi, la destinazione alla soddisfazione di interessi pubblici deriva immediatamente dalla legge.

Dalla venuta ad esistenza del bene con i caratteri indicati dalla legge e fino al momento della perdita di siffatti caratteri (evenienza fattuale), esso si qualifica come bene pubblico sottratto alla disponibilità della pubblica amministrazione. Tale qualità del bene è, con riguardo a questa categoria, «in rebus ipsis e non richiede alcuna attività giuridica costitutiva per essere determinata».

Più complessa è la qualificazione dei beni indisponibili per destinazione, per i quali l'acquisto della indisponibilità avviene, secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza, con la effettiva e concreta destinazione a un pubblico servizio.

Mancando nel nostro ordinamento un sistema di procedimenti formali per l'individuazione della destinazione pubblica dei beni, l'effettività del vincolo di destinazione si pone come unico mezzo idoneo a rendere i terzi edotti in ordine al vincolo stesso e, conseguentemente, al regime particolare cui è assoggettato il bene.

E l'atto amministrativo da cui risulta la volontà dell'ente di destinare il bene ad una pubblica finalità viene inquadrato come elemento di una fattispecie complessa che può dirsi completa solo al momento dell'effettiva utilizzazione del bene per il servizio pubblico cui è destinato .

4.4 Perdita della indisponibilità

Per quanto riguarda, infine, la perdita della indisponibilità, essa avviene, per i beni indisponibili per natura, analogamente a quanto visto per i beni demaniali, con il loro venir meno, ossia per il verificarsi di situazioni che ne mutano le caratteristiche o ne comportano la distruzione, ciò che avviene ad esempio per le miniere esaurite o le foreste distrutte da un incendio.

In tal caso, l'amministrazione non può che "dichiarare" l'intervenuta estinzione del vincolo di destinazione. Per la cessazione della indisponibilità dei beni "artificiali", destinati a pubbliche finalità dall'autorità amministrativa, occorre una determinazione della medesima autorità, ma tale determinazione può anche essere tacita, ossia desumibile da comportamento concludente, purché si evinca l'intendimento dell'amministrazione di dismettere definitivamente il bene dalla situazione di indisponibilità alla quale era soggetto.

Per il passaggio dei beni patrimoniali dalla categoria dei beni indisponibili a quella dei beni disponibili non è comunque richiesto un atto amministrativo come quello di sdemanializzazione previsto dall'art. 829 c.c., ma è sufficiente un "verbale di dismissione" nel quale venga fatto constare che i beni di cui si tratta siano stati dismessi dalle Amministrazioni governative che li avevano in uso o che, comunque, non servano più a qualsiasi uso governativo e non abbiano particolare destinazione (49).

E, come accennato, in mancanza di un atto esplicito della p.a. che sottrae un bene all'indisponibilità, anche in questo caso non si esclude il passaggio al patrimonio, nei limiti tracciati dalla giurisprudenza, la quale, ad esempio, non ha ritenuto sufficiente la sospensione, anche per lunghissimo tempo, dell'uso pubblico, esigendo una immutazione irreversibile del bene, ovvero una destinazione incompatibile con quella a pubblico servizio che funge da presupposto dell'indisponibilità.

5. Cenni sulla politica di privatizzazione degli immobili dello Stato e tendenza ad accomunare in un regime unitario le categorie dei beni pubblici demaniali e patrimoniali indisponibili

In materia di "sdemanializzazione" o "sclassificazione", oltre alla scarna normativa civilistica, occorre considerare tutta la normativa intesa a realizzare la c.d. privatizzazione del patrimonio immobiliare pubblico, che implica la riconduzione del bene entro il regime della disponibilità.

Tralasciando la politica delle alienazioni degli anni post-unitari, è d'uopo in questa sede soffermarsi sulla complessa normativa volta alla dismissione dei beni pubblici prodotta a partire dagli anni '90.

Trattasi di una politica impostata secondo modelli normativi nuovi, intesa, da un lato, ad innovare le modalità delle operazioni di alienazione per adattare alle esigenze del mercato finanziario, e, dall'altro, alla rilevazione dei beni la cui permanenza nella titolarità pubblica sia effettivamente necessaria, distinguendoli da tutti gli altri, destinati all'alienazione.

Dall'avvio di questo processo di privatizzazione immobiliare (54), un primo intervento normativo di particolare rilievo è rappresentato dalla legge 24 dicembre 1993, n. 537 (c.d. finanziaria 1994), il cui art. 9, al comma 6, autorizza il Governo ad emanare norme «dirette ad alienare i beni pubblici (...) non destinati ad usi collettivi generali o di interesse ambientale e culturale (55)».

Tale norma, che non ha avuto seguito a causa dei successivi eventi politici, resta significativa in quanto, oltre a esprimere l'esigenza di introdurre una nuova normativa, tenta di ridisegnare l'ambito dei beni alienabili: non più solo quelli formalmente ascritti al patrimonio disponibile, ma in principio tutti, salvo che non siano destinati ad "usi collettivi generali"; concetto, questo, che "ha un contenuto sicuramente più ristretto di quello della destinazione del bene ad una funzione o servizio pubblico (...). E quindi lascia intendere, che anche i beni a destinazione pubblica, e anche ascritti a categorie demaniali, possano in principio essere alienati" (56).

Non mancano comunque altre successive norme che risultano destinate a scindere il binomio bene pubblico demaniale - indisponibilità, nel prevedere il trasferimento, sulla base di determinati presupposti e in relazione a specifici fini, di beni dello Stato (57).

È da dire che nel trattare il fenomeno delle dismissioni, la distinzione tra beni demaniali e patrimoniali dello Stato e le diverse ipotesi in cui è definibile la proprietà pubblica del bene, "possono assumere sfumature diverse sino, in alcuni casi, ad annullarsi" (58).

Al riguardo merita menzione anche quell'impostazione dottrinale che propone il superamento della distinzione delle tradizionali categorie del demanio e del patrimonio indisponibile a vantaggio di un'unica categoria unitaria, rappresentata dai beni aventi "pubblica destinazione" (59).

Anche la giurisprudenza si è espressa nel senso che la destinazione a fini pubblici «costituisce il requisito essenziale che contraddistingue un bene demaniale, a prescindere dal suo inserimento tra le categorie normativamente previste» (60).

La tendenza ad accomunare in un regime unitario le categorie dei beni pubblici demaniali e patrimoniali indisponibili è ravvisata, in particolare, nella convulsa opera di innovazione legislativa degli ultimi anni, la quale sembra consegnare agli interpreti una nozione di bene pubblico "attenta al dato sostanziale ed oggettivo della destinazione pubblica" (61).

Ferma parrebbe comunque essere la sostanza del principio codicistico in base al quale può essere liberamente alienato ciò che non è più utile a fini pubblici, e che quindi è entrato a far parte del patrimonio disponibile (62).

Si considerino, ad esempio, le disposizioni che autorizzano il Ministero dell'economia e delle finanze (Mef) a sottoscrivere quote di fondi immobiliari mediante apporto di beni immobili o di diritti reali su immobili appartenenti al patrimonio dello Stato (63), nonché quelle sulla cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico (64), le quali prevedono una dismissione, anche in deroga alle norme di contabilità di Stato (65), che implica pur sempre la previa riconduzione dei beni pubblici entro il regime della disponibilità e, quindi, il passaggio dei beni al patrimonio di cui all'art. 829 c.c., formalizzato, in tali casi, con dichiarazione contenuta nei decreti del Mef (66).

6. Profili di gestione degli immobili dello Stato e sdemanializzazione

Nella definizione delle modalità attraverso le quali si realizza il passaggio dei beni pubblici al regime della disponibilità, non può non assumere rilievo anche l'assetto organizzativo che caratterizza l'amministrazione dei beni in parola.

Sul punto si ricorda che il Regio Decreto n. 2440 del 1923, recante "Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato", al primo articolo sancisce che «I beni immobili dello Stato, tanto pubblici quanto posseduti a titolo di privata proprietà, sono amministrati a cura del Ministero delle finanze, salve le eccezioni stabilite da leggi speciali.

I beni immobili assegnati ad un servizio governativo s'intendono concessi in uso gratuito al ministero da cui il servizio dipende e sono da esso amministrati. Tosto che cessi tale uso passano all'amministrazione delle finanze».

Successivamente, con la riforma dell'organizzazione del Governo ex D.lgs. n. 300 del 1999, sono state istituite, riformando il Ministero delle finanze, le agenzie fiscali.

Tra queste, all'Agenzia del demanio è attribuita l'amministrazione dei beni immobili dello Stato, al fine di una loro valorizzazione produttiva (67).

Come previsto anche dallo Statuto suo proprio, l'Agenzia svolge tutte le funzioni e i compiti ad essa attribuiti dalla legge relativamente ai beni immobili dello Stato (68).

Più precisamente, l'Agenzia, per conto del Ministero dell'Economia e delle Finanze, amministra direttamente ed esercita piena operatività su parte dei beni statali (69), quali i beni appartenenti al patrimonio indisponibile (ad esempio immobili adibiti a sedi di uffici della Pubblica Amministrazione dello Stato), con l'esclusione dei beni afferenti al demanio militare e in uso alla difesa e dei beni all'estero; beni appartenenti al patrimonio disponibile (aree e fabbricati destinati alla messa a reddito attraverso concessioni, locazioni, dismissioni, permuta, valorizzazioni); beni appartenenti al demanio storico-artistico non in consegna al Ministero dei Beni Culturali (70).

Per le altre categorie di beni dello Stato come i beni del demanio pubblico (marittimo, idrico, aeronautico), dal momento che la legge in materia incardina le competenze gestorie in altri enti, l'Agenzia del demanio partecipa, sulla base delle competenze ad essa assegnate, ai procedimenti di iniziativa di altri soggetti, riconducibili agli aspetti dominicali dei beni (tra cui, quello della sdemanializzazione) (71).

In pratica, in tali casi, l'Agenzia del demanio partecipa al procedimento di declassificazione di un bene demaniale e sottoscrive, a titolo di concerto con le altre autorità che vi partecipano, il provvedimento di sdemanializzazione, seppure ai limitati fini delle valutazioni connesse alla futura assunzione in carico dei beni divenuti patrimoniali e non anche ai fini delle valutazioni relative all'utilità dei beni demaniali per gli usi pubblici, riservate alla competenza esclusiva dell'amministrazione consegnataria dei beni (72).

Si è affermato che «la valutazione della permanenza della connotazione di demanialità e della strumentalità del bene rispetto al soddisfacimento del

corrispondente interesse pubblico non può che permanere radicata in capo a quel settore della P.A. che ne ha la titolarità, specie quando trattasi di ambiti di particolare rilievo storico-culturale o socio-economico che investono la sicurezza e la funzionalità di infrastrutture, reti ed aeroporti, nonché, come nel caso del demanio marittimo, l'ecosistema marino e costiero, i porti, ecc.» (73).

La competenza a sottoscrivere l'atto di sdemanializzazione – a livello di concerto – in capo all'Agenzia del Demanio «deriva dall'aver la stessa Agenzia, in armonia con il dettato del decreto legislativo n. 300/1999, assunto i compiti (prima riservati al Ministero delle Finanze) residuali di natura conoscitiva finalizzati all'assunzione “in carico” dei beni divenuti patrimoniali» (74).

Per quanto riguarda poi l'organo interno preposto alla sottoscrizione del provvedimento di sdemanializzazione, è stato chiarito che «gli atti dispositivi del demanio, coerentemente con il disposto dell'art. 829 del codice civile che intesta tale attività all'Autorità amministrativa statale, sono di natura gestionale sia per i loro contenuti che per il procedimento di natura amministrativa da cui scaturiscono. Pertanto gli stessi vanno ascritti alla competenza dei dirigenti ai sensi e per gli effetti delle disposizioni di cui al D.Lgs. n. 165/2001» (75).

Il provvedimento di sdemanializzazione dei beni dello Stato, da pubblicare in Gazzetta Ufficiale, è dunque un «decreto interdirettoriale» (76).

7. Norme generali in materia di contratti di dismissione del patrimonio pubblico

La disciplina in materia di dismissione dei beni dello Stato è sicuramente tra le più complesse ed eterogenee. Molteplici e continue ne sono le modifiche e integrazioni, non sempre tra loro coordinate e talvolta prive di una chiara ed univoca linea di intervento (77).

Accanto alle norme che disciplinano la vendita isolata di questi beni, si rinvengono le norme disciplinanti il più recente fenomeno della cartolarizzazione degli immobili pubblici (78), le quali sono destinate all'emergenza e al rapido rifinanziamento del bilancio statale, ove la priorità è quella di incassare denaro (79).

E così, il fenomeno traslativo può avere, di volta in volta, diversi presupposti, procedure e finalità.

Passando a trattare le modalità con cui concretamente la P.A. addiviene alla vendita, laddove possibile, dei beni de quibus, deve anzitutto, e in via generale, ricordarsi che ciascuna amministrazione, in quanto dotata di personalità giuridica, ha capacità di contrarre secondo le regole del diritto privato, al pari di qualunque altro soggetto dell'ordinamento.

A tenore dell'art. 36 reg. cont. St. (80), «si provvede con contratti a tutte le forniture, trasporti, acquisti, alienazioni, affitti o lavori riguardanti le varie amministrazioni e i vari servizi dello Stato».

Naturalmente, però, quando la P.A., per la realizzazione delle proprie finalità, ricorra agli strumenti di diritto comune, la formazione della sua volontà contrattuale sarà modellata sulla scorta di una precisa sequenza procedimentale, regolata dal diritto

amministrativo, per evidenziare le ragioni di interesse pubblico sottese alla scelta di addivenire al negozio (81).

Infatti, «solo la disciplina dei rapporti che scaturiscono dalla sua attività negoziale rimane assoggettata ai principi e alle regole del diritto comune, mentre resta operante la disciplina del diritto amministrativo per quanto attiene alla fase preliminare della formazione della volontà della p.a., caratterizzata dalle regole della cosiddetta evidenza pubblica, e che si conclude con la delibera a contrarre, destinata a disporre in ordine alla stipulazione del negozio e, con ciò, a conferire all'organo qualificato alla rappresentanza dell'ente la effettiva potestà di porlo in essere con le finalità e l'oggetto specificati nella delibera stessa» (82).

Dunque, la procedura con la quale si consacra la volontà dell'amministrazione, ossia la procedura dell'evidenza pubblica che interviene prima della conclusione del contratto, è pur sempre retta da norme di stampo pubblicistico.

E va rilevato come, secondo l'orientamento che sembra prevalere, i vizi di legittimità che inficiano la suddetta procedura, una volta acclarati, si ripercuotono sulla validità del negozio, determinandone la caducazione (83).

Con riferimento specifico alla vendita, quale contratto attivo della P.A., la disciplina generale è a tutt'oggi contenuta nel primo comma dell'art. 3, legge cont. Stato (R.D. n. 2440/1923), a tenore del quale «I contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento, l'amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata» (84).

Alla trattativa privata può farsi ricorso, come sancito dall'art. 6 legge cont. Stato (85), quando, per speciali ed eccezionali circostanze, che dovranno risultare nel decreto di approvazione del contratto, non possano essere utilmente seguite le forme indicate nell'art. 3, e, come aggiunge l'art. 41 del Reg. (86), quando gli incanti e le licitazioni siano andate deserte o si abbiano fondate prove per ritenere che ove si sperimentassero andrebbero deserte.

In base a tali disposizioni, dunque, le dismissioni debbono essere tendenzialmente precedute da pubblici incanti, a maggior garanzia dei principi di imparzialità, di economicità, di convenienza e di trasparenza, i quali presuppongono adeguate forme di pubblicità e procedure concorsuali, nell'interesse dell'erario e dei privati (87).

Che l'asta pubblica costituisca il metodo normale di scelta dell'acquirente privato viene sancito già nell'art. 3 della legge 24 dicembre 1908, n. 783 (88), recante l'unificazione dei sistemi di alienazione e di amministrazione dei beni immobili patrimoniali dello Stato.

Tale legge, unitamente al relativo regolamento di esecuzione adottato con R.D. 17 giugno 1909, n. 454 (Regolamento per l'esecuzione della L. 24 dicembre 1908, n. 783, sulla unificazione dei sistemi di alienazione e di amministrazione dei beni immobili patrimoniali dello Stato), costituisce ancora la normativa di base per

l'alienazione del patrimonio immobiliare statale. Essa è però da integrare con le disposizioni dettate in materia di contratti pubblici dalla già richiamata legge di contabilità di Stato (R.D. n. 2440/1923) e dal suo regolamento (R.D. n. 827/1924), come sancito dall'art. 1 della stessa legge n. 783, in base al quale i beni patrimoniali dello Stato, disponibili per la vendita, «sono alienati con le norme della presente legge e di quella per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato» (89).

È in questa normativa che è contenuta la minuziosa disciplina procedurale; in particolare, nel R.D. n. 827/1924 (cui per brevità si rinvia) si trovano analiticamente disciplinate le modalità di scelta del contraente: l'asta pubblica è regolamentata negli artt. da 63 a 88; la licitazione privata negli artt. 89 e 90, e la trattativa privata nell'art. 92.

8. Principali procedure di vendita

Negli anni a noi più vicini, a causa del sempre crescente deficit pubblico e delle conseguenti esigenze di cassa sempre più pressanti, il legislatore è intervenuto a modificare profondamente la normativa relativa all'alienazione dei beni pubblici, con lo scopo di facilitare e incrementare le dismissioni del patrimonio immobiliare e reperire così nuove risorse finanziarie (90).

In particolare, nell'ultimo ventennio la dismissione degli immobili pubblici ha seguito principalmente due strade: quella dell'alienazione diretta, soggetta a discipline speciali, e quella della costituzione di società, alle quali è stata affidata la gestione e l'alienazione degli immobili delle amministrazioni.

Nell'ambito di questa seconda strada si colloca l'esperienza delle società per la cartolarizzazione degli immobili pubblici, interrotta dal d.l. n. 207 del 2008 che ha disposto la retrocessione dei beni conferiti alle relative società e ha affidato agli enti originariamente proprietari il compito di completare i processi di dismissione (91). La prima strada è invece costellata di discipline derogatorie, che hanno per lo più consentito il ricorso alla trattativa privata per l'individuazione dell'acquirente (92).

E così, mentre le disposizioni generali dell'ordinamento in materia di contratti della pubblica amministrazione, da oltre un secolo affermano, come visto, il "principio dell'asta", per i contratti di alienazione del patrimonio immobiliare dello Stato (contratti attivi per i quali il principio in parola non è presidiato dal diritto europeo) il legislatore ha previsto diverse procedure di scelta dell'altro contraente. E nell'ultimo ventennio lo ha fatto ampiamente, tanto che è possibile affermare che le norme le quali prevedono il pubblico incanto hanno ora natura residuale, piuttosto che generale (93).

Consapevoli di questa "frequente dissociazione tra principio generale e prassi legislativa delle dismissioni" (94), nonché della eterogeneità oltre che complessità della disciplina in materia, che rende impossibile una riconduzione a sistema, si procede qui solo a ricostruire un quadro di riferimento delle principali procedure di

alienazione dei beni immobili di proprietà dello Stato, nelle quali può venire in rilievo il ruolo del notaio.

1 – La disciplina ordinaria di riferimento per la vendita dei beni immobili di proprietà dello Stato è recata dalle disposizioni di cui all'art. 1, commi 436, 437 e 438 della legge 30 dicembre 2004, n. 311 e successive modificazioni e integrazioni (95), che sostituiscono la previgente disciplina, di cui alla legge n. 783/1908, la quale prevedeva attività più complesse e ampiamente superate dai nuovi indirizzi gestionali del patrimonio immobiliare dello Stato, improntati a criteri di economicità e di redditività.

In base all'attuale normativa, l'Agenzia del demanio può alienare i beni immobili di proprietà dello Stato, che non formano oggetto delle procedure di dismissione speciali, singolarmente o in blocco:

«a) mediante trattativa privata, se di valore unitario o complessivo non superiore ad euro 400.000;

b) mediante asta pubblica ovvero invito pubblico ad offrire, se di valore unitario o complessivo superiore ad euro 400.000, e, qualora non aggiudicati, mediante trattativa privata.

L'Agenzia del demanio, con propri provvedimenti dirigenziali, provvede a disciplinare le modalità delle procedure telematiche concorsuali di vendita. Alle forme di pubblicità si provvede con la pubblicazione su almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno due quotidiani a maggiore diffusione locale, nonché sul sito internet dell'Agenzia del demanio. Le spese relative alla pubblicità delle procedure concorsuali sono poste a carico dello Stato. L'aggiudicazione avviene, nelle procedure concorsuali, a favore dell'offerta più alta rispetto al prezzo di base ovvero, nelle procedure ad offerta libera, a favore dell'offerta migliore, previa valutazione della sua convenienza economica da parte dell'Agenzia del demanio sulla base dei valori indicati dall'Osservatorio del mercato immobiliare per la zona di riferimento e avuto riguardo alla tipologia di immobile e all'andamento del mercato. In caso di procedura ad offerta libera, l'Agenzia del demanio può riservarsi di non procedere all'aggiudicazione degli immobili» (96).

È riconosciuto in favore delle regioni e degli enti locali territoriali, sul cui territorio insistono gli immobili in vendita, il diritto di opzione all'acquisto entro il termine di quindici giorni dal ricevimento della determinazione a vendere comunicata dall'Agenzia del demanio prima dell'avvio delle procedure. In caso di vendita con procedure ad offerta libera, spetta in via prioritaria alle regioni e agli enti locali territoriali il diritto di prelazione all'acquisto, da esercitare nel corso della procedura di vendita (97).

È altresì fatto salvo il diritto di prelazione in favore dei concessionari, dei conduttori nonché dei soggetti che si trovano comunque nel godimento dell'immobile oggetto di alienazione, a condizione che gli stessi abbiano soddisfatto tutti i crediti richiesti dall'amministrazione competente (98).

2 – A trattativa privata l’Agenzia del Demanio può inoltre vendere le quote indivise di beni immobili, i fondi interclusi e i diritti reali su immobili di cui è titolare lo Stato. Più precisamente, «nell’ambito delle attività volte al riordino, alla razionalizzazione e alla valorizzazione del patrimonio immobiliare dello Stato, l’Agenzia del demanio è autorizzata, con decreto dirigenziale del Ministero dell’economia e delle finanze, a vendere a trattativa privata, anche in blocco, le quote indivise di beni immobili, i fondi interclusi nonché i diritti reali su immobili, dei quali lo Stato è proprietario ovvero comunque è titolare. Il prezzo di vendita è stabilito secondo criteri e valori di mercato, tenuto conto della particolare condizione giuridica dei beni e dei diritti. Il perfezionamento della vendita determina il venire meno dell’uso governativo, delle concessioni in essere nonché di ogni altro eventuale diritto spettante a terzi in caso di cessione» (99).

3 – La legge n. 311 in parola disciplina inoltre la vendita delle aree statali sulle quali i comuni hanno realizzato opere di urbanizzazione. In particolare, per dette aree che appartengono al patrimonio e al demanio dello Stato, sulle quali, alla data di entrata in vigore della legge medesima, i comuni abbiano realizzato le opere di urbanizzazione di cui all’articolo 4 della legge 29 settembre 1964, n. 847, è previsto il trasferimento in proprietà, a titolo oneroso, nello stato di fatto e di diritto in cui si trovano, al patrimonio indisponibile del comune che le richiede, con vincolo decennale di inalienabilità. La richiesta di trasferimento è presentata alla filiale dell’Agenzia del demanio territorialmente competente, corredata dalle planimetrie e dagli atti catastali che identificano le aree oggetto di trasferimento. Il corrispettivo del trasferimento è determinato secondo i parametri fissati nell’elenco 3 allegato alla stessa legge, i quali sono aggiornati annualmente, a decorrere dal 1° gennaio 2006, nella misura dell’8 per cento (100).

4 – Ulteriore ipotesi di alienazione diretta è prevista dall’art. 5-bis del d.l. n. 143 del 2003, per le aree appartenenti al patrimonio o al demanio dello Stato, interessate dallo sconfinamento di opere eseguite entro il 31 dicembre 2002 su fondi attigui di proprietà altrui (101).

Queste aree sono alienate a cura della filiale dell’Agenzia del demanio territorialmente competente, mediante vendita diretta, con un atto di natura privatistica e senza previo espletamento di procedure di evidenza pubblica, in favore del soggetto legittimato che ne abbia fatto richiesta o che aderisca all’invito all’acquisto previsto dal suddetto articolo, il quale detta anche la documentazione da produrre per l’acquisto a cura del soggetto legittimato.

Tale vendita può riguardare non soltanto la porzione di area oggetto di sconfinamento, ma anche una superficie di pertinenza entro e non oltre tre metri dai confini dell’opera eseguita.

L’applicazione di questa disposizione è però esclusa per le aree appartenenti al demanio marittimo e per quelle sottoposte a tutela ai sensi del testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali (102).

5 – Tra le procedure ordinarie di alienazione rientra anche la vendita di unità residenziali appartenenti al patrimonio dello Stato e gestite dall’Agenzia del demanio, le quali, ai sensi dell’art. 1, comma 219 della L. n. 296 del 2006 (103), possono essere alienate dall’Agenzia medesima a norma dell’articolo 3, comma 109, della legge n. 662 del 1996 (104), ossia garantendo:

- a) il diritto di prelazione ai titolari dei contratti di locazione in corso ovvero di contratti scaduti e non ancora rinnovati purché si trovino nella detenzione dell’immobile, e ai loro familiari conviventi, sempre che siano in regola con i pagamenti al momento della presentazione della domanda di acquisto;
- b) il rinnovo del contratto di locazione, secondo le norme vigenti, agli inquilini titolari di reddito familiare complessivo inferiore ai limiti di decadenza previsti per la permanenza negli alloggi di edilizia popolare. Per famiglie di conduttori composte da ultrasessantacinquenni o con componenti portatori di handicap, tale limite è aumentato del venti per cento.

Per la determinazione del prezzo di vendita degli alloggi è preso a riferimento il prezzo di mercato degli alloggi liberi diminuito del 30% fatta salva la possibilità, in caso di difforme valutazione, di ricorrere ad una stima dell’Ufficio tecnico erariale.

Il comma 219 dell’art. 1, L. n. 296 del 2006 attraverso l’espresso rinvio normativo, ribadisce la vigenza delle disposizioni contenute nell’art. 3, comma 109 della legge 23 dicembre 1996, n. 662, consentendo all’Agenzia del Demanio di procedere, nel rispetto delle stesse, alla vendita degli alloggi, affidando all’Agenzia medesima le attività estimali, incluse quelle già affidate all’Ufficio tecnico erariale.

Della stessa Legge n. 296 del 2006, va segnalato il comma 217, il quale, sempre in relazione alle procedure di alienazione previste dal comma 109, dell’art. 3 della L. 662/1996, costituisce una norma di interpretazione autentica, chiarendo, al fine di superare le difficoltà interpretative verificatesi in sede di attuazione, che i requisiti necessari per usufruire del diritto di prelazione all’acquisto dell’unità abitativa o del rinnovo del contratto di locazione spettante ai titolari dei contratti di locazione, ai loro familiari conviventi etc., «devono sussistere in capo agli aventi diritto al momento del ricevimento della proposta di vendita da parte dell’amministrazione alienante, ovvero alla data stabilita, con propri atti, dalla medesima amministrazione in funzione dei piani di dismissione programmati».

Per la vendita degli alloggi è d’uopo ricordare che con Legge n. 136 del 1999, è stata estesa l’applicazione delle disposizioni di cui al comma 59, art. 2, Legge n. 662 del 1996, «a tutti i trasferimenti di alloggi di proprietà pubblica» (105). Conseguentemente per detti trasferimenti non trova applicazione la nullità prevista al secondo comma dell’art. 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, e nell’ipotesi in cui l’immobile rientri nelle previsioni di sanabilità di cui al capo IV della stessa legge la domanda di sanatoria può essere presentata entro centoventi giorni dall’atto di trasferimento (106).

6 – Per gli immobili ad uso non prevalentemente abitativo appartenenti al patrimonio pubblico, il legislatore ha previsto modalità di dismissione di natura “straordinaria” (107), da inquadrarsi nell’ambito delle azioni di perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica.

All’art. 11-quinquies del D.L. n. 203 del 2005 (108), è stabilito che con decreto dirigenziale del Ministero dell’economia e delle finanze (109), di concerto con le amministrazioni che li hanno in uso, l’Agenzia del demanio è autorizzata a vendere a trattativa privata, anche in blocco, i predetti immobili (110).

È espressamente fatto divieto di alienare tali immobili a società la cui struttura non consente l’identificazione delle persone fisiche o delle società che ne detengono la proprietà o il controllo. Nelle operazioni immobiliari in questione è in più vietato, a pena di nullità dell’atto di trasferimento, l’utilizzo di società anonime, aventi sede all’estero. Inoltre, fermi i controlli già previsti dalla normativa antimafia, sono esclusi dalla trattativa privata i soggetti irrevocabilmente condannati per reati fiscali o tributari.

È opportuno rilevare che la vendita fa venir meno l’uso governativo, le concessioni in essere e l’eventuale diritto di prelazione spettante a terzi, anche in caso di rivendita.

Meritevoli di evidenziazione sono poi le semplificazioni amministrative che si accompagnano a queste vendite, nelle quali lo Stato e gli altri enti pubblici sono esonerati dalla consegna dei documenti relativi alla proprietà dei beni e alla regolarità urbanistica-edilizia e fiscale, come pure dalle dichiarazioni di conformità catastale (111), e «sono esonerati anche dall’obbligo di rendere le dichiarazioni urbanistiche richieste dalla legge per la validità degli atti nonché dall’obbligo di allegazione del certificato di destinazione urbanistica contenente le prescrizioni urbanistiche riguardanti le aree interessate dal trasferimento» (112). In più, non vi è l’obbligo di fornire l’attestato di prestazione energetica contestualmente all’atto di trasferimento (113).

Per queste vendite, inoltre, non si applica la nullità prevista dal secondo comma dell’art. 40, legge n. 47/1985 e nell’ipotesi in cui l’immobile rientri nelle previsioni di sanabilità di cui al capo IV della medesima legge, la domanda di sanatoria può essere presentata entro un anno dall’atto di trasferimento (114). Le stesse sono anche esenti dall’imposta di registro, dall’imposta di bollo, dalle imposte ipotecaria e catastale e da ogni altra imposta indiretta, nonché da ogni altro tributo o diritto (115), e per i relativi atti gli onorari notarili sono ridotti alla metà (116).

Per le vendite effettuate ai sensi e per gli effetti dell’art. 11-quinquies, trovano dunque applicazione talune disposizioni normative di favore, le quali sono contenute nell’art. 3 (117) del decreto-legge del 25 settembre 2001, n. 351, convertito in Legge n. 410 del 2001, recante disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni di investimento immobiliare.

7 – Con il suddetto decreto n. 351 sono state previste procedure finalizzate all’alienazione di beni all’esito di processi di valorizzazione (anche mediante accordi di programma), ed è stata introdotta la disciplina relativa alla privatizzazione mediante cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico, cui si è già fatto cenno.

Si tratta di speciali procedure previste con l’obiettivo, imposto dal Patto europeo per la stabilità e la crescita, di ridurre nel più breve tempo possibile l’enorme indebitamento pubblico (118).

Pur volendo in questa sede tralasciare, per ragioni di sintesi, queste procedure peculiari, il suddetto decreto merita di essere comunque richiamato in quanto la disciplina da esso recata costituisce tutt’ora un’importante normativa di riferimento, a cui fanno rinvio successivi provvedimenti legislativi in materia di dismissione del patrimonio pubblico.

Le disposizioni più rilevanti ai nostri fini sono contenute nei primi tre articoli, il primo dei quali è intitolato alla ricognizione del patrimonio immobiliare pubblico, il secondo alla privatizzazione del patrimonio medesimo ed il terzo alle modalità per la cessione degli immobili.

Al fine di consentire il riordino, la gestione e la valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico, anche in funzione della formulazione del conto generale del patrimonio dello Stato, il provvedimento al primo articolo demanda all’Agenzia del Demanio il compito di individuare, con propri decreti dirigenziali, sulla base e nei limiti della documentazione esistente presso gli archivi e gli uffici pubblici, i singoli beni, distinguendo tra beni demaniali e beni facenti parte del patrimonio indisponibile e disponibile (119).

Detti decreti, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, hanno effetto dichiarativo della proprietà, in assenza di precedenti trascrizioni, e producono gli effetti previsti dall’articolo 2644 del codice civile, nonché effetti sostitutivi dell’iscrizione del bene in catasto; gli uffici competenti provvedono, se necessario, alle conseguenti attività di trascrizione, intavolazione e voltura (120).

L’art. 2 autorizza il Ministro dell’economia e delle finanze a costituire o a promuovere la costituzione di una o più società a responsabilità limitata aventi ad oggetto esclusivo la realizzazione di operazioni di cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione del patrimonio immobiliare pubblico. Il successivo art. 3 prevede che i beni immobili individuati dall’Agenzia del Demanio possono essere trasferiti a titolo oneroso alle suddette società (denominate società-veicolo) con decreti di natura non regolamentare del Ministro dell’economia e delle finanze, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, i quali fissano anche le modalità del trasferimento, il prezzo iniziale, le caratteristiche della cartolarizzazione, l’immissione nel possesso e la gestione, nonché le modalità di valorizzazione e rivendita degli immobili trasferiti.

Al riguardo si rileva come “l’atto di trasferimento è insieme anche atto di conformazione di attività future del soggetto che acquista” (121).

Oltre alle disposizioni di favore sopra già riportate, nell’art. 3 particolare rilievo, anche problematico, assume la previsione per cui l’inclusione dei beni nei predetti decreti ministeriali ne produce il passaggio al patrimonio disponibile (122).

Sul punto è stato precisato che tale automatismo trova comunque giustificazione nell’attività preliminarmente svolta dall’Agenzia del demanio che, come visto, ai sensi dell’art. 1 è chiamata ad individuare con propri decreti dirigenziali i singoli beni, distinguendo tra beni demaniali e beni facenti parte del patrimonio indisponibile e disponibile (123).

E sul piano teorico è stato comunque escluso che possa essere sufficiente “un fiat ministeriale per togliere a qualsiasi bene pubblico la qualifica della demanialità o della indisponibilità”, pena l’illegittimità costituzionale della norma (124).

Dell’art. 3 in parola si segnala infine la disposizione in base alla quale, in occasione degli atti di rivendita, i notai devono curare le formalità di trascrizione, di intavolazione e di voltura catastale relative ai decreti dirigenziali dell’Agenzia del Demanio previsti dai commi 1 e 2 dell’articolo 1, e relative ai decreti del Ministro dell’economia e delle finanze previsti dai commi 1 e 1-bis dello stesso articolo 3.

8 – Altra procedura meritevole di considerazione in questa sede riguarda la dismissione dei terreni agricoli e a vocazione agricola, la cui disciplina è oggi contenuta nel decreto legge n. 1 del 24 gennaio 2012, convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 27 del 24 marzo 2012.

L’art. 66 del detto decreto ha introdotto una nuova disciplina di alienazione dei terreni demaniali agricoli, riservata in via prioritaria ai giovani agricoltori, ai quali è infatti garantito il diritto di prelazione in tutte le procedure di acquisto/locazione dei terreni pubblici.

Si è previsto che entro il 30 giugno di ogni anno, il Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali, con decreto di natura non regolamentare da adottare di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, anche sulla base dei dati forniti dall’Agenzia del demanio nonché su segnalazione dei soggetti interessati, individua i terreni agricoli e a vocazione agricola, non utilizzabili per altre finalità istituzionali, di proprietà dello Stato e degli enti pubblici nazionali, da locare o alienare a cura dell’Agenzia del demanio mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando per gli immobili di valore inferiore a 100.000 euro e mediante asta pubblica per quelli di valore pari o superiore a 100.000 euro.

L’individuazione del bene ne determina il trasferimento al patrimonio disponibile dello Stato, e ai citati decreti di individuazione si applicano le disposizioni di cui all’articolo 1, commi 3, 4 e 5, del decreto legge 25 settembre 2001, n. 351, per cui, anche essi, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, hanno effetto dichiarativo della proprietà, in assenza di precedenti trascrizioni, e producono gli effetti previsti dall’articolo 2644 del codice civile, nonché effetti sostitutivi dell’iscrizione del bene

in catasto; gli uffici competenti provvedono poi alle attività di trascrizione, intavolazione e voltura, ove necessario.

Circa le modalità della alienazione, come meglio specificate dal decreto attuativo del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali, del 20 maggio 2014 (125), si ha che per i terreni di valore pari o superiore a 100.000 euro, l'Agenzia del demanio procede alla alienazione mediante asta pubblica con aggiudicazione in favore dell'offerta più alta rispetto al prezzo posto a base d'asta determinato sulla base dei valori agricoli medi di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, con riconoscimento del diritto di prelazione in favore dei giovani imprenditori agricoli, così come definiti ai sensi del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 185, ossia agli imprenditori agricoli under 40, qualora i terreni siano liberi. Nel caso in cui i terreni medesimi siano occupati, è riconosciuto prioritariamente il diritto di prelazione in favore dei conduttori secondo le norme vigenti (126).

Per l'alienazione dei terreni di valore inferiore a 100.000 euro, si ha la pubblicazione sul sito internet dell'Agenzia del demanio del relativo elenco. Detto elenco resta in pubblicazione per 90 giorni, al termine dei quali gli interessati, previo accreditamento al portale delle vendite online dell'Agenzia da effettuarsi secondo la procedura dalla stessa indicata, potranno far pervenire telematicamente, entro i successivi 45 giorni, offerte in rialzo per l'acquisto dei beni. Alla scadenza del predetto termine per la presentazione dell'offerta, il bene verrà alienato al miglior offerente, fermo restando, anche in questo caso, il riconoscimento del diritto di prelazione prioritariamente in favore dei giovani imprenditori agricoli, qualora i terreni siano liberi, e, qualora occupati, in favore dei conduttori.

Ai contratti di alienazione sono estese le agevolazioni previste dall'articolo 5-bis, commi 2 e 3, del decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 228 (127), e quindi, l'esenzione da imposta di registro, ipotecaria, catastale, di bollo e di ogni altro genere, e la riduzione degli onorari notarili ad un sesto.

Ai terreni così alienati o locati non può essere attribuita una destinazione urbanistica diversa da quella agricola prima del decorso di venti anni dalla trascrizione dei relativi contratti nei pubblici registri immobiliari.

9. La stipulazione.

Come già osservato, le pubbliche amministrazioni, in ragione della funzionalizzazione della loro attività al pubblico interesse, posseggono una autonomia contrattuale limitata.

Il principale limite attiene alla necessità di osservare determinate modalità nella formazione della volontà contrattuale, la quale avviene infatti attraverso il c.d. procedimento di evidenza pubblica, con cui il contraente pubblico forma e manifesta la volontà di stipulare un determinato contratto, "evidenziando" i motivi di pubblico interesse che intende perseguire con quello specifico atto negoziale (128).

Le principali fasi di questo modulo procedimentale sono rappresentate dalla deliberazione a contrarre, scelta del contraente, stipulazione del contratto, approvazione ed eventuali controlli del contratto stipulato (129).

Circa la disciplina applicabile, si ricorda che a differenza dei contratti passivi (produttivi di una spesa per l'Amministrazione) i quali soggiacciono al Codice dei contratti pubblici, i contratti attivi (tra cui quelli di vendita, produttivi di un'entrata) (130) restano tuttora disciplinati dalla legge di contabilità di Stato (131).

In aggiunta a quanto già visto, meritano qui d'essere ancora richiamate le norme che presiedono alla stipulazione.

Preliminarmente è comunque opportuno fare cenno alla deliberazione a contrarre, dal momento che la instaurazione di qualsiasi negozio da parte di una pubblica amministrazione deve essere preceduta da un atto con il quale l'Amministrazione esprime la volontà di agire in tal senso e le ragioni che la muovono a concludere un determinato contratto.

Trattasi di atto interno (132) con cui viene fissata la "norma agendi" per chi deve porre in essere il contratto, legittimandolo ad operare in nome e per conto dell'Amministrazione (133).

Si predispose inoltre un progetto di contratto con cui si ha la precisazione dell'oggetto del contratto e la predeterminazione delle clausole fondamentali.

È ad esso che fa esplicito riferimento la legge di contabilità, la quale aveva assoggettato al parere del Consiglio di Stato i progetti di contratti di importo superiore a soglie determinate per ciascun sistema contrattuale (134), ma le relative norme risultano abrogate a seguito dell'entrata in vigore della Legge 15 maggio 1997, n. 127, recante "Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo", che, all'art. 17, ha riscritto e limitato le ipotesi in cui è necessario il parere del Consiglio di Stato, abrogando ogni diversa disposizione di legge (135).

Si rammenta inoltre che le operazioni di acquisto e vendita di immobili effettuate dalle pubbliche amministrazioni, tra cui l'Agenzia del demanio, sono subordinate alla verifica del rispetto dei saldi strutturali di finanza pubblica da attuarsi con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze (136).

Ciò detto, e passando a trattare la fase specifica della stipulazione, è d'uopo richiamare anzitutto il Decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 sul lavoro alle dipendenze della P.A., il quale prevede la bipartizione tra attività di indirizzo politico-amministrativo, che spetta agli organi di governo, ed attività di gestione, che spetta invece ai dirigenti amministrativi, ai quali è infatti riservata la competenza, tra l'altro, di adottare gli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno (137).

Conseguentemente, la competenza in materia contrattuale assegnata agli organi ministeriali dagli artt. da 16 a 19 della legge di contabilità di Stato e dagli artt. da 93 a 113 del relativo regolamento, oggi è di titolarità dei dirigenti (138).

È alla luce di questa innovazione che vanno oggi lette le disposizioni della legge di contabilità di Stato e del relativo regolamento, le quali stabiliscono che i contratti sono stipulati da un pubblico ufficiale «delegato» a rappresentare l'amministrazione (139); delegazione che, secondo quanto previsto dal regolamento, deriva da norme giuridiche (legge e regolamento di contabilità o regolamenti speciali delle singole amministrazioni) oppure, in difetto, deve risultare da apposito decreto da allegare al contratto (140).

Lo stesso regolamento stabilisce anche che nelle amministrazioni centrali i contratti «sono stipulati dai ministri, dai sottosegretari di Stato o dai direttori generali o altri funzionari equiparati» (141), con ciò operando una vera e propria attribuzione di competenza, integrata dalla previsione per cui quando si debba stipulare formale contratto, in seguito a pubblico incanto o privata licitazione, la stipulazione deve essere effettuata dallo stesso funzionario che presiedette all'asta o alla licitazione (142).

In base alla vigente normativa, risultante dalla riforma sopra detta, e in virtù dei poteri attribuiti dal Regolamento dell'Agenzia del Demanio alle strutture territoriali, per le compravendite dei beni del patrimonio dello Stato la competenza alla stipula spetta quindi ai direttori responsabili delle Direzioni territoriali dell'Agenzia medesima (143).

Per quanto attiene alla forma della stipulazione, presupponendosi in ogni caso la forma scritta ad substantiam (144), i contratti dello Stato, secondo le norme del diritto contabile positivo, possono essere stipulati in forma pubblica, in forma pubblica amministrativa, e in forma privata.

La forma pubblica è espressamente prevista dal regolamento di contabilità, il cui art. 102 dispone che «Quando i capi delle rispettive amministrazioni o l'altra parte contraente ne facciano richiesta, i contratti possono essere stipulati per mano di notaio, secondo le ordinarie forme del relativo procedimento» (145).

In alternativa la stipulazione può avvenire in forma pubblica amministrativa, nella quale assume un preminente ruolo l'Ufficiale rogante, ossia colui che è chiamato dalle norme di contabilità a svolgere le funzioni che nella stipulazione in forma pubblica sono affidate al notaio (146).

Nell'Amministrazione dello Stato l'ufficiale rogante deve rivestire la qualifica funzionale non inferiore alla settima (già grado nono), corrispondente all'attuale area funzionale C1, e viene nominato con decreto dirigenziale (147)¹.

Per l'Agenzia del Demanio, i contratti stipulati in forma pubblica amministrativa sono ricevuti da un funzionario dell'Agenzia designato quale Ufficiale Rogante dal Direttore dell'agenzia medesima (148)².

¹ 147) Si v., A. NOBILE, A. SPADARO, Le forniture di beni e servizi nella pubblica amministrazione, Santarcangelo di Romagna, 2009, 334 s. In caso di impedimento o di assenza dell'Ufficiale rogante, le sue funzioni sono svolte da un sostituto, nominato con la medesima procedura adoperata per la nomina del titolare. Normalmente, nell'amministrazione centrale, sia l'ufficiale rogante sia il suo sostituto, vengono scelti tra i funzionari della direzione generale degli affari generali ed amministrativi; S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, op. cit., 531.

Naturalmente, l'ufficiale rogante deve essere diverso da quello che impegna l'amministrazione pubblica (c.d. ufficiale stipulante) (149)³.

Infine, ma solo a seguito di trattativa privata, i contratti possono anche stipularsi per mezzo di scrittura privata firmata dal funzionario rappresentante l'amministrazione e dal privato contraente

Nel caso in cui si procede con pubblici incanti o private licitazioni, la legge di contabilità prevede inoltre che i processi verbali di aggiudicazione definitiva «equivalgono per ogni legale effetto al contratto»

È comunque normale prassi amministrativa quella intesa a confermare invariabilmente la volontà negoziale mediante la stipulazione del contratto successivamente all'aggiudicazione. E tale pratica è ritenuta preferibile dal momento che è in tal modo possibile completare e meglio precisare il contenuto delle singole clausole contrattuali

Con riguardo agli obblighi connessi alla stipula, meritano poi cenno le disposizioni che si occupano delle spese contrattuali (di copia, stampa, registrazione ecc.), le quali sono poste a carico dei contraenti con l'Amministrazione, e le cui somme devono essere da questi versate sul conto corrente postale intestato alla sezione di tesoreria provinciale dello Stato; l'attestato del versamento va consegnato all'amministrazione per essere allegato al contratto .

Si segnala qui, inoltre, in quanto riferita alla generalità delle dismissioni degli immobili di proprietà dello Stato, la previsione legislativa per la quale «eventuali regolarizzazioni catastali possono essere eseguite, anche successivamente agli atti o ai provvedimenti di trasferimento, a cura degli acquirenti»⁴.

Intervenuta la stipulazione, il contratto dovrà essere approvato nei modi di legge.

I contratti dello Stato, stipulati ma non ancora approvati, sono infatti “negozi claudicanti” (156) 2 in quanto, come stabilisce la legge di contabilità di Stato, essi non sono obbligatori per l'Amministrazione finché non sono approvati dall'autorità competente, e non sono eseguibili che dopo l'approvazione (157)⁵.

² 148) Così, l'art. 24 del Regolamento di amministrazione e contabilità dell'Agenzia del Demanio, 27 settembre 2012, in Gazzetta Ufficiale n. 250 del 25 ottobre 2012.

³ 149) Nella forma pubblica amministrativa intervengono dunque due funzionari: quello che riceve l'atto, quale ufficiale rogante, e quello che stipula l'atto, quale rappresentante dell'amministrazione, denominato nella prassi “ufficiale stipulante” proprio per contrapposizione all'ufficiale rogante; E. MELE, op. cit., 257.

⁴ 156) A. BENNATI, op. cit., 149; A. LAINO, op. cit., 910.

⁵ 157) Art. 19 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440; art. 117, R.D. 23 maggio 1924, n. 827 «Allorché i contratti sono stati approvati e, ove prescritto, registrati alla Corte dei conti, l'amministrazione provvede alla loro esecuzione». Per G. PETRELLI, op. cit., 795, «se si aderisce, come appare preferibile, alla configurazione dell'approvazione dei contratti della pubblica amministrazione quale condicio iuris, cui è sottoposta l'efficacia dei medesimi contratti, deve ritenersi che gli stessi siano immediatamente trascrivibili (salva la necessità – in applicazione estensiva dell'art. 2659, ultimo comma, c.c., di menzionare la condizione nella nota di trascrizione; e di procedere successivamente al relativo avveramento – a seguito dell'approvazione – alla cancellazione di tale menzione a norma dell'art. 2668 c.c.)».

Detta approvazione configura un controllo interno sia di legittimità che di merito (158)⁶ e compete, in base alla normativa sulle funzioni dirigenziali, agli stessi dirigenti cui è conferita la rappresentanza dell'amministrazione (159)⁷, assumendo pertanto forma di decreto dirigenziale (160)⁸.

Al riguardo può rilevarsi, con la magistratura contabile, che «Nel vigente ordinamento organizzativo derivante dal d.lg. n. 29 del 1993 e successive modificazioni, in cui la dirigenza è subentrata al Ministro nelle funzioni di gestione finanziaria tecnica e amministrativa, compresa l'adozione di tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, gli articoli della legge e del regolamento di contabilità di Stato, che disciplina la stipula e l'approvazione dei contratti in cui è parte un'amministrazione pubblica vanno letti in coerenza con la nuova articolazione delle competenze, nel senso cioè che è rimessa alla discrezionalità di ciascun dirigente la scelta di delegare ad altro funzionario il potere di stipulare un contratto ovvero di procedere in prima persona, fermo restando in entrambi i casi il potere di emettere a propria firma il decreto approvativo, strumento indispensabile non tanto per controllare la legittimità e l'opportunità dell'operato di un altro soggetto ma per raccordare gli effetti civilistici del contratto stipulato con quelli amministrativo-contabili»⁹

⁶ 158) Si v. R.D. 23 maggio 1924, n. 827, art. 107, comma 1, «I ministri e le autorità delegate per la approvazione dei contratti verificano la regolarità della seguita stipulazione, e la conformità dei patti stipulati con capitoli d'onori, e le altre condizioni e clausole prestabilite»; per l'art. 104, comma 2, i contratti «non possono essere approvati e resi esecutivi, ove manchino le corrispondenti disponibilità sui fondi iscritti in bilancio»; inoltre, in base all'art. 113, comma 1, « Per gravi motivi di interesse pubblico o dello Stato, il ministro o l'autorità delegata per l'approvazione può negare l'approvazione ai contratti anche se riconosciuti regolari»; S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, op. cit., 541 ss.; A. NOBILE, A. SPADARO, op. cit., 357.

⁷ 159) Si v. gli artt. 7, 8 e 9 del D.P.R. 30 giugno 1972, n. 748 - Disciplina delle funzioni dirigenziali nelle Amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, e il D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 - Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Si v. altresì, l'art. 4 della Determinazione del Direttore dell'Agenzia del demanio, n. 76/2017 cit.

⁸ 160) A. NOBILE, A. SPADARO, op. cit., 357 s.

⁹ 161) Così, Corte dei Conti, sez. contr., 30 aprile 2002, n. 12, in Riv. corte conti, 2002, 2, 12, che ha ritenuto legittimo il decreto approvativo di un contratto emesso da un dirigente che abbia, in prima persona, stipulato il contratto con il fornitore di beni e servizi; anche per Corte dei Conti Sicilia, Sez. contr., 8 ottobre 1997, n. 44, in Riv. Corte Conti, 1997, 4, 34, «In materia di contratti delle p.a., il decreto approvativo, pur avendo natura di atto di controllo, può essere emesso dallo stesso dirigente che ha stipulato il contratto in rappresentanza dell'amministrazione, in quanto tale coincidenza soggettiva, già ammissibile nella vigenza del d.P.R. n. 748 del 1972, per gli atti di competenza del Ministro, non è in contrasto con il successivo d.lg. n. 29 del 1993, che anzi, rende i dirigenti responsabili della intera attività gestionale, fatto salvo il disposto dell'art. 103 r.d. n. 827 del 1924 che vieta il conferimento di una delega alla approvazione allo stesso funzionario che ha partecipato alla stipula, non applicabile allora nella normale ipotesi in cui il dirigente procede personalmente allo svolgimento delle proprie attività; pertanto, è legittimo il decreto approvativo di un contratto per la informatizzazione dei dati, emesso dal Presidente di una Corte di appello, anche nella ipotesi in cui il contratto sia stato da quest'ultimo stipulato (decisione difforme dal tradizionale e consolidato orientamento della sezione del controllo sul punto, ribadito da ultimo in maniera esplicita o implicitamente nelle decisioni n. 79 del 20 aprile 1994, 52 dell'8 marzo 1996 e 91 del 26 giugno 1996)».

Il decreto di approvazione del contratto è poi sottoposto al controllo di legittimità della Corte dei Conti (162)¹⁰.

10. TAVOLA NORMATIVA

Principale normativa di riferimento in materia di dismissione degli immobili dello Stato

Fonte normativa

Disciplina

1. Legge 30 dicembre 2004 n. 311 - Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Finanziaria 2005)

Le disposizioni di maggior rilievo sono contenute nei commi 436, 437 e 438 dell'articolo unico; «436. Nel rispetto del principio di trasparenza dell'azione amministrativa e delle procedure disciplinate dall'articolo 14-bis, comma 3, lettera f), del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, l'Agenzia del demanio può alienare beni immobili di proprietà dello Stato, singolarmente o in blocco: a) mediante trattativa privata, se di valore unitario o complessivo non superiore ad euro 400.000; b) mediante asta pubblica ovvero invito pubblico ad offrire, se di valore unitario o complessivo superiore ad euro 400.000, e, qualora non aggiudicati, mediante trattativa privata. L'Agenzia del demanio, con propri provvedimenti dirigenziali, provvede a disciplinare le modalità delle procedure telematiche concorsuali di vendita. Alle forme di pubblicità si provvede con la pubblicazione su almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno due quotidiani a maggiore diffusione locale, nonché sul sito internet dell'Agenzia del demanio. Le spese relative alla pubblicità delle procedure concorsuali sono poste a carico dello Stato. L'aggiudicazione avviene, nelle procedure concorsuali, a favore dell'offerta più alta rispetto al prezzo di base ovvero, nelle procedure ad offerta libera, a favore dell'offerta migliore, previa valutazione della sua convenienza economica da parte dell'Agenzia del demanio sulla base dei valori indicati dall'Osservatorio del mercato immobiliare per la zona di riferimento e avuto riguardo alla tipologia di immobile e all'andamento del mercato. In caso di procedura ad offerta libera, l'Agenzia del demanio può riservarsi di non procedere all'aggiudicazione degli immobili.

437. Per le alienazioni di cui al comma 436 è riconosciuto in favore delle regioni e degli enti locali territoriali, sul cui territorio insistono gli immobili in vendita, il

¹⁰ 162) Legge 14 gennaio 1994, n. 20 - Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti), art. 3 (Norme in materia di controllo della Corte dei conti), «Il controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti si esercita esclusivamente sui seguenti atti non aventi forza di legge: (...) f) provvedimenti di disposizione del demanio e del patrimonio immobiliare; (...) g) decreti che approvano contratti delle amministrazioni dello Stato, escluse le aziende autonome: attivi, di qualunque importo, ad eccezione di quelli per i quali ricorra l'ipotesi prevista dall'ultimo comma dell' articolo 19 del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440; di appalto d'opera, se di importo superiore al valore in ECU stabilito dalla normativa comunitaria per l'applicazione delle procedure di aggiudicazione dei contratti stessi; altri contratti passivi, se di importo superiore ad un decimo del valore suindicato».

Per profili fiscali degli atti soggetti alla legge di contabilità di Stato, si v. G. PETRELLI, op. cit., 796. 1

diritto di opzione all'acquisto entro il termine di quindici giorni dal ricevimento della determinazione a vendere comunicata dall'Agenzia del demanio prima dell'avvio delle procedure. In caso di vendita con procedure ad offerta libera, spetta in via prioritaria alle regioni e agli enti locali territoriali il diritto di prelazione all'acquisto, da esercitare nel corso della procedura di vendita.

438. Relativamente agli immobili di cui al comma 436 è fatto salvo il diritto di prelazione in favore dei concessionari, dei conduttori nonché dei soggetti che si trovano comunque nel godimento dell'immobile oggetto di alienazione, a condizione che gli stessi abbiano soddisfatto tutti i crediti richiesti dall'amministrazione competente».

Al comma 433 è anche previsto che «Nell'ambito delle attività volte al riordino, alla razionalizzazione e alla valorizzazione del patrimonio immobiliare dello Stato, l'Agenzia del demanio è autorizzata, con decreto dirigenziale del Ministero dell'economia e delle finanze, a vendere a trattativa privata, anche in blocco, le quote indivise di beni immobili, i fondi interclusi nonché i diritti reali su immobili, dei quali lo Stato è proprietario ovvero comunque è titolare. Il prezzo di vendita è stabilito secondo criteri e valori di mercato, tenuto conto della particolare condizione giuridica dei beni e dei diritti. Il perfezionamento della vendita determina il venire meno dell'uso governativo, delle concessioni in essere nonché di ogni altro eventuale diritto spettante a terzi in caso di cessione».

Il successivo comma 434 prevede anche che «Le aree che appartengono al patrimonio e al demanio dello Stato, sulle quali, alla data di entrata in vigore della presente legge, i comuni hanno realizzato le opere di urbanizzazione di cui all'articolo 4 della legge 29 settembre 1964, n. 847, e successive modificazioni, sono trasferite in proprietà, a titolo oneroso, nello stato di fatto e di diritto in cui si trovano, al patrimonio indisponibile del comune che le richiede, con vincolo decennale di inalienabilità. La richiesta di trasferimento è presentata alla filiale dell'Agenzia del demanio territorialmente competente, corredata dalle planimetrie e dagli atti catastali che identificano le aree oggetto di trasferimento. Il corrispettivo del trasferimento è determinato secondo i parametri fissati nell'elenco 3 allegato alla presente legge. I parametri sono aggiornati annualmente, a decorrere dal 1° gennaio 2006, nella misura dell'8 per cento».

2. Legge 27 dicembre 2006, n. 296 - Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato

Il comma 219 dell'art. 1 stabilisce che «Le unità immobiliari appartenenti al patrimonio dello Stato, destinate ad uso abitativo e gestite dall'Agenzia del demanio, possono essere alienate dall'Agenzia medesima, ai sensi dell'articolo 3, comma 109, della legge 23 dicembre 1996, n. 662. A tal fine, la lettera d) del predetto comma 109 si interpreta nel senso che le conseguenti attività estimali, incluse quelle già affidate all'Ufficio tecnico erariale, sono eseguite dall'Agenzia medesima».

Il comma 217 dello stesso articolo contiene una norma di interpretazione autentica del comma 109, dell'art. 3, legge 23 dicembre 1996, n. 662, sancendo che esso «si interpreta nel senso che i requisiti necessari per essere ammessi alle garanzie di cui alle lettere a) e b) del citato comma devono sussistere in capo agli aventi diritto al momento del ricevimento della proposta di vendita da parte dell'amministrazione alienante, ovvero alla data stabilita, con propri atti, dalla medesima amministrazione in funzione dei piani di dismissione programmati».

3. Legge 23 dicembre 1996 n. 662 - Misure di razionalizzazione della finanza pubblica

In base al comma 109 dell'art. 3 «Le amministrazioni pubbliche che non rispondono alla legge 24 dicembre 1993, n. 560, la Concessionaria servizi assicurativi pubblici Spa (CONSAP) e le società derivanti da processi di privatizzazione nelle quali, direttamente o indirettamente, la partecipazione pubblica è uguale o superiore al 30 per cento del capitale espresso in azioni ordinarie, procedono alla dismissione del loro patrimonio immobiliare con le seguenti modalità:

a) è garantito, nel caso di vendita frazionata e in blocco, anche a cooperative di abitazione di cui siano soci gli inquilini, il diritto di prelazione ai titolari dei contratti di locazione in corso ovvero di contratti scaduti e non ancora rinnovati purché si trovino nella detenzione dell'immobile, e ai loro familiari conviventi, sempre che siano in regola con i pagamenti al momento della presentazione della domanda di acquisto;

b) è garantito il rinnovo del contratto di locazione, secondo le norme vigenti, agli inquilini titolari di reddito familiare complessivo inferiore ai limiti di decadenza previsti per la permanenza negli alloggi di edilizia popolare. Per famiglie di conduttori composte da ultrasessantacinquenni o con componenti portatori di handicap, tale limite è aumentato del venti per cento;

c) [il diritto di prelazione di cui alla lettera a) e la garanzia del rinnovo del contratto di locazione di cui alla lettera b), nonché le modalità di determinazione del prezzo di vendita di cui alla lettera d) si applicano anche nel caso di dismissione del patrimonio immobiliare da parte delle società privatizzate o di società da queste controllate];

d) per la determinazione del prezzo di vendita degli alloggi è preso a riferimento il prezzo di mercato degli alloggi liberi diminuito del trenta per cento fatta salva la possibilità, in caso di difforme valutazione, di ricorrere ad una stima dell'Ufficio tecnico erariale;

e) i soggetti alienanti di cui al presente comma, sentite le organizzazioni sindacali rappresentative degli inquilini, disciplinano le modalità di presentazione delle domande di acquisto per gli immobili posti in vendita e di accesso ad eventuali mutui agevolati;

f) il 10 per cento del ricavato della dismissione degli immobili appartenenti alle amministrazioni statali è versato su un apposito capitolo dello stato di previsione

dell'entrata; il Ministro del tesoro è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio;

f-bis) gli alloggi in edifici di pregio sono definiti con circolare del Ministro del lavoro e della previdenza sociale. Si considerano comunque di pregio gli immobili che sorgono in zone nelle quali il valore unitario medio di mercato degli immobili è superiore del 70 per cento rispetto al valore di mercato medio rilevato nell'intero territorio comunale. Tali alloggi sono offerti in vendita ai titolari di contratti di locazione in corso ovvero di contratti scaduti non ancora rinnovati purché si trovino nella detenzione dell'immobile, e ai loro familiari conviventi, in regola con i pagamenti al momento della presentazione della domanda di acquisto, ad un prezzo di vendita pari al prezzo di mercato degli alloggi liberi, con le modalità di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma. All'offerta degli immobili si provvede mediante lettera raccomandata, con avviso di ricevimento, recante indicazione del prezzo di vendita dell'alloggio, inviata dall'ente proprietario ai soggetti di cui alla lettera a). Entro sessanta giorni dalla data di ricevimento della lettera raccomandata i soggetti presentano domanda di acquisto per gli alloggi offerti. Decorso inutilmente tale termine gli immobili sono posti in vendita con asta pubblica al migliore offerente».

Il medesimo art. 3 ha previsto un primo progetto organico di dismissione e valorizzazione del patrimonio immobiliare statale.

In particolare, al comma 86 autorizza il Ministro dell'economia e delle finanze a sottoscrivere quote di fondi immobiliari mediante apporto di beni immobili e di diritti reali su immobili appartenenti al patrimonio dello Stato nonché mediante apporti in denaro.

Per i beni immobili e i diritti immobiliari appartenenti al patrimonio dello Stato non conferiti nei fondi di cui al comma 86, individuati dal Ministro delle finanze, il comma 99 ha previsto che «possono essere alienati secondo programmi, modalità e tempi definiti, di concerto con il Ministro delle finanze, dal Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, che ne cura l'attuazione, fatto comunque salvo il diritto di prelazione attribuito, relativamente ai beni immobili non destinati ad uso abitativo, in favore dei concessionari e dei conduttori, nonché in favore di tutti i soggetti che, già concessionari, siano comunque ancora nel godimento dell'immobile oggetto di alienazione e che abbiano soddisfatto tutti i crediti richiesti dall'amministrazione competente, limitatamente alle nuove iniziative di vendita avviate a decorrere dal 1° gennaio 2001 che prevederanno la vendita frazionata. In detti programmi vengono altresì stabiliti le modalità di esercizio del diritto di prelazione previsto dal comma 113, i diritti attribuiti ai conduttori e gli obblighi a carico degli stessi secondo i medesimi criteri previsti dal secondo periodo della lettera d) del comma 1 dell'articolo 7 del decreto-legge 28 marzo 1997, n. 79, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 1997, n. 140. Il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica si avvale a tal fine di uno o

più consulenti immobiliari, incaricati anche della valutazione dei beni, scelti, anche in deroga alle norme di contabilità di Stato, con procedure competitive tra primarie società nazionali ed estere. I consulenti eventualmente incaricati non possono esercitare alcuna attività professionale o di consulenza in conflitto di interessi con i compiti propri dell'incarico ricevuto. I beni e i diritti immobiliari dello Stato, anche non compresi nei programmi, sono alienati in deroga alle norme di contabilità di Stato. Lo Stato venditore è esonerato dalla consegna dei documenti relativi alla proprietà o al diritto sul bene nonché alla regolarità urbanistica e a quella fiscale producendo apposita dichiarazione di titolarità del diritto e di regolarità urbanistica e fiscale. Gli onorari notarili sono ridotti al 20 per cento. I beni e i diritti immobiliari compresi nei programmi possono essere alienati a uno o più intermediari scelti con procedure competitive e secondo i termini che seguono. Gli intermediari acquirenti corrispondono al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica l'importo pattuito e si impegnano a rivendere gli immobili entro il termine concordato, corrispondendo al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica la differenza tra il prezzo di rivendita e il prezzo di acquisto, al netto di una commissione percentuale progressiva calcolata su tale differenza. Nel caso in cui l'intermediario non proceda alla rivendita degli immobili nel termine concordato, lo stesso corrisponde al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica la differenza tra il valore di mercato degli immobili, indicato dal consulente di cui al comma 86, e il prezzo di acquisto, al netto della commissione percentuale di cui al periodo precedente calcolata su tale differenza. Tale previsione si applica solo nel caso in cui l'intermediario abbia esperito inutilmente tutte le procedure finalizzate alla rivendita, ivi inclusa anche un'asta pubblica. In caso contrario la differenza dovuta dall'intermediario è calcolata includendo la commissione. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, può essere previsto che l'alienazione degli immobili ad intermediari avvenga senza obbligo di rivendita successiva. All'alienazione singola dei beni e diritti immobiliari, anche non compresi nei programmi, a soggetti diversi dagli intermediari, provvede il Ministero delle finanze».

Il successivo comma 100 «Lo Stato venditore è esonerato dalla consegna dei documenti relativi alla proprietà o al diritto sul bene nonché alla regolarità urbanistica e a quella fiscale producendo apposita dichiarazione di titolarità del diritto e di regolarità urbanistica e fiscale. Gli onorari notarili sono ridotti al 20 per cento. Le valutazioni di interesse storico e artistico sui beni da alienare sono effettuate secondo le modalità e i termini stabiliti con il regolamento adottato ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1998, n. 448. Qualora, alla data di entrata in vigore della presente disposizione, il regolamento di cui all'articolo 32 della predetta legge n. 448 del 1998 ancora non sia stato emanato, il Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica comunica l'elenco degli immobili oggetto di alienazione

al Ministero per i beni e le attività culturali che si pronuncia entro e non oltre novanta giorni dalla ricezione della comunicazione in ordine all'eventuale sussistenza dell'interesse storico-artistico individuando, in caso positivo, le singole parti soggette a tutela degli immobili stessi. Per i beni riconosciuti di tale interesse si applicano le disposizioni di cui agli articoli 24 e seguenti della legge 1° giugno 1939, n. 1089. Le approvazioni e le autorizzazioni di cui alla predetta legge n. 1089 del 1939 sono rilasciate entro novanta giorni dalla ricezione della richiesta. Decorso tale termine senza che la valutazione sia stata effettuata vi provvede, in via sostitutiva, il Presidente del Consiglio dei ministri»

I riportati commi 99 e 100 sono stati sostituiti dall'art. 4, commi 3 e 5, della Legge 23 dicembre 1999, n. 488 (Legge finanziaria 2000), il quale, al comma 9, ne ha limitato l'applicazione «fino alla piena operatività dell'Agenzia del demanio».

4. Decreto Legge 30 settembre 2005 n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248 - Misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria

Art. 11-quinquies (Dismissione di immobili), «1. Nell'ambito delle azioni di perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica attraverso la dismissione di beni immobili pubblici, l'alienazione di tali immobili è considerata urgente con prioritario riferimento a quelli il cui prezzo di vendita sia determinato secondo criteri e valori di mercato. L'Agenzia del demanio è autorizzata, con decreto dirigenziale del Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con le amministrazioni che li hanno in uso, a vendere con le modalità di cui all' articolo 7 del decreto-legge 24 dicembre 2002, n. 282, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2003, n. 27, i beni immobili ad uso non prevalentemente abitativo appartenenti al patrimonio pubblico, ivi compresi quelli individuati ai sensi dei commi 13, 13-bis e 13-ter dell' articolo 27 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, e successive modificazioni. L'autorizzazione all'operazione può ricomprendere anche immobili degli enti territoriali e delle altre pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni; in questo caso, ferme restando le previsioni dettate dal presente articolo, gli enti territoriali interessati individuano, con apposita delibera ai sensi e per gli effetti dell'articolo 58 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, gli immobili che intendono dismettere e le altre pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 provvedono secondo i rispettivi ordinamenti, fermo restando quanto previsto dall'articolo 6, comma 8, della legge 12 novembre 2011, n. 183. La delibera conferisce mandato al Ministero dell'economia e delle finanze per l'inserimento nel decreto dirigenziale di cui al

secondo periodo del presente comma. È in ogni caso vietata l'alienazione di immobili di cui al presente comma a società la cui struttura non consente l'identificazione delle persone fisiche o delle società che ne detengono la proprietà o il controllo. L'utilizzo di società anonime, aventi sede all'estero, nelle operazioni immobiliari di cui al presente comma è vietato e costituisce causa di nullità dell'atto di trasferimento. Fermi restando i controlli già previsti dalla vigente normativa antimafia, sono esclusi dalla trattativa privata i soggetti che siano stati condannati, con sentenza irrevocabile, per reati fiscali o tributari.

2. Ferma restando l'applicazione dell'articolo 27 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, per la dismissione dei beni già individuati ai sensi dei commi 13, 13-bis e 13-ter del medesimo articolo 27, la vendita fa venir meno l'uso governativo, le concessioni in essere e l'eventuale diritto di prelazione spettante a terzi anche in caso di rivendita. Si intendono applicabili, anche quanto alle dichiarazioni urbanistiche nonché agli attestati inerenti la destinazione urbanistico-edilizia previsti dalla legge, le disposizioni di cui al secondo periodo del comma 17 dell'articolo 3 del decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410, e successive modificazioni, nonché al primo ed al secondo periodo del comma 18 e al comma 19 del medesimo articolo 3. Resta ferma l'applicazione degli articoli 12, 54, 55, 56 e 57 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, per le procedure di dismissione successive a quelle di cui al primo periodo.

3. Agli atti di alienazione di cui al comma 1 del presente articolo o comunque connessi alla dismissione del patrimonio immobiliare di proprietà dello Stato si applicano le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 275, della legge 30 dicembre 2004, n. 311.

4. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze sono riconosciuti all'Agenzia del demanio i maggiori costi sostenuti per le attività connesse all'attuazione del presente articolo, a valere sulle conseguenti maggiori entrate.

5. All'articolo 27, comma 13-ter, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, l'ultimo periodo è soppresso.

6. Il disposto dell'articolo 3, commi 18 e 19, del decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410, deve interpretarsi nel senso che lo Stato, gli enti pubblici nonché le società di cui al comma 1 del citato articolo 3 del decreto-legge n. 351 del 2001 sono esonerati anche dall'obbligo di rendere le dichiarazioni urbanistiche richieste dalla legge per la validità degli atti nonché dall'obbligo di allegazione del certificato di destinazione urbanistica contenente le prescrizioni urbanistiche riguardanti le aree interessate dal trasferimento.

7. Gli immobili siti in Roma, via Nicola Salvi n. 68 e via Monte Oppio n. 12, già inseriti nelle procedure di vendita di cui al decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351,

convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410, sono esclusi da dette procedure di vendita».

5. Decreto Legge 24 dicembre 2002, n. 282, convertito, con modificazioni, in legge 21 febbraio 2003, n. 27 - Disposizioni urgenti in materia di adempimenti comunitari e fiscali, di riscossione e di procedure di contabilità.

L'art. 7 (Dismissione di beni immobili dello Stato), dispone: «Nell'ambito delle azioni di perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica attraverso la dismissione di beni immobili dello Stato, l'alienazione di tali immobili è considerata urgente con prioritario riferimento a quelli il cui prezzo di vendita sia fissato secondo criteri e valori di mercato. L'Agenzia del demanio è autorizzata a vendere a trattativa privata ovvero, per gli anni 2015, 2016 e 2017, mediante procedura ristretta alla quale investitori qualificati, in possesso di requisiti e caratteristiche fissati con decreto direttoriale del Ministero dell'economia e delle finanze in relazione alla singola procedura di dismissione, sono invitati a partecipare e, successivamente, a presentare offerte di acquisto nel rispetto delle modalità e dei termini indicati nella lettera di invito, anche in blocco, i beni immobili appartenenti al patrimonio dello Stato di cui agli allegati A e B al presente decreto. La vendita fa venire meno l'uso governativo, le concessioni in essere e l'eventuale diritto di prelazione spettante a terzi anche in caso di rivendita. Si applicano le disposizioni di cui al secondo periodo del comma 17 dell'articolo 3 del decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410, nonché al primo ed al secondo periodo del comma 18 del medesimo articolo 3».

Questa è la disposizione risultante dalla modifica apportata dall'articolo 1, comma 270, della Legge 23 dicembre 2014, n. 190 - Legge di stabilità 2015.

6. Decreto legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, in legge 23 novembre 2001, n. 410 - Disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni di investimento immobiliare

Questo decreto, sulla base dell'urgenza di adottare misure finalizzate all'immediato avvio del processo di privatizzazione del patrimonio immobiliare pubblico, anche mediante l'istituzione di fondi comuni di investimento immobiliare aventi caratteristiche innovative rispetto a quelle previste dall'ordinamento, ha apportato delle modifiche alla disciplina delle dismissioni del patrimonio degli enti pubblici.

All'art. 1 (Ricognizione del patrimonio immobiliare pubblico) ha previsto che «1. Per procedere al riordino, gestione e valorizzazione del patrimonio immobiliare dello Stato, anche in funzione della formulazione del conto generale del patrimonio, di cui agli articoli 5, comma 2, della legge 3 aprile 1997, n. 94, e 14, comma 2, del decreto legislativo 7 agosto 1997, n. 279, l'Agenzia del demanio, con propri decreti dirigenziali, individua, sulla base e nei limiti della documentazione esistente presso gli archivi e gli uffici pubblici, i singoli beni, distinguendo tra beni demaniali e beni facenti parte del patrimonio indisponibile e disponibile.

2. L’Agenzia del demanio, con propri decreti dirigenziali, individua i beni degli enti pubblici non territoriali, i beni non strumentali in precedenza attribuiti a società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta, riconosciuti di proprietà dello Stato, nonché i beni ubicati all’estero. L’individuazione dei beni degli enti pubblici e di quelli già attribuiti alle società suddette è effettuata anche sulla base di elenchi predisposti dagli stessi.

3. I decreti di cui ai commi 1 e 2, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, hanno effetto dichiarativo della proprietà, in assenza di precedenti trascrizioni, e producono gli effetti previsti dall’articolo 2644 del codice civile, nonché effetti sostitutivi dell’iscrizione del bene in catasto.

4. Gli uffici competenti provvedono, se necessario, alle conseguenti attività di trascrizione, intavolazione e voltura.

33

5. Contro l’iscrizione del bene negli elenchi di cui ai commi 1 e 2, è ammesso ricorso amministrativo all’Agenzia del demanio entro sessanta giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, fermi gli altri rimedi di legge.

6. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano ai beni di regioni, province, comuni ed altri enti locali che ne facciano richiesta, nonché ai beni utilizzati per uso pubblico, ininterrottamente da oltre venti anni, con il consenso dei proprietari»

I successivi commi 6 bis, 6 ter e 6 quater, pongono disposizioni specifiche per le cessioni degli immobili di proprietà di Ferrovie dello Stato spa; in particolare, è previsto che le alienazioni sono effettuate con esonero dalla consegna dei documenti relativi alla proprietà e di quelli attestanti la regolarità urbanistica, edilizia e fiscale degli stessi beni.

L’art. 2 disciplina il ricorso alla tecnica della cartolarizzazione per la dismissione del patrimonio immobiliare pubblico e autorizza il Ministro dell’economia e delle finanze a costituire o a promuovere la costituzione, anche attraverso soggetti terzi, di più società a responsabilità limitata, aventi ad oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione del patrimonio immobiliare dello Stato e degli altri enti pubblici.

Le modalità per la cessione degli immobili trovano disciplina nel successivo art 3, a tenore del quale «1. I beni immobili individuati ai sensi dell’articolo 1 possono essere trasferiti a titolo oneroso alle società costituite ai sensi del comma 1 dell’articolo 2 con uno o più decreti di natura non regolamentare del Ministro dell’economia e delle finanze, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale. L’inclusione nei decreti produce il passaggio dei beni al patrimonio disponibile. Con gli stessi decreti sono determinati:

a) il prezzo iniziale che le società corrispondono a titolo definitivo a fronte del trasferimento dei beni immobili e le modalità di pagamento dell’eventuale residuo, che può anche essere rappresentato da titoli;

b) le caratteristiche dell’operazione di cartolarizzazione che le società realizzano per finanziare il pagamento del prezzo. All’atto di ogni operazione di cartolarizzazione è

nominato un rappresentante comune dei portatori dei titoli, il quale, oltre ai poteri stabiliti in sede di nomina a tutela dell'interesse dei portatori dei titoli, approva le modificazioni delle condizioni dell'operazione;

c) l'immissione delle società nel possesso dei beni immobili trasferiti;

d) la gestione dei beni immobili trasferiti e dei contratti accessori, da regolarsi in via convenzionale con criteri di remuneratività;

e) le modalità per la valorizzazione e la rivendita dei beni immobili trasferiti.

1-bis. Per quanto concerne i beni immobili di enti pubblici soggetti a vigilanza di altro Ministero, i decreti del Ministro dell'economia e delle finanze sono adottati di concerto con il Ministro vigilante. Per i beni dello Stato di particolare valore artistico e storico i decreti del Ministro dell'economia e delle finanze sono adottati di concerto con il Ministro per i beni e le attività culturali.

2. Fino alla rivendita dei beni immobili trasferiti ai sensi del comma 1 i gestori degli stessi, individuati ai sensi del comma 1, lettera d), sono responsabili a tutti gli effetti ed a proprie spese per gli interventi necessari di manutenzione ordinaria e straordinaria, nonché per l'adeguamento dei beni alla normativa vigente.

3. È riconosciuto in favore dei conduttori delle unità immobiliari ad uso residenziale il diritto di opzione per l'acquisto, in forma individuale e a mezzo di mandato collettivo, al prezzo determinato secondo quanto disposto dai commi 7 e 8. Le modalità di esercizio dell'opzione sono determinate con i decreti di cui al comma 1. Sono confermate le agevolazioni di cui al comma 8 dell'articolo 6 del decreto legislativo 16 febbraio 1996, n. 104. Le medesime agevolazioni di cui al comma 8 dell'articolo 6 del decreto legislativo 16 febbraio 1996, n. 104, sono estese ai conduttori delle unità ad uso residenziale trasferite alle società costituite ai sensi del comma 1 dell'articolo 2.

3-bis. È riconosciuto in favore dei conduttori delle unità immobiliari ad uso diverso da quello residenziale il diritto di opzione per l'acquisto in forma individuale, al prezzo determinato secondo quanto disposto dal comma 7. Le modalità di esercizio del diritto di opzione sono determinate con i decreti di cui al comma 1.

4. È riconosciuto il diritto dei conduttori delle unità immobiliari ad uso residenziale, con reddito familiare complessivo annuo lordo, determinato con le modalità previste dall'articolo 21 della legge 5 agosto 1978, n. 457, e successive modificazioni, inferiore a 19.000 euro, al rinnovo del contratto di locazione per un periodo di nove anni, a decorrere dalla prima scadenza del contratto successiva al trasferimento dell'unità immobiliare alle società di cui al comma 1 dell'articolo 2, con applicazione del medesimo canone di locazione in atto alla data di scadenza del contratto. Per le famiglie con componenti ultrasessantacinquenni o con componenti disabili il limite del reddito familiare complessivo lordo, determinato con le modalità indicate nel periodo precedente, è pari a 22.000 euro. Nei casi previsti dai primi due periodi del presente comma, qualora l'originario contratto di locazione non sia stato formalmente rinnovato ma ricorrano comunque le condizioni previste dal primo periodo del

comma 6, il rinnovo del contratto di locazione per un periodo di nove anni decorre dalla data, successiva al trasferimento dell'unità immobiliare alle società di cui al comma 1 dell'articolo 2, in cui sarebbe scaduto il contratto di locazione se fosse stato rinnovato. Per le unità immobiliari occupate da conduttori ultrasessantacinquenni o nel cui nucleo familiare siano compresi soggetti conviventi, legati da rapporti di coniugio o di parentela in linea retta, portatori di handicap, accertato ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104, è consentita l'alienazione della sola nuda proprietà, quando essi abbiano esercitato il diritto di opzione e prelazione di cui al comma 5 con riferimento al solo diritto di usufrutto.

5. È riconosciuto il diritto di prelazione in favore dei conduttori delle unità immobiliari ad uso residenziale, delle unità immobiliari ad uso diverso da quello residenziale nonché in favore degli affittuari dei terreni, solo per il caso di vendita degli immobili ad un prezzo inferiore a quello di esercizio dell'opzione. Il diritto di prelazione eventualmente spettante ai sensi di legge ai conduttori delle singole unità immobiliari ad uso diverso da quello residenziale può essere esercitato unicamente nel caso di vendita frazionata degli immobili. La vendita si considera frazionata esclusivamente nel caso in cui ciascuna unità immobiliare sia offerta in vendita singolarmente a condizioni specificatamente riferite a tale unità. Il diritto di prelazione sussiste anche se la vendita frazionata è successiva ad un acquisto in blocco. I decreti di cui al comma 1 individuano, anche in deroga a quanto previsto dalla vigente normativa, gli adempimenti necessari al fine di consentire l'esercizio del diritto di prelazione da parte dei soggetti che ne sono titolari.

6. I diritti dei conduttori e degli affittuari dei terreni sono riconosciuti se essi sono in regola con il pagamento dei canoni e degli oneri accessori e sempre che non sia stata accertata l'irregolarità dell'affitto o della locazione. Sono inoltre riconosciuti i diritti dei conduttori delle unità immobiliari ad uso residenziale purché essi o gli altri membri conviventi del nucleo familiare non siano proprietari di altra abitazione adeguata alle esigenze del nucleo familiare nel comune di residenza. I diritti di opzione e di prelazione spettano anche ai familiari conviventi, nonché agli eredi del conduttore con lui conviventi ed ai portieri degli stabili oggetto della vendita, in caso di eliminazione del servizio di portineria.

7. Il prezzo di vendita degli immobili e delle unità immobiliari è determinato in ogni caso sulla base delle valutazioni correnti di mercato, prendendo a riferimento i prezzi effettivi di compravendite di immobili e unità immobiliari aventi caratteristiche analoghe. I terreni e le unità immobiliari liberi ovvero i terreni e le unità immobiliari per i quali gli affittuari o i conduttori non hanno esercitato il diritto di opzione per l'acquisto, sono posti in vendita al miglior offerente individuato con procedura competitiva, le cui caratteristiche sono determinate dai decreti di cui al comma 1, fermo restando il diritto di prelazione di cui al comma 5.

7-bis. Ai conduttori delle unità immobiliari ad uso diverso da quello residenziale, nell'ipotesi di vendita in blocco, spetta il diritto di opzione all'acquisto a mezzo di

mandato collettivo, a condizione che questo sia conferito dai conduttori che rappresentino il 100 per cento delle unità facenti parte del blocco oggetto di vendita. Il prezzo di acquisto è quello risultante all'esito della procedura competitiva. Le modalità ed i termini di esercizio del diritto di opzione stabilito dal presente comma sono determinati con i decreti di cui al comma 1.

8. Il prezzo di vendita delle unità immobiliari ad uso residenziale, escluse quelle di pregio ai sensi del comma 13, offerte in opzione ai conduttori che acquistano in forma individuale è pari al prezzo di mercato delle stesse unità immobiliari libere diminuito del 30 per cento. Per i medesimi immobili è altresì confermato l'ulteriore abbattimento di prezzo, secondo i coefficienti in vigore, in favore esclusivamente dei conduttori che acquistano a mezzo di mandato collettivo unità immobiliari ad uso residenziale che rappresentano almeno l'80 per cento delle unità residenziali complessive dell'immobile, al netto di quelle libere. Per i medesimi immobili è concesso, in favore dei conduttori che acquistano a mezzo di mandato collettivo e rappresentano almeno il 50 per cento, ma meno dell'80 per cento delle unità residenziali complessive dell'immobile al netto di quelle libere, un abbattimento del prezzo di cui al primo periodo fino a un massimo dell'8 per cento. Le modalità di applicazione degli abbattimenti di prezzo sono determinate con i decreti di cui al comma 1. Il prezzo di vendita dei terreni è pari al prezzo di mercato degli stessi immobili liberi, diminuito del 30 per cento. È riconosciuto agli affittuari il diritto di opzione per l'acquisto da esercitarsi con le modalità e nei termini di cui al comma 3 del presente articolo. Agli affittuari coltivatori diretti o imprenditori agricoli che esercitano il diritto di opzione per l'acquisto, è concesso l'ulteriore abbattimento di prezzo secondo percentuali analoghe a quelle previste dal presente comma e determinate con i decreti di cui al comma 1. Gli affittuari che esercitano il diritto di opzione possono procedere all'acquisto dei terreni attraverso il regime di aiuto di Stato n. 110/2001, approvato dalla Commissione europea con decisione comunitaria n. SG (2001) D/288933 del 3 giugno 2001. Non si applicano alle operazioni fondiari attuate attraverso il regime di aiuto di Stato n. 110/2001 le disposizioni previste dall'articolo 8 della legge 26 maggio 1965, n. 590, e dall'articolo 7 della legge 14 agosto 1971, n. 817. Tali operazioni usufruiscono delle agevolazioni tributarie per la formazione e l'arrotondamento della proprietà contadina previste dalla legge 6 agosto 1954, n. 604.

9. La determinazione esatta del prezzo di vendita di ciascun bene immobile e unità immobiliare, nonché l'espletamento, ove necessario, delle attività inerenti l'accatastamento dei beni immobili trasferiti e la ricostruzione della documentazione ad essi relativa, possono essere affidati all'Agenzia del territorio e a società aventi particolare esperienza nel settore immobiliare, individuate con procedura competitiva, le cui caratteristiche sono determinate dai decreti di cui al comma 1.

10. I beni immobili degli enti previdenziali pubblici ricompresi nei programmi straordinari di dismissione di cui all'articolo 7 del decreto-legge 28 marzo 1997, n.

79, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 1997, n. 140, e successive modificazioni, che non sono stati aggiudicati alla data del 31 ottobre 2001, sono alienati con le modalità di cui al presente decreto.

11. I beni immobili degli enti previdenziali pubblici, diversi da quelli di cui al comma 10 e che non sono stati venduti alla data del 31 ottobre 2001, sono alienati con le modalità di cui al presente decreto. La disposizione non si applica ai beni immobili ad uso prevalentemente strumentale. Il Ministro del lavoro e delle politiche sociali emana direttive agli enti previdenziali pubblici per l'unificazione dei rispettivi uffici, sedi e sportelli.

12. Il prezzo per il trasferimento dei beni immobili è corrisposto agli enti previdenziali titolari dei beni medesimi. Le relative disponibilità sono acquisite al bilancio per essere accreditate su conti di tesoreria vincolati intestati all'ente venditore; sulle giacenze è riconosciuto un interesse annuo al tasso fissato con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze. È abrogato il comma 3 dell'articolo 2 della legge 23 dicembre 1999, n. 488. La copertura delle riserve tecniche e delle riserve legali degli enti previdenziali pubblici vincolati a costituirle è realizzata anche utilizzando il corrispettivo di cui al comma 1, lettera a), e i proventi di cui all'articolo 4. Viene estesa all'INPDAI la facoltà di accesso alla Tesoreria centrale dello Stato per anticipazioni relative al fabbisogno finanziario delle gestioni previdenziali, ai sensi di quanto disposto dall'articolo 16 della legge 12 agosto 1974, n. 370, nonché dell'articolo 35 della legge 23 dicembre 1998, n. 448.

13. Con i decreti di cui al comma 1, su proposta dell'Agenzia del territorio, sono individuati gli immobili di pregio. Si considerano comunque di pregio gli immobili situati nei centri storici urbani, ad eccezione di quelli individuati nei decreti di cui al comma 1, su proposta dell'Agenzia del territorio, che si trovano in stato di degrado e per i quali sono necessari interventi di restauro e di risanamento conservativo, ovvero di ristrutturazione edilizia.

14. Sono nulli gli atti di disposizione degli immobili ad uso residenziale non di pregio ai sensi del comma 13 acquistati per effetto dell'esercizio del diritto di opzione e del diritto di prelazione prima che siano trascorsi cinque anni dalla data dell'acquisto.

15. Ai fini della valorizzazione dei beni il Ministero dell'economia e delle finanze convoca una o più conferenze di servizi o promuove accordi di programma per sottoporre all'approvazione iniziative per la valorizzazione degli immobili individuati ai sensi dell'articolo 1. Con i decreti di cui al comma 1 sono stabiliti i criteri per l'assegnazione agli enti territoriali interessati dal procedimento di una quota, non inferiore al 5 per cento e non superiore al 15 per cento, del ricavato attribuibile alla rivendita degli immobili valorizzati.

15-bis. Per la valorizzazione di cui al comma 15, l'Agenzia del demanio può individuare, d'intesa con gli enti territoriali interessati, una pluralità di beni immobili pubblici per i quali è attivato un processo di valorizzazione unico, in coerenza con gli indirizzi di sviluppo territoriale, che possa costituire,

nell'ambito del contesto economico e sociale di riferimento, elemento di stimolo ed attrazione di interventi di sviluppo locale. Per il finanziamento degli studi di fattibilità dei programmi facenti capo ai programmi unitari di valorizzazione dei beni demaniali per la promozione e lo sviluppo dei sistemi locali si provvede a valere sul capitolo relativo alle somme da attribuire all'Agenzia del demanio per l'acquisto dei beni immobili, per la manutenzione, la ristrutturazione, il risanamento e la valorizzazione dei beni del demanio e del patrimonio immobiliare statale, nonché per gli interventi sugli immobili confiscati alla criminalità organizzata. È elemento prioritario di individuazione, nell'ambito dei predetti programmi unitari, la suscettività di valorizzazione dei beni immobili pubblici mediante concessione d'uso o locazione, nonché l'allocazione di funzioni di interesse sociale, culturale, sportivo, ricreativo, per l'istruzione, la promozione delle attività di solidarietà e per il sostegno alle politiche per i giovani, nonché per le pari opportunità.

15-ter. [Nell'ambito dei processi di razionalizzazione dell'uso degli immobili pubblici ed al fine di adeguare l'assetto infrastrutturale delle Forze armate alle esigenze derivanti dall'adozione dello strumento professionale, il Ministero della difesa può individuare beni immobili di proprietà dello Stato mantenuti in uso al medesimo Dicastero per finalità istituzionali, suscettibili di permuta di beni e di servizi con gli enti territoriali, con le società a partecipazione pubblica e con i soggetti privati. Le procedure di permuta sono effettuate dal Ministero della difesa, d'intesa con l'Agenzia del demanio, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico-contabile] (abrogato).

16. La pubblicazione dei decreti di cui al comma 1 produce gli effetti previsti dall'articolo 2644 del codice civile in favore della società beneficiaria del trasferimento. Si applica la disposizione di cui al comma 4 dell'articolo 1.

40

17. Il diritto di prelazione, eventualmente spettante a terzi sui beni immobili trasferiti ai sensi del comma 1, non si applica al trasferimento ivi previsto e può essere esercitato all'atto della successiva rivendita dei beni da parte delle società. I trasferimenti di cui al comma 1 e le successive rivendite non sono soggetti alle autorizzazioni previste dal testo unico di cui al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, né a quanto disposto dal comma 113 dell'articolo 3 della legge 23 dicembre 1996, n. 662, concernente il diritto di prelazione degli enti locali territoriali, e dall'articolo 19 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, come modificato dall'articolo 1 della legge 2 aprile 2001, n. 136, concernente la proposizione di progetti di valorizzazione e gestione di beni immobili statali. Le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali e gli altri soggetti pubblici non possono in alcun caso rendersi acquirenti dei beni immobili di cui al presente decreto. Il divieto previsto nel terzo periodo del presente comma non si applica agli enti pubblici territoriali che intendono

acquistare beni immobili ad uso non residenziale per destinarli a finalità istituzionali degli enti stessi.

17-bis. Il medesimo divieto di cui al terzo periodo del comma 17 non si applica agli enti pubblici territoriali che intendono acquistare unità immobiliari residenziali poste in vendita ai sensi dell'articolo 3 che risultano libere ovvero per le quali non sia stato esercitato il diritto di opzione da parte dei conduttori che si trovano nelle condizioni di disagio economico di cui al comma 4, ai fini dell'assegnazione delle unità immobiliari ai predetti soggetti. Ai fini dell'acquisto di immobili di cui al comma 1, le regioni, i comuni e gli altri enti pubblici territoriali possono costituire società per azioni, anche con la partecipazione di azionisti privati individuati tramite procedura di evidenza pubblica.

18. Lo Stato e gli altri enti pubblici sono esonerati dalla consegna dei documenti relativi alla proprietà dei beni e alla regolarità urbanistica-edilizia e fiscale nonché dalle dichiarazioni di conformità catastale previste dall'articolo 19, commi 14 e 15, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122. Restano fermi i vincoli gravanti sui beni trasferiti. Con i decreti di cui al comma 1 può essere disposta in favore delle società beneficiarie del trasferimento la garanzia di un valore minimo dei beni ad esse trasferiti e dei canoni di affitto o locazione.

19. Per la rivendita dei beni immobili ad esse trasferiti, le società sono esonerate dalla garanzia per vizi e per evizione e dalla consegna dei documenti relativi alla proprietà dei beni e alla regolarità urbanistica-edilizia e fiscale nonché dalle dichiarazioni di conformità catastale previste dall'articolo 19, commi 14 e 15, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122. La garanzia per vizi e per evizione è a carico dello Stato ovvero dell'ente pubblico proprietario del bene prima del trasferimento a favore delle società. Le disposizioni di cui all'articolo 2, comma 59, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, si applicano alle rivendite da parte delle società di tutti i beni immobili trasferiti ai sensi del comma 1. Gli onorari notarili relativi alla vendita dei beni immobiliari di cui al presente articolo sono ridotti alla metà. La stessa riduzione si applica agli onorari notarili per la stipulazione di mutui collegati agli atti di vendita medesimi, anche fuori dalle ipotesi disciplinate dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385. In caso di cessione agli affittuari o ai conduttori detti onorari sono ridotti al 25 per cento. I notai, in occasione degli atti di rivendita, provvederanno a curare le formalità di trascrizione, di intavolazione e di voltura catastale relative ai provvedimenti e agli atti previsti dai commi 1 e 2 dell'articolo 1 e dai commi 1 e 1-bis del presente articolo se le stesse non siano state già eseguite.

19-bis. Nei casi delle operazioni immobiliari di cui al presente articolo, e di quelle di cui all'articolo 11-quinquies del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, l'attestato di prestazione energetica di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 192, può

essere acquisito successivamente agli atti di trasferimento e non si applica la disposizione di cui al comma 3 del medesimo articolo 6.

20. Le unità immobiliari definitivamente offerte in opzione entro il 26 settembre 2001 sono vendute, anche successivamente al 31 ottobre 2001, al prezzo e alle altre condizioni indicati nell'offerta. Le unità immobiliari, escluse quelle considerate di pregio ai sensi del comma 13, per le quali i conduttori, in assenza della citata offerta in opzione, abbiano manifestato volontà di acquisto entro il 31 ottobre 2001 a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento, sono vendute al prezzo e alle condizioni determinati in base alla normativa vigente alla data della predetta manifestazione di volontà di acquisto. Per gli acquisti in forma non individuale, l'ulteriore abbattimento di prezzo di cui al secondo periodo del comma 8 è confermato limitatamente ad acquisti di sole unità immobiliari optate e purché le stesse rappresentino almeno l'80 per cento delle unità residenziali complessive dell'immobile, al netto di quelle libere.

20-bis. Agli immobili del patrimonio abitativo dell'Istituto nazionale della previdenza sociale oggetto di conferimenti o trasferimenti a uno o più fondi comuni di investimento immobiliare di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 5 febbraio 2014, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 65 del 19 marzo 2014, continuano ad applicarsi le disposizioni dei commi da 3 a 20 del presente articolo. Al fine di accelerare il processo di dismissione del patrimonio suddetto ai conduttori, il termine previsto dal comma 1 dell'articolo 7-bis del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, è prorogato al 31 dicembre 2013».

L'art. 4 interviene poi in materia di conferimento di beni immobili a fondi comuni di investimento immobiliare.

7. Decreto Legge 24 giugno 2003, n. 143, convertito, con modificazioni, in legge 1 agosto 2003 n. 212 - Disposizioni urgenti in tema di versamento e riscossione di tributi, di Fondazioni bancarie e di gare indette dalla Consip S.p.a. nonché di alienazione di aree appartenenti al patrimonio e al demanio dello Stato

Art. 5 bis (Alienazione di aree appartenenti al patrimonio e al demanio dello Stato), «1. Le porzioni di aree appartenenti al patrimonio e al demanio dello Stato, escluso il demanio marittimo, che alla data di entrata in vigore del presente decreto risultino interessate dallo sconfinamento di opere eseguite entro il 31 dicembre 2002 su fondi attigui di proprietà altrui, in forza di licenze o concessioni edilizie o altri titoli legittimanti tali opere, e comunque sia quelle divenute area di pertinenza, sia quelle interne a strumenti urbanistici vigenti, sono alienate a cura della filiale dell'Agenzia del demanio territorialmente competente mediante vendita diretta in favore del soggetto legittimato che ne faccia richiesta. L'estensione dell'area di cui si chiede l'alienazione oltre a quella oggetto di sconfinamento per l'esecuzione dei manufatti assentiti potrà comprendere, alle medesime condizioni, una superficie di pertinenza entro e non oltre tre metri dai confini dell'opera. Il presente articolo non si applica,

comunque, alle aree sottoposte a tutela ai sensi del testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, di cui al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, e successive modificazioni.

2. La domanda di acquisto delle aree di cui al comma 1 deve essere presentata, a pena di decadenza, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto alla filiale dell’Agenzia del demanio territorialmente competente, corredata dalla seguente documentazione concernente:

- a) la titolarità dell’opera la cui realizzazione ha determinato lo sconfinamento;
- b) il frazionamento catastale;
- c) la licenza o la concessione edilizia o altro titolo legittimante l’opera.

3. Alla domanda di acquisto deve essere altresì allegata, a pena di inammissibilità della stessa, una ricevuta comprovante il versamento all’erario per intero della somma, a titolo di pagamento del prezzo dell’area, determinata secondo i parametri fissati nella tabella A allegata al presente decreto.

4. Le procedure di vendita sono perfezionate entro otto mesi dalla data di scadenza del termine di cui al comma 2, previa regolarizzazione da parte dell’acquirente dei pagamenti pregressi attinenti all’occupazione dell’area, il cui valore è determinato applicando i parametri della tabella A allegata al presente decreto nella misura di un terzo dei valori ivi fissati, per anno di occupazione, per un periodo comunque non superiore alla prescrizione quinquennale. I pagamenti pregressi per l’occupazione sono dovuti al momento dell’ottenimento del titolo legittimante l’opera. Si intendono decadute le richieste e le azioni precedenti dell’Amministrazione finanziaria del demanio.

5. Decorso i termini di cui al comma 2 senza che il soggetto legittimato abbia provveduto alla presentazione della domanda di acquisto di cui al medesimo comma, la filiale dell’Agenzia del demanio territorialmente competente notifica all’interessato formale invito all’acquisto.

6. L’adesione all’invito di cui al comma 5 è esercitata dal soggetto legittimato entro il termine di novanta giorni dal ricevimento dello stesso con la produzione della documentazione di cui al comma 2 e la corresponsione dell’importo determinato secondo i parametri fissati nella tabella A allegata al presente decreto, maggiorato di una percentuale pari al 15 per cento. Decorso inutilmente il suddetto termine, la porzione dell’opera insistente sulle aree di proprietà dello Stato è da questo acquisita a titolo gratuito».

8. Decreto Legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, in Legge 24 marzo 2012, n. 27 - Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività.

Art. 66 - Dismissione di terreni demaniali agricoli e a vocazione agricola

«1. Entro il 30 giugno di ogni anno, il Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali, con decreto di natura non regolamentare da adottare di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, anche sulla base dei dati forniti dall’Agenzia

del demanio nonché su segnalazione dei soggetti interessati, individua i terreni agricoli e a vocazione agricola, non utilizzabili per altre finalità istituzionali, di proprietà dello Stato non ricompresi negli elenchi predisposti ai sensi del decreto legislativo 28 maggio 2010, n. 85, nonché di proprietà degli enti pubblici nazionali, da locare o alienare a cura dell’Agenzia del demanio mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando per gli immobili di valore inferiore a 100.000 euro e mediante asta pubblica per quelli di valore pari o superiore a 100.000 euro. L’individuazione del bene ne determina il trasferimento al patrimonio disponibile dello Stato. Ai citati decreti di individuazione si applicano le disposizioni di cui all’articolo 1, commi 3, 4 e 5, del decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410. Il prezzo dei terreni da porre a base delle procedure di vendita di cui al presente comma è determinato sulla base di valori agricoli medi di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327. Una quota minima del 20 per cento dei terreni di cui al primo periodo è riservata alla locazione, con preferenza per l’imprenditoria giovanile agricola come definita dalla legislazione vigente. Con il decreto di cui al primo periodo sono altresì stabilite le modalità di attuazione del presente articolo.

1-bis. In sede di prima applicazione, il decreto di cui al primo periodo del comma 1 è adottato entro e non oltre il 30 aprile 2014.

2. Al fine di agevolare lo sviluppo dell’imprenditoria giovanile in agricoltura, i beni agricoli e a vocazione agricola di cui al comma 1 e quelli di cui al comma 7 possono formare oggetto delle operazioni di riordino fondiario di cui all’articolo 4 della legge 15 dicembre 1998, n. 441.

3. Nelle procedure di alienazione e locazione dei terreni di cui al comma 1, al fine di favorire lo sviluppo dell’imprenditorialità agricola giovanile è riconosciuto il diritto di prelazione ai giovani imprenditori agricoli, così come definiti ai sensi del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 185.

4. Ai contratti di alienazione del presente articolo si applicano le agevolazioni previste dall’articolo 5-bis, commi 2 e 3, del decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 228.

4-bis. Ai contratti di affitto di cui al presente articolo si applicano le agevolazioni previste dall’articolo 14, comma 3, della legge 15 dicembre 1998, n. 441, come sostituito dal comma 4-ter del presente articolo, e dall’articolo 5-bis, commi 2 e 3, del decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 228.

4-ter. Il comma 3 dell’articolo 14 della legge 15 dicembre 1998, n. 441, è sostituito dal seguente:

«3. Ai soli fini delle imposte sui redditi, le rivalutazioni dei redditi dominicali ed agrari previste dall’articolo 31, comma 1, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, e dall’articolo 3, comma 50, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente disposizione non si applicano per i periodi di imposta durante i quali i terreni assoggettati alle medesime rivalutazioni sono

concessi in affitto per usi agricoli per un periodo non inferiore a cinque anni, con diritto di precedenza alla scadenza, a giovani che non hanno compiuto i 40 anni, aventi la qualifica di coltivatore diretto o di imprenditore agricolo professionale, anche in forma societaria purché, in quest'ultimo caso, la maggioranza delle quote o del capitale sociale sia detenuto da giovani in possesso delle suddette qualifiche di coltivatore diretto o imprenditore agricolo professionale. Le qualifiche di coltivatore diretto o di imprenditore agricolo professionale, di cui al presente comma, si possono acquisire entro due anni dalla stipula del contratto di affitto».

5. I giovani imprenditori agricoli che acquistano la proprietà dei terreni alienati ai sensi del presente articolo possono accedere ai benefici di cui al capo III del titolo I del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 185, e successive modificazioni.

6. Per i terreni ricadenti all'interno di aree protette di cui alla legge 6 dicembre 1991, n. 394, l'Agenzia del demanio acquisisce preventivamente l'assenso alla vendita o alla cessione in affitto da parte degli enti gestori delle medesime aree.

7. Le regioni, le province, i comuni, anche su richiesta dei soggetti interessati possono vendere o cedere in locazione, per le finalità e con le modalità di cui al comma 1, i beni di loro proprietà agricoli e a vocazione agricola e compresi quelli attribuiti ai sensi del decreto legislativo 28 maggio 2010, n. 85; a tal fine possono conferire all'Agenzia del demanio mandato irrevocabile a vendere e a cedere in locazione. In ogni caso, le regioni, le province, i comuni sono tenuti a destinare, nel rispetto della loro autonomia organizzativa e secondo i rispettivi strumenti, una quota superiore alla metà dei beni medesimi a giovani che non abbiano compiuto il quarantesimo anno di età. L'Agenzia provvede al versamento agli enti territoriali già proprietari dei proventi derivanti dalla vendita al netto dei costi sostenuti e documentati.

8. Ai terreni alienati o locati ai sensi del presente articolo non può essere attribuita una destinazione urbanistica diversa da quella agricola prima del decorso di venti anni dalla trascrizione dei relativi contratti nei pubblici registri immobiliari.

9. Le risorse derivanti dalle operazioni di dismissione di cui ai commi precedenti al netto dei costi sostenuti dall'Agenzia del demanio per le attività svolte, sono destinate alla riduzione del debito pubblico. Gli enti territoriali destinano le predette risorse alla riduzione del proprio debito e, in assenza del debito o per la parte eventualmente eccedente al Fondo per l'ammortamento dei titoli di Stato.

10. L'articolo 7 della legge 12 novembre 2011, n. 183 e l'articolo 4-quinquies del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, sono abrogati».

Altri interventi normativi in materia di dismissioni e valorizzazioni dei beni pubblici Decreto Legge 30 settembre 2003 n. 269, convertito, con modificazioni, in legge 24 novembre 2003, n. 326 - Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici

In base all'art. 29 (Cessione di immobili adibiti ad uffici pubblici), comma 1, «Ai fini del perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica previsti per l'anno 2004 attraverso la dismissione di beni immobili dello Stato, in funzione del patto di stabilità e crescita, si provvede alla alienazione di tali immobili con prioritario riferimento a quelli per i quali sia stato già determinato il valore di mercato. L'Agenzia del demanio è autorizzata, con decreto dirigenziale del Ministero dell'economia e delle finanze di concerto con i Ministeri interessati, a vendere a trattativa privata, anche in blocco, beni immobili adibiti o comunque destinati ad uffici pubblici non assoggettati alle disposizioni in materia di tutela del patrimonio culturale dettate dal decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, ovvero per i quali sia stato accertato, con le modalità indicate nell'articolo 27 del presente decreto, l'inesistenza dell'interesse culturale. La vendita fa venire meno l'uso governativo, ovvero l'uso pubblico e l'eventuale diritto di prelazione spettante ad enti pubblici anche in caso di rivendita. Si applicano le disposizioni di cui al secondo periodo del comma 17 dell'articolo 3 del decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410, nonché al primo ed al secondo periodo del comma 18 del medesimo articolo 3. (...) Agli immobili ceduti ai sensi del presente comma si applicano l'ultimo periodo dell'articolo 2, comma 6, e l'articolo 4, comma 2-ter, del decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, della legge 23 novembre 2001, n. 410».

Il successivo comma 1-bis dispone che «Alle procedure di valorizzazione e dismissione previste dai commi 15 e 17 dell'articolo 3 del decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410, nonché dai commi dal 3 al 5 dell'articolo 80 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, e dall'articolo 30 del presente decreto si applicano le disposizioni del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 18 aprile 1994, n. 383, e dell'articolo 81, quarto comma, del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, e successive modificazioni. Per le opere rientranti nelle procedure di valorizzazione e dismissione indicate nel primo periodo del presente comma, ai soli fini dell'accertamento di conformità previsto dagli articoli 2 e 3 del citato regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 383 del 1994, la destinazione ad uffici pubblici è equiparata alla destinazione, contenuta negli strumenti urbanistici e nei regolamenti edilizi, ad attività direzionali o allo svolgimento di servizi. Resta ferma, per quanto attiene al contributo di costruzione, la disciplina contenuta nella sezione II del capo II del titolo II della parte I del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380».

Da segnalare è anche l'art. 26 (Disposizioni per la valorizzazione e privatizzazione di beni pubblici), che al comma 9-bis prevede: «Al fine di favorire la valorizzazione dei beni immobili statali suscettibili di uso turistico e nell'ambito del perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica in funzione del patto di stabilità e crescita,

l'Agencia del demanio, con decreto dirigenziale del Ministero dell'economia e delle finanze, può essere autorizzata a vendere a trattativa privata, anche in blocco, beni immobili dello Stato a Sviluppo Italia spa. Si applicano le disposizioni contenute nel terzo e quarto periodo del comma 1 dell'articolo 29 del presente decreto».

L'art. 30 (Valorizzazione immobili dello Stato attraverso strumenti societari), al comma 1, prevede inoltre che «Ai fini della valorizzazione, trasformazione, commercializzazione e gestione del patrimonio immobiliare dello Stato e con le procedure di cui al primo periodo del comma 15 dell'articolo 3 del decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410, vengono promosse le società di trasformazione urbana secondo quanto disposto dall'articolo 120 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, che includano nel proprio ambito di intervento immobili di proprietà dello Stato, anche con la partecipazione del Ministero dell'economia e delle finanze, attraverso l'Agencia del demanio, delle regioni, delle province, e delle società interamente controllate dallo stesso Ministero. (...) Alle società di trasformazione urbana, costituite ai sensi del presente comma, possono essere conferiti o attribuiti, a titolo di concessione, singoli beni immobili o compendi immobiliari di proprietà dello Stato individuati dall'Agencia del demanio d'intesa con i comuni, le province e le regioni territorialmente interessati, sentite inoltre le Amministrazioni statali preposte alla tutela nel caso di immobili gravati da vincoli. Il trasferimento non modifica il regime giuridico previsto dagli articoli 823 e 829, primo comma, del codice civile, dei beni demaniali trasferiti. I rapporti, anche di natura patrimoniale, intercorrenti tra l'Agencia del demanio e la società di trasformazione urbana sono disciplinati da apposita convenzione contenente, a pena di nullità, gli obblighi e i diritti delle parti».

9. Legge 12 novembre 2011 n. 183 - Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. (Legge di stabilità 2012).

Art. 6 (Disposizioni in materia di dismissioni dei beni immobili pubblici), «Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato a conferire o trasferire beni immobili dello Stato, ad uno o più fondi comuni di investimento immobiliare, ovvero ad una o più società, anche di nuova costituzione. I predetti beni sono individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale. Il primo decreto di individuazione è emanato entro il 30 aprile 2012; sono conferiti o trasferiti beni immobili di proprietà dello Stato e una quota non inferiore al 20 per cento delle carceri inutilizzate e delle caserme assegnate in uso alle Forze armate dismiliabili. Con uno o più decreti di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze sono conferiti o trasferiti i suddetti beni immobili e sono stabiliti i criteri e le procedure per l'individuazione o l'eventuale costituzione della società di gestione del risparmio o delle società, nonché per il collocamento delle quote del fondo o delle azioni delle società e i limiti per l'eventuale assunzione di finanziamenti da parte del

predetto fondo e delle società. Ai fini dell'attuazione del presente comma è autorizzata la spesa di 1 milione di euro l'anno a decorrere dall'anno 2012» (comma 1).

In base al comma 4, «Ai conferimenti ed ai trasferimenti dei beni immobili ai fondi comuni di investimento ed alle società di cui al comma 1 si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli da 1 a 3 del decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410. La valutazione dei beni conferiti o trasferiti è effettuata a titolo gratuito dall'Agenzia del territorio, d'intesa con l'Agenzia del demanio relativamente agli immobili di proprietà dello Stato dalla stessa gestiti».

Al comma 8 è poi previsto che «Allo scopo di accelerare e semplificare le procedure di dismissione del patrimonio immobiliare dello Stato all'estero, la vendita dei cespiti individuati nel piano di razionalizzazione del patrimonio immobiliare dello Stato ubicato all'estero ai sensi dell'articolo 1, commi 1311 e 1312, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, è effettuata mediante trattativa privata, salve comprovate esigenze, anche in deroga al parere della Commissione immobili del Ministero degli affari esteri di cui all'articolo 80 del decreto del Presidente della Repubblica 5 gennaio 1967, n. 18. La stima del valore di mercato dei beni di cui al presente comma può essere effettuata anche avvalendosi di soggetti competenti nel luogo dove è ubicato l'immobile oggetto della vendita. I relativi contratti di vendita sono assoggettati al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti».

10. Decreto Legge 6 luglio patrimonio 2011 n. 98, convertito, con modificazioni, dalla Legge 15 luglio 2011, n. 111 - Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria.

L'art. 33 (Disposizioni in materia di valorizzazione immobiliare), al comma 1, prevede la costituzione di una società di gestione del risparmio con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, per l'istituzione di uno o più fondi d'investimento al fine di partecipare in fondi d'investimento immobiliari chiusi promossi o partecipati da regioni, province, comuni anche in forma consorziata o associata ai sensi del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ed altri enti pubblici ovvero da società interamente partecipate dai predetti enti, al fine di valorizzare o dismettere il proprio patrimonio immobiliare disponibile.

In base al comma 8-ter, «Allo scopo di conseguire la riduzione del debito pubblico il Ministro dell'economia e delle finanze, attraverso la società di gestione del risparmio di cui al comma 1, promuove, con le modalità di cui all'articolo 4 del decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410, la costituzione di uno o più fondi comuni d'investimento immobiliare, a cui trasferire o conferire immobili di proprietà dello Stato non utilizzati per finalità istituzionali, nonché diritti reali immobiliari».

Con tale articolo, si è inoltre sancito (al comma 8) lo scioglimento e la messa in liquidazione della società Patrimonio dello Stato s.p.a., istituita e disciplinata dall'art.

7 del Decreto Legge 15 aprile 2002, n. 63, convertito, con modificazioni, in Legge 15 giugno 2002, n. 112, recante disposizioni finanziarie e fiscali urgenti in materia di riscossione, razionalizzazione del sistema di formazione del costo dei prodotti farmaceutici, adempimenti ed adeguamenti comunitari, cartolarizzazioni, valorizzazione del patrimonio e finanziamento delle infrastrutture.

Di rilievo è infine la disposizione di cui al comma 8-quinquies, in virtù della quale «In deroga alla normativa vigente, con provvedimenti dell’Agenzia del demanio è disposto d’ufficio, laddove necessario, sulla base di elaborati planimetrici in possesso, l’accatastamento o la regolarizzazione catastale degli immobili di proprietà dello Stato, ivi compresi quelli in uso all’Amministrazione della difesa. A seguito dell’emanazione dei predetti provvedimenti, la competente Agenzia fiscale procede alle conseguenti attività di iscrizione catastale. In caso di dismissione degli immobili di proprietà dello Stato, eventuali regolarizzazioni catastali possono essere eseguite, anche successivamente agli atti o ai provvedimenti di trasferimento, a cura degli acquirenti».

L’art. 33-bis (Strumenti sussidiari per la gestione degli immobili pubblici), prevede poi che per la valorizzazione, trasformazione, gestione e alienazione del patrimonio immobiliare pubblico di proprietà dei Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni, Stato e degli Enti vigilati dagli stessi, nonché dei diritti reali relativi ai beni immobili, anche demaniali, il Ministero dell’economia e delle finanze - Agenzia del demanio promuove, anche ai sensi del presente decreto, iniziative idonee per la costituzione, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di società, consorzi o fondi immobiliari (comma 1).

«Il trasferimento alle società o l’inclusione nelle iniziative concordate ai sensi del presente articolo non modifica il regime giuridico previsto dagli articoli 823 e 829, primo comma, del codice civile, dei beni demaniali trasferiti. Per quanto concerne i diritti reali si applicano le leggi generali e speciali vigenti. Alle iniziative di cui al presente articolo, se costituite in forma di società, consorzi o fondi immobiliari si applica la disciplina prevista dal codice civile, ovvero le disposizioni generali sui fondi comuni di investimento immobiliare» (comma 5).

Decreto Legge 30 dicembre 2008, n. 207, convertito, con modificazioni, in legge 27 febbraio 2009, n. 14. - Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni finanziarie urgenti.

Di questo decreto, va segnalato l’art. 43-bis, (interventi nelle operazioni di cartolarizzazione di immobili pubblici), a tenore del quale «1. In considerazione dell’eccezionale crisi economica internazionale e delle condizioni del mercato immobiliare e dei mercati finanziari, il patrimonio separato relativo alla prima operazione di cartolarizzazione di cui al decreto del Ministro dell’economia e delle finanze 18 dicembre 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 29 del 4 febbraio 2002, effettuata dalla Società Cartolarizzazione Immobili Pubblici S.r.l. (SCIP), ed il patrimonio separato relativo alla seconda operazione di cartolarizzazione di cui al

decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 21 novembre 2002, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 281 del 30 novembre 2002, effettuata dalla medesima SCIP sono posti in liquidazione.

2. I beni immobili che alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono di proprietà della SCIP sono trasferiti in proprietà ai soggetti originariamente proprietari degli stessi, nello stato di fatto e di diritto in cui si trovano e senza garanzia per vizi ed evizione.

3. Il trasferimento degli immobili di cui al comma 2 ha effetto dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, la cui pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale produce gli effetti previsti dall'articolo 2644 del codice civile. Dalla medesima data i soggetti originariamente proprietari sono immessi nel possesso degli immobili ad essi trasferiti.

4. Il valore degli immobili di cui al comma 2 è determinato dall'Agenzia del territorio, secondo quanto previsto dal comma 7 dell'articolo 3 del decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410, entro e non oltre il 20 marzo 2009, sulla base delle liste contenenti gli elementi identificativi degli immobili in possesso della SCIP.

5. Il trasferimento degli immobili di cui al comma 2 appartenenti al patrimonio separato relativo alla prima operazione di cartolarizzazione è effettuato senza versamento di corrispettivo.

6. Il trasferimento degli immobili di cui al comma 2 appartenenti al patrimonio separato relativo alla seconda operazione di cartolarizzazione è effettuato per un corrispettivo pari al valore degli immobili stessi determinato ai sensi del comma 4. Tale corrispettivo è versato alla SCIP, al netto dell'eventuale maggiore valore individuato ai sensi del comma 4 rispetto alle passività della società stessa relative alla seconda operazione di cartolarizzazione, per i titoli emessi, i costi ed i finanziamenti assunti, al netto degli incassi disponibili.

7. Al fine del pagamento del corrispettivo da versare di cui al comma 6 la SCIP, in nome e per conto dei soggetti originariamente proprietari, versa tutte le somme presenti sul conto riscossione intestato alla stessa società presso la Tesoreria centrale dello Stato acceso ai sensi del decreto ministeriale del 30 novembre 2001 in apposito capitolo di entrata del bilancio dello Stato. Tali somme sono trasferite in apposito capitolo di spesa per essere versate, in nome e per conto degli enti previdenziali originariamente proprietari, alla SCIP entro il 15 aprile 2009 quale corrispettivo del trasferimento di cui al comma 6, al fine di essere destinate ad estinguere le passività di cui al comma 6. L'eventuale eccedenza tra le somme versate alla SCIP quale corrispettivo e la consistenza del capitolo di spesa è assegnata ai soggetti originariamente proprietari in proporzione alle quote di patrimonio trasferito per la prima operazione di cartolarizzazione. Il Ministero dell'economia e delle finanze, per rispettare il termine previsto per il pagamento del corrispettivo a favore della SCIP per un importo pari alle somme da acquisire al bilancio dello Stato, è autorizzato a

concedere un'anticipazione di tesoreria che è estinta entro l'anno a valere sul suddetto capitolo di spesa. L'acquisizione degli immobili da parte dei predetti enti previdenziali è operata anche in deroga al comma 488 dell'articolo 2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244.

8. L'eventuale differenza tra il corrispettivo da versare di cui al comma 6 e le somme presenti sul conto riscossione di cui al comma 7 è interamente versata alla SCIP dagli enti previdenziali originariamente proprietari in proporzione al valore degli immobili ad essi trasferiti relativi alla seconda operazione di cartolarizzazione come determinato ai sensi del comma 4, anche per la residua quota di immobili conferiti dallo Stato. Qualora uno o più tra gli enti previdenziali non dispongano in misura sufficiente della cassa necessaria a corrispondere tale differenza, gli altri enti previdenziali aventi disponibilità di cassa provvedono ad anticipare la suddetta differenza. Gli enti previdenziali provvedono al versamento della differenza in deroga al comma 488 dell'articolo 2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, fermo restando il limite del 7 per cento ivi previsto. I soggetti originariamente proprietari regolano in via convenzionale tra di loro i rapporti di debito e credito derivanti dall'applicazione del presente comma.

9. Qualora le disponibilità degli enti non siano sufficienti a provvedere al versamento della differenza di cui al comma 8, il Ministero dell'economia e delle finanze corrisponde la differenza alla SCIP entro e non oltre il 15 aprile 2009 mediante una anticipazione di tesoreria, da estinguere con l'utilizzo dei primi proventi rivenienti dalla vendita degli immobili di cui al presente articolo e fino a concorrenza della differenza tra il valore accertato dall'Agenzia del territorio e quanto effettivamente versato dagli enti ai sensi dei commi 7 e 8. Per l'eventuale parte residua di anticipazione, si provvede mediante la vendita di ulteriori immobili dello Stato effettuata dall'Agenzia del demanio, tenendo conto della situazione del mercato immobiliare.

10. Qualora il valore degli immobili determinato ai sensi del comma 4 relativi alla seconda operazione di cartolarizzazione sia inferiore a quanto effettivamente versato dagli enti ai sensi dei commi 7 e 8, si provvede a restituire agli enti tale differenza mediante l'utilizzo delle maggiori entrate derivanti dalla vendita di ulteriori immobili dello Stato da parte dell'Agenzia del demanio.

11. La seconda operazione di cartolarizzazione è conclusa a seguito dell'avvenuto rimborso delle passività di cui al comma 6.

12. Per le finalità di cui al presente articolo gli enti possono procedere alla vendita diretta degli immobili di cui al comma 2, fatti salvi in ogni caso i diritti spettanti agli aventi diritto. Si applicano le disposizioni previste dai commi 3, 3-bis, 4, 5, 6, 7, 7-bis, 8, 9, 13, 14, 17, 17-bis, 19, eccetto i primi due periodi, e 20 dell'articolo 3 del decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410, e dal decreto-legge 23 febbraio 2004, n. 41, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2004, n. 104. I soggetti originariamente

proprietari degli immobili assolvono la vendita di tutti i beni immobili ad essi trasferiti nel rispetto delle procedure regolanti l'alienazione degli stessi da parte della SCIP per la seconda operazione di cartolarizzazione, per quanto compatibili, in modo da massimizzare gli incassi in relazione alla situazione del mercato immobiliare. I soggetti originariamente proprietari possono modificare le suddette procedure al fine di rendere più efficiente il processo di vendita. Qualora gli immobili trasferiti ai sensi del comma 2 risultino non cedibili ai sensi del citato decreto-legge n. 351 del 2001, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 410 del 2001, gli enti provvedono all'individuazione di unità immobiliari aventi le caratteristiche previste dal predetto decreto-legge ed analogo valore. Dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, i soggetti originariamente proprietari degli immobili sono sostituiti alla SCIP, in tutti i rapporti, anche processuali ed attinenti alle procedure di vendita in corso, relativi agli immobili trasferiti, con liberazione della SCIP. Al fine di favorire la tutela del diritto all'abitazione e all'esercizio di attività di impresa nella attuale fase di eccezionale crisi economica, i soggetti originariamente proprietari promuovono la definizione del contenzioso in materia immobiliare privilegiando soluzioni transattive o di bonario componimento che comportino l'immediato conseguimento di un apprezzabile risultato economico in relazione al rischio implicito del giudizio, allo stato ed al presumibile costo di esso, nonché alla possibilità di effettiva riscossione del credito.

13. L'Agenzia del territorio, a seguito del trasferimento, individua gli immobili di pregio su richiesta degli enti proprietari. Restano salvi i criteri di individuazione dei suddetti immobili previsti dal comma 13 dell'articolo 3 del decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410, e disciplinati dal decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 31 luglio 2002, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 190 del 14 agosto 2002.

14. Esperite le attività di cui al comma 8 ed estinti i costi e le passività relativi alle due operazioni di cartolarizzazione, la SCIP trasferisce tutti i dati e le informazioni in suo possesso relativi agli immobili ai soggetti originariamente proprietari ed è posta in liquidazione. L'Agenzia del territorio, nell'ambito delle proprie attività istituzionali, effettua entro dodici mesi una puntuale ricognizione e valutazione di tutti gli immobili di proprietà degli enti previdenziali pubblici».

11. Legge 23 dicembre 2000, n. 388 - Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2001)

L'art. 43 (Dismissione di beni e diritti immobiliari) di questa Finanziaria, al comma 3 prevede che «Il Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica definisce e cura l'attuazione di un programma di alienazione degli immobili appartenenti al patrimonio degli enti di cui alla legge 4 dicembre 1956, n. 1404, singolarmente o in uno o più lotti anche avvalendosi delle modalità di vendita di cui all'articolo 3, comma 99, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, come modificato dall'articolo 4, comma 3, della legge 23 dicembre 1999, n. 488».

Segue la previsione per cui «Gli enti venditori sono esonerati dalla consegna di documenti relativi alla proprietà o al diritto sul bene, producendo apposita dichiarazione di titolarità del diritto. La disposizione non ha effetto per tutti gli immobili per i quali, alla data di entrata in vigore della presente legge, siano in atto controversie con privati od altro ente pubblico, in sede amministrativa, stragiudiziale o giudiziale, sulla proprietà dei beni stessi» (comma 4). Il comma 6 del medesimo articolo sancisce anche che «Gli enti pubblici trasformati in società per azioni nelle quali lo Stato, le regioni e gli enti locali hanno una partecipazione di controllo, negli atti di trasferimento o conferimento e in ogni atto avente ad oggetto immobili o diritti reali su immobili di loro proprietà, sono esonerati dall'obbligo di comprovare la regolarità urbanistico-edilizia prevista dagli articoli 17, 18, 40 e 41 della legge 28 febbraio 1985, n. 47. Tali atti possono essere compiuti validamente senza l'osservanza delle norme previste nella citata legge n. 47 del 1985, con il rilascio di una dichiarazione resa ai sensi della legge 4 gennaio 1968, n. 15, e successive modificazioni, attestante, per i fabbricati, la regolarità urbanistico-edilizia con riferimento alla data delle costruzioni e, per i terreni, la destinazione urbanistica, senza obbligo di allegare qualsiasi documento probatorio. La dichiarazione deve essere resa nell'atto, di alienazione, conferimento o costituzione del diritto reale dal soggetto che, nell'atto stesso, rappresenta la società alienante o conferente».

Legge 23 dicembre 1999, n. 488 - Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato

L'art. 4 al comma 14 stabilisce che «Le disposizioni di cui all'articolo 3, comma 109, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, si applicano anche agli immobili adibiti ad uso abitativo facenti parte del patrimonio dello Stato realizzati con i fondi della soppressa Cassa sovvenzioni antincendi per le esigenze del personale dei servizi antincendi dipendente dal Ministero dell'interno. Le amministrazioni pubbliche attivano, entro il 31 dicembre 2000, le procedure di dismissione del loro patrimonio immobiliare, secondo le modalità stabilite nel comma 109 del citato articolo 3 della legge n. 662 del 1996».

Legge 23 dicembre 1998, n. 448 - Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo

L'art. 19 di questa legge introduce ulteriori procedure per la dismissione dei beni immobili dello Stato. In particolare il comma 1 prevede: «Nell'ambito del processo di dismissione o di valorizzazione del patrimonio immobiliare statale, il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, di concerto con il Ministro delle finanze e, relativamente agli immobili soggetti a tutela, con il Ministro per i beni e le attività culturali, nonché, relativamente agli immobili soggetti a tutela ambientale, con il Ministro dell'ambiente, anche in deroga alle norme di contabilità di Stato, può conferire o vendere a società per azioni, anche appositamente costituite, compendi o singoli beni immobili o diritti reali su di essi, anche se per legge o per provvedimento amministrativo o per altro titolo posti nella disponibilità di soggetti

diversi dallo Stato che non ne dispongano per usi governativi, per la loro più proficua gestione. Il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica si avvale di uno o più consulenti immobiliari o finanziari, incaricati anche della valutazione dei beni, scelti, anche in deroga alle norme di contabilità di Stato, con procedure competitive tra primarie società nazionali ed estere. I consulenti immobiliari e finanziari sono esclusi dall'acquisto di compendi o singoli beni immobili o diritti reali su di essi relativamente alle operazioni di conferimento o di vendita per le quali abbiano prestato attività di consulenza. I valori di conferimento, ai fini di quanto previsto dall' art. 2343 del codice civile, sono determinati in misura corrispondente alla rendita catastale rivalutata. I valori di vendita sono determinati in base alla stima del consulente di cui al presente comma. Lo Stato è esonerato dalla consegna dei documenti relativi alla proprietà o al diritto sul bene. Il Ministro delle finanze produce apposita dichiarazione di titolarità del diritto. Gli onorari notarili sono ridotti al 20 per cento. Le valutazioni di interesse storico e artistico sui beni da alienare sono effettuate secondo le modalità e i termini stabiliti con il regolamento adottato ai sensi dell'art. 32 della presente legge».

Legge 24 dicembre 1993 n. 537 - Interventi correttivi di finanza pubblica.

L'art. 9 (Patrimonio pubblico), al comma 9 prevede che l'INPS, l'INAIL e l'INPDAP «predispongono, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, programmi di dismissioni del proprio patrimonio immobiliare da reddito a cominciare da quello abitativo, in conformità alla normativa vigente in materia di alienazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica. Tali programmi sono soggetti all'approvazione dei Ministri del lavoro e della previdenza sociale e del tesoro e debbono garantire cespiti liquidi non inferiori a complessive lire 1.500 miliardi, per ciascuno degli enti predetti, nel triennio 1994-1996. Con decreti del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con i Ministri del tesoro e del bilancio e della programmazione economica, sono determinate le modalità di utilizzazione dei suddetti cespiti liquidi, nell'ambito dei piani di impiego annuali delle disponibilità di cui al comma 1».

In base al comma 10 «Al fine di non determinare squilibri nel mercato immobiliare, gli enti di cui al comma 9 concordano, sulla base dell'individuazione dei beni da dismettere, i rispettivi programmi di vendita; le relative delibere sono sottoposte all'approvazione dei Ministeri del lavoro e della previdenza sociale e del tesoro. Per dette alienazioni, gli enti sono autorizzati a costituire apposita società con rappresentanza paritetica degli enti stessi».

Decreto legislativo 16 febbraio 1996, n. 104 - Attuazione della delega conferita dall'art. 3, comma 27, della legge 8 agosto 1995, n. 335, in materia di dismissioni del patrimonio immobiliare degli enti previdenziali pubblici e di investimenti degli stessi in campo immobiliare.

Decreto legge 28 marzo 1997, n. 79, convertito con modificazioni in legge 28 maggio 1997, n. 140. - Misure urgenti per il riequilibrio della finanza pubblica.

Per la dismissione del patrimonio immobiliare degli enti previdenziali pubblici, tale decreto prevede anzitutto la fissazione, da parte del Ministro del lavoro di criteri e parametri omogenei a cui gli enti debbono attenersi per un'organica ricognizione del loro patrimonio immobiliare, e la successiva predisposizione ad opera dei medesimi enti, di programmi di cessioni del patrimonio immobiliare (art. 2).

Il decreto stabilisce:

- l'affidamento in gestione a soggetti specializzati (art. 3).
- criteri per la vendita e la determinazione del prezzo degli immobili (art. 6);
- modalità di attuazione delle alienazioni, con la previsione che «Le alienazioni avvengono da parte di ciascun ente mediante una o più società indipendenti di intermediazione immobiliare individuate tramite gara pubblica, salva la possibilità di vendita diretta ai conduttori» (art. 7);
- l'eventuale conferimento a fondi immobiliari o a società immobiliari partecipate da fondi pensione (art. 9).

Durante la fase di attuazione di tali disposizioni, è entrato in vigore il decreto legge n. 79 del 1997, il quale può essere considerato come uno strumento propulsivo per l'accelerazione dei tempi del programma ordinario di dismissione.

L'art. 7, intitolato «Programma straordinario di dismissione di beni immobiliari», prevede, tra l'altro, che gli enti previdenziali pubblici di cui all'art. 1 del decreto legislativo n. 104/1996, stipulano con il soggetto o i soggetti disponibile ad acquistare, individuati a norma del comma 1, il contratto di alienazione «secondo il relativo schema-tipo, entro trenta giorni dal ricevimento dell'offerta irrevocabile di acquisto da parte del soggetto o dei soggetti medesimi. In caso di infruttuoso decorso di detto termine, il Ministro del lavoro e della previdenza sociale nomina un commissario che provvede in sostituzione degli organi ordinari dell'ente» (comma 2); prevede altresì che «L'ente venditore è esonerato dalla consegna dei documenti relativi alla proprietà o al diritto sul bene producendo apposita dichiarazione di titolarità del diritto. Gli onorari notarili sono ridotti al 20 per cento. Per i beni immobili vincolati ai sensi della legge 1° giugno 1939, n. 1089, si applicano le disposizioni di cui agli articoli 24 e seguenti della stessa legge. Sono invece alienabili, anche senza autorizzazione, i beni immobili non vincolati di proprietà degli enti previdenziali, compresi quelli la cui esecuzione risale ad oltre 50 anni e per i quali non sia intervenuto un provvedimento di riconoscimento di interesse artistico e storico» (comma 2-quinquies).

Decreto Legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, in legge 6 agosto 2008, n. 133. - Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria (Finanziaria triennale)

All'art. 13 (Misure per razionalizzare la gestione e la dismissione del patrimonio residenziale pubblico), in attuazione degli articoli 47 e 117, commi secondo, lettera m), e terzo della Costituzione, e al fine di assicurare il coordinamento della finanza

pubblica, i livelli essenziali delle prestazioni e favorire l'accesso alla proprietà dell'abitazione, si prevede che entro il 30 giugno 2014, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministro dell'economia e delle finanze e il Ministro per gli affari regionali e le autonomie, previa intesa della Conferenza unificata, approvano con decreto le procedure di alienazione degli immobili di proprietà dei comuni, degli enti pubblici anche territoriali, nonché degli Istituti autonomi per le case popolari, comunque denominati, anche in deroga alle disposizioni procedurali previste dalla legge 24 dicembre 1993, n. 560 (al riguardo si v. il Decreto del Ministero delle Infrastrutture 24 febbraio 2015 - Procedure di alienazione del patrimonio di edilizia residenziale pubblica.) .

L'art. 58 (Ricognizione e valorizzazione del patrimonio immobiliare di regioni, comuni ed altri enti locali) prevede che «1. Per procedere al riordino, gestione e valorizzazione del patrimonio immobiliare di Regioni, Province, Comuni e altri Enti locali, nonché di società o Enti a totale partecipazione dei predetti enti, ciascuno di essi, con delibera dell'organo di Governo individua, redigendo apposito elenco, sulla base e nei limiti della documentazione esistente presso i propri archivi e uffici, i singoli beni immobili ricadenti nel territorio di competenza, non strumentali all'esercizio delle proprie funzioni istituzionali, suscettibili di valorizzazione ovvero di dismissione. Viene così redatto il piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari allegato al bilancio di previsione nel quale, previa intesa, sono inseriti immobili di proprietà dello Stato individuati dal Ministero dell'economia e delle finanze-Agenzia del demanio tra quelli che insistono nel relativo territorio.

2. L'inserimento degli immobili nel piano ne determina la conseguente classificazione come patrimonio disponibile».

Decreto Legislativo 22 gennaio 2004 n. 42 - Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137. - CODICE DEI BENI CULTURALI E PAESAGGIO

In base all'art. 53 «I beni culturali appartenenti allo Stato, alle regioni e agli altri enti pubblici territoriali che rientrano nelle tipologie indicate all'articolo 822 del codice civile costituiscono il demanio culturale.

I beni del demanio culturale non possono essere alienati, né formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei limiti e con le modalità previsti dal presente codice».

L'art. 55 prevede l'alienabilità degli immobili appartenenti al demanio culturale non rientranti tra quelli inalienabili elencati nell'articolo 54, (aree archeologiche, pinacoteche, archivi, biblioteche, etc.), previa autorizzazione del Ministero per i beni e le attività culturali (comma 1).

«L'autorizzazione ad alienare comporta la sdemanializzazione del bene cui essa si riferisce. Tale bene resta comunque sottoposto a tutte le disposizioni di tutela di cui al presente titolo» (comma 3-quinquies).

Decreto Legislativo 15 marzo 2010, n. 66 - CODICE DELL'ORDINAMENTO MILITARE

Il libro secondo di tale codice è dedicato ai beni, e vi si trovano indicati, tra l'altro, i beni del demanio militare e demanio culturale in consegna alla Difesa e il patrimonio indisponibile della Difesa (artt. 231 e 232).

Con riferimento specifico alle dismissioni di beni immobili, si segnalano gli artt. 306 e ss. L'art. 306 disciplina la dismissione degli alloggi di servizio del Ministero della difesa, e prevede che ogni due anni il Ministro della difesa, sentite le competenti Commissioni permanenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, definisce con proprio decreto il piano di gestione del patrimonio abitativo della Difesa, con l'indicazione, tra l'altro, degli alloggi non più ritenuti utili nel quadro delle esigenze dell'amministrazione e quindi transitabili in regime di locazione ovvero alienabili, anche mediante riscatto. Con il regolamento sono fissati i criteri e le modalità di alienazione, nonché il riconoscimento, in favore del conduttore non proprietario di altra abitazione nella provincia, del diritto di prelazione all'acquisto della piena proprietà ovvero di opzione sul diritto di usufrutto e, in caso di mancato esercizio del diritto di prelazione da parte del conduttore, le modalità della vendita all'asta con diritto di preferenza in favore del personale militare e civile del Ministero della difesa (comma 2).

Al fine della realizzazione del programma pluriennale di cui all'articolo 297 (Programma pluriennale per gli alloggi di servizio costituenti infrastrutture militari e opere destinate alla difesa nazionale), è inoltre previsto che il Ministero della difesa provveda all'alienazione della proprietà, dell'usufrutto o della nuda proprietà di alloggi non più ritenuti utili nel quadro delle esigenze dell'amministrazione, in numero non inferiore a tremila, compresi in interi stabili da alienare in blocco, con diritto di prelazione all'acquisto della piena proprietà ovvero di opzione sul diritto di usufrutto per il conduttore e, in caso di mancato esercizio del diritto di prelazione da parte dello stesso, con diritto di preferenza per il personale militare e civile del Ministero della difesa, con prezzo di vendita determinato d'intesa con l'Agenzia del demanio. Gli acquirenti degli alloggi non possono rivenderli prima della scadenza del quinto anno dalla data di acquisto (comma 3).

Al fine di semplificare le procedure di alienazione di cui ai commi 2 e 3, con decreto del Ministro della Difesa, sottoposto al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti, sono definiti i contenuti essenziali nonché le eventuali condizioni e clausole di garanzia dei diritti dello Stato, dei contratti di compravendita stipulati in forma pubblico-amministrativa o notarile, tra l'amministrazione della Difesa e gli acquirenti. I contratti producono effetti anticipati dal momento della loro sottoscrizione, e sono sottoposti esclusivamente al controllo successivo della Corte dei conti, la quale si pronuncia sulla regolarità, sulla correttezza e sulla efficacia della gestione (comma 4-bis).

Fatte salve le alienazioni con i procedimenti di cui al comma 2 e di cui al comma 3, gli alloggi di servizio individuati per essere destinati a procedure di dismissione in

virtù di previgenti disposizioni normative, restano nella disponibilità del Ministero della difesa per l'utilizzo o per l'alienazione (comma 5).

In base all'art. 307 (Dismissioni di altri beni immobili del Ministero della difesa), il Ministero della difesa, sentita l'Agenzia del demanio, individua immobili non più utilizzati per finalità istituzionali, da consegnare all'Agenzia del demanio ad avvenuto completamento delle procedure di riallocazione (comma 2). Gli immobili individuati e consegnati ai sensi del presente articolo entrano a far parte del patrimonio disponibile dello Stato per essere assoggettati alle procedure di valorizzazione e di dismissione di cui al decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410, e alle altre procedure di dismissioni previste dalle norme vigenti, ovvero alla vendita a trattativa privata anche in blocco (comma 6).

Il Ministero della difesa - Direzione dei lavori e del demanio del Segretariato generale della difesa, sentito il Ministero dell'economia e delle finanze - Agenzia del demanio, individua, con uno o più decreti, gli immobili militari, non compresi negli elenchi di cui al comma 2, da alienare secondo le seguenti procedure: a) le alienazioni, permutate, valorizzazioni e gestioni dei beni, che possono essere effettuate anche ai sensi dell'articolo 58 del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008 n. 133, in deroga alla legge 24 dicembre 1908, n. 783, e al regolamento di cui al regio decreto 17 giugno 1909, n. 454, nonché alle norme della contabilità generale dello Stato, fermi restando i principi generali dell'ordinamento giuridico-contabile, sono effettuate direttamente dal Ministero della difesa - Direzione dei lavori e del demanio del Segretariato generale della difesa che può avvalersi del supporto tecnico-operativo di una società pubblica o a partecipazione pubblica con particolare qualificazione professionale ed esperienza commerciale nel settore immobiliare; b) la determinazione del valore dei beni da porre a base d'asta è decretata dal Ministero della difesa - Direzione dei lavori e del demanio del Segretariato generale della difesa, d'intesa con l'Agenzia del demanio; c) i contratti di trasferimento di ciascun bene sono approvati dal Ministero della difesa. L'approvazione può essere negata per sopravvenute esigenze di carattere istituzionale dello stesso Ministero; e) le alienazioni e permutate dei beni individuati possono essere effettuate a trattativa privata, se il valore del singolo bene, determinato ai sensi del presente comma, lettera b) è inferiore a euro 400.000,00 (comma 10).

A tenore dell'art. 308 (Documentazione necessaria per la vendita di immobili del Ministero della difesa), «Il Ministero della difesa è esonerato dalla consegna all'acquirente dei documenti previsti dalle norme vigenti relativi alla proprietà o al diritto sul bene immobile ceduto nonché alla regolarità urbanistica, tecnica e fiscale, necessari per la stipulazione dei contratti di alienazione, sostituiti da apposita dichiarazione».

Da segnalare infine è l'art. 335 (Alienazioni di immobili nelle zone dichiarate di importanza militare dal Ministro della difesa), in base al quale «Tutti gli atti di

alienazione totale o parziale dei beni immobili sono sottoposti all'approvazione del prefetto della provincia se tali immobili sono ubicati nelle zone del territorio nazionale dichiarate di importanza militare, individuate con il regolamento, sul quale per tale parte è acquisito il concerto del Ministro dell'interno e del Ministro della giustizia» (comma 1). «L'approvazione è necessaria anche per l'aggiudicazione di tali beni a seguito di vendita in via esecutiva» (comma 2).

In mancanza di tale approvazione si prevede l'inefficacia giuridica degli atti, e i conservatori dei registri immobiliari non possono procedere alla trascrizione degli stessi se non è esibita la prova dell'intervenuta approvazione prefettizia (comma 4).

L'autorizzazione del prefetto e il parere dell'autorità militare non sono tuttavia richiesti per gli atti di alienazione ai cittadini dell'Unione europea (comma 5).

Si prevede inoltre che l'autorizzazione del prefetto debba essere allegata in originale all'atto di alienazione, e che la stessa perde efficacia se non si procede alla stipulazione dell'atto entro sei mesi dal giorno in cui è stata rilasciata (comma 7).

Infine si dispone la nullità degli atti compiuti per interposta persona (comma 9).

FEDERALISMO DEMANIALE

Decreto Legislativo 28 maggio 2010, n. 85 - Attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio, in attuazione dell'articolo 19 della legge 5 maggio 2009, n. 42;

Decreto Legge 21 giugno 2013 n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98 - Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia

Il D.lgs. n. 85 è attuativo della Legge 5 maggio 2009, n. 42, recante Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione; tale legge, all'art. 19, ha fissato i principi e criteri direttivi in materia di attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio.

La disciplina del trasferimento in proprietà, a titolo non oneroso, a comuni, province, città metropolitane e regioni dei beni immobili (di cui all'articolo 5, comma 1, lettera e), e comma 4, del decreto legislativo 28 maggio 2010, n. 85) siti nel rispettivo territorio, è contenuta nell'art. 56-bis (Semplificazione delle procedure in materia di trasferimenti di immobili agli enti territoriali) del Decreto Legge n. 69 del 2013.

Federica Tresca

3. NOTE Testo

1) Per E. CASETTA, Manuale di diritto amministrativo, a cura di F. Fracchia, Milano, 2015, 206, l'art. 42 Cost., affermando che «la proprietà è pubblica o privata», conferma la possibilità di impiegare il concetto di «proprietà» per descrivere il titolo di appartenenza all'ente dei beni pubblici; ad avviso di V. CERULLI IRELLI, Beni pubblici, in Dig. Discipl. Pubbl., II, Torino, 1987, 273, per quanto la dizione «proprietà pubblica» si rinviene nella Costituzione, è opportuno evitarne l'uso, con

riferimento al profilo della disciplina, in quanto «evoca significati tradizionali e ideologici tali da indurre in inganno il lettore»; V. CAPUTI JAMBRENGHI, Beni pubblici e di interesse pubblico, in *Diritto amministrativo*, II, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2005, 181 s., sottolinea che la Costituzione repubblicana enuncia la distinzione tra proprietà pubblica e privata ma subito sovrappone a questa classificazione giuridica la sua sostanza economica e nuovamente fa ricorso al concetto di appartenenza e, soprattutto, insiste nella definizione giuridica della sola proprietà privata. L'A. rileva che la gestione della c.d. proprietà pubblica implica esercizio di una pubblica funzione per cui proprietà pubblica e proprietà privata non sono due species dell'unico genus; «proprietà è diritto, mentre nella proprietà pubblica prevalgono nettamente esigenze, finalità e, di conseguenza, discipline normative specifiche che vedono il soggetto pubblico "proprietario" quale centro di imputazioni giuridiche tutte qualificate per la doverosità», e conclude affermando che «la "proprietà pubblica" assume connotati giuridici tutt'affatto speciali, che restano tipici dell'ordinamento amministrativo o, se si vuole, del diritto dei beni pubblici». Anche per Cass., sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Banca Dati DeJure*, l'art. 42 Cost., nell'affermare che la proprietà è pubblica o privata, riconosce implicitamente una diversità di fondo tra i due tipi di proprietà.

3) M. ARSÌ, *I beni pubblici*, in *Diritto amministrativo speciale - Tomo II, Trattato di Diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2000, 1265; per R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016, 469, sono pubblici «i beni di cui si avvalgono le Pubbliche amministrazioni per realizzare i propri fini istituzionali»; si v. anche A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 755 ss.

4) Al riguardo, Cass., sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, cit., afferma che «non è più possibile limitarsi, in tema di individuazione dei beni pubblici o demaniali, all'esame della sola normativa codicistica del 42, risultando indispensabile integrare la stessa con le varie fonti dell'ordinamento e specificamente con le (successive) norme costituzionali. La Costituzione, com'è noto, non contiene un'espressa definizione dei beni pubblici, né una loro classificazione, ma si limita a stabilire alcuni richiami che sono, comunque, assai importanti per la definizione del sistema positivo».

5) Così, M. ARSÌ, op. loc. cit., al quale si rinvia anche per una ricostruzione della evoluzione storica della disciplina dei beni pubblici.

6) V. CERULLI IRELLI, op. cit., 274.

7) Per una diversa partizione, rispetto a quella codicistica demanio-patrimonio (indisponibile), si v., V. CERULLI IRELLI, op. cit., 278 ss., il quale distingue tra beni riservati e beni a destinazione pubblica.

8) Sono esclusi i beni che le pubbliche amministrazioni posseggono «a titolo di proprietà privata», ossia i beni del cosiddetto patrimonio disponibile (v. A.M. Sandulli, voce *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 280) i quali, non essendo

destinati a fini pubblici, sono sottoposti ad un regime circolatorio privatistico; essi sono commerciabili, usucapibili e soggetti ad esecuzione forzata (G. CHIARA, Art. 826, I beni patrimoniali disponibili e indisponibili, in E. CASTORINO e G. CHIARA, Beni pubblici, Il Codice Civile-Commentario, fondato da Schlesinger, Milano, 2008, 278). A tenore dell'art. 828 c.c., «I beni che costituiscono il patrimonio dello Stato, delle province e dei comuni sono soggetti alle regole particolari che li concernono e, in quanto non è diversamente disposto, alle regole del presente codice». Da rilevare è comunque che le modalità di compravendita di tali beni divergono dal regime proprietario privato, essendo assoggettate alle procedure di evidenza pubblica e alla contabilizzazione in bilancio; M. ANDREIS, I beni pubblici, sub art. 822, in Codice della proprietà e dei diritti immobiliari, diretto da F. Preite e M. Di Fabio, Milanofiori Assago, 2015, 277. Tra le «regole particolari», infatti, rientrano le disposizioni del r.d. n. 2440 del 1923 (Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato), che, al primo articolo, si riferisce ai beni immobili «tanto pubblici quanto posseduti a titolo di privata proprietà».

9) I beni demaniali sono «direttamente preordinati alla soddisfazione di interessi imputati alla collettività stanziata sul territorio e rappresentata dagli enti territoriali», E. CASETTA, op. cit., 209.

10) Art. 822 c.c. - Demanio pubblico: «Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia; le opere destinate alla difesa nazionale.

Fanno parimenti parte del demanio pubblico, se appartengono allo Stato, le strade, le autostrade e le strade ferrate; gli aerodromi; gli acquedotti; gli immobili riconosciuti d'interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia; le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche; e infine gli altri beni che sono dalla legge assoggettati al regime proprio del demanio pubblico».

11) E. CASTORINO, I beni demaniali, in E. CASTORINO e G. CHIARA, Beni pubblici. Il Codice Civile-Commentario, cit., 111; si v. anche la Convenzione per l'erogazione dei servizi immobiliari e la gestione del patrimonio dello Stato – triennio 2016-2018, tra il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Agenzia del Demanio, dal sito www.agenziademanio.it, Allegato B, Patrimonio dello Stato Amministrato dall'Agenzia, ove i beni demaniali sono definiti come i beni che, per natura o per legge, soddisfano direttamente i bisogni collettivi.

12) La disciplina del demanio marittimo si completa con la normativa di cui agli artt. 28 e 35 cod. nav..

13) Consiglio di Stato, 8 novembre 2013, n. 5337, in Banca dati DeJure, riconoscendo la distinzione tra demanio naturale e necessario e demanio artificiale e accidentale, afferma che nella prima ipotesi «sono le stesse caratteristiche fisicofunzionali del bene che ne connotano lo statuto».

14) E. CASETTA, op. cit., 210. Per Cass., 20 aprile 2001, n. 5894, in Giust. civ. Mass. 2001, 846, «La nullità dell'atto di trasferimento di un bene immobile, derivante dall'incommerciabilità del bene medesimo perché demaniale, preclude l'applicabilità del principio della sequenza delle trascrizioni sancito dalla disposizione contenuta nell'art. 2644 c.c.». Alla luce del divieto di alienazione in parola contenuto nell'art. 823, la P.A. per disporre di un immobile demaniale deve ricorrere allo strumento della c.d. concessione-contratto; v. Cass., sez. un., 26 giugno 2003, n. 10157, in Giust. civ. Mass. 2003, 6, «L'attribuzione a privati dell'utilizzazione di beni del demanio o del patrimonio indisponibile dello Stato o dei comuni, quale che sia la terminologia adottata nella convenzione ed ancorché essa presenti elementi privatistici, è sempre riconducibile, ove non risulti diversamente, alla figura della concessione - contratto, atteso che il godimento dei beni pubblici, stante la loro destinazione alla diretta realizzazione di interessi pubblici, può essere legittimamente attribuito ad un soggetto diverso dall'ente titolare del bene - entro certi limiti e per alcune utilità - solo mediante concessione amministrativa».

15) A. LAINO, La compravendita dei beni pubblici, in La compravendita, a cura di A. Musio, F. Naddeo, Padova, 2008, 889.

16) D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137), art. 55 - Alienabilità di immobili appartenenti al demanio culturale: «1. I beni culturali immobili appartenenti al demanio culturale e non rientranti tra quelli elencati nell'articolo 54, comma 1, non possono essere alienati senza l'autorizzazione del Ministero..

La richiesta di autorizzazione ad alienare è corredata: a) dalla indicazione della destinazione d'uso in atto;

b) dal programma delle misure necessarie ad assicurare la conservazione del bene;

c) dall'indicazione degli obiettivi di valorizzazione che si intendono perseguire con l'alienazione del bene e delle modalità e dei tempi previsti per il loro conseguimento;

d) dall'indicazione della destinazione d'uso prevista, anche in funzione degli obiettivi di valorizzazione da conseguire;

e) dalle modalità di fruizione pubblica del bene, anche in rapporto con la situazione conseguente alle precedenti destinazioni d'uso.

3. L'autorizzazione è rilasciata su parere del soprintendente, sentita la regione e, per suo tramite, gli altri enti pubblici territoriali interessati. Il provvedimento, in particolare:

a) detta prescrizioni e condizioni in ordine alle misure di conservazione programmate;

b) stabilisce le condizioni di fruizione pubblica del bene, tenuto conto della situazione conseguente alle precedenti destinazioni d'uso;

c) si pronuncia sulla congruità delle modalità e dei tempi previsti per il conseguimento degli obiettivi di valorizzazione indicati nella richiesta.

3-bis. L'autorizzazione non può essere rilasciata qualora la destinazione d'uso proposta sia suscettibile di arrecare pregiudizio alla conservazione e fruizione pubblica del bene o comunque risulti non compatibile con il carattere storico e artistico del bene medesimo. Il Ministero ha facoltà di indicare, nel provvedimento di diniego, destinazioni d'uso ritenute compatibili con il carattere del bene e con le esigenze della sua conservazione.

3-ter. Il Ministero ha altresì facoltà di concordare con il soggetto interessato il contenuto del provvedimento richiesto, sulla base di una valutazione comparativa fra le proposte avanzate con la richiesta di autorizzazione ed altre possibili modalità di valorizzazione del bene.

3-quater. Qualora l'alienazione riguardi immobili utilizzati a scopo abitativo o commerciale, la richiesta di autorizzazione è corredata dai soli elementi di cui al comma 2, lettere a), b) ed e), e l'autorizzazione è rilasciata con le indicazioni di cui al comma 3, lettere a) e b).

3-quinquies. L'autorizzazione ad alienare comporta la sdemanializzazione del bene cui essa si riferisce. Tale bene resta comunque sottoposto a tutte le disposizioni di tutela di cui al presente titolo.

3-sexies. L'esecuzione di lavori ed opere di qualunque genere sui beni alienati è sottoposta a preventiva autorizzazione ai sensi dell'articolo 21, commi 4 e 5».

Al riguardo si v. Segnalazioni novità giurisprudenziali, Il contenuto dell'autorizzazione di cui all'art. 55 del codice dei beni culturali. La decisione del Consiglio di Stato, 8 aprile 2016, n. 1396, di C. LOMONACO, in C.N.N. Notizie del 27 maggio 2016; Focus 2/2015, La circolazione dei beni culturali, di C. LOMONACO, in CNN Notizie del 5 marzo 2015; G. CASU - C. LOMONACO, Studio n. 411-2009/C, Dismissione dei beni pubblici e beni culturali alla luce della più recente normativa (Approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato il 10 settembre 2009), in Banca dati Notarile Gallizia.

17) Art. 826 c.c. - Patrimonio dello Stato, delle province e dei comuni: «I beni appartenenti allo Stato, alle province e ai comuni, i quali non siano della specie di quelli indicati dagli articoli precedenti, costituiscono il patrimonio dello Stato o, rispettivamente, delle province e dei comuni.

Fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato le foreste che a norma delle leggi in materia costituiscono il demanio forestale dello Stato, le miniere, le cave e torbiere quando la disponibilità ne è sottratta al proprietario del fondo, le cose d'interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo, i beni costituenti la dotazione della Presidenza della Repubblica, le caserme, gli armamenti, gli aeromobili militari e le navi da guerra.

Fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato o, rispettivamente, delle province e dei comuni, secondo la loro appartenenza, gli edifici destinati a sede di uffici pubblici, con i loro arredi, e gli altri beni destinati a un pubblico servizio».

18) In base all'art. 830 c.c., ai beni degli enti pubblici non territoriali «che sono destinati a un pubblico servizio si applica la disposizione del secondo comma dell'articolo 828», ossia si estende la condizione giuridica dei beni patrimoniali indisponibili.

19) M. ANDREIS, op. cit., 290.

20) Si v. M. ANDREIS, op. cit., 289, per il quale «il trasferimento dei beni in esame sarebbe allora possibile a condizione che sia garantita la conservazione della loro destinazione. Al di fuori di questa ipotesi quel divieto, in quanto posto da norma imperativa, se violato determina la nullità degli atti di trasferimento (...). Un trasferimento che comporti invece la conservazione della destinazione ma non osservi le modalità di legge sarebbe annullabile, ma non nullo»; i suddetti beni sono alienabili salvo le espresse eccezioni indicate dalla legge (si v. ad es. l'art. 23 L. 1089/1939 poi confluito nel codice dei beni culturali di cui al D. Lgs. 42/2004), ma, come i beni demaniali, non possono essere usucapiti e sono insuscettibili di espropriazione forzata; F. CARINGELLA, op. cit., 895 s.

21) Cass., sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, cit.; Cass., sez. un., 16 febbraio 1966, n. 477, in Banca Dati CED Cassazione, i beni del patrimonio indisponibile «sono sottoposti al vincolo della incommerciabilità e della imprescrittibilità non in senso assoluto, come è stabilito per i beni demaniali, ma solo relativamente a quei fatti giuridici che siano incompatibili con la loro destinazione».

22) F. CARINGELLA, op. cit., 884.

23) Tra gli altri, F. CARINGELLA, op. cit., 888; E. CASETTA, op. cit., 211.

24) Sul punto la dottrina è divisa, essendo diversa la posizione assunta riguardo alla necessità di adottare un atto amministrativo esplicito di destinazione del bene; v. R. GAROFOLI e G. FERRARI, op. cit., 475.

25) F. CARINGELLA, op. cit., 888.

26) Cass., sez. un., 30 aprile 2008, n. 10876; Cass., 9 novembre 2009, n. 23705, in Giust. civ. Mass. 2009, 11, 1568; Cass., sez. un., 15 gennaio 1987, n. 245; Cass., 20 febbraio 2001, n. 2471; Cass., sez. un., 8 marzo 1996, n. 1831, tutte in Banca Dati DeJure. Per la giurisprudenza amministrativa, tra le altre, si v. Consiglio di Stato, 8 ottobre 2013, n. 4952, in Foro Amministrativo - C.d.S. (II), 2013, 2841, secondo cui «Per un verso, l'iscrizione delle strade negli elenchi delle strade comunali (che richiede l'accertamento dell'uso pubblico e la sua destinazione alla funzione di collegamento di parti del territorio comunale) crea una mera presunzione di appartenenza della strada all'ente cui essa è attribuita, superabile con la prova contraria della sua natura privata e dell'inesistenza di un diritto di godimento da parte della collettività e, per altro verso, a fronte della natura dichiarativa dell'atto di iscrizione negli appositi elenchi, è irrilevante la mancata inclusione nell'elenco delle strade comunali, se viene provata l'appartenenza della stessa all'ente pubblico territoriale, ad es. attraverso l'uso pubblico da parte di un numero indifferenziato di persone protratto per il tempo necessario al maturare dell'usucapione».

27) F. CARINGELLA, op. cit., 888.

28) V., E.O. QUERCI, Sdemanializzazione, in *Digesto disc. Pubbl.*, Aggiornamento, Torino, 2005, 671 ss.

29) L. MERCATI, Art. 829, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2012, 236; M. RENNA, Beni pubblici, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, I, Milano, 2006, 717. Per la giurisprudenza, si v. Cass., 31 agosto 2007, n. 18345, in *Banca dati DeJure*, dalla cui motivazione si legge che la sdemanializzazione di fatto si ammette per i beni del demanio naturale, per i quali la cessazione della demanialità può essere solo conseguenza di un accadimento naturale o materiale, di cui l'amministrazione pubblica si limita, con proprio atto di accertamento, a dichiarare la verifica.

30) V., E.O. QUERCI, op. cit., 672; per L. MERCATI, op. cit., 237, per i beni del demanio artificiale non si tratta di accertare e dichiarare la distruzione o la perdita delle caratteristiche fisiche che li rendono idonei alla funzione, ma si tratta di «staccare» il bene dalla funzione cui era stato destinato con atto volitivo di destinazione, pertanto, tale operazione «non può non essere effettuata mediante un provvedimento costitutivo discrezionale»; di contrario avviso, F. VOLPE, Art. 822, in *Commentario breve al codice civile*, Cian - Trabucchi, Padova, 2016, 830 s., per il quale «Il volontario mutamento di destinazione da parte della pubblica amministrazione – sclassificazione o sdemanializzazione – può estrinsecarsi in una dichiarazione espressa o tacita; la fattispecie presupposta dall'art. 829 è, infatti, la c.d. sdemanializzazione tacita: la norma mira a trasformarla in atto formale a scopi di certezza e ordine nell'amministrazione; trattandosi di atto avente natura dichiarativa e non costitutiva (...) è sempre ammissibile la prova della cessazione della demanialità anche in difetto dell'atto dichiarativo o della relativa pubblicazione dello stesso nei modi dell'art. 829». In giurisprudenza, si v. Cass., 31 agosto 2007, n. 18345, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 10, secondo cui «I beni del demanio artificiale, quali le opere di interesse storico, artistico od archeologico, non sono suscettibili di una sdemanializzazione di fatto, ma possono essere sottratte al regime dei beni demaniali solo per effetto di un provvedimento espresso della p.a.»; in senso conforme, Cass., 6 marzo 2009, n. 5474, in *Banca dati DeJure*; da ultimo, T.A.R. Roma, 6 aprile 2016, n. 4157, in *Foro Amministrativo (II)*, 2016, 1007 s., secondo il quale «Un immobile di interesse storico, archeologico od artistico può ritenersi incluso nel demanio c.d. accidentale dello Stato, delle Province e dei Comuni alla duplice condizione che appartenga ai suddetti enti e che l'indicato interesse sia stato dichiarato o riconosciuto a seguito di specifico giudizio valutativo da parte dell'Amministrazione. Questa tipologia di beni demaniali non è suscettibile di sdemanializzazione tacita o di fatto, occorrendo invece un provvedimento espresso della P.A. che li sottragga a tale regime»; per T.A.R. Trento, 23 novembre 2009, n. 285, in *Foro amm. TAR*, 2009, 11, 3075, la cessazione della demanialità è sempre subordinata allo specifico procedimento di sdemanializzazione avente carattere costitutivo. *Contra*, Cass., 4

marzo 1993, n. 2635, in Banca Dati DeJure, che in una fattispecie coinvolgente il demanio ferroviario, ha affermato: «il passaggio dei beni dal demanio pubblico al patrimonio (disponibile) dello Stato (c.d. sdemanializzazione) è disciplinato dall'art. 829, primo comma, cod. civ. il quale prevede che il passaggio è dichiarato dall'autorità amministrativa. Il provvedimento (decreto di sdemanializzazione), come appare anche dalla dizione lessicale della norma, ha carattere soltanto dichiarativo, posto che il passaggio consegue all'obiettivo sottrazione del bene all'uso pubblico, uso che costituisce il presupposto della sua demanialità», si v. anche Cass., 28 settembre 2011, n. 19792, in Banca dati DeJure, per la quale, quando già sussistono le condizioni di fatto di incompatibilità con la volontà di conservare la destinazione ad uso pubblico, «il provvedimento sul passaggio dei beni dal demanio pubblico al patrimonio, a norma dell'art. 829 cod. civ., ha carattere semplicemente dichiarativo, considerando che la dichiarazione della cessazione di demanialità (...) si limita in sostanza a dare atto del passaggio dei beni stessi da uno ad un altro regime».

31) Tale procedura è dalla dottrina ritenuta ammissibile per i beni del demanio naturale, mentre è più controversa l'ammissibilità della stessa per i beni del demanio artificiale; così, R. GAROFOLI e G. FERRARI, op. cit., 476; cfr., L. MERCATI, op. cit., 237, per la quale la sdemanializzazione "tacita" sussiste solo per i beni del demanio artificiale. Per l'A «si può infatti parlare di (demanializzazione e) sdemanializzazione tacita (...) in senso proprio soltanto ove questa rappresenti un modo silenzioso o implicito di manifestazione della volontà della p.a., che invece, per quanto riguarda le vicende che interessano i beni naturali, manca del tutto».

32) Tra le altre, Cass., 19 febbraio 2007, n. 3742, in Banca Dati DeJure, dalla cui motivazione si legge che se la sdemanializzazione «può verificarsi anche senza l'adempimento delle formalità previste dalla legge, occorre tuttavia che sussistano atti univoci, concludenti e positivi della pubblica amministrazione, tali da presentarsi incompatibili con la volontà di conservare al bene la sua destinazione pubblica. La circostanza quindi che esso, da lungo tempo, non sia adibito ad uso pubblico è del tutto insufficiente, non potendo desumersi da una situazione negativa di mera inerzia o tolleranza una volontà univoca e concludente di rinuncia»; Cass., sez. un., 26 luglio 2002, n. 11101, in Banca Dati CED Cassazione, «La sdemanializzazione tacita non può desumersi dalla sola circostanza che un bene non sia più adibito anche da lungo tempo ad uso pubblico, ma è ravvisabile solo in presenza di atti e fatti che evidenzino in maniera inequivocabile la volontà della P.A. di sottrarre il bene medesimo a detta destinazione e di rinunciare definitivamente al suo ripristino»; Cons. Stato, 30 novembre 2011, n. 6338, in Foro amm. CDS, 2011, 3446 s., «La sdemanializzazione tacita deve risultare da comportamenti univoci e concludenti da cui emerga con certezza la rinuncia alla funzione pubblica del bene, che va accertata con rigore e che siano incompatibili con la volontà di conservare la destinazione del bene stesso all'uso pubblico; di conseguenza essa non può desumersi dalla pura e semplice

circostanza che il bene non sia adibito, anche da lungo tempo, all'uso pubblico, né costituiscono elementi sufficienti a provare in maniera non equivoca la cessazione della destinazione del bene all'uso pubblico il prolungato disuso di un bene demaniale da parte dell'ente pubblico proprietario, ovvero la tolleranza osservata da quest'ultimo rispetto a un'occupazione da parte di privati, essendo ulteriormente necessario, al riguardo, che tali elementi indiziari siano accompagnati da fatti concludenti e da circostanze così significative da non lasciare adito ad altre ipotesi se non a quella che l'Amministrazione abbia definitivamente rinunciato al ripristino dell'uso pubblico». Da ultimo, con riferimento a strade, Cass., 11 marzo 2016, n. 4827, in Giustizia Civile Massimario, 2016, «La sdemanializzazione di una strada può avvenire anche tacitamente, indipendentemente da un formale atto di sclassificazione, quale conseguenza della cessazione della destinazione del bene al passaggio pubblico, in virtù di atti univoci ed incompatibili con la volontà di conservare quella destinazione; il relativo accertamento da parte del giudice di merito è - ove immune da vizi logici e giuridici - incensurabile in sede di legittimità. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito, che aveva ritenuto esser venuta meno la demanialità di una "trazzera" di Sicilia, per non essere stata la stessa mai destinata al passaggio degli armenti, come evincibile dalla mancata rilevazione, sui luoghi di causa, di tracce della sede trazzerale)»; Cons. Stato, 20 luglio 2016, n. 3273, in Redazione Giuffrè amministrativo 2016, «La sdemanializzazione tacita di una strada richiede comportamenti inequivoci dell'ente proprietario, incompatibili con la volontà di conservare il bene all'uso pubblico, tali da non potere essere desunti dalla sola circostanza che un bene non sia più adibito anche da lungo tempo ad uso pubblico».

33) Così, E.O. QUERCI, op. cit., 674, richiamando, tra le altre, Cass., 15 maggio 1962, n. 1045; Cass., 13 febbraio 1967, n. 362; Cass., 5 agosto 1977, n. 3556.

34) Per un esempio di vendita di bene sdemanializzato tacitamente, si v. G. PETRELLI, Formula I.037.22, in *Formulario notarile commentato*, volume I, Tomo I, *Ordinamento del Notariato, diritto tributario, diritto amministrativo*, Milano 2014, 919 s., nella quale in premessa si riporta: «- che il Comune di è proprietario di terreno sito nel territorio del medesimo Comune, località, censito in catasto terreni, meglio descritto nel prosieguo del presente atto; - che detto terreno, già adibito a strada pubblica, costituiva parte del demanio comunale, di cui all'art. 824 del codice civile; - che peraltro l'utilizzo del suddetto terreno come strada pubblica è cessato da più di, pur non essendo mai stato adottato il provvedimento amministrativo dichiarativo della cessazione della demanialità, di cui all'art. 829 del codice civile; - che comunque, stante la natura meramente dichiarativa del suddetto provvedimento, l'immobile ha perso la propria natura di bene demaniale, a seguito di sdemanializzazione tacita risultante da comportamenti univoci e concludenti dell'amministrazione comunale, da cui è emersa con certezza la rinuncia alla funzione pubblica del bene, in quanto; -che il consiglio comunale, con

deliberazione in data, prot. n., ha autorizzato l'alienazione del terreno sopra descritto, dando contestualmente atto della relativa sdemanializzazione tacita, come sopra descritto».

35) Art. 35 cod. nav., (Esclusione di zone dal demanio marittimo), «Le zone demaniali che dal capo del compartimento non siano ritenute utilizzabili per pubblici usi del mare sono escluse dal demanio marittimo con decreto del ministro dei trasporti e della navigazione di concerto con quello per le finanze».

70

36) Cass., 2 marzo 2000, n. 2323, in Giust. civ. Mass., 2000, 517, «La sdemanializzazione di un bene appartenente al demanio marittimo non può mai avvenire tacitamente, ossia per non esser il bene più adibito all'uso pubblico, ma o per legge o mediante un provvedimento formale del Ministro per la marina mercantile, di concerto con il Ministro delle finanze, ai sensi dell'art. 35 c.nav.»; in senso analogo, Cass., 28 settembre 2011, n. 19792, in Banca Dati DeJure.

37) Cass. pen., 10 marzo 2016, n. 17424, in CED Cassazione penale 2016, la quale afferma «Al fine di escludere la configurabilità del reato di abusiva occupazione di spazio demaniale di cui all'art. 1161 cod. nav., non può essere considerata l'ipotesi di sdemanializzazione tacita del demanio marittimo».

38) Art. 947 c.c. «Mutamenti del letto dei fiumi derivanti da regolamento del loro corso.

Le disposizioni degli articoli 942, 945 e 946 si applicano ai terreni comunque abbandonati sia a seguito di eventi naturali che per fatti artificiali indotti dall'attività antropica, ivi comprendendo anche i terreni abbandonati per fenomeni di inalveamento.

La disposizione dell'articolo 941 non si applica nel caso in cui le alluvioni derivano da regolamento del corso dei fiumi, da bonifiche o da altri fatti artificiali indotti dall'attività antropica.

In ogni caso è esclusa la sdemanializzazione tacita dei beni del demanio idrico».

39) Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 12062, in Giustizia Civile Massimario, 2014; Cass., sez. un., 3 marzo 2016, n. 4189, in Guida al diritto 2016, 18, 60; F. VOLPE, Art. 822, cit., 835.

40) L. MERCATI, op. cit., 235; E. CASETTA, op. cit., 214.

41) F. CARINGELLA, op. cit., 893.

42) G. CHIARA, Art. 826, I beni patrimoniali disponibili e indisponibili, in E. CASTORINO e G. CHIARA, Beni pubblici, cit., 284 s.

43) «Un bene, in tanto può considerarsi appartenente al patrimonio indisponibile per essere destinato a pubblici servizi a norma del comma 3 dell'art. 826 c.c., in quanto abbia una effettiva destinazione a quel servizio, non essendo sufficiente la determinazione dell'Ente pubblico di imprimere al bene il carattere di patrimonio indisponibile», così Cass., sez. un., 23 giugno 1993, n. 6950, in Giust. civ. Mass., 1993, 1069 s.; Cass., sez. un., 2 dicembre 1996, n. 10733, in Foro it., 1996, 3663;

Cass., sez. un., 27 novembre 2002, n. 16831, in *Giustizia Civile*, 2003, 1249 (con nota di Vidiri), «Affinché possa essere conferito ad un bene di proprietà dello Stato, delle province o dei comuni non appartenente al demanio necessario il carattere di bene patrimoniale indisponibile, è necessario che al bene stesso sia data effettiva ed attuale destinazione al pubblico servizio».

44) G. CHIARA, *op. cit.*, 287.

45) Cass., sez. un., 15 luglio 1999, n. 391, in *Giust. civ. Mass.* 1999, 1634, «Affinché un bene non appartenente al demanio necessario possa rivestire il carattere pubblico proprio dei beni patrimoniali indisponibili perché “destinati ad un pubblico servizio” ai sensi dell’art. 826, comma 3, c.c. deve sussistere un doppio requisito: la manifestazione di volontà dell’ente titolare del diritto reale pubblico e perciò un atto amministrativo da cui risulti la specifica volontà dell’ente di destinare quel determinato bene ad un pubblico servizio e l’effettiva ed attuale destinazione del bene al pubblico servizio. (Conseguentemente, nella specie, il fatto che il terreno sia stato acquistato dal comune di Roma nel 1884 per realizzare una “passeggiata pubblica” o parco e che sia stato iscritto nell’inventario dei beni demaniali comunali, in difetto della concreta ed attuale destinazione al pubblico servizio, non è sufficiente per riconoscere al bene il carattere della indisponibilità)»; nello stesso senso, Cass., sez. un., 28 giugno 2006, n. 14865, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 6; Cass., 13 marzo 2007, n. 5867, in *Banca Dati CED Cassazione*; Cass., 9 settembre 1997, n. 8743, in *Nuova giur. civ. commentata* 1999, 1, (con nota di Vadalà), «L’appartenenza di un bene al patrimonio indisponibile dello Stato, dei comuni o delle Provincie, a meno che non si tratti di beni riservati, per loro natura, a tale patrimonio, dipende soprattutto dalle caratteristiche oggettive e funzionali del bene e presuppone, quindi, oltre che l’acquisto in proprietà del bene da parte dell’ente pubblico (cd. requisito soggettivo), una concreta destinazione dello stesso ad un pubblico servizio (cd. requisito oggettivo) che, proprio per l’esigenza di un reale legame con le oggettive caratteristiche del bene, non può dipendere da un mero progetto di utilizzazione della p.a. o da una risoluzione che, ancorché espressa in un atto amministrativo, non incide, di per sé, sulle oggettive caratteristiche funzionali del bene. Pertanto, nei casi in cui il bene sia privo dei caratteri strutturali necessari per il servizio, occorre almeno che il provvedimento di destinazione sia seguito dalle opere di trasformazione

71

che in qualche modo possano stabilire un reale collegamento di fatto, e non meramente intenzionale, del bene alla funzione pubblica, con la conseguenza che i terreni destinati a verde pubblico dal piano regolatore acquistano la condizione di beni del patrimonio indisponibile dell’ente pubblico solo dal momento in cui, essendo stati acquistati da questo in proprietà, sono trasformati ed in concreto utilizzati secondo la propria destinazione, non essendo all’uopo sufficiente né il piano regolatore generale, che ha solo funzione programmatica e l’effetto di attribuire alla zona, o anche ai terreni in esso eventualmente indicati, una vocazione da realizzare

attraverso gli strumenti urbanistici di II livello o ad essi equiparati, e la successiva attività di esecuzione di questi strumenti, né il provvedimento di approvazione del piano di lottizzazione, che individua solo il terreno specificamente interessato dal progetto di destinazione pubblica, né la convenzione di lottizzazione, che si inserisce nella fase organizzativa del processo di realizzazione del programma urbanistico e non nella fase della sua materiale esecuzione. La cessione (nella specie, gratuita) di un terreno al Comune, stipulata in esecuzione di una convenzione di lottizzazione al fine di assicurare la possibilità di destinazione del bene a verde pubblico, prevista dal piano di lottizzazione, secondo le norme del piano regolatore generale, fa solo entrare il bene nel patrimonio del Comune, senza attribuirgli caratteri che ne determinano la collocazione nella categoria dei beni del patrimonio indisponibile, potendo questa dipendere esclusivamente da una effettiva e concreta destinazione a pubblico servizio»; per le ipotesi in cui la destinazione di un bene ad un pubblico servizio avviene ad opera del legislatore, si v. Cass., 12 maggio 2003, n. 7269, in Giust. civ. Mass. 2003, 5, «L'art. 826, comma 3, c.c. richiede, ai fini della appartenenza di un bene al patrimonio indisponibile della p.a. la concreta ed effettiva destinazione dello stesso ad un pubblico servizio. Tuttavia, nella ipotesi in cui non sia la p.a. a destinare un immobile ad un pubblico servizio, ma sia il legislatore, che ne decida la costruzione - come avvenuto con il d.lg. C.p.S. 10 aprile 1947 n. 261 per le assegnazioni di alloggi ai senza tetto per cause di guerra - il bene rientra senz'altro nella categoria dei beni indisponibili non appena tale costruzione sia realizzata, non essendo necessario che la sua destinazione ad un pubblico servizio, già affermata dalla legge, abbia concreta ed effettiva attuazione attraverso un successivo provvedimento amministrativo». In dottrina, v. A.M. SANDULLI, Beni pubblici, cit., 295 s.

46) F. CARINGELLA, op. cit., 894.

47) L. MERCATI, op. cit., 236.

48) G. CHIARA, op. cit., 290; Cass., sez. un., 21 aprile 1989, n. 1889, in Dir. e giur. agr. 1989, 617, «Qualora un terreno appartenente al patrimonio indisponibile dello Stato (nella specie, area inclusa in un centro di addestramento del ministero della difesa), venga dato in concessione al privato, per sfalcio d'erbe e scalvo di piante, il verificarsi di un temporaneo sfruttamento a fini agricoli non può implicare (...) tacita declassificazione del terreno medesimo a bene patrimoniale disponibile, essendo all'uopo necessari atti univoci dell'amministrazione incompatibili con la conservazione della destinazione pubblica»

49) Così, A. BENNATI, Manuale di contabilità di Stato, Napoli, 1977, 58 s., il quale richiama l'art. 38 del R.D. 20 giugno 1929, n. 1058 (Approvazione del regolamento sui servizi del Provveditorato Generale dello Stato), ai sensi del quale «S'intendono per beni immobili patrimoniali disponibili quelli che siano stati dismessi dalle Amministrazioni governative che li avevano in uso o che, comunque, segnati nei registri di consistenza dell'Intendenza di finanza della provincia, a norma dell'art. 11

del regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato approvato con R. decreto 23 maggio 1924, n. 827, non servano a qualsiasi uso governativo, civile o militare o che non abbiano né possano avere particolare destinazione»; si v. altresì C. TALICE, *Diritto amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 2008, 121, «Il passaggio di un bene dal patrimonio indisponibile a quello disponibile è formalizzato in un verbale di dismissione, che ha valore dichiarativo». Per un modello di verbale di dismissione, v. sito Ragioneria Generale dello Stato, www.rgs.mef.gov.it. Per la dismissione degli alloggi di servizio del Ministero della difesa, tuttavia, il trasferimento dal patrimonio indisponibile al patrimonio disponibile dello Stato viene formalizzato mediante decreti direttoriali emanati di concerto con l'Agenzia del Demanio e pubblicati in Gazzetta Ufficiale. Si v., tra gli altri, il Decreto del Ministero della Difesa 25 gennaio 2017, n. 92, in Banca dati DeJure e pubblicato in G.U., 20 aprile 2017, n. 92.

50) Cons. giust. amm. Sicilia, 27 febbraio 1991, n. 27, in *Foro Amm.* 1991, 451.

51) Cass., 27 novembre 1973, n. 3258, in Banca Dati CED Cassazione, «Un bene può cessare di appartenere al patrimonio indisponibile anche in mancanza di un atto formale ed esplicito della pubblica amministrazione in tal senso; ma, a questo fine, non basta un'utilizzazione diversa e, tanto meno, una utilizzazione aggiuntiva rispetto a quella precedente ma occorre, invece, una destinazione incompatibile con quella a pubblico servizio, che funge da presupposto dell'indisponibilità».

52) Sul punto si rinvia a V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni pubblici*, 3 s., in astrid-online.it, il quale ricorda la prima fondamentale legge (n. 793 del 21 agosto 1862) con la quale lo Stato unitario iniziò una politica di alienazioni dei suoi patrimoni derivanti dagli antichi sovrani preunitari, e successivamente dalla avocazione dei beni dell'Asse ecclesiastico, e la legge 24 dicembre 1908, n. 783 (Unificazione dei sistemi di alienazione e di amministrazione dei beni immobili patrimoniali dello Stato) che dette definitiva sistemazione alle procedure di alienazione.

53) V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni pubblici*, cit., 7 s..

54) L'avvio della "privatizzazione immobiliare" può essere individuato nel d.l. 5 dicembre 1991, n. 386, convertito in legge 29 gennaio 1992, n. 35, il cui art. 2 (poi abrogato dall'articolo 3, comma 97, della legge 23 dicembre 1996, n. 662) aveva previsto la costituzione di società a capitale misto avente ad oggetto sociale la vendita e la gestione del patrimonio pubblico limitatamente ai beni patrimoniali suscettibili di gestione economica, previo espletamento di un'attività di ricognizione degli stessi.

55) Legge 24 dicembre 1993, n. 537 (Interventi correttivi di finanza pubblica), art. 9 (Patrimonio pubblico), comma 6: «Con decreti del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del consiglio dei ministri, di intesa con i Ministri delle finanze e del tesoro, sono emanate, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, a norma dell'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto

1988, n. 400, norme dirette ad alienare i beni pubblici, ivi compresi quelli oggetto di concessione, non destinati ad usi collettivi generali o di interesse ambientale e culturale, e ad esclusione degli immobili e delle aree vincolati od individuati ai sensi delle leggi 1° giugno 1939, n. 1089, 29 giugno 1939, n. 1497, e del decreto-legge 27 giugno 1985, n. 312, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1985, n. 431, ovvero ad assicurare la mobilità del personale della Difesa, con priorità per l'alienazione di terreni e fabbricati di uso abusivo o inutilizzati».

56) V. CERULLI IRELLI, Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni pubblici, cit., 8. Anche per E. CUZZOLA, C. FALANGA, I. NASSO, La dismissione del patrimonio immobiliare pubblico. Guida pratica per gli enti locali, Maggioli ed., 2013, 33, l'art. 9, comma 6, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, "ammette implicitamente anche la dismissione di beni demaniali". In altre parole, «la proprietà pubblica cessa d'essere un assioma per diventare espressione di un paradigma di funzionalità: è indefettibile solo quando sia l'unica garanzia per la soddisfazione di un interesse specifico e definito», M. DUGATO, Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine, in A. Police (a cura di), I beni pubblici: Tutela, valorizzazione e gestione, Milano, 2008, 36.

57) Così, Cass., sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, cit., la quale richiama, tra gli altri, l'art. 7 (Patrimonio dello Stato S.p.a.) del D.L. n. 63 del 2002, convertito nella L. n. 112 del 2002 (recante disposizioni finanziarie e fiscali urgenti in materia di riscossione, razionalizzazione del sistema di formazione del costo dei prodotti farmaceutici, adempimenti ed adeguamenti comunitari, cartolarizzazioni, valorizzazione del patrimonio e finanziamento delle infrastrutture), e l'art. 30 (Valorizzazione immobili dello Stato attraverso strumenti societari) del D.L. n. 269 del 2003, convertito dalla L. n. 326 del 2003 (recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici). Per G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI, sub art. 829, in Codice civile commentato, Torino, 2012, 1699 s., le normative sulle privatizzazioni immobiliari «nel porre al centro del regime dei beni demaniali l'idea della "destinazione", hanno inciso profondamente, per tale via, sulla caratteristica che - nell'impianto tradizionale codicistico - caratterizza tali beni, ossia l'incommerciabilità, disciplinando la possibilità di trasferimento a soggetti, formalmente o sostanzialmente privati».

58) AA.VV., Le problematiche giuridiche del demanio, a cura di M. IASELLI, Santarcangelo di Romagna, 2014, 116.

59) V., E. CASTORINO e G. CHIARA, op. cit., 21 ss. e 280, «la distinzione dei beni in demaniali e patrimoniali indisponibili non risponde a ragioni sostanziali, ma semplicemente di ordine formale, e lo stesso art. 826 c.c. identifica come indisponibili beni configurati dalla legislazione speciale quali demaniali (si pensi, ad esempio,

al c.d. “demanio forestale”) o per i quali è prevista la necessaria appartenenza a una determinata amministrazione territoriale».

60) Cass., 21 aprile 1999, n. 3950, in *Notariato*, 2000, 319.

61) F. CARINGELLA, op. cit., 884 s.

62) L. MERCATI, op. cit., 244 ss.

63) Legge 23 dicembre 1996, n. 662, Misure di razionalizzazione della finanza pubblica, art. 3, commi 86 - 119.

64) Decreto legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, in legge 23 novembre 2001, n. 410, Disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni di investimento immobiliare.

65) «I beni e i diritti immobiliari dello Stato (...) sono alienati in deroga alle norme di contabilità di Stato», art. 3 comma 99, Legge 23 dicembre 1996, n. 662.

66) Si v. l’art. 3, comma 1, del d.l. 25 settembre 2001, n. 351 (convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410), a tenore del quale «I beni immobili individuati ai sensi dell’articolo 1 possono essere trasferiti a titolo oneroso alle società costituite ai sensi del comma 1 dell’articolo 2 con uno o più decreti di natura non regolamentare del Ministro dell’economia e delle finanze, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale. L’inclusione nei decreti produce il passaggio dei beni al patrimonio disponibile». All’art. 3, comma 90, della Legge 23 dicembre 1996, n. 662, si prevede che «Tutte le amministrazioni dello Stato che, alla data di entrata in vigore della presente legge, utilizzano o detengono, a qualunque titolo, anche per usi governativi, beni immobili dello Stato o sono titolari di diritti reali su detti immobili devono comunicare al Ministero delle finanze i dati indicati nel comma 89 entro i successivi due mesi. La mancata comunicazione comporta in ogni caso la presunzione di cessazione delle esigenze di pubblico interesse all’utilizzazione del bene. Il Ministro delle finanze è autorizzato a sostituirsi alle amministrazioni inadempienti per l’individuazione dei beni necessari ai fini dell’applicazione delle disposizioni dei commi da 86 a 95 nonché a dichiarare la cessazione dell’uso governativo per quelli che, in base alle rilevazioni dei comuni nei cui territori sono siti, risultino esuberanti in rapporto alle relative potenzialità»; in base al comma 88 del medesimo articolo, «Ai fondi immobiliari di cui al comma 86 sono inizialmente apportati i beni immobili e i diritti reali su immobili appartenenti al patrimonio dello Stato, suscettibili di valorizzazione e di proficua gestione economica, inclusi in un elenco predisposto dal Ministro delle finanze, entro il 31 dicembre 1997, trasmesso al Ministro del tesoro per gli adempimenti di cui ai commi da 91 a 96 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale».

67) D.lgs. 30 luglio 1999, n. 300, Riforma dell’organizzazione del Governo, a norma dell’articolo 11 della L. 15 marzo 1997, n. 59. Art. 65. Agenzia del demanio «1. All’agenzia del demanio è attribuita l’amministrazione dei beni immobili dello Stato, con il compito di razionalizzarne e valorizzarne l’impiego, di sviluppare il sistema

informativo sui beni del demanio e del patrimonio, utilizzando in ogni caso, nella valutazione dei beni a fini conoscitivi ed operativi, criteri di mercato, di gestire con criteri imprenditoriali i programmi di vendita, di provvista, anche mediante l'acquisizione sul mercato, di utilizzo e di manutenzione ordinaria e straordinaria di tali immobili. All'agenzia è altresì attribuita la gestione dei beni confiscati.

2. L'agenzia può stipulare convenzioni per le gestioni dei beni immobiliari con le regioni gli enti locali ed altri enti pubblici. Può avvalersi, a supporto delle proprie attività estimative e sulla base di apposita convenzione, dei dati forniti dall'osservatorio del mercato immobiliare dell'agenzia del territorio.

2-bis. L'Agenzia del demanio è dotata di un proprio patrimonio, costituito da un fondo di dotazione e dai beni mobili ed immobili strumentali alla sua attività. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze sono individuati i beni che costituiscono il patrimonio iniziale».

Con decreto legislativo n. 173 del 3 luglio 2003, l'Agenzia del Demanio è stata trasformata in ente pubblico economico.

L'Agenzia si articola in strutture centrali con funzioni di programmazione, indirizzo, coordinamento e controllo, e in strutture territoriali dotate di autonomia operativa. La struttura territoriale dell'Agenzia si articola in 17 Direzioni Territoriali, di cui 12 con competenza su una singola regione, 4 con competenza su due regioni e una con competenza comunale (Roma Capitale). Le strutture territoriali, nell'ambito geografico di competenza, sulla base degli indirizzi e con il supporto delle strutture centrali, agiscono in autonomia nell'attuazione di ogni processo operativo inerente la gestione e amministrazione dei patrimoni immobiliari gestiti; v. Regolamento di Amministrazione e Contabilità dell'Agenzia del Demanio (deliberato dal Comitato di Gestione in data 13 dicembre 2016, approvato dal Ministero dell'economia e delle finanze in data 1° febbraio 2017, pubblicato nel sito istituzionale dell'Agenzia del Demanio come comunicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 51 del 2 marzo 2017), artt. 4 e ss.

68) Statuto dell'Agenzia del demanio, approvato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze con il 23 febbraio 2010 e pubblicato sulla G.U. n. 58 del 11 marzo 2010, e sul sito www.agenziademanio.it; art. 2, «Finalità e compiti.

1. L'Agenzia, svolge tutte le funzioni e i compiti ad essa attribuiti dalla legge relativamente ai beni immobili dello Stato, e provvede, tra l'altro, a:

a) definire la loro ottimale composizione nel tempo e tutelarne l'integrità e la corretta utilizzazione, assicurando il soddisfacimento delle esigenze statali, anche attraverso le occorrenti acquisizioni, dismissioni e sdemanializzazioni;

b) assicurare le conoscenze complete ed aggiornate delle loro caratteristiche fisiche e giuridiche;

c) garantire i più alti livelli di redditività e definire e realizzare, anche in collaborazione con gli enti locali, gli interventi finalizzati alla loro valorizzazione;

d) coordinare la programmazione dei loro usi ed impieghi nonché degli interventi edilizi sugli stessi, monitorandone lo stato di attuazione;

e) svolgere tutte le attività connesse e strumentali rispetto a quelle di cui alle precedenti lettere.

2. L’Agenzia provvede altresì a gestire i beni mobili e immobili e le aziende confiscati alla criminalità organizzata, nonché i veicoli sequestrati e confiscati.

3. L’Agenzia, sulla base di apposite convenzioni, può svolgere le attività di cui al comma 1 nei riguardi di soggetti pubblici e privati, relativamente ai beni immobili di loro proprietà.

4. L’Agenzia, per il perseguimento delle proprie attività, può stipulare convenzioni con soggetti pubblici o privati, nonché promuovere la costituzione di società, anche con i predetti soggetti, o partecipare a società già costituite».

Va rilevato come l’Agenzia svolge le proprie funzioni grazie anzitutto alla conoscenza del patrimonio statale. Al riguardo merita specifica menzione il compito di individuare i beni del patrimonio immobiliare pubblico (distinguendo tra beni demaniali e beni facenti parte del patrimonio indisponibile) con decreti aventi effetti dichiarativi della proprietà. Si ricorda che, in attuazione della previsione di cui all’art. 1 del D.l. 351/2001, nell’ottobre 2007 l’Agenzia del demanio ha portato a termine il censimento del patrimonio immobiliare dello Stato, raccogliendo dati relativi a circa 30.000 beni (come riportato in AA.VV., *Le problematiche giuridiche del demanio*, a cura di M. Iaselli, cit., 309).

69) Deve ricordarsi che, in virtù di leggi speciali, determinate categorie di beni sono sottoposte al potere amministrativo di singoli Ministeri; così è, ad esempio, per i beni pubblici atti alla difesa del territorio nazionale, che sono affidati al potere direttivo amministrativo del Ministero della difesa; si pensi anche ai beni costituenti la dotazione del Presidente della Repubblica, i quali sono amministrati dal Segretariato generale della Presidenza della Repubblica. Per quanto riguarda le acquisizioni alla proprietà dello Stato e “l’assunzione in consistenza”, v. Convenzione per l’erogazione dei servizi immobiliari e la gestione del patrimonio dello Stato – triennio 2017-2017, tra il Ministero dell’Economia e delle Finanze e l’Agenzia del Demanio, Allegato A, Dettaglio dei servizi resi, paragrafo 1, in www.agenziademanio.it.

70) Corte di Conti, Determinazione n. 85/2010, Determinazione e relazione della Sezione del controllo sugli enti sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria dell’Agenzia del Demanio per l’esercizio 2009, paragrafo 3.2, in www.corteconti.it.

71) Corte di Conti, Determinazione n. 85/2010, cit. E così, il decreto sdemanializzazione viene emanato dal Ministero competente, secondo il ramo giuridico di appartenenza del bene (ad es., ramo idrico: Ministero dell’Ambiente; ramo bonifica: Ministero delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali; ramo marittimo e ramo stradale: Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti; ramo difesa: Ministero della Difesa), di concerto con l’Agenzia del Demanio; per gli altri gestori

dei beni immobili di proprietà dello Stato, si v. anche allegato B della Convenzione per l'erogazione dei servizi immobiliari e la gestione del patrimonio dello Stato – triennio 2016-2018, cit.

72) T.A.R. Campania, 12 marzo 2010, n. 1396, Massima redazionale, 2010, in Banca dati leggiditalia.it; L. MERCATI, op. cit., 239.

73) Deliberazione della Corte dei conti, Sezione centrale di controllo di legittimità su atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, n. 18/2002/P, del 26 settembre 2002, in www.corteconti.it, che, con riferimento ad un bene del demanio marittimo, ha affermato la competenza del Ministero delle Infrastrutture alla emanazione dell'atto di trasferimento dal demanio al patrimonio.

74) Così, massima della Deliberazione della Corte dei conti, Sezione centrale di controllo di legittimità su atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, n. 18/2002/P, cit.

75) Così, nella massima della Deliberazione della Corte dei conti, Sezione centrale di controllo di legittimità su atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, n. 18/2002/P, cit. La questione di diritto sottoposta all'esame della Corte dei Conti verte sulla verifica dell'assunto che gli atti dispositivi del demanio siano riconducibili alla categoria degli atti di gestione di pertinenza dirigenziale e non a quella degli atti riservati agli organi di vertice politico-amministrativo, nonché sulla legittimità dell'intervento, a titolo di concerto, dell'Agenzia del demanio nella sottoscrizione dei provvedimenti di trasferimento dal demanio marittimo al patrimonio dello Stato di aree appartenenti al demanio marittimo. Nella deliberazione si legge: «La demanialità cessa con il cessare della destinazione dalla quale essa deriva, non significa però perdita della proprietà del bene da parte dell'ente cui appartiene, ma soltanto la trasformazione di essa da proprietà pubblica in proprietà privata e, quindi, il passaggio del bene dal demanio al patrimonio. Passaggio questo che a mente dell'art. 829 cod. civ. “deve essere dichiarato dall'Autorità amministrativa. Dell'atto deve essere dato annunzio sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica”. Trattasi, pertanto, di attività di accertamento, ancorché discrezionale, perché si richiede un apprezzamento di requisiti e caratteristiche oggettive che possono sussistere in diverso grado e misura (ad es. l'attitudine ad usi di pubblico interesse, da valutare, nel suo divenire, con riferimento anche alle possibili future espansioni infrastrutturali). Conseguentemente, la Sezione ritiene che siffatta attività provvedimentale rientri, coerentemente con il disposto di cui all'art. 829 del codice civile che la intesta all'Autorità amministrativa statale, nonché per i suoi contenuti, ed anche per il procedimento da cui è scaturita, anch'esso di natura amministrativa, tra quelle di natura gestionale, e che, come tale, la medesima vada ascritta alla competenza dei dirigenti, ai sensi e per effetti delle disposizioni di cui al D.lgs. n. 165/2001».

76) Come risulta anche dalla Convenzione per l'erogazione dei servizi immobiliari e la gestione del patrimonio dello Stato – triennio 2017-2017, Allegato A, Dettaglio dei servizi resi, paragrafo 1.9, in www.agenziademanio.it, ove si premette che «la

sdemanializzazione è il procedimento amministrativo a mezzo del quale i beni dello Stato sono trasferiti dal demanio pubblico al patrimonio disponibile. Trattasi di un procedimento complesso e di natura plurisoggettiva, che è attivato da soggetti diversi dall’Agenzia, che vi partecipa insieme ad altre amministrazioni, ed è diretto all’accertamento della perdita dell’attitudine demaniale del bene».

77) A. MONORCHIO, L. G. MOTTURA, *Compendio di contabilità di Stato*, Bari, 2014, 379.

78) La disciplina che governava queste dismissioni è stata sintetizzata da G. CASU, nello Studio n. 3754, *Ancora sulla dismissione del patrimonio immobiliare pubblico* (Approvato dalla Commissione Studi il 12 febbraio 2002 e dal Consiglio Nazionale il 7 marzo 2002), in *Studi e materiali*, 2002, e in *Banca dati Notarile Gallizia*.

79) G. CASU - C. LOMONACO, Studio n. 411-2009/C, *Dismissione dei beni pubblici e beni culturali alla luce della più recente normativa* (Approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato il 10 settembre 2009), in *Banca dati Notarile Gallizia*.

80) Regio Decreto 23 maggio 1924, n. 827 - *Regolamento per l’amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*.

81) A. LAINO, *La compravendita dei beni pubblici*, in *La compravendita*, a cura di A. Musio, F. Naddeo, Padova, 2008, 903.

82) Cass., 12 aprile 2005, n. 7535, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 9.

83) Cons. Stato, 23 maggio 2013, n. 2802, *Ragiusan* 2013, 351, 69, «L’autonomia negoziale degli enti pubblici non è rimessa alla libera scelta degli organi chiamati a manifestare la volontà dell’ente, ma si collega allo svolgimento di procedure definite in dettaglio dal legislatore, con riflesso sul successivo rapporto contrattuale che resta inderogabilmente condizionato, quanto all’efficacia, dal regolare svolgimento delle fasi di evidenza pubblica; pertanto in virtù della stretta consequenzialità tra l’aggiudicazione della gara pubblica e la stipula del relativo contratto, l’annullamento giurisdizionale ovvero l’annullamento a seguito di autotutela della procedura amministrativa comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato, stante la preordinazione funzionale tra tali atti»; Consiglio di Stato, 7 giugno 2013, n. 3133 in *Foro Amministrativo - C.d.S. (II)* 2013, 6, 1643, «Nel caso di annullamento giurisdizionale degli atti di gara pubblica il relativo contratto, se già stipulato, deve ritenersi automaticamente caducato con retroattiva improduttività dei suoi effetti, atteso che la fase di evidenza pubblica costituisce un requisito legale della sua efficacia»; Cons. Stato, 11 ottobre 2004, n. 7346, in *Foro amm.*, 2005, 5, 1518, «In forza del rapporto di consequenzialità necessaria, l’annullamento in sede giurisdizionale degli atti della procedura di evidenza pubblica spiega efficacia caducante sul contratto di appalto successivamente stipulato»; A. LAINO, *op. cit.*, 904.

84) Si v. il Regolamento di esecuzione, approvato con R.D. 23 maggio 1924, n. 827 (*Regolamento per l’amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello*

Stato), il quale determina i casi in cui è consentita la licitazione privata, agli artt. 38 e 39 (in particolare, art. 38 n. 5, «quando sia andato deserto l'incanto o non si sia raggiunto dalle offerte il limite fissato, salvo che l'amministrazione non ritenga di dovere stipulare il contratto a trattativa privata»).

85) Regio Decreto, 18 novembre 1923, n. 2440, art. 6, «Qualora, per speciali ed eccezionali circostanze, che dovranno risultare nel decreto di approvazione del contratto, non possano essere utilmente seguite le forme indicate negli artt. 3 e 4, il contratto potrà essere concluso a trattativa privata.

Se l'importo previsto superi euro 77.468,53 il progetto di contratto o, nel caso di cui al precedente art. 5, comma ultimo, lo schema di contratto firmato dalla ditta contraente sarà, ai sensi dell'articolo medesimo, comunicato al Consiglio di Stato per il parere».

86) Regio Decreto, 23 maggio 1924, n. 827, art. 41, «Si procede alla stipulazione dei contratti a trattativa privata:

1) Quando gli incanti e le licitazioni siano andate deserte o si abbiano fondate prove per ritenere che ove si sperimentassero andrebbero deserte;

2) Per l'acquisto di cose la cui produzione è garantita da privativa industriale, o per la cui natura non è possibile promuovere il concorso di pubbliche offerte;

3) Quando trattasi di acquisto di macchine, strumenti od oggetti di precisione che una sola ditta può fornire con i requisiti tecnici e il grado di perfezione richiesti;

4) Quando si debbano prendere in affitto locali destinati a servizi governativi;

5) Quando l'urgenza dei lavori, acquisti, trasporti e forniture sia tale da non consentire l'indugio degli incanti o della licitazione;

6) È in genere in ogni altro caso in cui ricorrono speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite le forme degli artt. da 37 a 40 del presente regolamento.

Nei casi previsti dal presente articolo la ragione per la quale si ricorre alla trattativa privata, deve essere indicata nel decreto di approvazione del contratto e dimostrata al Consiglio di Stato quando occorra il suo preventivo avviso».

87) Così, Corte Conti, sez. contr., 17/07/1997, n. 110, in Riv. corte conti, 1997, fasc. 4, 16 s., con riferimento alla concessione di immobili di proprietà dello Stato. Sulle ragioni dell'asta, si v. anche B.G. MATTARELLA, L'asta come strumento di dismissione dei beni pubblici, in I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato, elibrary.fondazione-notariato.it.

88) In base al comma primo del detto art. 3, Legge 24 dicembre 1908, n. 783, «La vendita dei beni si fa mediante pubblici incanti sulla base del valore di stima, previa le pubblicazioni, affissioni ed inserzioni da ordinarsi dall'amministrazione demaniale in conformità del regolamento per la esecuzione della presente legge». Anche in questa legge è comunque previsto l'utilizzo di procedure ristrette o negoziate, a determinate condizioni quali asta deserta, modico valore del bene, natura pubblica dell'acquirente (si v. artt. 9, 10, 12).

89) Merita di essere precisato che questo quadro normativo si applica direttamente solo ai contratti dello Stato, mentre per gli enti pubblici locali varranno, principalmente, le disposizioni contenute nelle leggi regionali, ovvero nel regolamento di contabilità previsto dall'art. 152 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.u.ee.ll.) e, solo in seconda battuta, le norme generali di cui sopra. Infine, per gli enti pubblici istituzionali diversi dagli enti territoriali varranno le apposite norme contenute nel D.P.R. 27 febbraio 2003, n. 97, recante il Regolamento concernente l'amministrazione e la contabilità degli enti pubblici di cui alla L. 20 marzo 1975, n. 70 (v. in particolare artt. da 55 a 62); per questi, si v. anche G. TRAPANI, Studio n. 3885, Il trasferimento dei beni degli enti pubblici non territoriali alle società di cartolarizzazione, Approvato dalla Commissione Studi l'11 giugno 2002 e dal Consiglio Nazionale il 25 ottobre 2002, in Banca dati Notarile Gallizia.

90) A. LAINO, op. cit., 918 s.

91) Art. 43-bis (Interventi nelle operazioni di cartolarizzazione di immobili pubblici), Decreto Legge 30 dicembre 2008, n. 207, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni finanziarie urgenti, convertito in legge 27 febbraio 2009, n. 14.

92) Particolarmente significativa è la già menzionata norma contenuta nella terza alinea del comma 99, art. 3, Legge 23 dicembre 1996, n. 662, secondo cui «I beni e i diritti immobiliari dello Stato, anche non compresi nei programmi, sono alienati in deroga alle norme di contabilità di Stato»; si v. anche l'art. 1, decreto legge n. 332 del 1994; l'art. 7, decreto legge n. 282 del 2002; l'art. 11-quinquies, decreto legge, n. 203 del 2005; l'art. 2, comma 223 della legge finanziaria per il 2010, n. 191 del 2009.

93) Per queste considerazioni, B.G. MATTARELLA, op. cit..

94) B.G. MATTARELLA, op. cit..

95) Come previsto dal Regolamento di Amministrazione e Contabilità dell'Agenzia del Demanio (deliberato dal Comitato di Gestione in data 13 dicembre 2016, approvato dal Ministero dell'economia e delle finanze in data 1° febbraio 2017, pubblicato nel sito istituzionale dell'Agenzia del Demanio come comunicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 51 del 2 marzo 2017), all'art. 17, Vendita, locazioni e concessioni beni immobili di proprietà dello Stato, «1. L'Agenzia procede all'alienazione di immobili di proprietà dello Stato secondo le procedure e le modalità anche telematiche previste dalle leggi e dai regolamenti interni. Fatte salve speciali disposizioni, la normativa ordinaria di riferimento è recata dalle disposizioni di cui all'art. 1, commi 436, 437 e 438 della legge 30 dicembre 2004, n. 311 e successive modificazioni e integrazioni.

2. L'Agenzia del Demanio, fatte salve speciali disposizioni, procede alla locazione e concessione di immobili di proprietà dello Stato secondo le procedure, le modalità e i criteri stabiliti dal D.P.R. n. 296/2005.

3. Procedure e modalità operative per l'alienazione, la locazione e concessione di immobili di proprietà dello Stato sono disciplinate, per quanto non previsto dalla legge, dal sistema interno di regolamenti, procedure e disposizioni in vigore».

Dal sito dell'Agenzia del Demanio (Vetrina Immobiliare), www.venditaimmobili.agenziaedemanio.it, risulta quanto segue: L'Agenzia del Demanio offre sul mercato beni immobili di proprietà dello Stato Italiano attraverso procedure ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi di trasparenza dell'azione amministrativa previsti dalla normativa in materia.

«L'attività di vendita dei beni immobili cosiddetti "non strategici", finalizzata all'ottimizzazione del portafoglio immobiliare dello Stato, si attua attraverso tre differenti procedure:

Asta pubblica per immobili di valore superiore o uguale a € 400.000;

Avvisi di Vendita per i beni di valore inferiore € 400.000;

Offerta Libera mediante Invito Pubblico ad Offrire, che non prevede un prezzo a base d'asta, per la vendita di immobili con peculiari caratteristiche.».

96) Art. 1, comma 436, Legge 30 dicembre 2004 n. 311 - Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (finanziaria 2005). Tale comma è stato così sostituito dal comma 223 dell'art. 2, L. 23 dicembre 2009, n. 191. Per un esempio di contratto di vendita di immobili dello Stato ex art. 1, commi 436 ss., legge n. 311/2004, si rinvia a G. PETRELLI, Formula I.037.5, in *Formulario notarile commentato*, volume I, Tomo I, Ordinamento del Notariato, diritto tributario, diritto amministrativo, Milano 2014, 777 ss., e in *Banca dati DeJure*.

97) Comma 437, art. 1, Legge 30 dicembre 2004 n. 311 (comma così sostituito dal comma 223 dell'art. 2, L. 23 dicembre 2009, n. 191)

98) Comma 438, art. 1, Legge 30 dicembre 2004 n. 311.

99) Comma 433, art. 1, Legge 30 dicembre 2004 n. 311.

100) Così, comma 434, art. 1, Legge 30 dicembre 2004 n. 311; il successivo comma 435 stabilisce che «Le somme dovute dai comuni per l'occupazione delle aree di cui al comma 434, non versate fino alla data di stipulazione dell'atto del loro trasferimento, sono corrisposte, contestualmente al trasferimento, in misura pari a un terzo degli importi di cui all'elenco 3 allegato alla presente legge, per ogni anno di occupazione, nei limiti della prescrizione quinquennale. Con il trasferimento delle aree si estinguono i giudizi pendenti, promossi dall'amministrazione demaniale e comunque preordinati alla liberazione delle aree di cui al comma 434, e restano compensate fra le parti le spese di lite.

101) Per un approfondimento su queste fattispecie, si v. G. TRAPANI, Studio n. 5959/C, L'edificazione parziale o integrale su area appartenente ad un Ente pubblico territoriale o allo Stato, Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 15 dicembre 2005, in *Studi e materiali* 1/2006, 38 ss., e in *CNN Notizie* 10 marzo 2006.

102) Decreto legge 24 giugno 2003 n.143, (Disposizioni urgenti in tema di versamento e riscossione di tributi, di Fondazioni bancarie e di gare indette dalla

Consip S.p.a nonché di alienazione di aree appartenenti al patrimonio e al demanio dello Stato), convertito, con modificazioni, in legge 1 agosto 2003 n. 212, art. 5-bis, Alienazione di aree appartenenti al patrimonio e al demanio dello Stato, «1. Le porzioni di aree appartenenti al patrimonio e al demanio dello Stato, escluso il demanio marittimo, che alla data di entrata in vigore del presente decreto risultino interessate dallo sconfinamento di opere eseguite entro il 31 dicembre 2002 su fondi attigui di proprietà altrui, in forza di licenze o concessioni edilizie o altri titoli legittimanti tali opere, e comunque sia quelle divenute area di pertinenza, sia quelle interne a strumenti urbanistici vigenti, sono alienate a cura della filiale dell'Agazia del demanio territorialmente competente mediante vendita diretta in favore del soggetto legittimato che ne faccia richiesta. L'estensione dell'area di cui si chiede l'alienazione oltre a quella oggetto di sconfinamento per l'esecuzione dei manufatti assentiti potrà comprendere, alle medesime condizioni, una superficie di pertinenza entro e non oltre tre metri dai confini dell'opera. Il presente articolo non si applica, comunque, alle aree sottoposte a tutela ai sensi del testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, di cui al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, e successive modificazioni.

2. La domanda di acquisto delle aree di cui al comma 1 deve essere presentata, a pena di decadenza, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto alla filiale dell'Agazia del demanio territorialmente competente, corredata dalla seguente documentazione concernente:

- a) la titolarità dell'opera la cui realizzazione ha determinato lo sconfinamento;
- b) il frazionamento catastale;
- c) la licenza o la concessione edilizia o altro titolo legittimante l'opera.

3. Alla domanda di acquisto deve essere altresì allegata, a pena di inammissibilità della stessa, una ricevuta comprovante il versamento all'erario per intero della somma, a titolo di pagamento del prezzo dell'area, determinata secondo i parametri fissati nella tabella A allegata al presente decreto.

4. Le procedure di vendita sono perfezionate entro otto mesi dalla data di scadenza del termine di cui al comma 2, previa regolarizzazione da parte dell'acquirente dei pagamenti pregressi attinenti all'occupazione dell'area, il cui valore è determinato applicando i parametri della tabella A allegata al presente decreto nella misura di un terzo dei valori ivi fissati, per anno di occupazione, per un periodo comunque non superiore alla prescrizione quinquennale. I pagamenti pregressi per l'occupazione sono dovuti al momento dell'ottenimento del titolo legittimante l'opera. Si intendono decadute le richieste e le azioni precedenti dell'Amministrazione finanziaria del demanio.

5. Decorsi i termini di cui al comma 2 senza che il soggetto legittimato abbia provveduto alla presentazione della domanda di acquisto di cui al medesimo comma, la filiale dell'Agazia del demanio territorialmente competente notifica all'interessato formale invito all'acquisto.

6. L'adesione all'invito di cui al comma 5 è esercitata dal soggetto legittimato entro il termine di novanta giorni dal ricevimento dello stesso con la produzione della documentazione di cui al comma 2 e la corresponsione dell'importo determinato secondo i parametri fissati nella tabella A allegata al presente decreto, maggiorato di una percentuale pari al 15 per cento. Decorso inutilmente il suddetto termine, la porzione dell'opera insistente sulle aree di proprietà dello Stato è da questo acquisita a titolo gratuito». Per un esempio di atto di vendita di aree del demanio o patrimonio pubblico interessate da sconfinamento di opere edilizie, G. PETRELLI, Formula I.037.21, op. cit., 914 ss.

103) Legge 27 dicembre 2006, n. 296 - Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007), art. 1, comma 219, «Le unità immobiliari appartenenti al patrimonio dello Stato, destinate ad uso abitativo e gestite dall'Agenzia del demanio, possono essere alienate dall'Agenzia medesima, ai sensi dell'articolo 3, comma 109, della legge 23 dicembre 1996, n. 662. A tal fine, la lettera d) del predetto comma 109 si interpreta nel senso che le conseguenti attività estimali, incluse quelle già affidate all'Ufficio tecnico erariale, sono eseguite dall'Agenzia medesima».

104) Legge 23 dicembre 1996, n. 662 - Misure di razionalizzazione della finanza pubblica, art. 3, comma 109, «Le amministrazioni pubbliche che non rispondono alla legge 24 dicembre 1993, n. 560, la Concessionaria servizi assicurativi pubblici Spa (CONSAP) e le società derivanti da processi di privatizzazione nelle quali, direttamente o indirettamente, la partecipazione pubblica è uguale o superiore al 30 per cento del capitale espresso in azioni ordinarie, procedono alla dismissione del loro patrimonio immobiliare con le seguenti modalità:

a) è garantito, nel caso di vendita frazionata e in blocco, anche a cooperative di abitazione di cui siano soci gli inquilini, il diritto di prelazione ai titolari dei contratti di locazione in corso ovvero di contratti scaduti e non ancora rinnovati purché si trovino nella detenzione dell'immobile, e ai loro familiari conviventi, sempre che siano in regola con i pagamenti al momento della presentazione della domanda di acquisto;

b) è garantito il rinnovo del contratto di locazione, secondo le norme vigenti, agli inquilini titolari di reddito familiare complessivo inferiore ai limiti di decadenza previsti per la permanenza negli alloggi di edilizia popolare. Per famiglie di conduttori composte da ultrasessantacinquenni o con componenti portatori di handicap, tale limite è aumentato del venti per cento;

c) [il diritto di prelazione di cui alla lettera a) e la garanzia del rinnovo del contratto di locazione di cui alla lettera b), nonché le modalità di determinazione del prezzo di vendita di cui alla lettera d) si applicano anche nel caso di dismissione del patrimonio immobiliare da parte delle società privatizzate o di società da queste controllate] (lettera abrogata);

d) per la determinazione del prezzo di vendita degli alloggi è preso a riferimento il prezzo di mercato degli alloggi liberi diminuito del trenta per cento fatta salva la possibilità, in caso di difforme valutazione, di ricorrere ad una stima dell'Ufficio tecnico erariale;

e) i soggetti alienanti di cui al presente comma, sentite le organizzazioni sindacali rappresentative degli inquilini, disciplinano le modalità di presentazione delle domande di acquisto per gli immobili posti in vendita e di accesso ad eventuali mutui agevolati;

f) il 10 per cento del ricavato della dismissione degli immobili appartenenti alle amministrazioni statali è versato su un apposito capitolo dello stato di previsione dell'entrata; il Ministro del tesoro è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio;

f-bis) gli alloggi in edifici di pregio sono definiti con circolare del Ministro del lavoro e della previdenza sociale. Si considerano comunque di pregio gli immobili che sorgono in zone nelle quali il valore unitario medio di mercato degli immobili è superiore del 70 per cento rispetto al valore di mercato medio rilevato nell'intero territorio comunale. Tali alloggi sono offerti in vendita ai titolari di contratti di locazione in corso ovvero di contratti scaduti non ancora rinnovati purché si trovino nella detenzione dell'immobile, e ai loro familiari conviventi, in regola con i pagamenti al momento della presentazione della domanda di acquisto, ad un prezzo di vendita pari al prezzo di mercato degli alloggi liberi, con le modalità di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma. All'offerta degli immobili si provvede mediante lettera raccomandata, con avviso di ricevimento, recante indicazione del prezzo di vendita dell'alloggio, inviata dall'ente proprietario ai soggetti di cui alla lettera a). Entro sessanta giorni dalla data di ricevimento della lettera raccomandata i soggetti presentano domanda di acquisto per gli alloggi offerti. Decorso inutilmente tale termine gli immobili sono posti in vendita con asta pubblica al migliore offerente».

Per quanto non disciplinato da questo articolo, trova applicazione la disciplina ordinaria di cui all'art. 1, commi 436 e ss., Legge n. 311 del 2004. Per un esempio del contratto di vendita, G. PETRELLI, Formula I.037.14, op. cit., 872 s.

80

105) Legge 30 aprile 1999, n. 136 - Norme per il sostegno ed il rilancio dell'edilizia residenziale pubblica e per interventi in materia di opere a carattere ambientale, art. 7 (Disposizioni di modifica e di interpretazione autentica della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e della legge 22 ottobre 1971, n. 865), comma 2 «Le disposizioni di cui al comma 59 dell'articolo 2 della legge 23 dicembre 1996, n. 662, si applicano a tutti i trasferimenti di alloggi di proprietà pubblica, disposti da leggi nazionali o regionali»; in base al richiamato art. 2, comma 59, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, «Le disposizioni di cui ai commi quinto e sesto dell'articolo 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, si applicano anche ai trasferimenti previsti dalla legge 24 dicembre 1993,

n. 560, nonché ai trasferimenti di immobili di proprietà di enti di assistenza e previdenza e delle amministrazioni comunali».

106) Essendo richiamato solo l'art. 40 della legge n. 47/1985, applicabile parrebbe invece essere la nullità urbanistica prevista, per le costruzioni di epoca successiva, dall'art. 46, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (T.U.E.); G. PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, cit., 792 s.

107) F. VENTIMIGLIA, *Le vendite straordinarie* (art. 11-quinquies dl 203/2005), in *Studio-linee guida, Strategie e strumenti per la valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico*, (Progetto EPAS), in www.agenziademanio.it.

108) Decreto legge 30 settembre 2005, n. 203 - Misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria - convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, Legge 2 dicembre 2005, n. 248. Art. 11-quinquies (Dismissione di immobili), «1. Nell'ambito delle azioni di perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica attraverso la dismissione di beni immobili pubblici, l'alienazione di tali immobili è considerata urgente con prioritario riferimento a quelli il cui prezzo di vendita sia determinato secondo criteri e valori di mercato. L'Agenzia del demanio è autorizzata, con decreto dirigenziale del Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con le amministrazioni che li hanno in uso, a vendere con le modalità di cui all' articolo 7 del decreto-legge 24 dicembre 2002, n. 282, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2003, n. 27, i beni immobili ad uso non prevalentemente abitativo appartenenti al patrimonio pubblico, ivi compresi quelli individuati ai sensi dei commi 13, 13-bis e 13-ter dell' articolo 27 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, e successive modificazioni. L'autorizzazione all'operazione può ricomprendere anche immobili degli enti territoriali e delle altre pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni; in questo caso, ferme restando le previsioni dettate dal presente articolo, gli enti territoriali interessati individuano, con apposita delibera ai sensi e per gli effetti dell'articolo 58 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, gli immobili che intendono dismettere e le altre pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 provvedono secondo i rispettivi ordinamenti, fermo restando quanto previsto dall'articolo 6, comma 8, della legge 12 novembre 2011, n. 183. La delibera conferisce mandato al Ministero dell'economia e delle finanze per l'inserimento nel decreto dirigenziale di cui al secondo periodo del presente comma. È in ogni caso vietata l'alienazione di immobili di cui al presente comma a società la cui struttura non consente l'identificazione delle persone fisiche o delle società che ne detengono la proprietà o il controllo. L'utilizzo di società anonime, aventi sede all'estero, nelle operazioni immobiliari di cui al presente comma è vietato e costituisce causa di nullità dell'atto di trasferimento. Fermi restando i controlli già previsti dalla vigente normativa antimafia, sono esclusi dalla

trattativa privata i soggetti che siano stati condannati, con sentenza irrevocabile, per reati fiscali o tributari.

2. Ferma restando l'applicazione dell'articolo 27 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, per la dismissione dei beni già individuati ai sensi dei commi 13, 13-bis e 13-ter del medesimo articolo 27, la vendita fa venir meno l'uso governativo, le concessioni in essere e l'eventuale diritto di prelazione spettante a terzi anche in caso di rivendita. Si intendono applicabili, anche quanto alle dichiarazioni urbanistiche nonché agli attestati inerenti la destinazione urbanistico-edilizia previsti dalla legge, le disposizioni di cui al secondo periodo del comma 17 dell'articolo 3 del decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410, e successive modificazioni, nonché al primo ed al secondo periodo del comma 18 e al comma 19 del medesimo articolo 3. Resta ferma l'applicazione degli articoli 12, 54, 55, 56 e 57 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, per le procedure di dismissione successive a quelle di cui al primo periodo.

81

3. Agli atti di alienazione di cui al comma 1 del presente articolo o comunque connessi alla dismissione del patrimonio immobiliare di proprietà dello Stato si applicano le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 275, della legge 30 dicembre 2004, n. 311.

4. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze sono riconosciuti all'Agenzia del demanio i maggiori costi sostenuti per le attività connesse all'attuazione del presente articolo, a valere sulle conseguenti maggiori entrate.

5. All'articolo 27, comma 13-ter, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, l'ultimo periodo è soppresso.

6. Il disposto dell'articolo 3, commi 18 e 19, del decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410, deve interpretarsi nel senso che lo Stato, gli enti pubblici nonché le società di cui al comma 1 del citato articolo 3 del decreto-legge n. 351 del 2001 sono esonerati anche dall'obbligo di rendere le dichiarazioni urbanistiche richieste dalla legge per la validità degli atti nonché dall'obbligo di allegazione del certificato di destinazione urbanistica contenente le prescrizioni urbanistiche riguardanti le aree interessate dal trasferimento».

109) Si v., tra gli altri, D. Dirett. del Ministero dell'economia e delle finanze, 19 dicembre 2016, n. 106758 - Dismissione di beni immobili di proprietà dello Stato, Pubblicato nella Gazz. Uff. 30 dicembre 2016, n. 304.

110) Per un esempio del contratto di vendita, v. G. PETRELLI, Formula I.037.13, op. cit., 864 ss.

111) Tanto in virtù del richiamo che l'art. 11-quinquies in parola fa al primo ed al secondo periodo del comma 18 e al comma 19 dell'articolo 3, d.l. n. 351 del 2001.

Sono altresì richiamate le disposizioni di cui al secondo periodo del comma 17 dell'articolo 3 del decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, in base al quale i trasferimenti non sono soggetti, «alle autorizzazioni previste dal testo unico di cui al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, né a quanto disposto dal comma 113 dell'articolo 3 della legge 23 dicembre 1996, n. 662, concernente il diritto di prelazione degli enti locali territoriali, e dall'articolo 19 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, come modificato dall'articolo 1 della legge 2 aprile 2001, n. 136, concernente la proposizione di progetti di valorizzazione e gestione di beni immobili statali».

112) Ciò in base alla norma di interpretazione autentica contenuta nel comma 6 dell'art. 11-quinquies.

113) Art. 3, comma 19-bis, Decreto Legge 25 settembre 2001, n. 351, «Nei casi delle operazioni immobiliari di cui al presente articolo, e di quelle di cui all'articolo 11-quinquies del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, l'attestato di prestazione energetica di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 192, può essere acquisito successivamente agli atti di trasferimento e non si applica la disposizione di cui al comma 3 del medesimo articolo 6» (Comma aggiunto dall'art. 20, comma 4, lettera c, Decreto Legge 12 settembre 2014, n. 133).

114) Questo in applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 2, comma 59, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, richiamate dal comma 19 dell'art. 3, D.L. 351/2001, a sua volta richiamato dal comma 2 dell'art. 11-quinquies. Inoltre il Decreto Legge 30 novembre 2013, n. 133 - Disposizioni urgenti concernenti l'IMU, l'alienazione di immobili pubblici e la Banca d'Italia - Convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 29 gennaio 2014, n. 5, all'art. 3 (Disposizioni in materia di immobili pubblici), comma 1, ha disposto che: «Ai fini della valorizzazione degli immobili pubblici, in relazione ai processi di dismissione finalizzati ad obiettivi di finanza pubblica, anche allo scopo di prevenire nuove urbanizzazioni e di ridurre il consumo di suolo, le disposizioni di cui al sesto comma dell'articolo 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 si applicano anche alle alienazioni di immobili di cui all'articolo 11-quinquies del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito in legge 2 dicembre 2005, n. 248; per esse la domanda di sanatoria di cui al citato sesto comma dell'articolo 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 può essere presentata entro un anno dall'atto di trasferimento dell'immobile».

115) Ciò in virtù della previsione contenuta nel comma 3 dell'art. 11-quinquies, il quale rende applicabile, agli atti connessi alla dismissione del patrimonio immobiliare di proprietà dello Stato, le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 275, della legge 30 dicembre 2004, n. 311.

116) A tenore del comma 19 dell'art. 3, D.L. n. 351/2001, richiamato dal comma 2 dell'art. 11-quinquies, «Gli onorari notarili relativi alla vendita dei beni immobiliari

di cui al presente articolo sono ridotti alla metà. La stessa riduzione si applica agli onorari notarili per la stipulazione di mutui collegati agli atti di vendita

82

medesimi, anche fuori dalle ipotesi disciplinate dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385. In caso di cessione agli affittuari o ai conduttori detti onorari sono ridotti al 25 per cento. I notai, in occasione degli atti di rivendita, provvederanno a curare le formalità di trascrizione, di intavolazione e di voltura catastale relative ai provvedimenti e agli atti previsti dai commi 1 e 2 dell'articolo 1 e dai commi 1 e 1-bis del presente articolo se le stesse non siano state già eseguite».

117) Decreto Legge 25 settembre 2001, n. 351, art. 3. - Modalità per la cessione degli immobili, (si riportano solo i commi di maggiore interesse) «17. Il diritto di prelazione, eventualmente spettante a terzi sui beni immobili trasferiti ai sensi del comma 1, non si applica al trasferimento ivi previsto e può essere esercitato all'atto della successiva rivendita dei beni da parte delle società. I trasferimenti di cui al comma 1 e le successive rivendite non sono soggetti alle autorizzazioni previste dal testo unico di cui al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, né a quanto disposto dal comma 113 dell'articolo 3 della legge 23 dicembre 1996, n. 662, concernente il diritto di prelazione degli enti locali territoriali, e dall'articolo 19 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, come modificato dall'articolo 1 della legge 2 aprile 2001, n. 136, concernente la proposizione di progetti di valorizzazione e gestione di beni immobili statali. Le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali e gli altri soggetti pubblici non possono in alcun caso rendersi acquirenti dei beni immobili di cui al presente decreto. Il divieto previsto nel terzo periodo del presente comma non si applica agli enti pubblici territoriali che intendono acquistare beni immobili ad uso non residenziale per destinarli a finalità istituzionali degli enti stessi.

(...)

18. Lo Stato e gli altri enti pubblici sono esonerati dalla consegna dei documenti relativi alla proprietà dei beni e alla regolarità urbanistica-edilizia e fiscale nonché dalle dichiarazioni di conformità catastale previste dall'articolo 19, commi 14 e 15, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122. Restano fermi i vincoli gravanti sui beni trasferiti. Con i decreti di cui al comma 1 può essere disposta in favore delle società beneficiarie del trasferimento la garanzia di un valore minimo dei beni ad esse trasferiti e dei canoni di affitto o locazione.

19. Per la rivendita dei beni immobili ad esse trasferiti, le società sono esonerate dalla garanzia per vizi e per evizione e dalla consegna dei documenti relativi alla proprietà dei beni e alla regolarità urbanistica-edilizia e fiscale nonché dalle dichiarazioni di conformità catastale previste dall'articolo 19, commi 14 e 15, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122. La garanzia per vizi e per evizione è a carico dello Stato ovvero dell'ente pubblico proprietario del bene prima del trasferimento a favore delle società. Le disposizioni di

cui all'articolo 2, comma 59, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, si applicano alle rivendite da parte delle società di tutti i beni immobili trasferiti ai sensi del comma 1. Gli onorari notarili relativi alla vendita dei beni immobiliari di cui al presente articolo sono ridotti alla metà. La stessa riduzione si applica agli onorari notarili per la stipulazione di mutui collegati agli atti di vendita medesimi, anche fuori dalle ipotesi disciplinate dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385. In caso di cessione agli affittuari o ai conduttori detti onorari sono ridotti al 25 per cento. I notai, in occasione degli atti di rivendita, provvederanno a curare le formalità di trascrizione, di intavolazione e di voltura catastale relative ai provvedimenti e agli atti previsti dai commi 1 e 2 dell'articolo 1 e dai commi 1 e 1-bis del presente articolo se le stesse non siano state già eseguite.

19-bis. Nei casi delle operazioni immobiliari di cui al presente articolo, e di quelle di cui all'articolo 11-quinquies del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, l'attestato di prestazione energetica di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 192, può essere acquisito successivamente agli atti di trasferimento e non si applica la disposizione di cui al comma 3 del medesimo articolo 6».

118) L. SILIQUINI CINELLI, La responsabilità civile del notaio, Milanofiori, 2011, 197.

119) Si v., tra gli altri, Decreto Agenzia del demanio, 19 luglio 2002 - Individuazione dei beni immobili di proprietà dello Stato appartenenti al patrimonio indisponibile e disponibile, predisposto ai sensi dell'art. 1, comma 1, della legge n. 410/2001, in Gazz. Uff., 6 agosto 2002, n. 183; Decreto Agenzia del demanio, 23 dicembre 2002 - Individuazione dei beni immobili di proprietà dello Stato, in Gazz. Uff. 27 dicembre 2002, n. 302; Decreto Agenzia del demanio, 16 giugno 2003, n. 21562 - Individuazione dei beni immobili di proprietà dello Stato, in Gazz. Uff. 31 marzo 2004, n. 76; Decreto Agenzia del demanio, 17 settembre 2004 - Individuazione dei beni immobili di proprietà dello Stato, in Gazz. Uff. 23 settembre 2004, n. 224, e successivi decreti ad integrazione e rettifica.

120) Per G. MONTEDORO, Beni pubblici e dismissioni, in Urbanistica e appalti, 2003, 510 ss., «È forte la deroga al regime della pubblicità immobiliare, di cui si producono gli effetti pur in assenza di materiale trascrizione, che si effettua solo se necessaria»; con riferimento alla pubblicazione in Gazzetta ufficiale dei decreti dirigenziali, G. COLOMBINI, L'alienazione del patrimonio dello Stato, in Democrazia e diritto, 2003, 227 s., sostiene che si tratta «di una pubblicità che dispiega i suoi effetti nell'ambito del diritto amministrativo, e, nel caso di specie, nell'ambito degli atti amministrativi dichiarativi ad efficacia rafforzativa. La iscrizione dei beni negli elenchi dei decreti dirigenziali, produce infatti il rafforzamento di una serie di attribuzioni in capo all'amministrazione in ordine alla gestione dei beni senza peraltro incidere, come è noto, sul titolo di appartenenza connesso viceversa a fatti acquisitivi o estintivi».

121) G. MONTEDORO, op. cit., 518.

122) Così, il Decreto Legge n. 351 in parola, art. 3, comma 1, «I beni immobili individuati ai sensi dell'articolo 1 possono essere trasferiti a titolo oneroso alle società costituite ai sensi del comma 1 dell'articolo 2 con uno o più decreti di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale. L'inclusione nei decreti produce il passaggio dei beni al patrimonio disponibile. Con gli stessi decreti sono determinati: a) il prezzo iniziale che le società corrispondono a titolo definitivo a fronte del trasferimento dei beni immobili e le modalità di pagamento dell'eventuale residuo, che può anche essere rappresentato da titoli;

b) le caratteristiche dell'operazione di cartolarizzazione che le società realizzano per finanziare il pagamento del prezzo. All'atto di ogni operazione di cartolarizzazione è nominato un rappresentante comune dei portatori dei titoli, il quale, oltre ai poteri stabiliti in sede di nomina a tutela dell'interesse dei portatori dei titoli, approva le modificazioni delle condizioni dell'operazione;

c) l'immissione delle società nel possesso dei beni immobili trasferiti;

d) la gestione dei beni immobili trasferiti e dei contratti accessori, da regolarsi in via convenzionale con criteri di remuneratività;

e) le modalità per la valorizzazione e la rivendita dei beni immobili trasferiti». A questo comma, in sede di conversione del decreto legge, è stato aggiunto il seguente comma 1-bis «Per quanto concerne i beni immobili di enti pubblici soggetti a vigilanza di altro Ministero, i decreti del Ministro dell'economia e delle finanze sono adottati di concerto con il Ministro vigilante. Per i beni dello Stato di particolare valore artistico e storico i decreti del Ministro dell'economia e delle finanze sono adottati di concerto con il Ministro per i beni e le attività culturali».

123) Così in Corte dei Conti, Delibera n. 4/2006/G, 31 marzo 2006 - Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato - Approvazione della relazione concernente «Analisi dei risultati delle cartolarizzazioni», in www.corteconti.it, nella quale si legge anche: «Perplessità sulla problematica relativa all'interpretazione della disposizione inerente il passaggio al patrimonio disponibile dei beni inclusi nei decreti del Ministro di trasferimento alla S.C.I.P. e non dell'Agenzia del demanio è stata evidenziata da quest'ultima (Nota del 7 maggio 2003, Prot. 2003/17863/NOR, della Direzione generale dell'Agenzia del demanio). La stessa Agenzia ha precisato, infatti, che l'effetto dell'eventuale passaggio al patrimonio si esplica nel momento dell'inserimento degli immobili nei decreti di trasferimento emanati dal Ministro e non con l'inclusione del bene nei decreti dell'Agenzia del demanio aventi efficacia meramente ricognitiva della proprietà pubblica. Peraltro la stessa disposizione normativa appare riferibile ai soli immobili di proprietà dello Stato in quanto solo per essi è applicabile la classificazione prevista dal Codice Civile relativa ai beni demaniali e patrimoniali (art. 822 e seguenti del cod. civ.). L'Agenzia precisa inoltre che la disposizione in esame ha avuto scarsa

incidenza in quanto il decreto di trasferimento del Ministro dell'economia e delle finanze relativo ai beni di proprietà statale (Decreto interministeriale 21 novembre 2002 riguardante la seconda operazione di cartolarizzazione - SCIP 2) ha riguardato un esiguo numero di unità abitative peraltro già appartenenti al patrimonio dello Stato».

124) Ad avviso di D. SORACE, Cartolarizzazione e regime dei beni pubblici, in www.aedon.mulino.it, 2003, la disposizione di cui all'art. 42 della Costituzione, secondo la quale: "La proprietà è pubblica o privata" non sembra significare soltanto che i beni possono appartenere a soggetti pubblici o privati, ma sarebbe da intendersi nel senso che deve essere assicurata la presenza nell'ordinamento anche di un particolare regime proprietario di certi beni degli enti pubblici, recependo una opinione tradizionale consolidata secondo la quale per la salvaguardia degli interessi pubblici per i quali è rilevante l'uso di certi beni occorre sia riservarne l'appartenenza a soggetti pubblici, sia assoggettarli ad un regime proprietario diverso da quello comune. Perciò, se la l. 410/2001 potesse essere interpretata nel senso che consente l'eliminazione del demanio e del patrimonio indisponibile bisognerebbe anche dire che è incostituzionale. Per l'A., occorre leggere le disposizioni in modo da sottrarle alla condanna costituzionale, andando oltre l'interpretazione meramente letterale e ricollocandole nel sistema del diritto dei beni pubblici; in questa prospettiva, la classificazione dei beni nel demanio oppure nel patrimonio disponibile o indisponibile deve essere fondata sull'effettivo stato delle cose. "La disposizione può, cioè, essere interpretata semplicemente come attuativa-integrativa dell'art. 829, comma 1, c.c., che prevede che il passaggio dei beni dal demanio pubblico al patrimonio sia dichiarato da un atto amministrativo di cui deve essere data notizia nella gazzetta ufficiale. (...) La conclusione è che alle Scip possono essere trasferiti, ai fini della successiva rivendita, soltanto beni che non risultino aver più i requisiti dei beni demaniali o dei beni patrimoniali indisponibili e che per tale ragione possono essere classificati tra i patrimoniali disponibili". Si v. anche, G. COLOMBINI, op. cit., 228 ss., la quale anche esprime perplessità in ordine alla costituzionalità di un riconoscimento in capo al Ministro di un potere di modificazione del regime giuridico dei beni, «non potendosi escludere (per assurdo) l'eventualità del passaggio al regime di diritto comune di tutti i beni costituenti la proprietà pubblica. L'A. dà atto del fatto che i decreti ministeriali emanati per il conferimento di beni alle società di cartolarizzazione hanno comunque riguardato beni non demaniali ma appartenenti al patrimonio disponibile dello Stato e degli enti previdenziali.

125) Decreto del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali (di concerto con il ministro dell'economia e delle finanze), 20 maggio 2014 - Dismissione di terreni agricoli o a vocazione agricola, (c.d. decreto Terrevive), pubblicato nella Gazz. Uff. 31 luglio 2014, n. 176, che ha dato il via alla vendita e all'affitto di circa 5.500 ettari di terreni agricoli di proprietà dello Stato, in attuazione dell'art. 66 del D.L. n. 1 del 24 gennaio 2012.

126) Per un esempio del contratto di vendita, G. PETRELLI, Formula I.037.16, op. cit., 885 ss.

127) Decreto legislativo, 18 maggio 2001 n. 228, Orientamento e modernizzazione del settore agricolo, a norma dell'articolo 7 della L. 5 marzo 2001, n. 57, art. 5-bis. Conservazione dell'integrità aziendale, «2. Al trasferimento a qualsiasi titolo di terreni agricoli a coloro che si impegnino a costituire un compendio unico e a coltivarlo o a condurlo in qualità di coltivatore diretto o di imprenditore agricolo professionale per un periodo di almeno dieci anni dal trasferimento si applicano le disposizioni di cui all'articolo 5-bis, commi 1 e 2, della legge 31 gennaio 1994, n. 97. Gli onorari notarili per gli atti suddetti sono ridotti ad un sesto.

3. Le agevolazioni fiscali e la riduzione degli onorari notarili ad un sesto in favore della costituzione del compendio unico di cui al comma 2 spettano comunque ai trasferimenti di immobili agricoli e relative pertinenze, compresi i fabbricati, costituiti in maso chiuso di cui alla legge della provincia autonoma di Bolzano 28 novembre 2001, n. 17, effettuati tra vivi o mortis causa ad acquirenti che nell'atto o con dichiarazione separata si impegnino a condurre direttamente il maso per dieci anni»; Legge 31 gennaio 1994 n. 97 - Nuove disposizioni per le zone montane, art. 5-bis. - Disposizioni per favorire le aziende agricole montane, «1. Nei territori delle comunità montane, il trasferimento a qualsiasi titolo di terreni agricoli a coltivatori diretti e ad imprenditori agricoli a titolo principale che si impegnano a costituire un compendio unico e a coltivarlo o a condurlo per un periodo di almeno dieci anni dal trasferimento è esente da imposta di registro, ipotecaria, catastale, di bollo e di ogni altro genere. I terreni e le relative pertinenze, compresi i fabbricati, costituiti in compendio unico ed entro i limiti della superficie minima indivisibile di cui al comma 6, sono considerati unità indivisibili per quindici anni dal momento dell'acquisto e per questi anni non possono essere frazionati per effetto di trasferimenti a causa di morte o per atti tra vivi. In caso di successione i compendi devono essere compresi per intero nella porzione di uno dei coeredi o nelle porzioni di più coeredi che ne richiedano congiuntamente l'attribuzione. Tale disciplina si estende anche ai piani di ricomposizione fondiaria e di riordino fondiario promossi da regioni, province, comuni e comunità montane.

2. In caso di violazioni degli obblighi di cui al comma 1 sono dovute, oltre alle imposte non pagate e agli interessi, maggiori imposte pari al 50 per cento delle imposte dovute».

85

128) R. GAROFOLI, G. FERRARI, op. cit., 1326 s.

129) Per approfondimenti, S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, I contratti della pubblica amministrazione, in Trattato di diritto amministrativo, diretto da G. Santaniello, Padova, 2008, 117 ss.; R. GAROFOLI, G. FERRARI, op. cit., 1326 ss.; F. CARINGELLA, Manuale di diritto amministrativo, Roma, 2010, 1384 ss.

130) Circa la distinzione dei contratti in attivi e passivi, si è osservato che la terminologia adottata, di dubbia validità tecnica, ha una validità per gli effetti immediati del contratto sul bilancio. Il contratto che determina una entrata è attivo, quello che provoca un impegno di spesa è passivo. Ma questo effetto immediato prescinde da valutazioni di positività e negatività che il contratto può determinare sulla consistenza economica e patrimoniale dell'ente. Vi sono infatti contratti, quali l'alienazione di un bene patrimoniale, qualificati «attivi», i quali pur producendo un'entrata finanziaria nell'immediato, in prospettiva producono una diminuzione permanente del patrimonio dell'ente; S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, op. cit., 106 s.

131) Il Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50) vi fa riferimento all'art. 4 (Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi), il quale, dopo la modifica apportata dall'articolo 5, comma 1, del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, stabilisce che «L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica». Sul punto si v. Studio CNN, n. 588-2016/C, est. A. TOMASSETTI, La nuova disciplina dell'appalto pubblico dopo il correttivo: profili di interesse notarile, paragrafo 5, I contratti esclusi dall'applicazione del codice, Studio approvato dalla Commissione Studi pubblicitici il 25 maggio 2017, in CNN Notizie del 5 luglio 2017.

132) Tale atto deliberativo si connota come mero atto interno e preparatorio del negozio, avente come destinatario l'organo rappresentativo legittimato ad esprimere all'esterno la volontà dell'ente; così T.A.R. Venezia, 23 maggio 2008, n. 1545, in Foro amm. TAR 2008, 1251; Consiglio di Stato, 24 settembre 2003, n. 5444, in Comuni Italia 2003, 95; Cass., 27 febbraio 2002, n. 2885, in Giust. civ. Mass. 2002, 331; per Cass., 4 aprile 1980, n. 2219, in Giust. civ. Mass. 1980, fasc. 4, «La deliberazione di concludere un contratto da parte della P.A., necessaria anche se il contratto stesso, in quanto a trattativa privata, non sia soggetto all'osservanza di specifici procedimenti o forme, costituisce un atto interno, revocabile "ad nutum" ed inidoneo a dar luogo all'incontro dei consensi, il quale abbisogna di una manifestazione della volontà negoziale ad opera dell'organo esecutivo, munito del potere di rappresentanza, che sia rivolta all'altro contraente e da questi accettata». Anche in dottrina si rileva la valenza esclusivamente interna della deliberazione di contrattare, evidenziando anche che per l'amministrazione statale non è indicato l'organo legittimato ad emanare tale deliberazione né è prescritta una forma solenne. La forma della deliberazione potrà essere la più varia, a seconda dello specifico statuto dell'ente precedente. Così, E. MELE, I contratti delle pubbliche amministrazioni, Milano, 2002, 54 ss.

133) S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, op. cit., 146 s., per i quali il fatto che questa fase non sia disciplinata non deve indurre a ritenere che non esista un obbligo di adottare

una formale deliberazione in tal senso, giacché gli aspetti procedurali per la scelta del contraente e gestione del contratto disciplinati dalla legge di contabilità, presuppongono che esistano, a monte, sia la legittimazione che la delibera a contrarre. Per Cass., 12 aprile 2005, n. 7535, in Mass. Giust. civ., 2005, 9, la delibera a contrarre è «destinata a disporre in ordine alla stipulazione del negozio e, con ciò, a conferire all'organo qualificato alla rappresentanza dell'ente la effettiva potestà di porlo in essere con le finalità e l'oggetto specificati nella delibera stessa».

134) In base all'art. 5, R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, «I progetti di contratti devono essere comunicati al Consiglio di Stato, per averne il parere, quando l'importo previsto superi euro 309.874,13 se si tratta di contratti da stipularsi dopo pubblici incanti o euro 154.937,06 se da stipularsi dopo privata licitazione o nel modo di cui al precedente art. 4. Il Consiglio di Stato darà il parere, tanto sulla regolarità del contratto, quanto sulla convenienza amministrativa, al quale uopo gli saranno forniti dai ministeri i documenti, le giustificazioni e le notizie che riterrà di chiedere.

Il parere del Consiglio di Stato sarà dal ministero comunicato alla Corte dei conti a corredo del decreto di approvazione del contratto, del quale viene chiesta la registrazione.

Per ragioni di evidente urgenza, prodotte da circostanze non prevedibili, da farsi risultare nel decreto di approvazione del contratto, potranno comunicarsi al Consiglio di Stato, prima dell'approvazione ministeriale, in luogo dei progetti di contratti, i verbali di aggiudicazione o gli schemi di contratto sottoscritti dalla parte»; in base al successivo art. 6, «Qualora, per speciali ed eccezionali circostanze, che dovranno risultare nel decreto di approvazione del contratto, non possano essere utilmente seguite le forme indicate negli artt. 3 e 4, il contratto potrà essere concluso a trattativa privata.

Se l'importo previsto superi euro 77.468,53 il progetto di contratto o, nel caso di cui al precedente art. 5, comma ultimo, lo schema di contratto firmato dalla ditta contraente sarà, ai sensi dell'articolo medesimo, comunicato al Consiglio di Stato per il parere»

135) Legge 15 maggio 1997, n. 127, Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo, art. 17 (Ulteriori disposizioni in materia di semplificazione dell'attività amministrativa e di snellimento dei procedimenti di decisione e di controllo), comma 25, «Il parere del Consiglio di Stato è richiesto in via obbligatoria: a) per l'emanazione degli atti normativi del Governo e dei singoli Ministri, ai sensi dell'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, nonché per l'emanazione di testi unici; b) per la decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica; c) sugli schemi generali di contratti-tipo, accordi e convenzioni predisposti da uno o più Ministri»; comma 26, «è abrogata ogni diversa disposizione di legge che preveda il parere del Consiglio di Stato in via obbligatoria. Resta fermo il combinato disposto dell'art. 2, comma 3,

della legge 23 agosto 1988, n. 400, e dell'art. 33 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054».

Alla luce di questa nuova normativa, in dottrina si è sostenuto che non essendo prevista per l'amministrazione statale una forma tipica per la redazione del progetto di contratto e non essendo più previsto il preventivo parere del Consiglio di Stato, «non è neppure necessario che esso venga in qualche modo formato»; E. MELE, op. cit., 62.

136) Decreto Legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, in legge 15 luglio 2011, n. 111 - Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria. Art. 12, Acquisto, vendita, manutenzione e censimento di immobili pubblici «1. A decorrere dal 1° gennaio 2012 le operazioni di acquisto e vendita di immobili, effettuate sia in forma diretta sia indiretta, da parte delle amministrazioni inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, con l'esclusione degli enti territoriali, degli enti previdenziali e degli enti del servizio sanitario nazionale, nonché del Ministero degli affari esteri con riferimento ai beni immobili ubicati all'estero, sono subordinate alla verifica del rispetto dei saldi strutturali di finanza pubblica da attuarsi con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze. Per gli enti previdenziali pubblici e privati restano ferme le disposizioni di cui al comma 15 dell'articolo 8 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122». Per le modalità d'attuazione di tale disposizione, si v. quanto disposto dal D.M. 16 marzo 2012, come integrato dal D.M. 14 febbraio 2014.

137) Art. 4, D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 - Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

138) S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, op. cit., 130 ss.

139) Art. 16 R.D. 18 novembre 1923, n. 2440.

140) Art. 93 R.D. 23 maggio 1924, n. 827.

141) Art. 94 R.D. 23 maggio 1924, n. 827.

142) Art. 97 R.D. 23 maggio 1924, n. 827.

143) L'art. 6, comma 5 del Regolamento di Amministrazione e Contabilità dell'Agenzia del Demanio (deliberato dal Comitato di Gestione in data 13 dicembre 2016, approvato dal Ministero dell'economia e delle finanze in data 1° febbraio 2017, pubblicato nel sito istituzionale dell'Agenzia del Demanio come comunicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 51 del 2 marzo 2017), stabilisce che «Le competenze ed i poteri delle strutture territoriali sono disciplinati secondo quanto previsto dall'art. 4 comma 4 e resi pubblici attraverso le modalità e gli strumenti stabiliti dal D.Lgs. n. 33/2013»; in base al richiamato art. 4, comma 4, dello stesso Regolamento di Amministrazione, «In coerenza con l'assetto e le missioni delle strutture centrali e territoriali, l'organizzazione

interna, le competenze ed i poteri sono stabiliti con atto del Direttore, previa delibera del Comitato di Gestione». La Determinazione del Direttore, n. 76/2017 (prot. n. 2017/2681/DIR), pubblicata sul sito www.agenziademanio.it, all'art. 4, stabilisce che «Fermi restando i poteri espressamente attribuiti dalla legge, con effetti e decorrenza a partire dal 1° marzo 2017, ai responsabili delle Direzioni Territoriali, nell'ambito geografico di competenza, sono attribuiti, entro il limite di Euro 2.500.000 per singola operazione, salvo i diversi importi per le stesse di seguito specificati, i seguenti poteri: (...) - in relazione alle vendite dei beni del patrimonio dello Stato:

a) stipulare, con le clausole più opportune, i contratti di vendita: di importi inferiori a euro 2.500.000; di importo pari o superiore a Euro 2.500.000 per immobili alienati mediante asta pubblica o invito pubblico ad offrire; ai sensi della legge n. 212/2003; di cui all'art. 1 commi 434 e 435 legge n. 311/2004 (aree urbanizzate); di cui all'art. 1 comma 433 legge n. 311/2004 (fondi interclusi); di beni immobili valorizzati dallo Stato di cui all'art. 3 comma 15 del D.L. n. 351/2001 convertito nella legge n. 410/2001; di beni immobili dello Stato di cui alla legge n. 549/1995, alla legge n. 579/1993 e all'art. 80, commi 4 e 5 della legge n. 289/2002, subordinatamente alla preventiva autorizzazione a vendere da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri (legge n. 549/95) e del Ministro dell'economia e delle finanze (legge n. 579/1993); di alloggi e relative pertinenze costruiti a totale carico dello Stato in base a leggi speciali e costituenti Edilizia Residenziale Pubblica ai sensi della legge n. 560/1993 nel rispetto delle procedure stabilite dalla legge per le attività medesime;

b) approvare i contratti di vendita».

Tale competenza risultava anche dall'art. 21 del Regolamento di amministrazione e contabilità dell'Agenzia del Demanio, 27 settembre 2012, in Gazzetta Ufficiale n. 250 del 25 ottobre 2012.

144) «Giusta la regola generale contenuta nel R.D. 18 novembre 1923, n. 2240, artt. 16 e 17, i contratti delle pubbliche amministrazioni devono essere redatti in forma scritta a pena di nullità e tradotti in documenti in cui sia consacrata la manifestazione della volontà negoziale da parte dell'organo rappresentativo abilitato a concludere, in nome e per conto dell'ente pubblico, negozi giuridici. La normativa speciale dettata in tema di contratti della p.a. prevale, infatti, sulla diversa disciplina dei rapporti tra privati, quale, ad esempio, quella dettata in tema di forme di conclusione del contratto. In altri termini, i requisiti di validità dei contratti posti in essere dalla p.a., anche iure privatorum, attengono essenzialmente alla manifestazione della volontà e alla forma. La prima deve provenire dall'organo al quale è attribuita la legale rappresentanza, mentre la forma, a pena di nullità, deve essere scritta al fine precipuo di consentire i controlli cui l'azione amministrativa è sempre soggetta», Cass., 14 dicembre 2006, n. 26826, in Banca Dati DeJure, v. anche Cass., 19 maggio 2003, n. 7819, in Rass. giur. Enel 2004, 113; Cass., sez. un., 30 marzo 1994, n. 3132, in Giust. civ. 1995, 1347; per Cass., 16 ottobre 1999, n. 11687, in Contratti 2000, 221, «La regola per cui tutti i contratti della p.a. e in genere degli enti pubblici devono essere

stipulati per iscritto rinviene la sua "ratio" nell'esigenza di identificare esattamente il contenuto negoziale e rendere possibile i controlli delle autorità. Ciò comporta pertanto che la delibera che forma la volontà della p.a. debba indicare con precisione il contenuto negoziale, la volontà della p.a. sia manifestata all'esterno e dall'organo rappresentativo, la manifestazione di volontà non possa essere implicita né desunta da comportamenti meramente attuativi, il contratto, salvo diversa previsione di legge, sia consacrato in unico documento contenente tutte le clausole disciplinanti il rapporto».

145) Per S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, op. cit., 529, è questa la «forma normale» presupposta dalla legge di contabilità.

146) R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 16, «I contratti sono stipulati da un pubblico ufficiale delegato a rappresentare l'amministrazione e ricevuti da un funzionario designato quale ufficiale rogante, con le norme stabilite dal regolamento. I processi verbali di aggiudicazione nelle aste e nelle licitazioni private sono parimenti formati da quest'ultimo funzionario.

I contratti ed i verbali anzidetti hanno forza di titolo autentico». Il Regolamento, R.D. 23 maggio 1924, n. 827, all'art. 95, stabilisce che «I contratti e i processi verbali di aggiudicazione, nelle aste e nelle licitazioni private, sono ricevuti da un funzionario designato quale ufficiale rogante, di grado non inferiore al nono.

Nelle amministrazioni centrali tale funzionario viene nominato con decreto del ministro e in quelle provinciali o compartimentali con decreto del capo di esse, il quale ne invia copia autentica al ministero da cui dipende.

L'ufficiale rogante autentica le copie degli atti originali, da lui ricevuti, per ogni effetto di legge e rilascia le copie stesse alle parti che ne facciano richiesta»; in base al successivo art. 96, «I contratti in forma pubblica sono ricevuti con l'osservanza delle norme prescritte dalla legge notarile per gli atti notarili, in quanto applicabili

4. Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti

di Biancamaria Raganelli

27 febbraio 2017

SOMMARIO: 1. L'istituto della concessione. – 2. Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico privato. – 2.1. La ricerca di una collaborazione tra pubblico e privato. – 2.2. I PPP contrattualizzati e la necessità di una disciplina europea in materia di concessioni. – 2.3. Le fondamenta della disciplina: i principi generali. – 3. Servizi pubblici nell'ordinamento comunitario e concessioni. – 3.1. La complessa materia dei servizi pubblici in Europa. 3.2. Concessioni versus appalti e contratti misti. – 4. La direttiva 2014/23/UE e la disciplina in vigore contenuta nel Codice Appalti 2016. – 4.1. I principi generali. – 4.2 Le principali novità introdotte dalla direttiva e recepite nel Codice. – 5. La tutela giurisdizionale in Europa.

1. L'istituto della concessione.

L'istituto della concessione ha origini risalenti¹. Nasce e si sviluppa principalmente per fronteggiare la carenza di risorse economiche dello Stato e per la mancanza di competenze tecniche idonee a fronteggiare l'esigenza di realizzazione e gestione di opere pubbliche e di servizi di pubblica utilità: l'amministrazione ricerca la "collaborazione" del privato per far fronte alle proprie necessità e perseguire i propri interessi. Per questo motivo la concessione rappresenta il modello tipico di PPP. Le concessioni di servizi pubblici, invece, venivano originariamente considerate come strumentali a quelle di lavori e, dunque, prive di rilevanza autonoma.

Si tratta di questioni ancora oggi attuali in considerazione della forte contrazione della spesa pubblica registrata negli ultimi anni. Il Libro Verde del 1996 sugli appalti pubblici nell'Unione europea, parla di una spesa annua per l'acquisto di beni e servizi da parte dei pubblici poteri pari all'11 per cento del prodotto interno lordo dell'Unione Europea e indagini più recenti evidenziano una crescita tra la metà degli anni '90 del secolo scorso e il 2003 che supera il 16 per cento del Pil a livello comunitario e il 12,3 per cento del Pil in Italia .

La dottrina si è a lungo interrogata sulla natura giuridica della concessione, dividendosi tra i sostenitori dell'impostazione pubblicistica - concessione come atto amministrativo unilaterale (provvedimento amministrativo) - e i sostenitori dell'impostazione privatistica - concessione come contratto. Non è possibile dar conto in questa sede delle diverse tesi sostenute in materia.

Occorre ricordare, però, che l'originaria concezione della concessione come forma privatistica di regolazione dei rapporti tra amministrazione e privati trovava fondamento nella convinzione che l'esigenza della pubblica amministrazione di incentivare la collaborazione dei privati imponeva di riconoscere loro una garanzia forte dei diritti economici, che poteva assicurare solo il diritto privato. La ricostruzione della concessione come rapporto di diritto pubblico sottoposto a principi pubblicistici, invece, si fondava sull'assunto che la concessione determinava un trasferimento di compiti e di funzioni amministrative dal concedente al concessionario, con particolare riferimento all'oggetto pubblico della prestazione a carico di quest'ultimo.

A metà strada tra le due impostazioni si pone la teoria della concessione-contratto, che trova fondamento in una nota pronuncia della Corte di Cassazione 12 gennaio 1910, che assume la concessione come fattispecie complessa costituita da due atti distinti ma connessi: uno pubblicistico, il provvedimento amministrativo di conferimento della concessione, e uno privatistico, l'accordo tra amministrazione e privato destinato a regolare diritti e obblighi delle parti. Tale impostazione è stata superata da parte della letteratura successiva che, accentuando i profili di differenziazione rispetto al contratto di diritto privato, ha finito per ricondurla nell'ambito dei contratti di diritto pubblico, formalizzando peraltro il passaggio dalla concessione-contratto al contratto di concessione. Parte della dottrina ha sottolineato

il profilo organizzativo della concessione (la concessione come conferimento di un ufficio), riconducendo la fattispecie alla figura del “contratto ad oggetto pubblico” nella forma di “contratti accessivi a provvedimenti” o di “convenzioni sostitutive”. In realtà, è forse più cauto assumere quello attuale come il risultato, sia pure provvisorio, di un confronto di componenti che impediscono una caratterizzazione del contratto in senso esclusivamente privatistico o esclusivamente pubblicistico. La stessa giurisprudenza ha oscillato tra le due posizioni. Si è osservato che “la figura della concessione-contratto è caratterizzata dalla contemporanea presenza di elementi pubblicistici e privatistici, sicché la pubblica amministrazione viene a trovarsi in una posizione particolare e privilegiata rispetto all'altra parte in quanto dispone, oltre che dei diritti e delle facoltà che nascono comunemente dal contratto, di pubblici poteri che derivano direttamente dalla necessità di assicurare il pubblico interesse in quel particolare settore cui inserisce la concessione”. Secondo parte della dottrina, la definizione di una categoria di contratti pubblici non appare risolutiva nel nostro ordinamento: i contratti con la pubblica amministrazione si caratterizzerebbero rispetto ai contratti di diritto privato esclusivamente per il fatto che una delle parti è la pubblica amministrazione.

Nell'ordinamento giuridico italiano la concessione di lavori è stata a lungo assunta in dottrina e giurisprudenza come uno “strumento di traslazione dei pubblici poteri”, provvedimento amministrativo unilaterale escluso da qualsiasi confronto concorrenziale. Attraverso tale strumento, la pubblica amministrazione poteva trasferire ad altri un proprio diritto o potere, ovvero costituire un nuovo diritto o potere a vantaggio di altri sulla base di uno proprio, che in tal modo veniva limitato⁷. La legge 24 giugno 1929, n. 1137, distingueva due tipi di concessione: la concessione di sola costruzione e la concessione di costruzione e gestione. La prima è l'atto amministrativo con cui una pubblica amministrazione affida a un soggetto il compito di costruire un'opera pubblica entro un certo termine e dietro il pagamento di un corrispettivo predeterminato; la seconda è l'atto amministrativo con il quale la pubblica amministrazione affida a un soggetto il compito di costruire un'opera pubblica e di gestirla per un determinato periodo di tempo, al termine del quale l'opera diventa di proprietà dell'amministrazione. In particolare, ricordiamo che la legge 8 agosto 1977, n. 584 equiparava la concessione di sola costruzione all'appalto e la sottoponeva allo stesso regime procedimentale e giuridico. Il Consiglio di Stato in tal senso distingueva il concetto di concessione di sola costruzione dalla concessione di costruzione e gestione, sottraendo quest'ultima alle regole dell'altra. In questa seconda fattispecie la costruzione risulta strumentale alla gestione di un pubblico servizio. La concessione di mera costruzione ha posto questioni in dottrina, risultando di difficile inquadramento perché difficilmente distinguibile dalla figura dell'appalto di opere pubbliche e per effetto dell'art. 1, lett. d), della direttiva 89/440/Ce, è stata eliminata dal nostro ordinamento.

L'influenza del diritto comunitario è stata particolarmente evidente in questo contesto. Tra le prime direttive comunitarie adottate per il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici e di forniture, l'art. 3, n. 1, della direttiva 71/305/Cee, recepita con l. 8 agosto 1977, n. 584, escludeva espressamente dalla propria sfera di applicazione i contratti di concessione. La direttiva del Consiglio 89/440/Cee del 18 luglio 1989, invece, ha preso in considerazione le concessioni di lavori pubblici rendendo a esse applicabili specifiche regole di pubblicità. Successivamente, la direttiva del Consiglio 93/37/Ce, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, ha menzionato espressamente la concessione di lavori pubblici tra i contratti che rientrano nella propria sfera di applicazione. L'art. 1 della dir. 93/37/Ce, infatti, definisce la concessione come il contratto che presenta le stesse caratteristiche dell'appalto di lavori pubblici, "ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo". Le direttive 93/37/Ce e 93/38/Ce sono state recepite in Italia con la legge 11 febbraio 1994, n. 109, legge quadro sui lavori pubblici, c.d. legge "Merloni". L'art. 1, co. 3, della direttiva unificata 2004/18/Ce, in materia di appalti riproduce la definizione di concessione di lavori come contratto con caratteristiche simili all'appalto, salvo il fatto che il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera, ovvero nel diritto di gestire l'opera accompagnato da un prezzo.

Questa non si discosta sostanzialmente dalla definizione originariamente fornita dall'art. 19, co. 2, della legge quadro ed è stata sostanzialmente riprodotta nel Codice dei contratti pubblici. Il mutamento di prospettiva, da "strumento di traslazione dei pubblici poteri" a contratto, espone la concessione di lavori al confronto concorrenziale e comporta l'obbligo del ricorso alle procedure concorsuali. È solo del 2014, però, la prima direttiva europea in materia di concessioni: 2014/23/Ce.

In Italia il processo di riforma della disciplina dei lavori pubblici ha inizio con l'emanazione della legge quadro sui lavori pubblici, legge n. 109/1994. Prosegue con legge 18 novembre 1998, n. 415, c.d. Merloni-ter, e con il successivo regolamento di attuazione, disposizioni normative emanate con l'obiettivo di stimolare il coinvolgimento di capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche;

In Italia la disciplina in vigore in materia di concessioni è contenuta nel Codice Appalti 2016, il d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50, attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Esso ha sostituito il precedente Codice emanato con d.lgs. 163/2006, integrato dal relativo regolamento di attuazione¹³, dal Codice del processo amministrativo. In questo contesto, la tutela giurisdizionale si pone come necessario completamento e garanzia

dell'intero processo di selezione del contraente della pubblica amministrazione e di formalizzazione negoziale del rapporto.

Il modello concessorio resta centrale in Italia, ma anche in altri Paesi. La stessa disciplina sulla finanza di progetto, oggi disciplinata dal Codice Appalti, più volte oggetto di recenti modifiche normative, si fonda sull'istituto della concessione di costruzione e gestione. Rispetto al modello base, ambisce a caratterizzarsi essenzialmente per il fatto di originare dall'iniziativa privata, sia pure concernente un'opera inserita nella programmazione dell'amministrazione. In realtà, nonostante le diverse modifiche intervenute, l'ipotesi di un'iniziativa privata effettiva resta residuale nella normativa in vigore e le procedure oggi previste risultano, comunque, ancora lontane da quelle esigenze di flessibilità invocate dal mercato, caratteristiche tipiche della Project Finance Initiative anglosassone.

2. Il contratto di concessione come modello di Partenariato Pubblico Privato.

2.1 La ricerca di una collaborazione tra pubblico e privato

La forte crescita del mercato degli appalti pubblici e concessioni registrata negli ultimi tempi in rapporto alla riduzione della spesa pubblica è in gran parte legata alla carenza da parte delle pubbliche amministrazioni di risorse economiche e di competenze tecniche idonee a provvedere alla realizzazione e gestione di opere pubbliche e di servizi di pubblica utilità. Ciò ha alimentato la ricerca di forme di collaborazione tra pubblico e privato.

Gli interessi coinvolti nel settore sono molteplici, in parte imputabili agli operatori economici che concorrono negli affidamenti, in parte riconducibili alle pubbliche amministrazioni come stazioni appaltanti e alla generalità degli utenti. Gli stessi obiettivi della disciplina, delineati dal legislatore a livello comunitario e a livello nazionale, possono in alcuni casi risultare in tensione. Si discute delle scelte legislative adottate e degli strumenti giuridici proposti per il perseguimento degli stessi.

La generalizzata contrazione degli investimenti pubblici negli ultimi decenni, in parte dovuta alle esigenze di contenimento della spesa pubblica, ha alimentato un interesse crescente verso modelli alternativi di finanziamento delle opere pubbliche e, in particolare, verso forme di Partenariato Pubblico-Privato (PPP).

Come noto, l'espressione fa riferimento a tutte quelle «forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio». L'espressione citata include una vasta gamma di modelli di cooperazione tra il settore pubblico e quello privato, tra cui il contratto di concessione, che costituisce un modello di riferimento in Italia e in Europa, nonostante manchi ancora una direttiva che disciplini compiutamente le concessioni di servizi.

Una vasta letteratura sostiene l'esistenza di un nesso di causalità tra dotazione infrastrutturale e sviluppo economico di un paese. Si discute, invece, se il finanziamento delle infrastrutture debba avvenire con investimenti pubblici: meccanismi creativi di contabilità possono mascherare sotto forma di investimenti pubblici spese da catalogarsi come spesa corrente; inoltre, alcuni investimenti pubblici potrebbero spiazzare altri investimenti potenzialmente più produttivi. In tal senso l'adozione di partnership pubblico private potrebbe aiutare ad individuare il mix migliore.

Nel corso dell'ultimo decennio, il fenomeno dei PPP si è sviluppato in molti settori rientranti nella sfera pubblica. L'aumento del ricorso a operazioni di PPP è riconducibile a vari fattori. In presenza delle restrizioni di bilancio cui gli Stati membri devono fare fronte, esso risponde alla necessità di assicurare il contributo di finanziamenti privati al settore pubblico. Inoltre, il fenomeno è spiegabile anche con la volontà di estendere maggiormente al settore pubblico il «know-how» e i metodi di funzionamento tipici del settore privato. Lo sviluppo dei PPP può essere d'altronde inquadrato nel fenomeno dell'evoluzione più generale del ruolo dello Stato nella sfera economica, che ha registrato nel tempo il passaggio da un ruolo di operatore diretto a quello di organizzatore, regolatore e controllo.

Nel «Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto degli appalti pubblici e delle concessioni» della Commissione Europea sono dettate le linee guida del fenomeno, nel rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento imposti dal Trattato e dalle Direttive comunitarie in materia di appalti e si tenta di «illustrare la portata delle norme comunitarie applicabili alla fase di selezione del partner privato ed alla fase successiva, allo scopo di individuare eventuali incertezze e di valutare se il quadro comunitario è adeguato alle sfide ed alle caratteristiche specifiche del PPP». Tra i principali elementi caratterizzanti il fenomeno ricordiamo:

- a) la lunga durata del rapporto, che implica una cooperazione tra i due partner sui vari aspetti del progetto da realizzare;
- b) il finanziamento del progetto garantito in tutto o in parte dal settore privato;
- c) il ruolo strategico degli operatori economici, che partecipano a tutte le fasi del progetto;
- d) la distribuzione dei rischi tra il partner pubblico e quello privato. Il riparto dei rischi tra partner pubblico e privato si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti di valutare, controllare e gestire gli stessi.

Come noto, da un punto di vista giuridico, il PPP si articola in due forme principali: il PPP di tipo contrattuale e il PPP di tipo istituzionalizzato. Nel primo caso, il rapporto tra soggetto pubblico e privato si fonda su legami esclusivamente convenzionali. Un esempio sono gli appalti e le concessioni. Il rapporto di collaborazione tra amministrazione e impresa che risulta emblematicamente nel contratto di concessione, si presenta caratterizzato da asimmetrie informative e interessi potenzialmente in contrasto. Ciò deriverebbe dalla strutturale incompletezza

del contratto, dovuta alla costruzione di un rapporto contrattuale complesso e di lunga durata e dalla necessità, per la parte pubblica, di dover rinegoziare con il privato il suo comportamento, con alti costi di transazione e rischio per il soggetto pubblico di perdita di controllo. In tale contesto, parte della letteratura si è anche occupata di studiare i diversi interessi che emergono nelle gare pubbliche e le asimmetrie informative, gli interessi potenzialmente in contrasto tra pubblica amministrazione e privati, sia nella fase precedente di selezione del contraente che precede la stipulazione del contratto, sia nella fase successiva e i conseguenti effetti distorsivi che ne derivano.

Nei PPP di tipo istituzionalizzato, invece, la cooperazione tra il soggetto pubblico e privato avviene in seno ad un'entità distinta, dotata di personalità giuridica propria, e che permette al partner pubblico di conservare un livello di controllo relativamente elevato sulla struttura, compatibilmente ad «un'applicazione normale del diritto societario». Un esempio sono le società miste. La seconda tipologia può realizzarsi sia attraverso la creazione di un'entità distinta ad hoc, detenuta congiuntamente tra il settore pubblico e quello privato, sia attraverso il passaggio a controllo privato di un'impresa pubblica preesistente. In entrambi i casi, il profilo rilevante è quello della scelta del soggetto privato, che deve avvenire nel rispetto dei principi concorrenziali della trasparenza e della parità di trattamento. Sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai PPP Istituzionalizzati è stata emanata una Comunicazione interpretativa della Commissione Europea del 5 febbraio 2008¹⁶, che chiarisce alcuni aspetti dibattuti.

Diversi sono i potenziali settori di intervento dei PPP, che vanno dai progetti capaci di produrre autonomamente un reddito sufficiente a ripagare l'investimento e gli oneri finanziari connessi e in cui il ruolo dell'amministrazione si limita alla regolamentazione e al controllo delle procedure, a quelli per la cui attivazione il settore pubblico deve erogare, secondo diverse modalità, una componente di contribuzione pubblica. Secondo uno studio svolto dall'Unità tecnica Finanza di progetto, i progetti realizzabili attraverso interventi di PPP possono essere classificati, in base alla loro capacità di ripagarsi, in tre principali tipologie:

- 1) progetti dotati di una intrinseca capacità di generare reddito mediante ricavi da utenza (c.d. "opera calda"): il flusso prospettico dei ricavi commerciali generati dal progetto consente un'adeguata remunerazione del capitale investito;
- 2) progetti nei quali il concessionario privato fornisce direttamente servizi alla pubblica amministrazione (c.d. "opera fredda"): il riferimento è a tutte quelle opere pubbliche (carceri, ospedali, ecc.) per le quali il soggetto privato, che si occupa della realizzazione e della successiva gestione, trae la propria remunerazione principalmente dai pagamenti della pubblica amministrazione su base commerciale;
- 3) progetti richiedenti una componente di contribuzione pubblica (c.d. opera tiepida): è il caso di quelle iniziative che non sono in grado di assicurare adeguati ritorni

economici, ma dalla cui realizzazione derivano rilevanti esternalità positive in termini di benefici socioeconomici indotti dalla infrastruttura stessa.

In linea generale, le opere pubbliche possono essere fatte rientrare tra quei progetti che richiedono una componente di contribuzione pubblica (c.d. opere tiepide), in quanto solitamente richiedono l'applicazione di un prezzo amministrato dove il Governo è fortemente coinvolto. Il contratto di concessione rappresenta, ad oggi, il modello di PPP più diffuso al mondo. Di regola, nel nostro Paese, l'imposizione di prezzi amministrati per la fruizione dell'opera o del servizio, impongono all'amministrazione di partecipare attraverso un contributo pubblico, sotto forma di prezzo.

L'auspicata collaborazione tra pubblico e privato costituisce espressione dell'evoluzione del ruolo del soggetto pubblico nella vita economica del Paese, da operatore diretto nel mercato a organizzatore, regolatore e supervisore dello stesso, nel rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento imposti dal Trattato e dalle direttive comunitarie in materia di appalti. Il PPP in tal senso rappresenta una delle manifestazioni più evidenti del principio della sussidiarietà orizzontale, quale riconoscimento da parte dei pubblici poteri del ruolo sussidiario della società civile nell'esplicazione di attività di interesse generale e, quindi, anche nell'esercizio di funzioni e servizi pubblici e sociali. Inteso in senso "positivo", tale principio non impone alcun arretramento dello Stato, ma suggerisce una diversa modalità di intervento pubblico che promuova e sostenga l'autonoma capacità di azione dei singoli e delle formazioni sociali. Il fenomeno del PPP risulta connesso anche con quello della c.d. «privatizzazione del diritto amministrativo», cioè della diffusione all'interno dell'amministrazione della res publica, di una dimensione lato sensu privatistica, tanto sotto il profilo degli strumenti che dei principi, sia da un punto di vista economico che più strettamente giuridico.

Con particolare riferimento ai PPP contrattuali la Commissione Europea ha svolto alcune interessanti considerazioni in tema di concessioni e di finanza di progetto, istituti giuridici che corrispondono al modello tipo di PPP per durata del rapporto, impegno finanziario dei privati, ripartizione dei rischi.

2.2. PPP contrattualizzati e la necessità di una disciplina europea in materia di concessioni.

Per le concessioni, la mancanza per anni di una completa disciplina comunitaria, analoga a quella degli appalti pubblici, sarebbe dipesa dalla diversità delle discipline nazionali e dalla perdurante volontà degli Stati di mantenere un rilevante ruolo in materia. Tale apparente self-restraint della Commissione, sarebbe motivato, secondo alcuni, dalla pervasività delle prescrizioni che la Corte di giustizia ha posto per l'affidamento delle concessioni, simili alle regole che presiedono agli appalti, sulla scorta di un'applicazione estensiva dei principi di cui agli artt. 20 e 49 del Trattato sull'Unione Europea.

La necessità di una disciplina europea in materia di concessioni è stata evidenziata dalla letteratura anche al fine di armonizzare gli ordinamenti dei diversi Stati membri e fornire delle linee guida uniformi di un modello chiave di partenariato pubblico privato. Il processo di armonizzazione regolamentare in materia di contratti pubblici ha, infatti, seguito un percorso in fasi di progressivo adattamento, che coinvolgono profili sostanziali e processuali, non sempre pienamente perfezionate. Le procedure di scelta del contraente, quali procedimenti a evidenza pubblica, rappresentano uno dei modelli di valutazione comparativa finalizzati all'individuazione dell'offerta migliore sul mercato, nel rispetto del meccanismo concorrenziale e dei principi generali di parità di trattamento e di trasparenza. Una garanzia giurisdizionale effettiva ne costituisce il corollario. La disciplina di derivazione comunitaria è finalizzata a contenere la discrezionalità della pubblica amministrazione appaltante e a canalizzarla entro procedure tipizzate. L'evidenza pubblica è intesa, nella dottrina tradizionale del diritto amministrativo, come un insieme di accorgimenti (procedimenti, controlli) volti ad assicurare la conoscibilità e la controllabilità delle ragioni di interesse pubblico perseguite dalle amministrazioni. La dottrina si è occupata di evidenza pubblica anche in relazione all'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni²¹. La mancanza di una disciplina europea efficace, garanzia per i cittadini e gli operatori economici del mercato europeo degli appalti e concessioni della possibilità di ricorrere a mezzi di tutela effettivi, ha privato per anni del necessario completamento il processo di selezione e ha finito per disincentivare la stessa partecipazione "diligente" dei potenziali contraenti, incidendo, in questo modo, sulla stessa efficacia delle procedure di ricorso in materia di contratti pubblici. Per questo motivo l'approvazione della direttiva 2014/23/UE sulle concessioni ha rappresentato un importante passo avanti in tal senso.

2.3. Le fondamenta della disciplina: i principi generali.

Come noto, la disciplina sulle concessioni poggia le sue basi sui principi generali del diritto uniformemente riconosciuti e di portata globale²² e, a livello di diritto europeo primario e secondario, sui principi generali contenuti nel Trattato, desumibili dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e disciplina dettata dalle principali direttive comunitarie in materia.

Nonostante oggi esista una disciplina armonizzata di diritto europeo derivato di coordinamento delle procedure di aggiudicazione delle concessioni di lavori, di servizi e forniture dettata dalla direttiva 2014/23/UE, i principi citati continuano a costituire le fondamenta della disciplina. In passato, la Corte di Giustizia UE ha più volte chiarito che la normativa interna in materia eventualmente in contrasto con i suddetti principi, sia pure dopo un tentativo di interpretazione conforme, è comunque contraria al diritto comunitario e il giudice nazionale è tenuto a disapplicarla.

Si tratta dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, mutuo riconoscimento.

Il principio di parità di trattamento risulta connesso con quello di non discriminazione ed entrambi costituiscono valori su cui si fonda la disciplina comunitaria. Secondo quanto affermato dalla Corte di giustizia, il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza costituisce un'espressione specifica del principio generale di uguaglianza e uno dei principi fondamentali del diritto comunitario: esso "impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo la differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata".

Il principio di parità di trattamento vieta non soltanto le discriminazioni palesi per ragioni di cittadinanza, ma anche "qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, abbia in pratica le stesse conseguenze.

Tale principio, dunque, ha portata più vasta, in quanto consente la valutazione della discriminazione in base a criteri diversi. La sua definizione, comunque, non è soltanto in negativo, in quanto divieto di discriminazione, ma anche in positivo, come obbligo di definizione di "regole del gioco" chiare ed eque, definite e rese pubbliche con modalità tali da porre i potenziali concorrenti di una gara nella stessa condizione di partenza e applicabili in modo uniforme, al fine di rendere effettivo il mercato della concorrenza. Ciò implica non solo la fissazione di condizioni di accesso non discriminatorie all'attività economica, ma anche l'adozione da parte delle autorità pubbliche di ogni misura adatta a garantire l'esercizio di tale attività. Le amministrazioni, pur essendo libere di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata alle caratteristiche del settore interessato e di stabilire i requisiti che i candidati devono soddisfare durante le varie fasi della procedura, sono tenute a garantire che la scelta del candidato avvenga in base a criteri obiettivi e che la procedura si svolga nel rispetto delle regole e dei requisiti stabiliti inizialmente.

Questo implica che le regole di partecipazione alla procedura per l'affidamento della concessione siano conosciute da tutti i contendenti e si applichino a tutti allo stesso modo. Tutti i concorrenti devono poter formulare le loro offerte in condizioni di parità e il raffronto delle stesse deve avvenire in base a criteri obiettivi. Può essere ritenuta un'applicazione di questo assunto il principio, consolidato nella Giurisprudenza del Consiglio di Stato, della "vincolatività della *lex specialis* fissata con gli atti di gara, ancorché non coerente con lo *ius superveniens* eventualmente intervenuto dopo la loro emanazione", secondo cui il procedimento deve essere assoggettato alla disciplina vigente all'epoca di pubblicazione del bando, momento iniziale del procedimento stesso, e le modifiche normative intervenute successivamente a tale data, per quel procedimento, devono considerarsi irrilevanti.

La ratio è quella di non modificare le "regole del gioco" in corso di svolgimento della gara. Secondo la Corte di giustizia i criteri che conducono all'individuazione dell'aggiudicatario non possono essere modificati nel corso della procedura e devono

essere applicati in maniera oggettiva e uniforme a tutti i partecipanti: “gli offerenti devono trovarsi su un piano di parità sia nel momento in cui preparano le loro offerte, sia al momento in cui queste sono valutate dall’amministrazione aggiudicatrice”. Può affermarsi che il procedimento concorrenziale svolge la funzione di garantire l’imparzialità delle scelte dell’amministrazione e la selezione dell’offerta “migliore” per la pubblica amministrazione e per l’interesse pubblico che l’amministrazione è tenuta a perseguire, in quanto si assume che con la messa in concorrenza di tutte le offerte potenziali su un dato progetto e il rispetto del principio di parità di trattamento, il sistema selezioni quella migliore. Ulteriori effetti della concorrenza, poi, sono la riduzione del margine di profitto dell’aggiudicatario finale, sia in termini di prezzo corrisposto dall’amministrazione, sia in termini di proventi della gestione, anche

con riferimento alla durata della stessa. In tal senso, l’esperibilità di procedure a evidenza pubblica risulta finalizzata anche a selezionare “l’offerta economicamente più vantaggiosa” per la pubblica amministrazione.

Con particolare riferimento alla procedura di selezione del partner privato si è evidenziato che il raffronto delle offerte deve rispettare, in tutte le fasi della procedura, sia il principio di parità di trattamento, sia quello di trasparenza, “affinché tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle offerte” 30. Il principio di trasparenza mira ad assicurare l’effetto utile del principio di parità di trattamento garantendo effettive condizioni di concorrenza ed esige, altresì, che le amministrazioni concedenti rendano pubblica, con appropriati mezzi di pubblicità, la loro intenzione di ricorrere a una concessione. Come evidenziato dalla Corte di giustizia, l’obbligo di trasparenza cui sono tenute le pubbliche amministrazioni è finalizzato a garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che garantisca la concorrenza e il controllo sull’imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

Il principio di proporzionalità esige che ogni provvedimento adottato sia adeguato agli scopi perseguiti. La centralità del suddetto principio nel diritto comunitario è ribadita in diverse pronunce della Corte di Giustizia tra le quali, Corte di giustizia 11 luglio 1989, causa 265/87, Schrader, punto 21; e 27 ottobre 1993, causa C-127/92, punto 2732.

L’applicazione alle concessioni comporta, tra l’altro, che le amministrazioni concedenti devono adottare provvedimenti necessari e adeguati in relazione all’obiettivo evitando di fissare requisiti professionali o finanziari sproporzionati rispetto all’oggetto della concessione. L’applicazione del principio di proporzionalità alla durata della concessione comporta che la concessione non può eccedere il periodo necessario per ammortizzare gli investimenti e remunerare i capitali, ferma restando la permanenza del rischio di gestione sul concessionario. In base al principio del mutuo riconoscimento, ciascuno Stato membro accetta i prodotti e i servizi forniti da altri operatori economici di altri Stati membri, nella misura in cui gli stessi

rispondano in modo equivalente alle esigenze legittimamente perseguite dallo Stato membro destinatario. L'applicazione al settore delle concessioni implica che lo Stato nel cui territorio la prestazione è fornita riconosca le specifiche tecniche, i controlli, i titoli e i certificati prescritti in un altro Stato nella misura in cui questi siano riconosciuti equivalenti a quelli richiesti dallo Stato membro destinatario della prestazione.

Ulteriore principio comunitario che viene in considerazione con riferimento al tema delle concessioni è quello della tutela dei diritti fondamentali, rientrante nelle tradizioni comuni agli Stati membri: esso esige che eventuali provvedimenti di diniego adottati dalle amministrazioni in sede di rilascio delle concessioni o di gestione delle procedure all'uopo finalizzate debbano essere motivati e possano essere oggetto di ricorsi giurisdizionali da parte di loro destinatari.

3. Servizi pubblici nell'ordinamento comunitario e concessioni.

3.1. La complessa materia dei servizi pubblici in Europa.

Prima dell'emanazione della direttiva 2004/18/Ce34, la direttiva 92/50/Cee di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di servizi non prevedeva una definizione di concessione di servizi. Un tentativo di prima definizione a livello normativo di concessione di servizi era contenuto nella proposta della direttiva servizi presentata dalla Commissione al Consiglio in data 28 agosto 1991³⁵: “contratto diverso dalla concessione di lavori pubblici (...) concluso tra un'amministrazione e un altro ente a sua scelta in forza del quale l'amministrazione trasferisce all'ente l'esecuzione di un servizio pubblico di sua competenza e l'ente accetta di svolgere tale attività avendo come corrispettivo il diritto di sfruttare il servizio oppure tale diritto accompagnato da una controprestazione pecuniaria”. Il riferimento in questo caso era espressamente ai servizi pubblici. Si riteneva, comunque, che gli elementi distintivi della nozione di concessione di lavori potessero ritenersi propri anche della concessione di servizi: il criterio della gestione costituisce pertanto una caratteristica essenziale in entrambi i casi. Nelle concessioni di servizi, infatti, l'imprenditore assume il rischio di gestione del servizio remunerandosi principalmente attraverso i ricavi da utenza. Tale orientamento trova conferma nella Comunicazione interpretativa della Commissione europea sulle concessioni del 12 aprile 2000 e nella circolare del Dipartimento per le politiche comunitarie della Presidenza del Consiglio dei Ministri 1 marzo 2002, n. 3944. La direttiva 2004/18/Ce introduceva per la prima volta formalmente una definizione di concessione di servizi³⁸, ma ne escludeva l'assoggettamento alla normativa comunitaria. Una

disciplina comunitaria di diritto derivato in materia di concessioni di servizi è stata tuttavia emanata solo con la direttiva 2014/23/UE.

In precedenza, con riferimento all'applicabilità delle direttive sugli appalti alle concessioni di servizi, l'impostazione dominante⁴⁰ propendeva per l'impostazione negativa, salvo il caso di concessioni di diritti speciali o esclusivi. Le direttive in materia di appalti, dunque, non disciplinavano il "segmento" concedente concessionario nella concessione di servizi. Lo stesso Consiglio di Stato aveva sostenuto che la pubblica amministrazione, pur richiamando nel bando e nel capitolato i principi della normativa in materia di appalti di servizi, avrebbe mantenuto "un'area di regolamentazione discrezionale del rapporto", che le consente di discostarsi dai precetti puntuali della normativa suddetta senza incorrere in alcuna illegittimità. Veniva, inoltre, chiarito che la pubblica amministrazione deve agire nel rispetto dei principi di imparzialità, buona amministrazione ed economicità, sanciti dall'art. 97 della Costituzione e dall'art. 1 della legge n. 241/1990: non le si può riconoscere, dunque, un potere puramente discrezionale nella scelta del concessionario.

La definizione di una disciplina sulla concessione di servizi è risultata da sempre complicata in considerazione del nesso con la complessa materia dei servizi pubblici, oggetto di diverse interpretazioni in dottrina, favorite in passato dall'assenza di una definizione normativa espressa e di una disciplina organica. L'indirizzo di servizio pubblico originariamente prevalente entra in crisi con il progressivo passaggio da un sistema di intervento pubblico dell'economia ad un sistema di mercato in cui la pubblica amministrazione "concede" anche la titolarità, oltre che la gestione, dei servizi, mantenendo poteri di regolamentazione, indirizzo e controllo.

L'entrata in vigore della Costituzione - l'art. 43 fa riferimento ai servizi pubblici essenziali con carattere di preminente interesse generale - ha posto le premesse per il passaggio a un'impostazione diversa, che comprende nella nozione di servizio pubblico qualsiasi prestazione di interesse collettivo, svolta da qualsivoglia soggetto, indipendentemente da un ruolo organizzativo, gestorio o discrezionale del soggetto pubblico (c.d. teoria oggettiva). Un argomento a favore della sussidiarietà orizzontale, come parametro organizzativo dei rapporti tra pubblica amministrazione e privati, in cui la prima interviene solo nei casi in cui il mercato non è in grado di soddisfare le esigenze della comunità. Il passaggio dal principio di integrazione della politica al principio di sussidiarietà (orizzontale), coincide sostanzialmente con il più volte discusso passaggio dallo Stato gestore allo Stato regolatore.

Dal punto di vista comunitario, le concessioni di pubblici servizi si inquadrano nel concetto di servizi di interesse generale (economico o non economico)⁴⁴. La disposizione comunitaria vieta misure nazionali contrarie ai principi generali di concorrenza e non discriminazione a favore di "imprese pubbliche e imprese cui si riconoscono diritti speciali o esclusivi", ma riconosce possibili deroghe in favore di "imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi

carattere di monopolio fiscale”, nei limiti in cui l’applicazione delle disposizioni del Trattato risulti di ostacolo all’adempimento, di fatto o di diritto, della specifica missione loro affidata. La deroga, che si giustifica in considerazione dell’esigenza di garantire quella “coesione sociale e territoriale” introdotta dal Trattato di Amsterdam, implica il riconoscimento di una discrezionalità in capo alle amministrazioni nazionali nell’organizzazione e gestione dei servizi pubblici, che deve comunque essere orientata al rispetto dei principi comunitari.

La questione attiene sostanzialmente al privilegio per i soggetti nazionali di provvedere all’affidamento diretto di servizi a società miste, su cui si attende un intervento chiarificatore della Corte di giustizia. La compresenza di una duplice fonte, comunitaria e costituzionale, sul tema dei servizi pubblici di carattere o interesse generale rende la materia particolarmente delicata. Nel tempo si assiste, peraltro, a una progressiva erosione dell’area riservata al “pubblico”, come dimostra la liberalizzazione di molti settori come i trasporti, le telecomunicazioni, l’energia. La configurazione negoziale assunta più di recente sembra rispondere meglio a una logica di risultati in chiave di efficienza, economicità iniziale, di definizione e di limite, che di pubblico servizio manca della letteratura giuridica un concetto, non dico preciso, ma per lo meno generico”. Inteso come attività non autoritativa della pubblica amministrazione, la cui titolarità fa capo all’amministrazione, mentre la gestione può essere concessa al privato, c.d. teoria soggettiva. ed efficacia, peraltro in linea con la tendenza ad un dialogo più aperto e “paritario” tra amministrazione e privati, sia pure con le necessarie cautele che la delicatezza della materia richiede.

In ambito nazionale la disciplina di riferimento sui pubblici servizi trova il suo principale referente nella disciplina contenuta nell’art. 113, comma 545 del Testo unico degli enti locali (t.u.e.l.), d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, secondo cui l’espletamento della gara ad evidenza pubblica non è sempre previsto per l’affidamento del servizio pubblico. Non lo è, in particolare, per il c.d. in house providing o delegazione interorganica o intersoggettiva.

3.2. Concessione versus appalto e contratti misti.

La letteratura e la giurisprudenza si sono a lungo occupate di chiarire la distinzione tra appalto e concessione, sia con riferimento ai lavori che ai servizi. L’elemento distintivo tra appalti pubblici di servizi e concessione di servizi pubblici era già stato individuato dalla Corte di Giustizia nel c.d. rischio di gestione. Solo nella concessione, e non anche nell’appalto di servizi pubblici, il rischio di gestione graverebbe sull’aggiudicatario. Infatti, a differenza dell’appalto pubblico di servizi (nel quale l’impresa con la sottoscrizione del contratto si assume l’impegno verso la pubblica amministrazione dietro remunerazione, ma senza alcuna responsabilità verso gli utenti finali), con la stipulazione del contratto di concessione di servizi pubblici l’impresa assumerebbe l’impegno di erogare le prestazioni al pubblico con connesso

rischio di gestione economica relativo, per tutta la durata della concessione. La distinzione tra appalto di servizi e concessione di servizi veniva spiegata dalla dottrina giuspubblicistica tradizionale in base a molteplici criteri distintivi: la natura unilaterale del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico rispetto al carattere negoziale dell'appalto; il carattere surrogatorio dell'attività del concessionario di pubblico servizio, chiamato a realizzare i compiti istituzionali dell'ente pubblico concedente, rispetto all'appaltatore che compie attività di mera rilevanza economica nell'interesse del committente pubblico; il trasferimento di potestà pubbliche al concessionario, rispetto all'appaltatore che esercita solo prerogative proprie di qualsiasi soggetto economico. La dottrina più recente, invece, si è concentrata sulla differenza di oggetto tra i due istituti, che si sostanzia in prestazioni rese a favore della pubblica amministrazione nell'appalto di servizi, mentre nella concessione di servizi si traduce in un rapporto necessariamente trilaterale tra pubblica amministrazione, concessionario e utenti del servizio, su cui grava il costo del servizio e ne fa uno dei più importanti strumenti di cooperazione tra pubblico e privato. Diverso il destinatario della prestazione, che nell'appalto è la sola pubblica amministrazione, mentre nel contratto di concessione, o genericamente servizio pubblico, è la collettività degli utenti; nonché la remunerazione, che nella concessione deriva principalmente dalla prestazione del servizio verso il pubblico⁴⁶. Parte della giurisprudenza ha sostenuto che nella concessione prevarrebbe una prevalenza del profilo pubblicistico del rapporto. La giurisprudenza nazionale sul tema è intervenuta con l'obiettivo di evitare il ripetersi di tentativi di elusione delle regole della concorrenza rispetto ai contratti di concessione o di affidamento di servizi pubblici.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato chiarisce che le concessioni di servizi si distinguono dagli appalti di servizi per il "fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato" e non, piuttosto, per il carattere provvedimentale dell'attività, né quale vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, né per la natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto. È sostanzialmente la modalità di remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi. Secondo il Consiglio di Stato, un "servizio pubblico si rivela quale appalto di servizi, quando il suo onere sia interamente a carico dell'amministrazione, mentre se il servizio venga reso non a favore dell'amministrazione ma di una collettività indifferenziata di utenti, e venga almeno in parte pagato dagli utenti all'operatore del servizio, allora si è in ambito concessorio". Si è, inoltre, sostenuto che nella concessione di pubblici servizi l'amministrazione non gestisce direttamente le operazioni tramite contratti di appalto, ma si "spoglia della gestione commettendola ad un altro soggetto"; tale differenza giustificerebbe il permanere in capo all'amministrazione di un margine di discrezionalità nella regolazione del rapporto rispetto alla normativa in tema di appalto di servizi⁵⁰.

Quanto alla differenza tra concessione di lavori e concessione di servizi essa risiederebbe sostanzialmente nel trasferimento del rischio di gestione del servizio, come evidenziato dalla giurisprudenza sopra richiamata⁵¹. Nel caso di un affidamento

che preveda l'esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione di un servizio, la giurisprudenza ha cercato di fare chiarezza sostenendo che l'attenzione vada riposta nella direzione del nesso di strumentalità che lega la gestione del servizio e l'esecuzione di lavori. Ne consegue che solo se la gestione del servizio è strumentale alla costruzione dell'opera, in quanto consente il reperimento dei mezzi finanziari necessari, è configurabile una concessione di lavori pubblici. Se, invece, l'espletamento dei lavori è strumentale, sotto i profili della manutenzione, alla gestione di un servizio pubblico il cui funzionamento è già assicurato da un'opera esistente, si tratterà di una concessione di servizi.

Sui c.d. contratti misti, il nuovo Codice Appalti 2016 prevede una nuova disciplina sui contratti misti di concessioni all'art. 169. È stabilito che le concessioni aventi per oggetto sia lavori che servizi sono aggiudicate secondo le disposizioni applicabili al tipo di concessione che caratterizza l'oggetto principale del contratto. Nel caso di concessioni miste che consistono in parte in servizi sociali, e altri servizi specifici elencati nell'allegato IX, l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi. Se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente separabili, gli enti aggiudicatori possono scegliere di aggiudicare concessioni distinte per le parti distinte o di aggiudicare un'unica concessione. Se gli enti aggiudicatori scelgono di aggiudicare concessioni separate, la decisione che determina quale regime giuridico si applica a ciascuna di tali concessioni è adottata in base alle caratteristiche della attività distinta. Nel caso di contratti aventi ad oggetto sia elementi disciplinati dal codice che altri elementi, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori possono scegliere di aggiudicare concessioni distinte per le parti distinte o di aggiudicare una concessione unica. Se le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori scelgono di aggiudicare concessioni separate, la decisione che determina quale regime giuridico si applica a ciascuno di tali concessioni distinte è adottata in base alle caratteristiche della parte distinta. Se le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori scelgono di aggiudicare una concessione unica, il codice si applica alla concessione mista che ne deriva, a prescindere dal valore delle parti cui si applicherebbe un diverso regime giuridico e dal regime giuridico cui tali parti sarebbero state altrimenti soggette. Naturalmente, la scelta tra l'aggiudicazione di un'unica concessione o di più concessioni distinte non può essere effettuata al fine di eludere l'applicazione del codice.

Se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente non separabili, il regime giuridico applicabile è determinato in base all'oggetto principale del contratto in questione.

Nel caso di contratti misti che contengono elementi di concessioni nonché appalti nei settori ordinari o speciali il contratto misto è aggiudicato in conformità con le disposizioni che disciplinano gli appalti nei settori ordinari o nei settori speciali. Nel caso in cui il contratto misto concerna elementi sia di una concessione di servizi che di un contratto di forniture, l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato

più elevato tra quelli dei rispettivi servizi o forniture. Ad una concessione destinata all'esercizio di più attività si applicano le norme relative alla principale attività cui è destinata.

Nel caso di concessioni per cui è oggettivamente impossibile stabilire a quale attività siano principalmente destinate, la concessione è aggiudicata secondo le disposizioni che disciplinano le concessioni aggiudicate dalle amministrazioni aggiudicatrici se una delle attività cui è destinata la concessione è soggetta alle disposizioni applicabili alle concessioni aggiudicate dalle amministrazioni aggiudicatrici e l'altra attività è soggetta alle disposizioni relative alle concessioni aggiudicate dagli enti aggiudicatori. La concessione è aggiudicata secondo le disposizioni che disciplinano gli appalti nei settori ordinari se una delle attività è disciplinata dalle disposizioni relative all'aggiudicazione delle concessioni e l'altra dalle disposizioni relative all'aggiudicazione degli appalti nei settori ordinari. La concessione è aggiudicata secondo le disposizioni che disciplinano le concessioni se una delle attività cui è destinata la concessione è disciplinata dalle disposizioni relative all'aggiudicazione delle concessioni e l'altra non è soggetta né alla disciplina delle concessioni né a quella relativa all'aggiudicazione degli appalti nei settori ordinari o speciali.

Quanto ai servizi pubblici locali, che sono quelli correlati allo sviluppo e alla promozione delle comunità locali, parte della dottrina ha osservato che l'art. 112 TUEL fa riferimento all'attività oltre che al bene. Ne consegue che può essere ritenuto servizio ogni attività in grado di garantire una maggiore fruibilità del bene anche se si tratti di bene che soggiace al regime demaniale. In tal senso risulta difficile definire a priori i servizi pubblici.

In tema di riparto di giurisdizione, la stessa sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204, pur avendo riscritto l'art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, che devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "tutte le controversie in materia di pubblici servizi", non ha contribuito a fare chiarezza. La disciplina di riferimento sul riparto di giurisdizione nei servizi pubblici era originariamente contenuta nell'art. 5 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, poi sostituito dall'art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, a sua volta modificato dall'art. 7, comma 1, lett. a) l. 205/2000, a seguito di dichiarazione di incostituzionalità della Corte Costituzionale, sentenza 17 luglio 2000, n. 262. Nella pronuncia la Corte Costituzionale sosteneva che la cognizione del giudice amministrativo dovesse estendersi alle più moderne forme di gestione dei servizi pubblici, derivanti

dall'attuazione o comunque dell'influenza del diritto comunitario. La tutela cautelare c.d. "innominata", operata dalla l. n. 205/2000, avrebbe consentito al giudice amministrativo di assicurare in modo pieno e adeguato la tutela in via d'urgenza anche dei diritti soggettivi, senza l'esigenza di un intervento suppletivo del giudice ordinario, o dell'applicazione analogica di norme processual-civilistiche da parte dello stesso Giudice amministrativo. Si è sostenuto che la sentenza della Corte Costituzionale "appare sorprendentemente in linea di controtendenza", proponendo di fondare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sul rapporto autoritàlibertà,

anziché sulla contrattualizzazione dei rapporti tra pubblica amministrazione e privati⁵⁴. Secondo alcuni, ad eccezione della concessione di pubblici servizi, tutte le controversie sull'esecuzione contrattuale in materia dovrebbero essere devolute al giudice ordinario o al giudice amministrativo sulla base delle situazioni giuridiche soggettive, quasi sempre di diritto soggettivo e, quindi, di competenza del primo⁵⁵.

4. La direttiva 2014/23/UE e il recepimento nel Codice Appalti 2016.

4.1. I principi generali.

Con l'entrata in vigore della Direttiva 2014/23/UE, gli Stati Membri e gli operatori economici sul mercato unico possono godere di una normativa armonizzata sull'aggiudicazione delle concessioni. La nuova direttiva europea interviene per eliminare le ambiguità legate alla frantumazione delle singole normative nazionali, intervenendo con una disciplina organica la quale non si limita a fornire agli operatori una mera definizione degli istituti giuridici, ma impone ai paesi membri linee guida chiare e precise. L'idea è di garantire maggiore concorrenzialità tra operatori economici, anche al fine di favorire le piccole-medie imprese.

I principi generali in materia di concessioni sono disciplinati agli artt. 164 e ss. del nuovo Codice. La disciplina ricalca in grandi linee i contenuti della direttiva 2014, ma

molto dovrà essere integrato per effetto dell'attività di rulemaking richiesta all'ANAC

(che sostituisce il regolamento), da esercitarsi tramite emanazione delle linee guida.

La nuova disciplina riconosce il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori e la prestazione dei propri servizi in conformità al diritto nazionale e dell'Unione (art. 2). L'ordinamento europeo resta indifferente all'adozione di una particolare modalità gestionale (esternalizzazione rispetto ad autoproduzione), riconoscendo al principio della piena libertà di autorganizzazione, che consente di garantire la migliore esecuzione dei lavori e prestazione dei servizi, la stessa dignità del principio della piena apertura concorrenziale dei mercati degli appalti e delle concessioni.

Alle amministrazioni spetta il compito di operare discrezionalmente la scelta tra il regime di autoproduzione e quello di esternalizzazione e, solo nell'ipotesi in cui la

scelta ricada sull'esternalizzazione, incomberà sull'amministrazione l'obbligo di operare nel pieno rispetto dell'ulteriore principio della massima concorrenzialità fra gli operatori di mercato.

Lo stesso principio si trova anticipato nel quinto considerando della direttiva, dove si specifica che la stessa riconosce e riafferma il diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi. Gli Stati membri o le autorità pubbliche dovrebbero rimanere liberi di definire e specificare le caratteristiche dei servizi da fornire, comprese le condizioni relative alla qualità o al prezzo dei servizi, conformemente al diritto dell'Unione, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico.

L'art. 3 richiama i principi fondamentali riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, innanzitutto quelli di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, applicabili all'agire contrattuale delle amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori in veste di soggetti concedenti. Viene ribadito che l'assenza di una chiara normativa che disciplini a livello dell'Unione l'aggiudicazione dei contratti di concessione dà luogo a incertezza giuridica, ostacola la libera fornitura di servizi e provoca distorsioni nel funzionamento del mercato interno. Di conseguenza, gli operatori economici, in particolare le piccole e medie imprese (PMI), vengono privati dei loro diritti nell'ambito del mercato interno e perdono importanti opportunità commerciali, mentre le autorità pubbliche, talvolta, non riescono a utilizzare il denaro pubblico nella maniera migliore, in modo da offrire ai cittadini dell'Unione servizi di qualità ai prezzi migliori. Un quadro giuridico idoneo, equilibrato e flessibile per l'aggiudicazione di concessioni garantirebbe un accesso effettivo e non discriminatorio al mercato a tutti gli operatori economici dell'Unione assicurando, altresì, la certezza giuridica e favorendo quindi gli investimenti pubblici in infrastrutture e servizi strategici per i cittadini. Tale quadro giuridico consentirebbe, inoltre, di fornire maggiore certezza giuridica agli operatori economici e potrebbe

costituire una base e uno strumento per aprire maggiormente i mercati internazionali degli appalti pubblici e rafforzare gli scambi commerciali mondiali. Particolare importanza dovrebbe essere attribuita al miglioramento delle possibilità di accesso delle PMI a tutti i mercati delle concessioni dell'Unione.

Un'applicazione uniforme dei principi del TFUE in tutti gli Stati membri può contribuire ad eliminare le persistenti distorsioni del mercato interno, favorendo altresì l'efficienza della spesa pubblica, una più facile parità di accesso ed un'equa partecipazione di tutte le imprese all'aggiudicazione dei contratti di concessione, sia a livello locale che a livello dell'Unione.

Gli Stati membri sono liberi di decidere, in conformità ai principi del TFUE in materia di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e libera circolazione

delle persone, di organizzare la prestazione di servizi come servizi di interesse economico generale o come servizi non economici di interesse generale, ovvero come una combinazione di tali servizi. La direttiva lascia impregiudicata la libertà delle autorità nazionali, regionali e locali di definire, in conformità del diritto dell'Unione, i

servizi d'interesse economico generale, il relativo ambito e le caratteristiche del servizio da prestare, comprese le eventuali condizioni relative alla qualità del servizio,

al fine di perseguire gli obiettivi delle politiche pubbliche. Anche la facoltà delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, affidare e finanziare i servizi di interesse economico generale, conformemente all'articolo 14 TFUE e al protocollo n. 26 allegato al TFUE e al trattato sull'Unione europea (TUE), dovrebbe restare impregiudicata. Inoltre, la direttiva non riguarda il finanziamento dei servizi di interesse economico generale o le sovvenzioni concesse dagli Stati membri, in particolare nel settore sociale, in conformità delle norme dell'Unione sulla concorrenza. La presente direttiva non dovrebbe comportare la liberalizzazione di servizi di interesse economico generale, riservati a enti pubblici o privati, né la privatizzazione di enti pubblici che forniscono servizi.

4.2. Le principali novità introdotte dalla direttiva e recepite nel Codice.

La Direttiva, forte dell'evoluzione comunitaria avviata con la Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni del 2000, approda a una definizione di concessione che coglie l'ubi consistam nella permanenza del rischio operativo in capo al soggetto privato .

Essa unifica le concessioni di lavori e di servizi, indicando il metodo di stima del valore e una sola soglia per la pubblicazione del bando di gara sulla GUCE.

Le definizioni della concessione di lavori e di servizi, fornite dall'art. 5, comma 1, lett. a) e b) della Direttiva 2014, non differiscono sostanzialmente dalle definizioni riportate nelle direttive 2004 e nell'art. 3, commi 11 e 12 del d.lgs. n. 163/2006, Codice dei contratti pubblici precedente. Infatti le concessioni sono contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto, in virtù dei quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione dei lavori e dei servizi o dei soli servizi ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Le concessioni di lavori e di servizi vengono assoggettate alla stessa disciplina normativa. E' prevista una soglia unica per la pubblicazione del bando di gara sulla GUCE di 5.186.000 Euro. Viene rafforzata la tutela giuridica degli offerenti nel mercato delle concessioni, prevedendo la piena applicazione delle norme relative ai

mezzi di ricorso previste per il settore degli appalti pubblici dalla direttiva 2007/66/CE (direttiva Remedies).

Tra le principali novità introdotte dalla direttiva 2014, vale la pena evidenziare la prospettazione di una pluralità di soggetti dal lato della domanda pubblica (amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori), ammettendo una possibile pratica di accorpamento delle amministrazioni per soddisfare la domanda complessiva proveniente da bacini più ampi di utenti; e dal lato dell'offerta, ribadendo l'ammissibilità dell'affidamento della concessione a raggruppamenti di imprese,

circostanza tipica delle concessioni dove gli imprenditori devono strutturare offerte complesse. Come è stato chiarito, ai fini della qualifica di concessione non ha rilevanza la titolarità dell'opera realizzata, che può rimanere privata durante e al termine della concessione, quanto piuttosto è determinante che l'amministrazione sia beneficiaria, direttamente o tramite la collettività, dell'attività della gestione privata. La gestione dell'opera pubblica o del servizio tramite l'opera pubblica, temporaneamente affidata al privato, è una prerogativa stabile dell'amministrazione che al termine della concessione potrà essere nuovamente esercitata, optando per la gestione diretta o disponendo un nuovo affidamento.

La Direttiva supera la dicotomia tra l'affidamento della concessione di lavori, disciplinata sino ad ora dalla direttiva 2004/18/Ce e quella dei servizi. Come sopra ricordato, fino al 2014, le concessioni di servizi, secondo la giurisprudenza comunitaria e nazionale, erano sottoposte unicamente ai principi generali. La constatazione delle caratteristiche comuni dei due contratti di concessione (lavori e servizi) ha concorso a unificare la disciplina di affidamento: infatti, i contratti differiscono principalmente per il fatto che nella concessione di lavori l'aspetto realizzativo costituisce l'oggetto principale, mentre l'aspetto gestionale è comune. Novità significativa è la puntualizzazione di cosa comporta l'aggiudicazione di una concessione: il trasferimento al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi. L'art. 165 del Codice disciplina il rischio e l'equilibrio economico finanziario delle concessioni.

Con la Direttiva 2014 viene colmato il vuoto sulla previsione sostanziale di rischio a livello europeo attraverso una formulazione che non consente ai concessionari e agli istituti finanziatori di introdurre "di nascosto" forme di attenuazione o eliminazione del proprio rischio, restituendolo all'amministrazione. Innanzitutto, viene identificato il rischio operativo che deve sostenere il concessionario, sgombrando il campo dai tentativi di assimilazione del rischio operativo alle conseguenze derivanti dalla cattiva gestione, inadempimenti o cause di forza maggiore. Si tratta di evenienze comuni anche ai contratti di appalto e non possono valere a qualificare il rischio operativo nei contratti di concessione. Ai sensi dell'art. 5, comma 1 della Direttiva, il rischio operativo, che deve essere trattenuto dal concessionario, ha natura economica e implica la possibilità "che non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati

o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione”. L’intenzione del legislatore comunitario di quantificare la possibile entità del rischio è testimoniata dal fatto che il rischio operativo, nelle versioni precedenti del testo della Direttiva, era definito “sostanziale”; poi l’aggettivo sostanziale è stato espunto, proprio perché avrebbe consentito interpretazioni quantitative non univoche⁵⁷. La Direttiva precisa,

dunque, il valore potenziale della perdita economica associata al rischio operativo: fino ad oggi l’indeterminatezza di questo valore ha consentito nella prassi l’elusione delle prescrizioni comunitarie.

Il rischio operativo cui il privato deve essere esposto può riguardare il lato della domanda e il lato dell’offerta. Il rischio di domanda può consistere nel fatto che la fruizione del servizio abbia un calo per l’insorgere nel mercato di un’offerta competitiva di altri operatori, come per mancanza di capacità di gestione del concessionario, o può essere legato a fattori diversi come quello di una contrazione dei consumi generata da una crisi economica. Il rischio sul lato dell’offerta, invece, può riguardare, ad esempio, i contratti in cui i privati vengono remunerati esclusivamente dall’amministrazione aggiudicatrice o dall’ente aggiudicatore qualora il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall’operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dalla loro fornitura; e ancora, per il rischio dal lato dell’offerta si intende il rischio associato all’offerta di lavori e servizi che sono oggetto del contratto, in particolare che la fornitura non corrisponda alla domanda.

Vale la pena, tuttavia, evidenziare l’inciso contenuto all’art. 5, comma 1, “in condizioni operative normali”, che inserisce una clausola di salvezza per il concessionario privato all’assunzione del rischio operativo. La clausola farebbe riferimento a casi eccezionali legati al c.d. rischio finanziario sistemico a fronte del quale, per entità e forza d’urto, nulla può l’operatore privato⁵⁹ e servirebbe principalmente a tutelare gli istituti di credito per evitare che le depressioni critiche dei cicli economici possano ricadere sul sistema creditizio. Non è chiaro, tuttavia, perché in tali casi dovrebbe essere considerata una soluzione preferibile per i cittadini una traslazione del rischio operativo sull’amministrazione.

Altra questione attiene al riconoscimento delle c.d. concessioni di servizi fredde. La struttura è riferita a un rapporto bilaterale in cui l’amministrazione riveste il ruolo del soggetto che paga il concessionario e su quest’ultimo grava il rischio operativo dal lato dell’offerta per i servizi resi direttamente alla stessa amministrazione o alla collettività. Le pronunce prevalenti della Corte di giustizia⁶⁰, del Consiglio di Stato⁶¹ e dei TAR ricostruiscono le concessioni di servizi come un rapporto trilatero tra la PA - concessionario e utenti, che sono i destinatari dei servizi e sono coloro che remunerano il concessionario con la tariffa corrispondente. Come è stato chiarito, la distinzione attiene alla struttura del rapporto, che nell’appalto di servizi intercorre tra due soggetti (la prestazione è a favore dell’amministrazione), mentre nella

concessione di servizi pubblici intercorre tra tre soggetti, nel senso che la prestazione è diretta al pubblico o agli utenti.

Secondo alcuni, poiché la direttiva ha uniformato la definizione di concessioni di lavori e di servizi, sarebbe possibile configurare la concessione di servizi fredda, in cui il privato trattenga in modo pieno e verificabile il rischio operativo dal lato dell'offerta. La natura di una concessione dipende dalla strutturazione delle clausole contrattuali e da come il rischio operativo dal lato domanda o dell'offerta è posto a carico del privato, piuttosto che dalla ricostruzione bilaterale o trilaterale del rapporto concessorio e/o da chi paghi per il servizio.

Quanto alla disciplina sugli affidamenti, è prevista una maggiore discrezionalità delle amministrazioni, unitamente al possibile maggiore ricorso agli strumenti di negoziazione nell'ambito delle procedure di aggiudicazione.

Un'altra importante novità riguarda la previsione di una maggiore enfasi sull'adeguata limitazione della durata delle concessioni⁶⁶. Come noto, fondamentale per la determinazione della durata di una concessione è il perseguimento dell'equilibrio del PEF; è precisato che le concessioni devono avere una durata limitata, sono vietate le concessioni con durata illimitata o che potrebbero esserlo attraverso clausole di rinnovo. Quando alla concessione è imposta una durata inferiore a quella che consentirebbe il recupero degli investimenti, è necessario riconoscere al concessionario un valore residuo finale (terminal value) per mantenere la sinallagmaticità contrattuale. L'obiettivo è di evitare che durate temporali sovradimensionate, rispetto alle esigenze di equilibrio economico-finanziario, generino dei benefici impropri per il concessionario, in quanto l'eccessiva estensione della durata di una concessione limita la contendibilità dei servizi connessi alla gestione dell'opera oggetto della concessione e la convenienza dell'amministrazione al raggiungimento dell'equilibrio del PEF.

L'art. 18, comma 2, pone implicitamente un limite massimo quinquennale di durata, oltre il quale il tempo della concessione è determinato esclusivamente dal periodo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi (e delle forniture), insieme con il ritorno sul capitale investito tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici. Tale precisazione non esclude meccanismi regolatori di determinazione della durata sotto i cinque anni, ma piuttosto enfatizza la necessità di motivare tutte le volte in cui il limite dei cinque anni sia superato.

Merita, infine, fare un breve cenno agli elementi costitutivi del contratto di concessione: contratto, progetto e piano economico finanziario (PEF), che costituiscono un unicum inscindibile e, al momento della stipulazione contrattuale, devono essere coerenti tra loro. Il PEF è il documento che rappresenta quantitativamente lo sviluppo del progetto, la realizzazione dell'opera, la gestione del servizio e la sostenibilità economico-finanziaria per la durata dell'intera concessione. Al momento della stipulazione e a ogni eventuale rinegoziazione questo deve

rispettare gli assunti statuiti nelle condizioni iniziali con riferimento, in particolare, alla distribuzione dei rischi e al rispetto del perseguimento dell'equilibrio economico finanziario. La distribuzione dei rischi tra le parti deve essere fatta considerando attentamente la capacità delle stesse di gestirlo al meglio. Il privato deve trattenere e gestire il rischio costruzione e il rischio domanda di mercato o quello di disponibilità nel caso in cui il main payer sia un'amministrazione pubblica. Di regola, invece, l'amministrazione trattiene i rischi connessi agli adempimenti della parte pubblica sul rilascio di autorizzazioni, pareri, approvazioni, ai pagamenti, alla forza maggiore. Al contratto è demandato il compito di disciplinare i casi specifici dove vi siano interferenze tra le parti nella gestione del rischio o nella presenza di fattori riconducibili ad eventi imprevedibili. Come noto, la distribuzione dei rischi tra le parti e la relativa matrice, sono un paradigma valutativo utilizzato dagli istituti di credito per il merito dell'erogazione del finanziamento. Infatti, la c.d. bancabilità della concessione, è legata al rispetto del principio dell'equilibrio economico finanziario del PEF, quale condizione essenziale per la stipulazione della concessione e per le operazioni di rinegoziazione del contratto, data la stretta correlazione tra equilibrio del PEF, distribuzione dei rischi, investimenti e durata.

5. La tutela giurisdizionale in Europa e i recenti sviluppi.

La disciplina delle procedure di ricorso sui contratti pubblici in Europa è stata oggetto di una importante opera di riforma introdotta a livello comunitario dalla direttiva 2007/66/Ce, finalizzata a garantire una tutela processuale effettiva e a migliorare, conseguentemente, l'efficacia complessiva delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione. Come evidenziato dalla Commissione europea, un motivo d'intervento a livello di legislazione europea è legato all'attuale insufficiente tutela giuridica degli offerenti, poiché le norme concernenti i mezzi di ricorso nel settore degli appalti pubblici non si applicano alle concessioni di servizi e, in una certa misura, anche alle concessioni di lavori. Solo alcuni Stati membri hanno esteso l'applicazione delle disposizioni in materia di tutela giurisdizionale alle concessioni di servizi, mentre per gli altri non vi sono norme che consentano un adeguato ricorso contro eventuali violazioni dei principi del Trattato UE. L'approvazione del pacchetto appalti 2014 consente di estendere l'ambito di applicazione delle direttive ricorsi⁶⁷ a tutti i contratti di concessione che superano la soglia, così da garantire l'effettiva possibilità di adire il giudice per ricorrere contro una decisione di aggiudicazione, e stabilisce alcune norme minime in materia giurisdizionale che le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori devono rispettare.

In Italia, la parte VI delle disposizioni transitorie e finali del Codice 2016, art. 204 introduce alcune modifiche al Codice del Processo Amministrativo in tema di ricorsi

giurisdizionali nel settore degli appalti e delle concessioni. Il capo II disciplina, inoltre, i c.d. rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale, quali l'accordo bonario, transazione, arbitrato, pareri di precontenzioso dell'ANAC. La normativa di recepimento della direttiva ricorsi è oggi contenuta, in gran parte, nel Codice del Processo Amministrativo.

È stato introdotto un rito speciale per tutte le controversie in materia di appalti pubblici, intesi in senso lato, che sostituisce quello previsto precedentemente, recependo la direttiva ricorsi. In questo modo si cerca di dare risposta ad alcune questioni poste in giurisprudenza e in dottrina nel perseguimento dell'obiettivo prioritario di una tutela giurisdizionale celere ed effettiva. Il rito è "speciale", in quanto distinto da quello ordinario applicabile a tutte le altre controversie soggette al giudice amministrativo; "abbreviato", perché contiene significative accelerazioni rispetto a quello ordinario e allo stesso rito sugli appalti precedentemente in vigore⁷⁰; "esclusivo", perché il ricorso al giudice amministrativo è divenuto l'unico rimedio esperibile per ottenere l'annullamento a opera di un soggetto terzo degli atti di una gara pubblica. Non è più previsto, infatti, il ricorso straordinario al Capo dello Stato. La direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (c.d. "direttiva ricorsi", emanata l'11 dicembre 2007)⁷¹, ha apportato modifiche alle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE rispettivamente per i c.d. "settori ordinari e speciali", finalizzata al miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. Obiettivo prioritario del legislatore comunitario è di approntare mezzi processuali efficaci e rapidi, che garantiscano l'effettività della tutela e il rispetto della disciplina comunitaria sostanziale. Anche la giurisprudenza della Corte di giustizia ha precisato che gli Stati membri dovrebbero garantire l'accesso a mezzi di ricorso efficaci e rapidi avverso le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori relativamente alla questione se un determinato appalto rientri o meno nel campo di applicazione, *ratione personae* e *ratione materiae*, delle direttive citate. Come evidenziato nei "considerando" della direttiva, la disciplina precedente mirava a garantire l'effettiva applicazione delle direttive del 2004, riferendosi unicamente alle procedure di aggiudicazione degli appalti ivi disciplinate, come interpretate dalla Corte di giustizia a prescindere dalla procedura di evidenza pubblica utilizzata e dai mezzi con cui si indicevano le gare. Tuttavia, le consultazioni delle parti interessate e la giurisprudenza comunitaria hanno evidenziato una serie di lacune nei meccanismi di ricorso esistenti nei diversi Stati membri, che in alcuni casi impediscono di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie. La direttiva ricorsi tenta di porre rimedio alle criticità e alle lacune evidenziate, intervenendo sulla disciplina delle procedure di ricorso avverso le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori negli appalti pubblici di

lavori, forniture e servizi, appalti degli enti erogatori di acqua e di energia, e degli enti

che forniscono servizi di trasporto e postali. Le modifiche proposte alla disciplina sono quelle ritenute necessarie a rafforzare le garanzie di trasparenza e di non discriminazione che costituiscono l'obiettivo delle direttive sui contratti pubblici, al fine di garantire che l'Unione nel suo complesso benefici pienamente degli effetti positivi dovuti alla modernizzazione e alla semplificazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici. Tra le principali carenze della normativa oggetto di contestazione, il legislatore comunitario evidenzia l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione di aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto. Quale effetto distorsivo prodotto dalla lacuna normativa, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori, desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione di aggiudicazione oggetto di contestazione sono indotti a procedere molto rapidamente alla firma del contratto.

Ciò può costituire un serio ostacolo a un'effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati, che non sono stati ancora definitivamente esclusi. Inoltre, come evidenziato nell'Impact assesment report allegato alla proposta di modifica delle direttive, una volta stipulato il contratto, la valutazione dei contrapposti interessi induce spesso i giudici nazionali al rigetto del ricorso in tutti i casi in cui venga invocato un superiore interesse della stazione appaltante. Il legislatore comunitario, pertanto, evidenzia l'assenza di meccanismi che consentano agli operatori di contestare efficacemente, anche in sede giurisdizionale, l'operato della stazione appaltante ottenendo una pronuncia sui profili oggetto di censura in tempo utile a evitare che la stazione appaltante proceda alla stipula del contratto, rendendo in tal modo irreversibile l'esito della procedura.

Ci si concentra, tuttavia, principalmente sulla previsione di un termine dilatorio tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, tralasciando di intervenire in modosostanziale sul tema della tutela risarcitoria. La direttiva tenta di far fronte a questa criticità prevedendo un termine sospensivo minimo, durante il quale la stipula del contratto in questione è sospesa, indipendentemente dal fatto che quest'ultima avvenga o meno al momento della sottoscrizione dello stesso. Si distingue un termine sospensivo "sostanziale" – di dieci o quindici giorni in base alle modalità di comunicazione dell'aggiudicazione – e uno "processuale" – finché l'organo giurisdizionale adito non si sia pronunciato sulla domanda di provvedimenti cautelari decisione di aggiudicazione di un appalto non può avvenire prima dello scadere di un termine minimo di dieci giorni, decorrenti da quello successivo alla data in cui la decisione di aggiudicazione dell'appalto è stata comunicata agli interessati. Inoltre, la direttiva prevede che, qualora un organo di prima istanza, indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, riceva un ricorso relativo a una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurino che l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia

preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso. La fissazione di un termine sospensivo minimo dovrebbe concedere agli offerenti un lasso di tempo sufficiente per esaminare la decisione di aggiudicazione dell'appalto e valutare se sia opportuno avviare una procedura di ricorso. Le norme relative sono da considerarsi a recepimento obbligatorio, pertanto self executing, in quanto sufficientemente dettagliate e incondizionate. Tuttavia, sono previste deroghe ed eccezioni al termine sospensivo sostanziale, il cui recepimento è rimesso alla facoltà dei singoli Stati membri, come pure la possibilità di condizionare il ricorso giurisdizionale a una espressa informativa da parte del potenziale ricorrente alla stazione appaltante o a un previo ricorso amministrativo. Un secondo punto affrontato dal legislatore comunitario riguarda la disciplina degli affidamenti diretti, su cui esiste una vasta giurisprudenza comunitaria. L'obiettivo è quello di contrastare gli affidamenti diretti illegittimi attraverso la previsione di "sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive". In questi casi il contratto può essere considerato privo di effetto, in conseguenza dell'accertamento operato da un organo di ricorso indipendente o quale risultato di una sua decisione.

In alternativa alla sanzione della privazione di effetti, gli Stati membri hanno la possibilità di prevedere sanzioni pecuniarie. Il legislatore muove dalla convinzione che la privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici illegittimamente privati delle possibilità di competere. La previsione mira a ottenere che i diritti e gli obblighi dei contraenti derivanti dal contratto cessino di essere esercitati ed eseguiti. Le conseguenze che derivano dalla privazione di effetti di un contratto sono rimesse alla determinazione del diritto nazionale, che può stabilire la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali con effetti ex tunc o, viceversa, limitare la portata della soppressione agli obblighi che rimangono da adempiere con effetti ex nunc.

Nel caso in cui la privazione di effetti del contratto sia ritenuta una sanzione non proporzionata, gli Stati membri possono consentire all'organo responsabile delle procedure di ricorso di non rimettere in discussione il contratto. In alternativa possono riconoscerne in tutto o in parte gli effetti nel tempo quando l'organo di ricorso, dopo aver esaminato tutti gli aspetti pertinenti, rileva che il rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale impone che gli effetti del contratto siano mantenuti. Tra queste non rientrano gli interessi economici legati direttamente all'appalto.

Nel caso in cui il contratto non venga privato di effetti per le ragioni esposte, gli Stati membri devono prevedere l'applicazione di sanzioni alternative. Al fine di garantire nel tempo la certezza giuridica delle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori, la direttiva ricorsi fissa un termine minimo ragionevole di prescrizione o decadenza dei ricorsi allo scopo di far stabilire che il contratto è privo di effetti. Vengono aboliti il meccanismo di conciliazione e il

sistema volontario di attestazione, che permetteva agli enti aggiudicatori di far constatare la conformità delle loro procedure di aggiudicazione degli appalti in occasione di esami periodici.

La Comunità può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'art. 5 del Trattato sul funzionamento Unione Europea, sulla base del presupposto che l'obiettivo della direttiva di migliorare l'efficacia delle procedure di ricorso concernenti l'aggiudicazione di appalti pubblici che rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive citate non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri e può invece esserlo meglio a livello comunitario. La direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo, in particolare rispettando il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso art. 5. Nonostante gli sforzi profusi dal legislatore europeo, permangono dei dubbi sulla coerenza delle scelte adottate a livello europeo e a livello nazionale di recepimento, rispetto agli obiettivi fissati dal legislatore comunitario, a quelli formalizzati nell'analisi di impatto della regolazione, nonché ai diversi interessi pubblici e privati coinvolti.

Si discute della validità degli strumenti giuridici adottati per garantire l'auspicata efficacia delle procedure di ricorso in materia, anche alla luce dei potenziali effetti distorsivi che la disciplina è in grado di produrre. Le scelte operate dal legislatore comunitario, prima, e da quello nazionale di recepimento, sono suscettibili di incidere fortemente sul perseguimento dell'obiettivo di migliorare l'efficacia delle procedure di affidamento dei contratti pubblici e sulla tutela giurisdizionale degli operatori economici coinvolti. La previsione di un termine dilatorio per la stipula del contratto, ad esempio, può determinare un allungamento della durata dei giudizi, ma anche delle procedure di affidamento, con l'effetto di tradursi, potenzialmente, in un ostacolo ulteriore al processo di selezione del contraente e, di conseguenza, al soddisfacimento delle esigenze della pubblica amministrazione e della collettività di riferimento, cui la selezione è finalizzata.

Il risultato, dunque, potrebbe essere quello di rallentare le procedure e i processi senza reali effetti positivi in termini di effettività di tutela giurisdizionale. D'altro canto, il dibattito su questi temi coinvolge in modo ineludibile quello sul rapporto tra i diversi interessi in gioco e gli obiettivi al cui perseguimento dovrebbe essere preposta la legge, anche al fine di orientare l'attività amministrativa, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 241/1990.

Vale la pena domandarsi, in particolare, se l'aumento dei ricorsi giurisdizionali per affidamenti, eventualmente alimentato dalla nuova disciplina, possa essere interpretato come una misura della maggiore facilità di accesso alla tutela giurisdizionale. L'aumento del numero dei ricorsi di per sé è un indice di incremento della domanda di giustizia e, quindi, di inflazione del contenzioso, effetto non desiderabile, perché suscettibile di pregiudicare la ragionevole durata dei giudizi e, in generale, la pienezza della tutela, unitamente all'efficienza e all'efficacia del

servizio giustizia. Solo ove i ricorsi diano luogo a giudizi di accoglimento, può essere ritenuto un indicatore di maggiore effettività di tutela. D'altro canto, poiché la direttiva ricorsi è relativamente recente, non esistono ancora dati che consentano di verificare tale effetto sul sistema giudiziario dei singoli Stati membri. Ne esistono, tuttavia, in Svezia, paese nel quale l'istituto dello stand still tra aggiudicazione e stipula del contratto esiste dal 2002. Da allora, si è registrato un incremento dall'1 al 6,9% del numero di ricorsi giurisdizionali per affidamenti, che non ha dato luogo a un'uguale percentuale di pronunce positive. Tali informazioni suggeriscono cautela di giudizio, in attesa di essere in grado di verificare empiricamente gli effetti delle scelte adottate dal legislatore comunitario e da quello nazionale di recepimento.

La nuova disciplina introdotta dalle direttive 2014 va senza dubbio nella direzione di creare un moderno quadro legislativo sostanziale e processuale in grado di garantire al meglio lo sviluppo economico all'interno del mercato europeo nel rispetto dei principi generali di libera concorrenza e trasparenza. Il recepimento in Italia nel 2016 ha costituito l'occasione per assorbire nel nuovo Codice molte esigenze di modifica e adeguamento della disciplina di settore, ma ha già sollevato molte perplessità e qualche critica.

In attesa di poter verificare gli effetti prodotti dal recepimento delle nuove direttive dall'adeguamento alla stessa direttiva ricorsi, sarebbe particolarmente utile se si tenesse conto delle riflessioni della dottrina in una prospettiva aperta alla valutazione di esigenze diverse, per migliorare l'accesso dei cittadini alla tutela giurisdizionale, ma anche di garantire una maggiore celerità di giudizio e la deflazione del contenzioso.

5. La concessione di beni pubblici con particolare riguardo alle concessioni demaniali marittime

Di Giulia Giglio Sarlo

1. I beni pubblici e il loro regime normativo

I beni pubblici sono strumenti che la Pubblica Amministrazione (di seguito PA) usa per perseguire propri interessi e fini.

Il Codice Civile vigente (di seguito CC) dedica ai beni appartenenti allo Stato e agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici gli articoli da 822 a 831, distinguendo il demanio pubblico (articoli 822 - 825) dal patrimonio indisponibile e disponibile (articoli 826, commi 2 e 3 e 828). A ciascuna categoria corrisponde un diverso regime giuridico: i beni demaniali e indisponibili sono sottoposti ad un regime speciale di stampo pubblicistico, finalizzato a preservare l'utilità pubblica cui sono strumentali; per converso, i beni appartenenti al patrimonio disponibile sono sottoposti ad una disciplina circolatoria e dispositiva essenzialmente privatistica.

Nella visione tradizionale i beni demaniali e patrimoniali indisponibili sono pubblici in senso stretto, cioè tali perché appartenenti ad enti pubblici e destinati all'uso da parte della collettività o a specifiche finalità pubbliche.

Il legame tra appartenenza e destinazione e la pubblicità in senso sia soggettivo che oggettivo li differenziano dai beni del patrimonio disponibile sui quali i soggetti pubblici proprietari hanno poteri e facoltà derivanti da norme di diritto comune.

È comunque utile ricordare che la legislazione degli ultimi anni, valorizzando i più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità, tende ad accomunare in un regime giuridico unitario le categorie dei beni pubblici demaniali e patrimoniali indisponibili. È stata così configurata una nozione di bene pubblico slegata dal dato soggettivo di appartenenza e quindi più attenta al dato sostanziale ed oggettivo della destinazione pubblica: nasce così la categoria del “bene comune”, quale bene della collettività in senso lato, più in linea con i canoni costituzionali solidaristici (artt. 2, 9, 42, 117 e 118 Costituzione).

2. I modi di realizzazione dell'utilità pubblica attraverso i beni pubblici

Tradizionalmente, l'utilità pubblica cui sono destinati i beni demaniali ed indisponibili può essere perseguita mediante distinte modalità: un uso esclusivo (o diretto) da parte della stessa PA; un uso generale, da parte di qualsiasi soggetto pubblico o privato; ovvero ancora un uso particolare da parte di soggetti pubblici o privati. Viene in rilievo in quest'ultimo caso una riserva di utilizzazione che ha la sua fonte nella legge o in un atto amministrativo, come la concessione, e serve ad escludere che soggetti diversi dal concessionario possano servirsi del medesimo bene. La giurisprudenza ha chiarito a questo proposito che i beni demaniali possono formare oggetto di diritti in favore di terzi solo nei modi e nei limiti stabiliti dalle norme di diritto pubblico, con conseguente esclusione della disciplina del diritto comune dettata dall'articolo 823 CC.

Riguardo ai modi di utilizzo dei beni disciplinati dal diritto pubblico, una speciale attenzione merita la concessione amministrativa, normalmente configurata come concessione - contratto. È una fattispecie complessa risultante dalla convergenza di un atto unilaterale autoritativo, appunto la concessione, e di una convenzione integrativa del suo contenuto, di natura privatistica, vale a dire un rapporto contrattuale bilaterale, fonte di obblighi e diritti reciproci dell'ente concedente e del privato concessionario.

Questo collegamento strutturale trova la sua caratterizzazione, dunque, nella concorrenza di un elemento soggettivo (la manifestazione di volontà dell'ente titolare del diritto reale di destinare il bene ad una pubblica funzione) e uno oggettivo (l'effettiva e attuale destinazione del bene alla funzione stessa).

3. La posizione giuridica del concessionario di beni pubblici

La giurisprudenza ha più volte chiarito che il beneficiario di una concessione della PA assume, in virtù dell'utilità pubblica cui è asservito il bene, il ruolo di sostituto del concedente e, relativamente ai poteri pubblici trasferitigli in forza del provvedimento concessorio, è egli stesso soggetto investito di una pubblica funzione.

Sicchè, l'utilizzatore a titolo particolare di un bene pubblico in forza di un atto concessorio è titolare, nei confronti dei terzi, di un diritto di esclusione dall'utilizzazione dello stesso bene, tutelabile sia con i mezzi e le azioni proprie del diritto comune, che con i poteri di autotutela esecutiva. Nei confronti della PA concedente, per contro, il concessionario è titolare di un interesse legittimo al rispetto delle norme di legge, qualora essa intenda incidere sul rapporto concessorio mediante l'esercizio di poteri autoritativi, ad esempio annullando o revocando la concessione.

4. La spettanza della giurisdizione

La commistione, in questo campo, di diritti soggettivi e interessi legittimi e la correlata necessità di regolare con chiarezza l'attribuzione della giurisdizione, sono state risolte dall'articolo 133, comma 1, lett. b) del Codice del processo amministrativo (di seguito CPA) con l'introduzione di una speciale ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (di seguito GA).

Un indirizzo dottrinario ritiene che spettino in via esclusiva al GA non solo i "ricorsi contro atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici", ma anche tutte le controversie riguardanti il rapporto concessorio, anche a prescindere dall'esistenza di un provvedimento autoritativo. In questa visione, il giudice amministrativo può conoscere anche delle controversie che afferiscono alla fase esecutiva del rapporto. soluzione proposta sembra coerente con le analoghe opzioni interpretative ritenute prevalenti in tema di accordi ex articolo 11, Legge 241/90 ed in sintonia con le indicazioni rinvenibili nella giurisprudenza costituzionale, già recepite dalle Sezioni Unite della Cassazione, secondo cui la giurisdizione esclusiva del GA si può estendere anche a comportamenti riconducibili all'esercizio del potere solo in via mediata.

L'articolo 133, comma 1, lett. b), CPA eccettua dalla giurisdizione esclusiva le controversie concernenti "indennità, canoni e altri corrispettivi", in analogia a quanto previsto per i servizi pubblici dalla lettera successiva. La circostanza che la nuova disciplina non faccia più cenno dell'attribuzione di tali controversie al giudice ordinario (di seguito GO), ma si limiti ad eccettuarla dalla giurisdizione esclusiva del GA, sembra confortare la tesi per cui il contenzioso su indennità, canoni e corrispettivi non competa in via esclusiva al giudice ordinario, ma sia, piuttosto, affidato al normale riparto giurisdizionale, imperniato sulla consistenza della situazione soggettiva dedotta. Sicchè, tali controversie dovrebbero essere riservate alla giurisdizione del GO solo se hanno un contenuto meramente patrimoniale, cioè a condizione che siano prospettate soltanto questioni sull'an e sul quantum del canone e non sia messo in discussione il rapporto di concessione.

Anche in questi casi, peraltro, la giurisdizione spetterebbe al GA tutte le volte in cui per la quantificazione del canone non siano sufficienti meri accertamenti tecnici o elementari operazioni di conto ma occorranza invece valutazioni discrezionali, di tipo tecnico o amministrativo, della PA.

5. Il rilievo della normativa eurounitaria

Va sottolineato a questo punto che la regolamentazione normativa della concessione di beni pubblici di rilievo economico non è appannaggio esclusivo del legislatore nazionale. Hanno infatti una notevole influenza in materia i principi generali dell'ordinamento dell'Unione Europea, derivanti dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito TFUE), i quali impongono alle PA la scelta del concessionario tramite l'espletamento di una procedura comparativa ad evidenza pubblica, finalizzata alla ponderata valutazione delle offerte presentate dai soggetti interessati. Un riflesso di questo trend normativo è la penetrazione nel diritto interno della nozione europea di contratto di concessione pubblica, legata non tanto alla denominazione nazionale dell'atto quanto piuttosto alla sua idoneità ad attribuire un vantaggio competitivo al beneficiario. Si spiega in tal modo l'attenzione alla scelta del contraente la quale, nella visione europea, è un passaggio fondamentale per la tutela e per la valorizzazione della concorrenza.

Del resto, le libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi sarebbero soltanto petizioni di principio se fossero contraddette da comportamenti discriminatori che impediscano agli operatori economici una partecipazione in condizione di parità alle occasioni di vantaggio economico create dalle attività delle PA.

Tanto ciò è vero che il 14 aprile 2000 la Commissione europea ha diramato una nota, poi richiamata e fatta propria da due circolari del Dipartimento per le politiche comunitarie della Presidenza del Consiglio dei Ministri dell'1 marzo e del 6 giugno 2002, in cui si chiarisce che i principi di evidenza pubblica, da attuare in modo proporzionato e congruo all'importanza della fattispecie, devono essere applicati in via diretta e self-executing in quanto desumibili dal TFUE e si estendono anche alle fattispecie non contemplate da specifiche disposizioni unitarie. Le due circolari hanno precisato che, quale che sia il regime applicabile, tutte le concessioni sono soggette all'articolo 49 TFUE e ai principi affermati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità. In particolare, il principio di trasparenza, correlato a quello di non discriminazione, impone di garantire condizioni di effettiva concorrenza e di pubblicizzare adeguatamente l'intenzione della PA di conferire una concessione; la pubblicità deve assicurare le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura, quali l'indicazione dei criteri di selezione e attribuzione, l'oggetto delle concessioni, le prestazioni attese dal concessionario e la durata del rapporto concessorio.

In piena coerenza con questa visione sovranazionale, il Consiglio di Stato afferma ormai costantemente che i procedimenti amministrativi strumentali al conferimento di concessioni di beni pubblici devono svolgersi ad evidenza pubblica e con modalità tali da agevolare una reale, trasparente e non discriminatoria competizione tra i soggetti economici abilitati alla partecipazione. Anche la giurisprudenza della Corte

dei Conti è perfettamente allineata a questo orientamento e lo stesso vale per l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito AGCM), secondo cui, per le concessioni di beni pubblici, occorre predisporre condizioni del loro affidamento e rinnovo idonee ad evitare ingiustificate restrizioni della concorrenza e a ridurre la discrezionalità amministrativa nella scelta dei concessionari, così da evitare un’incidenza negativa di eventuali leggi - provvedimento.

Un rilevante e necessitato corollario di questa visione complessiva è uno spiccato sfavore verso l’istituto della proroga automatica dei rapporti concessori in scadenza.

6. La regolamentazione normativa nazionale delle concessioni demaniali marittime

Un’occasione di verifica della coerenza della legislazione nazionale ai principi unanimemente affermati dalle Corti, dalle Autorità indipendenti e dagli organi eurounitari è quella del regime riservato dal legislatore italiano alle concessioni demaniali marittime. Viene in rilievo il previgente articolo 37 comma 2 del Codice della Navigazione (di seguito CN). Questa norma era congegnata nel senso di attribuire, alla scadenza della concessione, un diritto di insistenza al precedente concessionario. La giurisprudenza ha a lungo configurato questa posizione giuridica come un vero e proprio diritto soggettivo che assicurava al titolare il rinnovo automatico della concessione in scadenza, a scapito di qualsiasi altro operatore interessato al subentro.

Sullo sfondo – è chiaro – si fronteggiano due interessi contrapposti: quello del titolare a sfruttare in modo duraturo i vantaggi economici della concessione così massimizzando gli effetti positivi del suo investimento e quello dei potenziali concorrenti i quali altrettanto legittimamente aspirano a subentrare al primo per godere a loro volta di una chance economica. dottrina e giurisprudenza, consapevoli del conflitto e dell’esigenza di un rispetto non solo formale ma anche sostanziale delle norme e dei principi di fonte europea, hanno progressivamente rettificato l’indirizzo passato configurando l’istituto previsto dal citato articolo 37 comma 2 non più come un diritto soggettivo ma come un semplice limite alla discrezionalità della PA. In altri termini, fermo restando l’obbligo della procedura di gara, si considerava che le PA, in presenza di un’istanza di rinnovo del concessionario uscente, dovessero attribuire un adeguato rilievo al danno potenzialmente derivante dalla cessazione dello sfruttamento economico della concessione. Inutile dire che si legittimava in tal modo una presunzione favorevole al precedente titolare e si continuava ad interpretare la norma codicistica in modo tutt’altro che conforme alla Costituzione ed ai principi europei.

7. Il contenzioso tra Italia e Unione europea

L’incoerenza non è sfuggita all’AGCM la quale in un’apposita segnalazione ha affermato che la proroga automatica era compatibile con i principi eurounitari solo a condizione di restare confinata in un ambito residuale e sussidiario. È di seguito intervenuta la Commissione europea, attivando una procedura di infrazione nei

confronti del nostro Paese, sul presupposto della incompatibilità tra la disposizione normativa in esame e il principio della libertà di stabilimento. Il Governo italiano ha ritenuto di ovviare alla contestazione con l'emissione del Decreto Legge 194/2009, poi convertito nella Legge 25/2010, il quale ha eliminato la preferenza accordata al concessionario uscente.

Ha introdotto tuttavia una disposizione aggiuntiva in virtù della quale le concessioni di beni demaniali in corso alla data del 31 dicembre 2009 ed in scadenza entro il 31 dicembre 2015 fossero prorogate automaticamente fino a tale ultima data.

Come era prevedibile, la Commissione europea ha tenuto in vita la procedura di infrazione ed ha mosso contestazioni aggiuntive all'Italia, ravvisando la violazione dell'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE in tema di servizi al mercato interno (la cosiddetta direttiva Bolkenstein) e dell'articolo 49 TFUE che protegge la libertà di stabilimento. La Commissione ha contestato inoltre il rinvio, non previsto nel Decreto Legge ma inserito nella Legge di conversione, all'articolo 1 comma 2 del Decreto Legge 194/1993, usato come grimaldello per consentire plurimi rinnovi di sei anni.

Il legislatore nazionale ha dovuto prenderne atto e quindi abrogare quel rinvio con l'articolo 11 della Legge comunitaria 217/2011. Lo stesso articolo attribuì al Governo una delega finalizzata al riordino e alla revisione della legislazione regolatrice delle concessioni demaniali marittime.

Questa manovra complessiva indusse la Commissione europea a chiudere la procedura di infrazione nel febbraio del 2012. Non è finita lì però.

L'articolo 34 duodecies della successiva Legge 221/2012 ha modificato l'articolo 1 comma 18 del Decreto Legge 194/2009, disponendo la proroga automatica delle concessioni in scadenza fino al 31 dicembre 2020.

8. La questione pregiudiziale rimessa dai TAR Lombardia e Sardegna alla Corte di Giustizia dell'Unione europea

In questa confusa situazione normativa si è inserita la sentenza 2401/2014 per cui tramite la quarta sezione del TAR Lombardia ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea (di seguito CGUE) una questione pregiudiziale sul meccanismo di proroga introdotto dalla Legge 221. Premeva a quel GA sapere se uno strumento del genere fosse o meno compatibile con il complesso dei principi sanciti e tutelati dagli articoli 49, 56 e 106 TFUE e con l'ulteriore canone di ragionevolezza che ne era la conseguenza implicita.

Una questione essenzialmente sovrapponibile è stata posta dal TAR Sardegna.

9. La decisione della CGUE

La quinta sezione della CGUE si è espressa con una sentenza emessa il 14 luglio 2016.

I punti cruciali della decisione possono essere così sintetizzati:

- il rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime contrasta con i principi di libertà di stabilimento, non discriminazione e tutela della concorrenza;

- il rilascio di tali concessioni deve avvenire esclusivamente attraverso procedure ad evidenza pubblica;
- la violazione del principio di trasparenza si trasforma tuttavia in una disparità di trattamento dei potenziali successori del concessionario uscente solo per le concessioni di sicuro interesse transfrontaliero;
- ricorre questo tipo di interesse solo in presenza di criteri oggettivi e verificati di volta in volta tra i quali sono compresi l'importanza economica dell'appalto, il luogo della sua esecuzione, le sue caratteristiche tecniche, la situazione geografica del bene oggetto della concessione e il valore economico di questa;
- sono ammesse disparità di trattamento ove ricorrano motivi imperativi di interesse generale ovvero l'esigenza di tutelare il legittimo affidamento del concessionario uscente; la verifica della ricorrenza di tali motivi deve essere compiuta di volta in volta, essendo inammissibili presunzioni di natura generale;
- spetta al giudice nazionale verificare se le concessioni demaniali nazionali rientrano o meno nel raggio applicativo della cosiddetta Direttiva Bolkenstein; questa prerogativa giudiziale va esercitata dando priorità all'accertamento dell'eventuale scarsità di risorse naturali che comporterebbe la limitazione del numero delle concessioni.

10. Considerazioni finali

La situazione precedente alla decisione della CGUE era caratterizzata da una sorta di isolamento del legislatore nazionale la cui evidente tendenza a salvaguardare con la massima estensione possibile le aspettative dei concessionari e a tutelare i loro investimenti era avversata dalla giurisprudenza amministrativa e contabile e dal principale organo esecutivo dell'Unione europea.

Sembrava verosimile, se non addirittura scontato, che la CGUE assecondasse quell'avversione e le desse legittimazione.

Così in realtà non è stato. La Corte del Lussemburgo, pur non rinunciando ad affermare la contrarietà in linea di principio della proroga automatica ai principi del TFUE, ha lasciato comunque importanti spazi di autonomia alla legislazione dei singoli Stati, attribuendo così un notevole rilievo alla tutela del loro interesse economico e produttivo.

In una fase di così elevata contrarietà allo spirito unitario, era probabilmente la soluzione più saggia e forse anche l'unica possibile.

6. LA VALORIZZAZIONE DEI BENI CULTURALI TRAMITE ACCORDI *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La valorizzazione: la forma, i contenuti, i fini. Caratteri, problemi e natura dell'istituto. – 3. La programmazione "negoziata". Gli obiettivi e i piani strategici di sviluppo culturale. I progetti e i programmi. – 4. segue: gli usi consentiti tra esigenze economiche e necessità di rispettare la dignità intrinseca

dei beni. – 5. L'amministrazione consensuale: gli accordi, le intese, il partenariato. – 6. Gli accordi pubblicistici e il principio di trasparenza. – 7. Il partenariato. – 8. L'affidamento a terzi dell'attività di valorizzazione tra tipicità e autonomia. – 9. Conclusioni.

1. Introduzione.

Quali sono le condizioni necessarie per porre in essere, mediante accordi e contratti, iniziative di valorizzazione di beni culturali? In che modo armonizzare le regole extragiuridiche che governano la vita dei beni sensibili di cui trattasi con la normativa di settore? Come conciliare quindi la dignità intrinseca del patrimonio culturale con le aspettative e le esigenze (lucro, messa in valore) del privato?

Sono queste le domande alle quali saranno tenuti a rispondere coloro che, a vario titolo, si occuperanno nei prossimi anni della valorizzazione del patrimonio più importante del nostro Paese. E' un mito, insomma, non solo la redditività, ma anche la stessa possibilità di un'integrale autosostenibilità economica delle iniziative di valorizzazione (autenticamente culturale) di beni. «Storicamente, infatti, non esistono casi di gestioni di beni culturali che possono dirsi autosostenute. I costi di investimento e di esercizio di un bene culturale, nel lungo periodo (comprensivi dunque dei costi di restauro e manutenzione), non possono essere ripagati tramite i ricavi di esercizio. Esistono alcune situazioni particolari (ad esempio i Musei civici di Venezia [Migale 1995] in cui costi e ricavi di esercizio annuali sono in pareggio, ma che non tengono conto degli ammortamenti e degli investimenti iniziali» come rilevato da A. LEON e V. TUCCINI, *La dimensione economica del patrimonio culturale*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI e G. SCIULLO (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna 2011, p. 247.

E' quindi opinione comune quella per cui, dovendo soddisfare esigenze di efficienza e rispettare quello che è divenuto un nuovo principio base del nostro ordinamento costituzionale-amministrativo e cioè l'equilibrio di bilancio (quindi il risparmio, la riduzione della spesa), sia assolutamente indispensabile, per porre in essere le predette attività, unire le forze (sistemi, reti, distretti) e ricorrere all'apporto, peraltro non solo economico, dei privati e, più in generale, dei mercati. Da qui il richiamo frequente al partenariato e, in particolare, a quello tra il pubblico e il privato – di norma concepito invece per le “opere calde” – anche per la valorizzazione e la gestione dei beni culturali e, più in generale, dei beni comuni “freddi”¹¹ servito per rendere meno triste il dato di realtà: il pubblico non è più in grado di finanziare il restauro dei beni culturali.

¹¹ Le «opere fredde» sono quelle aventi un carattere sociale preponderante, per le quali non è possibile l'applicazione – nella fase di gestione – di tariffe adeguatamente remunerative per ripagare gli investimenti iniziali e remunerare il capitale di rischio: si pensi alle scuole, all'edilizia sanitaria e giudiziaria. Al contrario, le «opere calde», sono capaci di realizzare un reddito attraverso ricavi di utenza, consentendo così la copertura degli investimenti e la remunerazione del capitale di rischio: tra tale tipo di opere si menzionano quelle tipiche dei settori infrastrutturali, ad esempio le autostrade, gli aeroporti, i parcheggi, i cimiteri

Si cercherà quindi con il presente scritto di illustrare le discussioni, i problemi e qualche punto fermo, in sintesi di inquadrare – in via meramente propedeutica – l’argomento. A tal fine si provvederà essenzialmente a descrivere e ricostruire, anche sotto il profilo del diritto positivo, lessico e contenuti degli istituti tipici, partendo dalle nozioni base: valorizzazione, programmazione, accordi, partenariato, concessioni. Cercheremo poi di abbozzare, «tra le righe», qualche sommessa opinione in merito (solo) ad alcune delle domande poste in epigrafe, tenendo presente e anticipando che, comunque, ogni stagione ha le sue peculiari risposte, le sue mode (si pensi all’enfasi posta sulle società miste, istituto ormai in declino) e che, mai come in questa materia, è vera l’affermazione secondo la quale non esistono degli strumenti e dei sistemi (giuridici, organizzativi) in assoluto buoni, perfetti.

2. La valorizzazione: la forma, i contenuti, i fini. Caratteri, problemi e natura dell’istituto.

Il termine valorizzazione, ora comunemente usato nei più svariati settori, inizia a farsi strada, nell’ambito dei beni culturali, in Francia (*mise en valeur*)¹², Paese abile nel creare e demolire miti di vario genere. In Italia viene introdotto quantomeno a partire dalla “Commissione Franceschini”¹³ per poi giungere ad un approdo definitivo nelle varie edizioni del Codice dei Beni culturali¹⁴

Più in particolare, la valorizzazione, secondo la definizione di cui al vigente art. 6, comma 1, d.lg. 22 gennaio 2004, n. 42, «consiste nell’esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, anche da parte delle persone diversamente abili, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura. Essa comprende anche la promozione e il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale...» Dalla norma in questione si ricava quindi come gli enti a ciò deputati, ma potremmo dire la res publica, abbiano il potere/dovere: a) di esercitare la relativa funzione (letteralmente così definita dall’articolo citato), in senso lato amministrativa, seguendo - in astratto - lo schema tradizionale potere-funzione-procedimento; b) di svolgere, in concreto, i servizi (attività) necessari al raggiungimento dei risultati attesi: conoscenza, conservazione, promozione della fruizione del bene culturale e della cultura in generale. Tutto ciò tanto in modo mediato, attraverso la predisposizione di strumenti

¹² La nozione di valorizzazione assume una connotazione giuridicamente rilevante nella legge francese n. 62-903 del 4 agosto 1962, in particolare in relazione ai centri storici (cfr. G. SEVERINI, Valorizzazione del patrimonio culturale, in M. A. SANDULLI, a cura di, Codice dei beni culturali e del paesaggio, Milano, 2012, p. 55).

¹³ Commissione istituita con l. 26 aprile 1964, n. 310 e incaricata di «condurre una indagine sulle condizioni attuali e sulle esigenze in ordine alla tutela e alla valorizzazione delle cose di interesse storico, archeologico, artistico e del paesaggio»

¹⁴ Sul Codice in questione si richiamano, a partire dai trattati più recenti: M.A. Sandulli (a cura di), Codice dei beni culturali e del paesaggio, cit.; M. CAMMELLI (a cura di), con il coordinamento di C. BARBATI e G. SCIULLO, Il codice dei beni culturali e del paesaggio, Bologna,

regolatori (la disciplina, la pianificazione), quanto direttamente attraverso un *facere* (l'attività).

L'attività e le procedure, a loro volta, possono essere: - di tipo unilaterale (eccezionalmente, solo nel caso in cui vi siano delle interferenze con la conservazione) o consensuale; - inquadrabili come pubblico servizio, mero servizio o attività materiale (dipende da quello che, in concreto, viene effettuato e/o affidato); - esercitate direttamente, con mezzi e risorse proprie dell'amministrazione, o indirettamente, tramite accordi, convenzioni, esternalizzazioni.

Il Codice dei Beni Culturali illustra poi in particolare quali siano:

- i contenuti, cioè la «costituzione ed organizzazione stabile di risorse, strutture o reti, ovvero ... messa a disposizione di competenze tecniche o risorse finanziarie o strumentali, finalizzate all'esercizio delle funzioni ed al perseguimento delle finalità indicate all'articolo 6» (art. 111). Si tratta quindi di attività di tipo imprenditoriale, stante il richiamo espresso alla terminologia utilizzata dal codice civile per identificare l'attività d'impresa;

- le forme di gestione e cioè i modelli di coordinamento, direzione, esecuzione ed esternalizzazione, con la precisazione che, a parere di chi scrive, la gestione deve essere intesa come un mero strumento della valorizzazione (si tratta del resto di mere «forme») (art. 115);

- le finalità dell'attività di valorizzazione e cioè l'utilizzo e la fruizione, in vista, più in generale, dello sviluppo della cultura (art. 6 del Codice, ma anche art. 1 che richiama, ovviamente, l'art. 9 della Costituzione).

Si specifica quindi come all'attività di valorizzazione, a partire dalla fase della programmazione, possano (debbano, diremmo noi) partecipare e collaborare, in un'ottica di sussidiarietà verticale e orizzontale, tanto le amministrazioni pubbliche, diverse da quelle titolari di diritti sui beni e a vario titolo coinvolgibili, quanto i privati (singoli, associati, imprese, volontariato). D'altro canto, già nell'art. 6 del Codice sopra citato, all'ultimo comma, è specificato che «La Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale». E ancora «A tali attività possono concorrere, cooperare o partecipare soggetti privati».

La valorizzazione, pertanto e come sopra detto, non è prerogativa dello Stato. Si tratterebbe (considerata nel suo complesso) di un servizio pubblico «oggettivo». Tant'è vero che, in materia di «iniziativa», l'art. 111 del Codice prevede espressamente come questa sia pubblica o privata, precisando a tal fine (commi 3 e 4) che «La valorizzazione ad iniziativa pubblica si conforma ai principi di libertà di partecipazione, pluralità dei soggetti, continuità di esercizio, parità di trattamento, economicità e trasparenza della gestione. La valorizzazione ad iniziativa privata è attività socialmente utile e ne è riconosciuta la finalità di solidarietà sociale».

Ulteriori disposizioni concernenti la valorizzazione sono poi dettate dagli artt. 112, in particolare prima parte, e 113 del Codice, dedicati alla valorizzazione rispettivamente dei beni di appartenenza pubblica e di quelli di proprietà privata¹⁵

La partecipazione dei privati e del pubblico (enti non proprietari) all'esercizio della funzione/servizio in questione, a tutti i livelli, dalla programmazione alla fase esecutiva, sembra pertanto essere, alla luce del dettato normativo e in ultima analisi, fondamentale e quasi paritaria. Pubblico e privato dovrebbero concorrere e cooperare (da qui la rilevanza dinamica degli accordi e dei contratti) al fine rendere utilizzabili, fruibili, quindi «utili», i beni culturali, considerati beni comuni, per soddisfare alcuni fra i più elevati precetti costituzionali e cioè «lo sviluppo della cultura» e della «solidarietà sociale», come recita l' art. 111 comma 4.

Tutto quanto sopra esposto vale, anche se in forma, se così si può dire, ridotta ed attenuata, degradata, per i servizi un tempo detti aggiuntivi ed ora denominati dall'art. 117 più generalmente come “servizi per il pubblico”. Si tratta dei servizi editoriali e di vendita riguardante i cataloghi e i sussidi, del recapito del prestito bibliotecario, della gestione di raccolte discografiche, di diapoteche e biblioteche museali; della gestione dei punti vendita e dell'utilizzazione commerciale delle riproduzioni dei beni; dei servizi di accoglienza, dall' accompagnamento culturale ai servizi di ristorazione; dell'organizzazione di mostre e manifestazioni culturali e della realizzazione di iniziative promozionali.

I servizi in questione potrebbero insomma essere considerati, stante il carattere non esaustivo e non tassativo dell'elencazione di cui all'art.117, come un *quid minoris* rispetto alla valorizzazione. Quando l'attività «trascolora», si avvicina alla materialità del bene, è meramente ausiliaria (si pensi alle pulizie), perde il carattere di funzione, è assimilabile a un mero servizio, si rivolge direttamente alla mera corporeità dell'oggetto (il bene) o del soggetto (il pubblico fruitore), ecco che il termine ormai aulico ed onnicomprensivo di valorizzazione cede al più prosaico sostantivo di servizio aggiuntivo o per il pubblico¹⁶.

¹⁵ 9 L'art. 113 sulla valorizzazione dei beni di proprietà privata dispone che le attività e le strutture di valorizzazione, ad iniziativa privata, di beni culturali di proprietà privata possano beneficiare del sostegno pubblico. da parte dello Stato, delle regioni e degli altri enti pubblici territoriali. Le modalità della valorizzazione sono stabilite con accordo da stipularsi con il proprietario, possessore o detentore del bene in sede di adozione della misura di sostegno. . Il tutto appunto

¹⁶ 11 G. PIPERATA, *Natura e funzione dei servizi aggiuntivi nei luoghi di cultura*, in *Aedon*, Rivista di arti e diritto on line, 2010, 1) ricostruisce in modo completo la storia - in realtà recente - dei servizi in questione. Evidenzia come i servizi aggiuntivi museali siano stati introdotti nell'ordinamento italiano con la l. 14 gennaio 1993, n. 4 (c.d. legge Ronchey). Prima di tale legge, vi erano limitati casi di concessione d'uso a soggetti privati di aree per sfruttamento commerciale all'interno di luoghi di cultura (ma si trattava di ipotesi residuali, non integrate nel processo di valorizzazione). Successivamente alla c.d. legge Ronchey, il legislatore italiano è più volte intervenuto al fine di rivedere la disciplina dei servizi aggiuntivi, ogni volta cambiando significativi aspetti di fondo dello strumento gestionale. Ebbene, in relazione a quanto evidenziato circa la valorizzazione in generale (soggetti, contenuti, modalità, finalità), si potrebbe quindi affermare come i termini ed i servizi in questione (compresi quelli per il pubblico), pur essendo giuridicamente pregnanti ed individuati, siano caratterizzati – in merito alla definizione degli stessi – da almeno tre aspetti problematici.

Inizialmente i servizi aggiuntivi rappresentavano una categoria comprensiva di poche attività (quali il servizio editoriale e di vendita riguardante le riproduzioni di beni culturali e la realizzazione di cataloghi ed altro materiale informativo, i servizi riguardanti i beni librari e archivistici per la fornitura di riproduzioni e il recapito nell'ambito del prestito bibliotecario e i servizi di caffetteria, di ristorazione, di guardaroba) ed il regime gestionale previsto era quello concessorio, basato sull'affidamento con gara di un contratto di durata quadriennale avente ad oggetto il servizio.

Successivamente, in base a quanto previsto dall'art. 47-quater, d.l. 23 febbraio 1995, n. 41, convertito in l. 22 marzo 1995, n. 85, la categoria e le attività in questione sono state ampliate ed estese in modo sensibile. Sono state cioè: a) incluse altre attività facenti parte, concettualmente, del nucleo originario (ad esempio i servizi di informazione, di guida e assistenza didattica e di fornitura di sussidi catalografici, audiovisivi ed informatici, di utilizzazione commerciale delle riproduzioni, di gestione dei punti vendita, dei centri di incontro e di ristoro, delle diapoteche, delle raccolte discografiche e biblioteche museali, di organizzazione delle mostre e delle altre iniziative promozionali); b) introdotte anche alcune attività di supporto e strumentali (ad esempio, i servizi di pulizia, di vigilanza, di gestione dei biglietti di ingresso).

E' intervenuto poi il t.u. 29 ottobre 1999, n. 490, che ha preferito utilizzare la locuzione servizi di assistenza culturale e di ospitalità per identificare i servizi aggiuntivi, ha ammesso la possibilità di rinnovare la concessione alla scadenza, e, in particolare, ha per la prima volta previsto la possibilità che alcuni servizi aggiuntivi, come i servizi di biglietteria, pulizia e vigilanza, potessero essere concessi insieme alle altre attività prestazionali in un unico affidamento (la logica del global service). La scarsa redditività dei servizi in questione ha poi spinto il legislatore ad intervenire ulteriormente. La prima occasione è stata fornita dall'approvazione del Codice dei beni culturali, il d.lg. 22 gennaio 2004, n. 42, nel quale i servizi aggiuntivi sono stati ancorati al sistema della valorizzazione dei beni culturali, con l'intento di rafforzare la reale funzione dell'istituto in questione e di consentirne un idoneo utilizzo con lo scopo (recita testualmente e enfaticamente il Codice) di promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e di assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura. Dopo pochi anni è quindi intervenuto l'art. 14, d.l. 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla l. 29 novembre 2007, n. 222 e attuato con il d.m. 29 gennaio 2008. L'obiettivo perseguito è stato quello di assicurare efficienza ed efficacia nella gestione ed erogazione dei servizi aggiuntivi, nonché una maggiore razionalizzazione delle risorse disponibili. Lo strumento utilizzato a tal fine è stato quello dell'integrazione sia tra attività (ossia tra i servizi indicati dall'art. 117) che tra istituti nei quali i servizi devono essere svolti, con riconoscimento in capo alle

direzioni regionali per i beni culturali e paesaggistici e degli istituti dotati di autonomia speciale del compito di procedere all'affidamento degli stessi.

La novella del 2008 al Codice dei beni culturali e del paesaggio ha poi modificato l'art. 117, preferendo la locuzione «servizi per il pubblico».

Da ultimo (anche in ragione dell'abrogazione dell'art. 14, l. 29 novembre 2007, n. 222, riguardante l'obbligo di affidamento integrato di diversi servizi), sono quindi state emanate dal Ministero le «Linee guida in materia di affidamento in concessione dei servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico negli istituti della cultura statale» (circolare n. 49 del 23 marzo 2009), poi aggiornate e integrate nel giugno 2010 a seguito dell'entrata in vigore della l. 29 giugno 2010, n. 100 (di conversione, con modificazioni, del d.l. 30 aprile 2010, n. 64).

In primo luogo è riscontrabile una notevole complessità (e varietà) terminologica che, spesso, pone in ombra l'unitarietà della nozione. Si pensi al continuo rimando tra sostantivi diversi (per forma e contenuto) quali funzioni, servizi, attività, pubblici servizi. Il tutto potrebbe forse risolversi, considerato il richiamo espresso della socialità di cui al comma 4 dell'articolo 111, mediante l'assorbimento della nozione nel più ampio alveo (comunitario) dei servizi non economici, o solidali che dir si voglia, d'interesse generale

In secondo luogo, ed è in parte conseguenza di quanto sopra esposto, si può constatare un'evidente e ampia polisemia. La valorizzazione è infatti essenzialmente un'attività e cioè la messa a disposizione e l'utilizzo, teleologicamente orientati alla fruizione del patrimonio e alla promozione della cultura, di strumenti, «risorse, strutture o reti» (cfr. art. 111), ma è anche, almeno nella nostra lingua, un risultato, cioè il buon esito che dovrebbe derivare dall'agire. Tra l'inizio e la fine del processo (ragionando in termini economici) o dei procedimenti (seguendo appunto la sequenza potere, funzione, procedimento), tra iniziativa (pubblica o privata) e output, esiste quindi una «foresta» di attività e significati diversi. . Ciò con tutte le cautele del caso, ben sapendo che la definizione è quanto meno «mobile» e che nel nostro caso l'imprenditorialità è comunque, come si è detto, presupposta dalla norma.

In terzo luogo, sempre specificando la predetta complessità semantica, è riscontrabile una «circolarità» dei concetti. Si tratta di problematiche non oziose, stante la rilevanza giuridica e pratica delle predette complessità ermeneutiche: diverso è per esempio il regime di un mero servizio, di un appalto (si pensi a parte dei servizi aggiuntivi), rispetto a quello di un pubblico servizio di valorizzazione globalmente inteso¹⁴. Al mutamento dell'inquadramento, della nozione, può insomma modificarsi sensibilmente il tipo di regole da applicare. Non vi è da stupirsi della predetta dinamicità, considerato il cangiante assetto dei pubblici servizi in generale e di quelli culturali in particolare (pensiamo al rapido avvicinarsi di novelle e riforme). Il diritto dei beni culturali, nella sua parte «servente», lontana dall'unilateralità e dall'autoritatività (caratteristiche del sistema sanzionatorio accessivo alla parte

sostanziale), è del resto contrassegnato da una notevole elasticità, da una bassa tipicità e da un'ampia discrezionalità

Volendo riassumere e prendendo spunto dalle menzionate caratteristiche, si potrebbe affermare come anche il concetto di valorizzazione sia: . Tutti elementi che inducono l'interprete a muoversi con estrema cautela.

A) Elastico. Si espande infatti se le altre nozioni vengano «ridotte»;

B) Scarsamente «tipizzabile», essendo destinato a cambiare in relazione al mutare delle corrispondenti nozioni tecniche ed economiche. La valorizzazione è un concetto tecnico ancor prima che giuridico ed è «misurabile» dalle scienze aziendali;

C) Ampiamente discrezionale, nel senso letterale del termine. La sua delimitazione deve essere effettuata, nello spazio e nel tempo, mediante un attento discernimento che tenga conto del rilevato quadro interdisciplinare e della realtà della singola iniziativa oggetto di esame. La natura è destinata insomma a dipendere dal tipo di attività che venga effettivamente esplicitata e dalle modalità (mezzi e forme) concrete dell'intervento.

Da ultimo si potrebbe approfondire la relazione intercorrente tra la più generale categoria della valorizzazione dei beni pubblici e quella, appunto più specifica, riguardante i beni culturali. E' un rapporto di genere a specie, anche se in realtà la seconda categoria è - storicamente e cronologicamente parlando - antecedente e comprende anche beni non pubblici in senso formale? Ma l'argomento ci porterebbe lontano e non verrà pertanto affrontato.

3. La programmazione «negoziata». Gli obiettivi e i piani strategici di sviluppo culturale. I progetti e i programmi.

La programmazione e la pianificazione intese, secondo la definizione tradizionale, come disegni ordinati di condotte future, costituiscono, anche nell'ambito del diritto dei beni culturali, tanto una necessità (un dovere giuridico, il più delle volte disatteso) quanto un mito, stante la difficoltà di coordinamento fra tutti gli enti e i soggetti, pubblici e privati, che dovrebbero essere coinvolti, seppur con pesi non uguali, diversamente ponderati, nell'attività di valorizzazione.

E' comunque opportuno, prima di trarre delle conclusioni inutilmente pessimistiche, delineare il quadro di diritto positivo.

L'art. 112, comma 4, con un'impostazione (come vedremo) «irenista», pone al vertice del «disegno ordinato» un accordo di tipo pubblicistico (quindi uno strumento, non un contenuto) tra Stato, regioni e enti pubblici territoriali. L'accordo potrebbe riguardare anche beni di proprietà privata, previo consenso degli interessati, e dovrebbe avere come oggetto la definizione tanto degli obiettivi quanto dei piani strategici di sviluppo culturale e i relativi programmi. Obiettivi e piani, in altre materie similari definiti autonomamente dagli enti titolari e depositari degli interessi pubblici oggetto di cura, sono quindi, nella disciplina in esame, normalmente – se non proprio obbligatoriamente, stante l'ipotesi da considerarsi residuale di cui al comma 6 dell'art.112 – predisposti attraverso forme negoziali. Eccezionale dovrebbe

essere l'impiego di forme «unilaterali», quando invece in altri campi dell'azione amministrativa l'agire in modo indipendente è la norma (si pensi alle leggi regionali che in materia urbanistica hanno depotenziato il ruolo delle province a favore dei comuni, sempre più autoreferenziali).

Resta ora da chiarire quale dovrebbe essere l'oggetto del «negoziato» e dei relativi strumenti programmatori.

Ebbene, gli enti a ciò deputati, nella suddetta programmazione negoziata, devono identificare e predisporre, come si è accennato:

a) Obiettivi. Non è indifferente, anche ai fini di valutare la legittimità di un piano, il comprendere se gli obiettivi attesi siano posti o meno in una credibile corrispondenza, in un nesso logico e rigoroso, con gli strumenti a ciò predisposti. Lo stesso discorso vale per gli oneri, i pesi, i sacrifici e i costi previsti e imposti: sono o meno diretti e proporzionati agli obiettivi?

b) Piani strategici di sviluppo culturale. La norma nulla dice, ma è pensabile che gli stessi debbano avere, per non incorrere in ipotesi di invalidità, un contenuto minimo. Elementi necessari potrebbero essere la definizione, in generale, di obiettivi e oggetto (contenuto), dei soggetti, dei loro ruoli, dei tempi di realizzazione, l'allocazione ripartita di costi e rischi (in questa fase genericamente previsti). In tale contesto si dovrebbe decidere se aderire o meno ad un modello in particolare (sistema, rete, distretto)¹⁸

c) Programmi. Quanto sopra esposto dovrebbe trovare applicazione, in particolare e quindi in modo più dettagliato, nell'ambito dei singoli programmi di valorizzazione. Oggetto, tempo, spazio, costi, usi compatibili, individuazione della forma di gestione (diretta o indiretta), se del caso progetto (comunque attento studio di fattibilità), dovrebbero insomma essere considerati contenuto indefettibile del programma. Importante è anche il raccordo tanto con gli strumenti generali (pensiamo alla programmazione triennale e annuale dei lavori pubblici) quanto con eventuali programmi particolari, quali ad esempio i programmi unitari di valorizzazione dei beni demaniali (p.u.v.), strumenti previsti dall'art. 1, comma 262, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 e come rapportarsi agli altri strumenti di pianificazione che, a diverso livello, potrebbero influire sulla definizione del piano. Si pensi alla pianificazione, in senso lato, urbanistica.

Definiti gli strumenti, è possibile ora evidenziare caratteristiche e problemi ricollegabili alla pianificazione. . Troppi sarebbero i vincoli, le condizioni e le difficoltà per procedere fruttuosamente prima a una corretta iniziativa di dismissione e poi a una efficace pianificazione ed effettuazione dei controlli successivi alla vendita (il regime proprietario non sembra essere facilmente permeabile alle ispezioni e verifiche di amministrazioni oltretutto generalmente deboli...). Lo strumento insomma preferibile dovrebbe essere quello delle concessioni lunghe.

La prima caratteristica che si evidenzia è quella inerente alla primazia della negoziazione (della programmazione). La negoziazione è, «prima che una procedura,

essenzialmente una cultura, un metodo di governo territoriale, che privilegia il confronto e l'incontro delle responsabilità istituzionali, in una logica di sussidiarietà e partenariato» delle attività di solidarietà e per il sostegno alle politiche per i giovani, nonché per le pari opportunità», funzioni che costituiscono elemento prioritario di individuazione dei beni insieme alla loro «susceptività di valorizzazione ... mediante concessione d'uso o locazione». Il p.u.v. (in modo ridondante sopra definito dalla norma) costituisce dunque una modalità di pianificazione e razionalizzazione degli interventi su un complesso patrimoniale pubblico sito nello stesso contesto territoriale, la cui programmazione viene gestita contestualmente, divenendo uno strumento di governance del territorio basato su condivisione e omogeneità degli obiettivi di riqualificazione urbana e sviluppo locale. . Come si è accennato, si tratta di un elemento positivo, che porta però con sé anche un paio di problematiche accessorie e cioè la dilatazione dei tempi delle decisioni, con conseguente aumento dei costi di transazione, e la probabilità che, nei vari passaggi, aumenti la possibilità di «accordi al ribasso» (per accontentare tutti si accettano esiti complessivamente non soddisfacenti). La programmazione negoziata

L'argomento ci introduce ad una seconda caratteristica problematica e cioè alla doverosità della programmazione. In primo luogo non è chiaro quali possano essere le conseguenze per esempio del mancato inserimento di un'attività di valorizzazione in un previo piano, anche se, considerato il testo della norma e un'interpretazione logica-sistematica, non sembra si possa arrivare a esiti invalidanti analoghi a quelli di cui alla pianificazione urbanistica (casi in cui un intervento edilizio non trovi corrispondenza in un piano, difformità di piani gerarchicamente ordinati ed altro). In secondo luogo, se la programmazione (della valorizzazione) è doverosa, risulta evidente come non esistano nella p.a. soggetti in grado di effettuarla, non sussistendo del resto neppure figure professionali ad hoc. Se insomma i piani e i programmi urbanistici sono di norma redatti da architetti ed urbanisti, per i quali esistono per esempio corsi di laurea specifici, i programmi delle opere pubbliche di cui al d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 da ingegneri e/o architetti, ci si chiede chi possa essere in grado di redigere i piani in questione. E' ovvio come debbano per forza interagire, unitamente a storici dell'arte ed esperti dei beni culturali, professionalità diverse: architetti, ingegneri, esperti di materiali lapidei nel caso in cui si debba intervenire su strutture e superfici, restauratori professionali, giuristi, aziendalisti, economisti della cultura. Ciò con conseguente proliferazione di complicazioni e costi di vario genere; si pensi anche solo alla difficoltà «burocratica», per la p.a., di ricorrere a professionalità esterne. Tutte le figure in questione sono del resto necessarie già dall'inizio del percorso, anche se in modo e con un peso diverso, posto che, diversamente, la pianificazione si tradurrebbe in un mero libro di desideri.

La terza caratteristica problematica, ed è la più importante, riguarda gli usi consentiti. Bisogna infatti ritenere, come già accennato parlando del contenuto dei programmi,

come quest' ultimi debbano già contenere la definizione delle utilizzazioni possibili del bene da valorizzare.

E' necessario a questo punto evidenziare come ben difficilmente - e purtroppo - siano credibili i manifesti e gli appelli riguardanti la grande rendita (sviluppo, progresso economico) che potrebbe derivare dalla valorizzazione dei beni. O meglio: a fronte dell'eccezionalità di enormi entrate che potrebbero scaturire anche dalla mera sponsorizzazione di un bene di fama internazionale (il caso Colosseo) la valorizzazione di un palazzo di grandissimo pregio (ma non conosciuto) sia, ragionando in termini contabili ed anche «forzando» sugli usi consentiti, tendenzialmente in perdita. Si tratta dello stesso problema nel quale incorre, oltre alla cultura, il sistema educativo in generale: contabilmente sempre in perdita, anche se da considerarsi, in prospettiva, nel tempo, motore di sviluppo economico e sociale.

Vista l'ampiezza e soprattutto la delicatezza del tema, in questa sede sia sufficiente rilevare, considerata la predetta «povertà» (contabilmente parlando) dei beni, l'esistenza di una notevole frizione, di una conflittualità tra «dignità» del bene (il rispetto della natura e della storia dello stesso) e usi consentiti. In parole più semplici (e con riserva di riprendere più avanti l'argomento sotto un diverso aspetto): se vengono consentiti usi altamente commerciali, si aumenta la redditività economica e si diminuisce la «povertà» del bene (circostanze fondamentali affinché quest'ultimo recuperi nel tempo la possibilità di autoconservazione, di uscire da uno stato di minorità), ma si rischia di compromettere - nell'immediato - la natura storico artistica e la dignità di quel che si vorrebbe valorizzare.

La predetta contraddizione fa emergere, come corollario, un quarto aspetto problematico, riguardante la decisione circa gli usi. Se cioè l'uso consentito (o meno) è così importante per la sopravvivenza del bene, occorre chiedersi chi e come debba prendere la determinazione in questione e che natura (e contenuto) abbia la stessa.

Sono possibili, per quanto riguarda il profilo soggettivo (quis) della decisione e ragionando - prescindendo dal diritto positivo - in termini astratti, svariate possibilità, corrispondenti a diversi punti di vista e visioni.

L'economista per esempio, nel caso in cui l'uso dovesse servire per remunerare gli investimenti (ristrutturazione e conservazione, apertura al pubblico), potrebbe dire: è il mercato, la pleora indifferenziata dei possibili investitori, che, disponendo delle informazioni del caso, deve decidere gli usi (possibili, quindi remunerativi, ferma restando l'impossibilità dello «snaturamento» dei beni). Chi rischia ha tutto l'interesse a effettuare ricerche appropriate. Stabilire a priori un uso significherebbe del resto esporsi ad un «salto nel vuoto» (probabile fallimento del programma).

Una prospettiva del genere, ammissibile per chi ragionasse in termini aziendalisti, sarebbe destinata a creare scandalo e sconcerto presso i tecnici e gli studiosi del settore. Si creerebbe una santa alleanza tra intellettuali, alta burocrazia, associazioni, comitati, volta ad affermare la primazia dello stato sul mercato, dell'uso comune dei beni rispetto a una privatizzazione degli stessi²⁵

Sempre ragionando in astratto ci potrebbe essere anche la possibilità di attribuire la decisione circa gli usi alla comunità degli utenti, per utilizzare la terminologia dimenticata della Costituzione (art. 43), o, come si usa dire oggi, a una comunità di cittadini attivi. Ragionando in termini sussidiari, con le dovute cautele (assunzione diretta di responsabilità) e tenendo conto che ipotesi del genere non potrebbero essere significative per beni ed opere di notevole rilevanza (anche sotto il profilo degli investimenti), si tratta indubbiamente di una ipotesi da approfondire e sviluppare. Il vantaggio consisterebbe anche nella riduzione dei conflitti e dei fenomeni oppositivi che, sempre più, caratterizzano le nostre società. . Di norma in questi casi si ammette, più che altro per esclusione (per escludere il mercato), che la decisione debba essere di alta burocrazia e/o amministrazione tecnica, essendo improbabile che la reale determinazione possa essere assunta da una comunità indifferenziata, adespota e non responsabile (sono rari i comitati e le associazioni che si assumono il peso economico della scelta). In questa evenienza sono alte le probabilità che, ferma restando la positività di aver magari sottratto il bene ad un uso indecoroso e incompatibile con la natura dello stesso, il programma di valorizzazione sia destinato a non partire e/o a fallire.

Quanto sopra esposto non confligge con il dato di diritto positivo e cioè con la potestà (rectius potere, autorità) decisoria di ultima istanza delle Soprintendenze, posto che ben difficilmente le stesse potranno in essere una (previa) pianificazione/programmazione di dettaglio in grado di definire, bene per bene, gli usi consentiti o, meglio, quelli vietati. Una definizione aprioristica di tal sorta rischierebbe del resto di essere inefficiente e non corrispondente alla mutevolezza dei tempi e del settore.

La decisione in questione spetta quindi, per concludere il punto (quis), ovviamente ai soggetti individuati dalle norme (alta burocrazia tecnica), ma la decisione sarà efficace (e potremmo spingerci a dire anche legittima) solo se sarà informata ad una previa valutazione della varietà di possibilità sopra esposte (coinvolgimento di tutti i soggetti potenzialmente interessati). La partecipazione, la concertazione, la negoziazione, sono del resto, come evidenziato, motivi guida della programmazione e la definizione degli usi compatibili non è certo aliena alla fase pianificatoria.

Quanto sopra ci consente di rispondere anche all'altro quesito e cioè sul come (quomodo) debba essere presa la decisione. Ferma restando la determinazione di ultima istanza, tendenzialmente «unilaterale», il procedimento ed il provvedimento dovrebbero essere improntati appunto ad una «negoziazione» progressiva. Se la programmazione deve basarsi sul consenso, anche la decisione circa gli usi dovrebbe insomma informarsi a tale modus procedendi.

In relazione da ultimo al contenuto e alla natura del provvedimento, si deve premettere come il parametro della decisione sia costituito, essenzialmente, da un elemento di tipo negativo (divieto). L'uso infatti non deve essere incompatibile con la natura ed il decoro del bene, con la sua rilevanza storico-artistica e non deve rendere

impossibile la fruizione pubblica. Gli utilizzi devono quindi essere «compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze» (art. 6). Ragionando in positivo, deve essere rispettata essenzialmente, come già accennato, la dignità del bene

Questo significa che la decisione di cui trattasi è presa in un contesto di elevata discrezionalità. Si tratta infatti di precisare, già dalla fase della programmazione, fra tutte le possibili macro aree di utilizzo, quella (in astratto) non incompatibile con la natura del bene culturale e comunque idonea a consentirne una valorizzazione piena (in senso anche economico). L'uso può essere tanto più specifico quanto più ci si avvicini a una programmazione concreta e di dettaglio, susseguente a dei più generali piani strategici di valorizzazione.

Ne deriva, in relazione al contenuto e ferme le negazioni e i divieti evidenziati, come vi sia quindi un'ampia gamma di possibilità decisionali in relazione all'an, quando, quid, quomodo degli usi. Fermi restando infatti alcuni utilizzi assolutamente vietati in quanto illeciti, si tratta per il resto di combinare e organizzare, nello spazio e nel tempo, le svariate possibilità di destinazione, a partire dalle più redditizie, in modo che le stesse soddisfino le esigenze della valorizzazione senza peraltro ricadere nei divieti di legge. Tutti gli usi in astratto potrebbero essere insomma considerati legittimi a condizione che, con un sapiente utilizzo della discrezionalità (la combinazione degli elementi di cui sopra), non venga snaturata e compromessa la dignità del bene.

5. L'amministrazione consensuale: gli accordi, le intese, il partenariato.

Si è accennato, nelle pagine che precedono, al fondamentale rilievo che, nell'ambito della valorizzazione programmata, assume il principio del consenso. Al fine di meglio illustrare ora detto principio, rilevante anche e soprattutto per illustrare strumenti e mezzi della valorizzazione, può essere opportuno rammentare quanto segue.

E' con l'avvento dello stato pluriclasse, sociale, sussidiario (verticale e orizzontale), differenziato e altro che, come noto, nel diritto amministrativo ha iniziato a perdere di importanza la dialettica autorità-libertà²⁸

già in sede di riconoscimento del bene come culturale si possano ritenere incompatibili, elaborata contestualmente al provvedimento di riconoscimento dell'interesse, se non addirittura da una scheda tecnica che orienti il proprietario positivamente in ordine agli usi cui potenzialmente il bene si possa adibire. Tale preventività della regolamentazione dell'uso, infatti, renderebbe le valutazioni dell'amministrazione svincolate dal caso concreto e dalla connessa ponderazione degli interessi in gioco, valorizzando maggiormente l'elemento della regolazione. Si può in conclusione notare, secondo l'Autrice, come la qualificazione del potere attribuito all'amministrazione con riguardo alla destinazione d'uso dei beni culturali riveli una sorta di compenetrazione di una discrezionalità amministrativa con una discrezionalità tecnica, il cui tratto caratteristico risiede nella tecnicità delle competenze facenti capo ai soggetti deputati a tali scelte, cui resta senz'altro estranea

la politicità. . Nell'ambito del diritto positivo sono quindi emersi nuovi termini quali economicità, efficacia, pubblicità, proporzionalità, che hanno messo in secondo piano anche le (pur ancora fondamentali) barriere costituite dai principi di legalità-garanzia e tipicità. In questo contesto il consenso (amministrazione consensuale, per accordi), è divenuto, da costruzione dottrinale, un *modus procedendi* doveroso, reso quasi obbligatorio, per quanto possibile (nessuno può ancora essere costretto ad aderire ad un accordo con la forza), dal diritto positivo. Logico corollario di quanto sopra è stata l'enfasi posta sul diritto privato (in particolar modo la disciplina dei contratti) come diritto comune, base, anche per la pubblica amministrazione.

Le predette tendenze si sono sviluppate – rispetto ad altri settori – con ritardo nell'ambito del diritto dei beni culturali. Hanno iniziato infatti a farsi strada solo nel momento in cui la tutela, da statica che era (meramente conservativa), ha assunto connotati dinamici, sino a «partorire» il grande corpo di diritto positivo della valorizzazione. Con la nascita di quest'ultima funzione/servizio si è registrata una rapida dilatazione del momento consensuale e si è recuperato ampiamente, forse anche con degli eccessi derivanti dall'ottimismo del legislatore, il tempo perduto.

L'eccedenza è desumibile dalla frequenza con la quale nel Codice ci si appella, tanto per la tutela quanto per la valorizzazione, al momento consensuale (accordi e intese). E' sufficiente a tal proposito rammentare gli artt. 5, 9, 17, 18, 24, 29, 37, 38, 40, 60, 67, 76, 82, 86, 102, 103, 110, 112, 113, 114, 115, 118, 119, 121, 125, 143, 146, 147, 148, 156. E che dire di tutti gli articoli (si pensi al 111) dove, non essendo citati espressamente gli accordi, si utilizzano verbi quali «concorrere, cooperare, partecipare»?

Questo significa appunto come il normale modo di procedere, nell'ambito della materia di cui trattasi (beni culturali), sia costituito, almeno e sicuramente in relazione ai momenti organizzativi, da intese e accordi. Anche la programmazione, come si è visto, deve avvenire, di norma, su base consensuale.

Si potrebbe quindi ritenere, non essendo questa la sede per approfondimenti sul punto e fatto salvo quanto si dirà nel successivo paragrafo, come gli accordi e le intese di diritto singolare di cui al Codice dei beni culturali siano una specie rispetto ai generi di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241 e al d.lg. 18 agosto 2000, n. 267 (il principio/modello ideale dell'amministrazione consensuale costituisce la famiglia).

In tale prospettiva l'agire mediante consenso sarebbe frazionabile -quanto alla natura - essenzialmente e ulteriormente tra: a) accordi pubblicistici, regolati dalla normativa sopra esposta in generale e, in particolare, dal Codice dei Beni culturali; b) partenariato di diritto privato, disciplinato invece dal d.lg. n. 163 del 2006 e, in via residuale (ma su questo aspetto si dirà oltre), da quanto previsto dal predetto Codice.

Nelle pagine a seguire si effettueranno quindi degli accenni prima agli accordi (partenariato di tipo pubblicistico), poi ai contratti (partenariato in senso stretto).

6. Gli accordi pubblicistici e il principio di trasparenza

L'art. 112 del Codice, che si esamina, seppure brevemente, in quanto costituisce l'articolo base per quanto concerne l'attività consensuale nella materia in questione, pone quindi in grande rilievo, come si è detto, lo strumento dell'accordo (cfr. in particolare commi 4 e 9). Ciò in relazione, precipuamente, alla preliminare attività di programmazione e quindi di definizione degli obiettivi della valorizzazione.

Sembra quindi riferirsi a modelli di collaborazione per obiettivi simili o di vera e propria cooperazione per relazioni complesse, articolate e di durata (accordi infrastrutturali). Queste ultime potrebbero strutturarsi sia mediante «forme consortili non imprenditoriali», sia attraverso la vera e propria costituzione di nuovi ed appositi soggetti giuridici (comma 5), costituiti da enti pubblici ma aperti altresì all'apporto dei privati, cui affidare lo sviluppo e la realizzazione dei piani di valorizzazione, cioè dei piani strategici di sviluppo culturale

Senonché, salvo postulare una specialità rafforzata del codice, pare ormai difficile, a seguito dei continui provvedimenti di revisione della spesa e «taglia enti», poter affermare la libera costituzione di nuovi soggetti, anche se di diritto privato, da parte di enti pubblici. La norma è insomma, nel momento in cui dovesse essere intesa in tutte le sue potenzialità, destinata ad essere tenuta quanto meno in sospensione

Gli accordi in questione, nella misura in cui sembrano essere utilizzabili senza che la norma ponga una disciplina particolare (cfr. il comma 9), . potrebbero anche essere considerati - e lo si è già accennato - come meramente ripetitivi ed attuativi del generale principio consensuale, operante nei rapporti tra stato e autonomie territoriali, tra autonomie territoriali (fra di loro) e tra pubblico e privato, di cui alla legge n. 241 del 1990 e al d.lg. n. 267 del 2000. In tale prospettiva si tratterebbe di norma superflua, confermativa di regole comuni dell'agire amministrativo. Quanto sopra a meno che si intendesse attribuire alla disciplina dei beni culturali, come usava un tempo, un carattere assolutamente singolare e derogatorio rispetto al principio di libera concorrenza di derivazione comunitaria (l'eccezione culturale)

In realtà gli accordi in questione, proprio per l'elevato grado di apertura ed indeterminatezza di cui all'articolo citato, non dovrebbero invece essere utilizzati per eludere uno dei principi cardine dell'attività amministrativa, anche se consensuale, cioè la «trasparenza». La trasparenza è assicurata attraverso la terzietà e la separatezza tra chi gestisce i servizi e chi fa parte invece della governance dell'organismo ad hoc creato o della cabina di regia dello strumento consensuale. Gli accordi di cui al comma 9 non potrebbero pertanto, almeno a parere di chi scrive, essere invocati per promuovere forme atipiche di (apparente) cogestione che, nei fatti, erodessero, in tutto o in parte, i principi dell'evidenza pubblica. .

In sintesi: chi gestisce deve essere selezionato tramite procedura concorsuale, al di là del nomen iuris attribuito all'organismo creato e a prescindere dalla natura (pubblica o privata) del soggetto con il quale si voglia instaurare la collaborazione. Anche gli enti pubblici, se affidatari di servizi, debbono sottostare ai principi di libera competizione. Ciò a meno che: - l'ente pubblico (o

al limite privato) si candidi per una mera collaborazione; - l'attività oggetto dell'accordo sia liberamente svolta da entrambi gli enti e sia di comune interesse; - gli enti stessi non si pongano, fra di loro, in una relazione di committenza e/o affidamento. In tali ultime evenienze positive si potrebbe insomma parlare di vero e proprio accordo (di tipo pubblicistico).

7. Il partenariato

Abbiamo visto, nelle pagine che precedono, come gli accordi e le intese di diritto singolare di cui al Codice siano una specie rispetto ai generi di cui agli artt. 11 e 15 della legge n. 241 del 1990 (il principio/modello ideale dell'amministrazione consensuale costituisce la famiglia). Si sono constatati altresì natura e caratteri dei rapporti tra enti pubblici, di quelle relazioni strutturate di collaborazione, non di subordinazione e/o esternalizzazione.

Occorre quindi ora esaminare le relazioni di vera e propria committenza che intercorrono tra pubblico e privato e cioè gli accordi e i rapporti tra amministrazioni e soggetti, più in generale, affidatari di compiti di valorizzazione

A tale scopo pare opportuno effettuare una premessa. Sino a poco tempo addietro si contrapponevano, nell'ambito dell'amministrazione detta consensuale, solo i contratti di diritto privato (strumentali o meno) e gli accordi pubblicistici. Le società (diverse dalle partecipazioni statali) rimanevano un ibrido, terra di frontiera e di scontro tra il diritto pubblico ed il diritto comune. Ora, con l'avvento del diritto comunitario dei contratti e con la prevalenza dello stesso (anche se si tratta per lo più di soft law o «letteratura grigia») su ogni difforme catalogazione nazionale, è probabilmente possibile e conveniente procedere ad una diversa e nuova classificazione, non più binaria ma tripartita tra accordi, partenariato (e le società sono ricomprese nella voce), meri appalti (di forniture, servizi e lavori)³⁴

Si procederà pertanto, posto che degli accordi si è già, in estrema sintesi, detto, a trattare del partenariato. Ciò anche al fine di vedere: - come e se lo stesso si raccordi con gli istituti di cui al Codice dei beni culturali; - in qual misura le forme di esternalizzazione e gestione nell'ambito in questione possano o meno conservare una loro specialità. Non verrà esaminata la materia degli appalti, essendo la stessa, in linea di massima, estranea al Codice dei beni culturali e compiutamente disciplinata dal d.lg. n. 163 del 2006 (cfr. artt. da 197 a 205) e dal d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (cfr. artt. da 239 a 251)

35

Ciò premesso, occorre quindi chiedersi, in via preliminare, se abbia senso o meno una definizione giuridica di partenariato, visto che il termine ha da sempre contrassegnato, in modo per altro generico, istituzioni e relazioni prettamente sociali ed economiche, quindi notoriamente cangianti ed avulse dai rigidi confini che il diritto pretende di imporre. .

La risposta è stata (giustamente) negativa sino a poco tempo addietro, cioè fino a che non è stato «trasposto» nel nostro ordinamento il termine ormai in voga nell'ambito

del diritto comunitario. La ricezione è avvenuta attraverso l'inserimento, nell'art 3 d.lg. n. 163 del 2006 (Codice dei Contratti Pubblici), del comma 15-ter, che recita «**i contratti di partenariato pubblico privato sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti**». Una volta posta la definizione si provvede, con un intento didattico e chiarificatore, tipico delle regolamentazioni leggere (soft law) piuttosto che delle definizioni normative, ad effettuare una elencazione meramente esemplificativa. La norma prosegue infatti precisando che: «Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi». Chiusa la parte esemplificativa, nella quale è contenuto peraltro un principio non descrittivo ma indefettibile e vincolante quale è il rischio di disponibilità, la norma prosegue ponendo quella che è ormai la caratteristica base delle operazioni finanziarie di partenariato e cioè che «fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 44, comma 1-bis del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat»

Questo significa (ricomponendo i termini evidenziati e provando a fornire una nozione sintetica), come l'istituto del partenariato possa essere considerato come un contratto attraverso il quale il pubblico affida al privato una prestazione complessa, con allocazione dei rischi previamente e discrezionalmente ripartita dal pubblico, fermo restando il rispetto delle decisioni Eurostat. .

Libera, o discrezionale che dir si voglia, sembra anche la definizione delle forme (fermo restando il rispetto degli elementi sostanziali di cui sopra). Sennonché, a parere di chi scrive, il nostro ordinamento non è ancora pronto alla fuoriuscita dai rassicuranti principi di tipicità e nominatività, neppure nell'ambito dei contratti di diritto privato (speciale). Appare quindi più conveniente una ricostruzione che valorizzi il carattere generale e astratto della nozione di partenariato, nozione che, discendendo dalla più ampia famiglia degli accordi, si ponga in un rapporto di genere a specie con gli istituti (dalle società agli appalti con contraente generale) elencati nel predetto articolo.

8. L'affidamento a terzi dell'attività di valorizzazione tra tipicità e autonomia.

Occorre ora vedere e esaminare che tipo di rapporto possa intercorrere tra quanto sopra previsto in linea generale e lo specifico contenuto di cui all'art. 115 del Codice dei beni culturali, riferibile alle forme più tipicamente contrattualizzate (esternalizzazioni) e, più in generale, al partenariato.

A tal fine è opportuno riportare la parte dell'art. 115 che più ci interessa e cioè il comma 3, secondo il quale la gestione indiretta dell'attività di valorizzazione «è attuata tramite concessione a terzi delle attività di valorizzazione, anche in forma congiunta e integrata, da parte delle amministrazioni cui i beni pertengono o dei soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'articolo 112, comma 5, qualora siano conferitari dei beni ai sensi del comma 7, mediante procedure di evidenza pubblica, sulla base della valutazione comparativa di specifici progetti».

Fondamentale è anche il comma 5 secondo il quale «Le amministrazioni cui i beni pertengono e, ove conferitari dei beni, i soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'articolo 112, comma 5, regolano i rapporti con i concessionari delle attività di valorizzazione mediante contratto di servizio, nel quale sono determinati, tra l'altro, i contenuti del progetto di gestione delle attività di valorizzazione ed i relativi tempi di attuazione, i livelli qualitativi delle attività da assicurare e dei servizi da erogare, nonché le professionalità degli addetti. Nel contratto di servizio sono indicati i servizi essenziali che devono essere comunque garantiti per la pubblica fruizione del bene».

Da quanto sopra esposto emerge, almeno a parere di chi scrive e tenendo conto della terminologia utilizzata, come la ratio della norma non dovrebbe essere quella di individuare nuove tipologie, nuovi strumenti formali, bensì essenzialmente quella di fissare degli obiettivi sostanziali (minimi ed elevati allo stesso tempo) e cioè: qualità della progettazione, professionalità di chi opera, selettività, apertura alla concorrenza, trasparenza, imparzialità.

In altre parole: la concessione di valorizzazione, con relativo contratto di servizio, non costituirebbe, in tale prospettiva, un autonomo istituto, né l'articolo in questione dovrebbe avere la portata di escludere la possibilità di utilizzare le altre forme di partenariato di cui al d.lg. n. 163 del 2006. Una diversa conclusione sarebbe del resto smentita dalla circostanza che, da ultimo, anche lo stesso Codice dei contratti pubblici cita espressamente la finanza di progetto tra le forme utilizzabili per recuperare i beni culturali⁴³

Ma se è così, si aprirebbe per i beni culturali un ampio spettro (non utilizzato) di possibilità. Possibilità che, comunque, andrebbero attentamente vagliate e «personalizzate» al fine di non snaturare l'incomprimibile dignità intrinseca dei beni in questione. . Per concessione si dovrebbe quindi intendere, in generale, ogni forma di affidamento a terzi (da qui il titolo del paragrafo).

Se si aderisse, in conclusione, alla predetta ipotesi ricostruttiva, emergerebbe pertanto:

a) la possibilità di (liberamente) utilizzare e interpretare i diversi istituti tipici appartenenti alla famiglia (o genere che dir si voglia) del partenariato. Ciò a condizione che siano stati previamente redatti i piani di cui si è in precedenza trattato e che vengano considerati - quindi successivamente raggiunti - gli obiettivi espressamente menzionati nell'art. 115;

b) non già l'obbligo di seguire esattamente e nel dettaglio tutte le forme e le procedure descritte e tipizzate dal d.lg. n. 163 del 2006, essendo la materia dei «servizi culturali» in sé sottratta alla necessaria applicazione del Codice dei contratti (fatti salvi i principi di cui all'art. 30)

In questa prospettiva la p.a. potrebbe in pratica darsi delle regole, caso per caso, costruendo quindi delle procedure selettive e dei contratti (di servizio) in modo autonomo. L'autonomia – e in questo ci aiuta la nozione di partenariato riportata nel precedente paragrafo - sarebbe comunque limitata e circoscritta dai confini costituiti, oltre che dai citati principi di cui all'art. 30, dai termini base evidenziati: contratto (quindi corresponsività, anche se attenuata); complessità (il servizio di pulizie, pur in astratto essendo parte dei servizi un detto detti aggiuntivi, non costituisce una prestazione complessa, è un appalto di servizi); rischio (la complessa allocazione delle incognite e delle sopravvenienze, di cui si è accennato). .

In altre parole: se il pubblico (dopo aver costruito la procedura in modo autonomo, fermi restando i citati principi di cui all'art. 30) affida al privato un contratto complesso di valorizzazione, con allocazione dei rischi previamente e discrezionalmente ripartiti, fermo restando il rispetto delle decisioni Eurostat, si potrebbe comunque indifferentemente parlare - tanto ai sensi del Codice dei contratti, quanto ai sensi del Codice dei beni culturali - di partenariato o di concessione di valorizzazione. Nel caso invece in cui il contratto di valorizzazione non rispetti i parametri di cui sopra, non si potrebbe parlare (almeno a parere di chi scrive) né di partenariato né di concessione di valorizzazione, bensì di mero appalto (peraltro non vietato) di valorizzazione. Si pensi all'ipotesi in cui il pubblico affidi a terzi il servizio delle visite guidate, con pagamento da parte dell'ente delle prestazioni, senza assunzione del rischio da parte dell'affidatario.

Per completezza è bene comunque precisare come la prassi sia nel senso invece di promuovere una sorte di tipizzazione, almeno sotto il profilo terminologico e delle procedure, delle concessioni di valorizzazione. Si tratta, peraltro, di un giusto tentativo di venire incontro, anche mediante la redazione di bandi tipo e circolari di vario genere, alla preoccupazione degli operatori, a volte smarriti per non avere un quadro certo di riferimento. Sennonché l'omogeneizzazione, non tenendo conto dell'estrema differenziazione (caratteristica tipica) dei beni culturali, potrebbe indebolire il buon esito dei piani e dei progetti di valorizzazione, progetti che, per avere esiti fruttuosi, dovrebbero invece essere assolutamente parametrati alla singolarità del bene.

9. Conclusioni

Si è cercato, nelle pagine che precedono, di proporre una breve ricostruzione dei termini rilevanti, non già al fine di definire la materia (valorizzazione), ma al più modesto scopo di evidenziare gli aspetti tuttora problematici, aperti. Ciò anche in considerazione del fatto che la disciplina - nonostante i beni di cui ci si occupa siano essenzialmente immobili - è in perenne movimento. Si è passati anzi, nell'ultimo periodo, da una logica riformistica (le diverse riforme che si sono succedute) ad una prospettazione emergenziale (la decretazione d'urgenza)⁴⁵

In tale limitata prospettiva si possono trarre le seguenti conclusioni. . Può essere quindi compito dei giuristi, proprio quando tutto scorre molto velocemente, quello di provare a fermare delle immagini, magari abbozzando qualche didascalia esplicativa. Le figure descritte, per poter funzionare proficuamente, devono essere necessariamente coordinate. E' bene insomma che vi sia un'unica disciplina (il Codice dei beni culturali) che, via via aggiornata, contenga delle nozioni base e, soprattutto, degli obiettivi chiari, riferibili agli istituti esaminati (principio dell'uniformità).

Questo non significa però che il Codice debba necessariamente dettare una disciplina speciale (ad esempio per le concessioni di valorizzazione), normando in ogni dettaglio la prefirgurazione dei diversi istituti. Se è vero che i beni culturali hanno una loro peculiarità, non è detto insomma che sia essenziale una sensibile differenziazione degli strumenti (rispetto per esempio al Codice dei contratti pubblici)

Potremmo arrivare anzi ad affermare che una certa indeterminatezza, *rectius*, apertura, dovrebbe essere utile proprio per effettuare, di volta in volta, gli adattamenti del caso. Non sarebbe del resto pensabile, sempre per esemplificare, dettare una regolamentazione di dettaglio utile per gestire tanto un grande sito archeologico quanto un piccolo museo di paese. .

In questo modo la progressiva rarefazione delle forme gestorie previste dall'art. 11547, anziché essere letta in modo negativo, potrebbe proprio servire per sperimentare tutte le diverse possibilità offerte dalla nozione di partenariato di cui al Codice dei Contratti⁴⁸. Non solo. In considerazione del fatto che, come si è detto, il settore cultura è estraneo alla necessaria integrale applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti del d.lg. n. 163 del 2006, ne deriva come, nell'ambito di cui trattasi, gli istituti del partenariato potrebbero essere utilizzati con grande libertà. Le procedure e i contenuti, ispirati ma non condizionati nel dettaglio dal predetto decreto legislativo, potrebbero essere di volta in volta modellati alle peculiarità del caso (principio della differenziazione).

Se esistono insomma, come si è soliti sentire, diverse emergenze e se, come è noto, non è facile risolvere le emergenze con soluzioni standardizzate, ne consegue come non si dovrebbe aver paura di soluzioni aperte, libere o discrezionali che dir si voglia. Non è auspicabile del resto, come spesso avviene, lamentarsi della burocratizzazione del settore, per poi invocare invece norme ad hoc, oltretutto di dettaglio (le norme

primarie - nazionali e regionali - necessitano di regolamenti, di circolari interpretative ed altro), che avrebbero l'effetto di irrigidire ulteriormente le procedure che, come da tutti auspicato, nella materia esaminata dovrebbero avere una certa flessibilità.

La conclusione rassegnata non è però a costo zero. La libertà e l'autonomia hanno infatti un senso qualora siano funzionalizzate al raggiungimento degli obiettivi attesi e, a tal fine, occorrerebbe che l'amministrazione innalzasse sensibilmente il livello della propria capacità progettuale. La p.a. cioè, a partire dalla fase della programmazione per arrivare a quella della verifica (circa la corretta esecuzione dei progetti di valorizzazione), si dovrebbe quindi dotare non solo – in generale – di personale competente, ma anche di consulenti esperti non già di un settore (i beni culturali), ma di una pluralità di discipline diverse (giuridico-procedurali, per quanto concerne le forme della negoziazione, economiche-finanziarie, tecniche ...).

Senonché, mentre in alcuni ambiti, si pensi alle privatizzazioni e ai settori industriali, la nomina di advisor è la norma, nei settori (ormai impropriamente denominati) non economici l'utilizzo di consulenze viene stigmatizzato negativamente, considerato eccezionale, nella sostanza vietato. Eppure le consulenze sarebbero necessarie; sono proprio le «opere fredde» che andrebbero, appunto, «riscaldate» e, per effettuare ciò, occorrono specialisti, non essendo pensabili soluzioni preconfezionate.

La capacità progettuale, assicurata da competenze plurisettoriali, è insomma il presupposto indefettibile affinché si possa utilmente parlare di programmazione, di accordi (anche per negoziare occorre esperienza e formazione specifica), di valorizzazione - da intendersi ora non come attività ma come esito del processo - dei beni culturali. Esperienza e competenza, da non confondersi con la mera tecnica conservativa o, viceversa, con visioni (fittiziamente) marketing oriented, sono altresì le uniche armi di cui disponiamo per contrastare lo sterile dibattito ideologico, cui talvolta si assiste, tra sostenitori di strumenti statalisti, privatistici e comunitari che, prima appunto degli anni '90, arrivavano normalmente a stravolgere i lavori, con conseguenti aumenti di spesa e altri fenomeni deteriori.

Occorrerebbe insomma, per addivenire alla realizzazione di progetti non fallimentari, quindi per consentire prima il mero recupero e poi la valorizzazione dei beni in questione, procedere senza urgenza, caso per caso e dotandosi delle necessarie competenze, avendo la possibilità di utilizzare tutti gli strumenti che si sono menzionati, senza aver paura di dover adattare una disciplina che, come si è evidenziato, ben potrebbe rimanere «aperta».

Diversamente argomentando, volendo per esempio normare e tipizzare un numerus clausus di istituti, magari enfatizzando soluzioni che in realtà potrebbero essere utili solo per alcune realtà di grande richiamo, si rischierebbe di perdere la possibilità di stringere profittevoli accordi con privati, finanziatori o sponsor di vario genere. L'esito di quanto sopra ipotizzato, cioè il mancato accordo con chi potrebbe sovvenzionare o gestire, sarebbe negativo non solo e non tanto per il fallimento del

singolo progetto in sé, quanto per l'elevata probabilità di procurare un generale effetto disincentivante, con il risultato di rendere difficile la sopravvivenza proprio di quei beni culturali (quelli meno noti ma di sicuro valore) che, costituendo il patrimonio diffuso delle nostre collettività locali, richiederebbero invece un'attenzione particolare, magari mediante una personalizzazione delle procedure e delle convenzioni.

Si potrebbe obiettare, a quanto sopra esposto, che in realtà gli investitori richiedono regole certe, quindi occorrono norme, procedure, tipizzazioni. E' sicuramente vera la prima proposizione (esigenza di certezze, di affidamento), ma è tutto da dimostrare che sia attendibile la seconda affermazione (circa la tipizzazione). Non solo: ma non è la stessa proliferazione di norme (comunitarie, nazionali, regionali, di rango primario, secondario, soft law) che, a volte, costituisce proprio la causa della vituperata assenza di certezze?

Probabilmente, ma qui il giurista si ferma, le certezze di cui vi sarebbe bisogno per tutelare l'affidamento - e per addivenire a convenienti iniziative di valorizzazione - sono proprio le citate competenze plurisettoriali, la capacità progettuale e la serietà di chi negozia. Diversamente ci si esporrebbe in ogni caso, come avvenuto per la contrattualistica pubblica nel recente passato, a fenomeni di azzardo morale (se non proprio corruttivi), di degrado e di spesa fuori controllo.

Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, della Costituzione **di Giampiero Veronesi**

1. Premessa

La recente riforma del Titolo V della Costituzione e l'incerta formulazione del suo art. 120, comma 2, mi spingono a riprendere l'argomento dei poteri sostitutivi dal punto in cui lo avevo lasciato nel numero 1/2001 di questa Rivista. Ritengo superfluo, quindi, tornare su quelle stesse premesse già sviscerate ed alle quali mi permetto di rinviare (1)¹⁷. Il problema che ora mi trovo ad affrontare è ben più importante, infatti, di quello di allora: oggi non si tratta di capire come applicare in modo corretto un articolo di legge sulla base delle interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali esistenti, ma si tratta, invece, di capire ciò che è costituzionalmente esistente per poi individuare ciò che è costituzionalmente corretto.

¹⁷ Per maggiori approfondimenti sul dibattito dottrinale esistente in merito al regime del potere sostitutivo prima dell'entrata in vigore della riforma costituzionale si veda "Il progetto di legge costituzionale recante modifiche al Titolo V della Parte seconda della Costituzione", a cura di A. FERRARA, L.R. SCIUMBATA, Consiglio Nazionale delle Ricerche (Istituto di Studi sulle Regioni "Massimo Severo Giannini"), Osservatorio sul processo di riforma dell'ordinamento regionale, Atti del Seminario, Roma, 29 settembre 2000.

Non è una differenza di poco conto se si pone mente al fatto che nella riforma della Parte seconda del Titolo V della Costituzione, anche sulla base degli orientamenti dottrinali più recenti, l'articolo avente la formulazione più "incerta" risulta essere proprio l'art. 120, comma 2 (2)¹⁸.

Prima di addentrarmi nell'analisi del nuovo regime costituzionale caratterizzante i poteri sostitutivi, però, ritengo non siano peregrine alcune brevi osservazioni sul contesto amministrativo, costituzionale ed anche politico, nel quale la riforma del Titolo V in generale, e del nuovo art. 120, comma 2, in particolare, si inseriscono: l'ambizioso obiettivo è quello di dare un modesto contributo alla comprensione di una norma costituzionale rispetto alla quale non si riuscirebbero a cogliere gli aspetti essenziali se prima non se ne conoscessero le premesse di fondo ed il contesto nel quale è stata inserita (3)¹⁹.

Occorre partire da un dato di tipo politico noto a tutti, il quale ha creato buona parte della polemica attualmente esistente sulla riforma del Titolo V della Costituzione: l'intera riscrittura dell'ordinamento delle Regioni e delle Autonomie locali è stata approvata con il solo voto favorevole dell'attuale maggioranza, il che sia alla Camera sia al Senato ha portato a raggiungere "di misura" il quorum richiesto.

Si tratta, per intenderci, di un atto riferibile alla sola maggioranza e perciò senza precedenti nella storia delle revisioni costituzionali del nostro Paese. La vera questione, però, non è solo nella maggioranza con cui si sono approvate le modifiche costituzionali ma, a ben vedere, nel significato di queste ultime e nel ruolo riconosciuto alle norme costituzionali di cui le procedure di votazione costituiscono non una premessa, ma una conseguenza.

Questo è il discorso in termini di principi; può, però, risultare utile ripercorrere brevemente anche i tre casi di modifica costituzionale che si sono avuti nell'ultima legislatura:

1. con il primo (legge costituzionale n. 1 del 1999) si è ritoccata la forma di Governo regionale in senso presidenziale provvedendo a ridefinire, in termini notevolmente più ampi, l'autonomia statutaria delle Regioni ordinarie;
2. con il secondo (legge costituzionale n. 2 del 1999) si sono inseriti i principi del "giusto processo" nel titolo delle norme sulla giurisdizione, riformulando l'art. 111 della Costituzione;

¹⁸ Sull'art. 120, comma 2, Cost., mi sia concesso, per completezza espositiva, un generale richiamo all'ampio e puntuale commento di C. MAINARDIS, I poteri sostitutivi statali: una riforma costituzionale con (poche) luci e (molte) ombre, in *Le Regioni*, 2001, n. 6.

¹⁹ (3) Uno dei maggiori problemi riscontrati nella stesura del presente contributo, è stato certamente la necessità di un aggiornamento quasi quotidiano rispetto ad una problematica in continuo divenire, come è quella della costituzionalizzazione dei poteri sostitutivi. Ritengo utile, quindi, riportare l'indirizzo del sito internet ove sono reperibili i resoconti stenografici delle sedute tenutesi all'interno della I Commissione Permanente del Senato della Repubblica (Affari costituzionali, Affari della Presidenza del Consiglio e dell'interno, Ordinamento generale dello Stato e della Pubblica amministrazione), aventi ad oggetto "Indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del Titolo V della Parte II della Costituzione": <http://www.parlamento.it/att/resocon/home.htm>.

3. con il terzo (legge costituzionale n. 1 del 2001), si è provveduto alla riscrittura dell'intero Titolo V della Carta costituzionale, vale a dire dell'ordinamento delle Regioni e degli enti territoriali con l'aggiunta di due importanti disposizioni transitorie e finali.

Se, da un lato, i principi del "giusto processo" possono forse ritenersi la mera esplicitazione di canoni generali già presenti all'interno del nostro ordinamento costituzionale, non c'è dubbio che l'introduzione della forma di Governo presidenziale

nelle Regioni e il nuovo testo del Titolo V della Costituzione, costituiscano vere e proprie riforme costituzionali.

Indubbiamente, vi erano molte ed importanti ragioni a fondamento della necessità di riscrivere il Titolo V della Costituzione, prima tra tutte quella di assicurare un forte legame alle riforme amministrative delle leggi cd. "Bassanini": tutto questo, però, rimane sul piano del merito politico. Sul piano amministrativo, invece, resta il fatto che un'importante riforma della Costituzione è nata, come dicevo, in un Parlamento che ha visto il voto favorevole di una parte sola, con una chiara rottura rispetto al principio della netta separazione tra il livello di confronto tra le parti ed il livello delle sue regole e dei suoi principi.

La riforma del Titolo V della Costituzione, peraltro, è stata oggetto di numerose critiche relativamente a sue lacune ed imperfezioni: le ragioni di tali lacune ed imperfezioni, conseguenti anche ai modi ed ai tempi dell'approvazione della riforma, sono ben note (e su questo, quindi, credo non sia opportuno dilungarsi) (4)²⁰.

Ritengo comunque opportuno osservare che, così come nessuna legge è perfetta, lo stesso vale per le Costituzioni: oggi, questa è la Costituzione vigente, e la buona riuscita di una Costituzione dipende, forse, più che dalla perfezione della sua redazione, da come viene attuata e dall'impegno che in ciò viene profuso da chi ha responsabilità attuative, dal legislatore agli interpreti. A supportare le mie affermazioni, ricordo che la Costituzione di Weimar, pur di pregevole fattura, ha avuto la triste sorte che tutti conosciamo; al contrario, la causa della fortuna della Costituzione americana non mi pare risieda nella perfezione e nel modo in cui è stata scritta.

Lo sforzo attuale, a mio avviso, non è tanto quello di mettere in luce e rimarcare le imperfezioni, quanto trovare soluzioni concrete e immediate per cercare di fare funzionare il sistema: probabilmente ci sono aspetti che non si potrà fare a meno di correggere, ma questo, per ora, credo sia un problema da accantonare nei limiti del possibile.

²⁰ (4) Per una prima ed approfondita lettura della riforma costituzionale del Titolo V si veda *Le autonomie territoriali: dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale*, a cura di G. BERTI e G.C. DE MARTIN, Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", Quaderno n. 20, Milano, 2001. La riforma del Titolo V – IV Parte 737

Rimettere troppo di frequente in discussione un testo costituzionale, infatti, finisce con il ledere la stessa Costituzione, indebolendone il valore simbolico ed il ruolo di fattore di integrazione politica. Probabilmente, invece, occorre concentrarsi al fine di non perdere questa “seconda occasione”.

La Costituzione del 1948, infatti, nel suo impianto originario ha voluto realizzare una democrazia pluralista: questo modello affondava le sue radici in due parti ben precise della Costituzione, vale a dire la disciplina dei diritti delle persone e dei gruppi e la disciplina dell'autonomia degli enti territoriali contenuta nel Titolo V. Su questo secondo terreno, in particolare, l'attuazione del testo originario non è stata delle più felici a causa di molteplici fattori: tutto questo ha determinato la necessità di modificare un testo che forse, se fosse stato attuato più felicemente, avrebbe dato migliori risultati. Ora, come dicevo, abbiamo una seconda occasione che si spera non venga persa.

2. La natura politico-amministrativa dell'art. 120, comma 2, della Costituzione

Entrando nel merito dell'art. 120, comma 2, della Costituzione, occorre in primo luogo capire se, oltre a quella amministrativa in senso stretto, vi sia un'eventuale connotazione politica con riferimento all'intervento sostitutivo dello Stato nei confronti di Regioni ed enti locali, partendo proprio da quella parte dell'art. 120 in cui si prevede che “il Governo può sostituirsi ad organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni (...)” (5)²¹.

La questione non è di poco conto se si pone mente, in particolare, alla possibilità o meno, a seconda della tesi sposata, di esercitare il controllo giurisdizionale in ordine ai contenuti dei provvedimenti adottati nonché alla doverosità o meno dell'intervento statale (6)²².

Un'interpretazione della norma che riconoscesse la natura politica dell'esercizio del potere sostitutivo, peraltro, non sarebbe del tutto peregrina: oltre alla formulazione della norma in senso stretto, infatti, militerebbe l'ulteriore elemento in base al quale il legislatore ha voluto riconoscere come facoltativo e non obbligatorio, il potere dell'Esecutivo di intervenire in via surrogatoria (7)²³. Indubbiamente, quindi, il

²¹ (5) In merito alla problematica inerente l'effettuazione di un unico richiamo indistinto a Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni, si veda T. GROPPI, M. OLIVETTI, *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, Giappichelli, 2002. Gli autori, infatti, sostengono che “può apparire in controtendenza la concentrazione in capo al Governo del potere di sostituzione nei confronti di qualunque ente territoriale, rispetto ad una possibile soluzione alternativa che individui nel livello territoriale di governo immediatamente superiore il soggetto in grado di supplire alle omissioni del livello inferiore. Sul punto, la legge prevista dall'ultimo comma dell'art. 120 Cost., è chiamata ad introdurre importanti elementi di chiarificazione, introducendo, auspicabilmente, tutte le volte in cui ciò sia possibile, la previsione di interventi sostitutivi del livello territoriale di governo immediatamente superiore a quello rimasto inerte e, solo nel caso d'inattività anche di questo, del livello ulteriore, prevedendo l'intervento del Governo come ipotesi di chiusura del sistema, oltre che, dicura di interessi infrazionabili ed urgenti”.

²² (6) Su questo specifico punto si veda B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma*

²³ (7) In tal senso si veda C. MAINARDIS, op. cit., in *Le Regioni*, 2001, n. 6.

parametro di riferimento pare essere, nel caso di specie, quello della discrezionalità politica.

Ragionando in astratto, e forse in modo provocatorio, si potrebbe ipotizzare un sistema centro-periferia che consenta allo Stato di intervenire sulle inerzie di Regioni ed enti locali in base ad un potere politico e non giuridico (e quindi, come tale, un potere sottratto a qualsivoglia sindacato di legittimità).

D'altro canto, una tesi di questo tipo potrebbe costituire, probabilmente, una forzatura giuridica in senso stretto.

Infatti, occorre rilevare come, in primo luogo, se l'intervento statale avesse natura politica, non esisterebbe nessuna forma di controllo e nessun sindacato sulle scelte di merito e sulla discrezionalità dell'intervento, fatto salvo per quello legato alla mera responsabilità politica del Governo nei confronti delle Camere (con una chiara esclusione, peraltro, del ruolo delle Regioni direttamente interessate).

In tal senso, inoltre, mi pare troppo labile il richiamo dellanorma in questione ai principi di "sussidiarietà" e "leale collaborazione"⁽⁸⁾²⁴. Ora, non nascondo un certo imbarazzo nel dovere affrontare una norma che, se da un lato non si presta fattualmente

ad un'interpretazione in senso politico della sostituzione operata dal Governo (la quale, per inciso, porrebbe una serie innumerevole di problemi a livello interpretativo), dall'altro, però, si presta a tale suddetta interpretazione sotto il profilo letterale.

Infatti, ed ancora, se da un lato una soluzione di questo tipo potrebbe rappresentare una via percorribile, la quale concretizzerebbe un modello di regionalismo realmente cooperativo, limitando l'eventuale intervento della Corte Costituzionale che non potrebbe investire il merito del provvedimento adottato dal Governo, dall'altro, sarebbe quantomeno incoerente ipotizzare un assetto dei rapporti tra Stato, Regioni ed enti locali che preveda forti poteri di intervento politico dello Stato che non fossero controbilanciati da un effettivo coinvolgimento di Regioni ed enti locali.

Certamente, comunque, l'ipotesi della natura politica dell'intervento sostitutivo del Governo, incontrerebbe un chiaro ostacolo nei casi di sostituzione amministrativa in senso stretto: in particolare, mi riferisco alla questione della tutela della sfera giuridica dei soggetti privati, i quali non potrebbero contestare l'intervento sostitutivo, nella misura in cui avessero un interesse a farlo, in quanto lo stesso

²⁴ (8) In tal senso, forse, può essere utile menzionare l'espressione letterale utilizzata nel comma 1 dell'art. 6, del d.d.l. cd. "La Loggia" nella sua terza versione (che avrò modo di commentare nel prosieguo della mia trattazione): l'inserimento (non previsto nell'art. 5 del d.lgs. n. 112 del 1998) della dicitura "anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali", con riferimento alla fissazione di un congruo termine a favore dell'ente interessato per provvedere all'adozione degli atti dovuti o necessari, infatti, riconosce a Regioni ed enti locali un potere equivalente a quello della "proposta del Ministro competente" nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri sempre al fine di fissare il congruo termine a provvedere per l'ente interessato. L'inserimento di una dicitura di questo tenore, forse, risulterebbe essere sufficientemente rafforzativa del ruolo delle Regioni rispetto al procedimento di adozione di provvedimenti sostitutivi da parte del Governo.

sarebbe espressione, appunto, di una discrezionalità politica (9²⁵). In tal senso, infatti, pare francamente poco condivisibile la conseguenza primaria del suesposto assunto: i soggetti privati, in sostanza, non disporrebbero di nessun mezzo di tutela a fronte del provvedimento sostitutivo adottato dal Governo. D'altro canto, un dato mi pare difficilmente contestabile: sulla base del tenore letterale della norma, ed in caso di intervento sostitutivo che non incida sulla sfera giuridica di soggetti privati, diviene piuttosto difficile sconfessare la tesi secondo cui sarebbe concepibile, in ipotesi, un intervento sostitutivo di origine politica da parte del Governo, almeno in ordine alla decisione sul se intervenire o meno.

In conclusione, quindi, anche sulla base della formulazione letterale dell'art. 120, comma 2, non è del tutto peregrino sostenere, a mio avviso, che la funzione di intervento sostitutivo del Governo può essere interpretata come espressione di un potere politico, fatte salve, chiaramente, le summenzionate ipotesi di sostituzione amministrativa in senso stretto che comportino l'adozione di un atto che incida sulla sfera giuridica di soggetti terzi (10)²⁶. In tal senso, comunque, non vorrei essere frainteso: mi rendo conto che tale tesi sia, sotto il profilo fattuale, difficilmente condivisibile (ed anzi, mi rendo anche conto dei suoi tanti limiti interpretativi); ma in questa sede mi limito a rilevare come altro è il dato fattuale e altro è il dato letterale che, al contrario, supporta piuttosto bene la tesi della sostituzione intesa come intervento politico. Anche questa specifica riflessione, forse, si ascrive alla più ampia problematica inerente la difficile interpretazione dell'art. 120, comma 2: una semplice constatazione, questa, sulla quale forse varrebbe la pena riflettere attentamente (11)²⁷.

3. Le tipologie sostitutive con riferimento al ruolo delle Regioni interessate

Un'ulteriore questione interpretativa, concerne la portata dell'esercizio del potere sostitutivo statale nei confronti delle Regioni (12)²⁸: più precisamente, ci si domanda se tale potere possa essere esercitato solo nei confronti di inerzie amministrative, oppure anche nei confronti di inerzie legislative (13)²⁹.

Riaffiora, quindi, in un certo senso, la problematica inerente la natura politica o meno del potere sostitutivo contenuto nel titolo V della Costituzione (14)³⁰.

²⁵ (9) Su questo punto, cfr. C. MAINARDIS, op. cit., in *Le Regioni*, 2001, n. 6.

²⁶ (10) Parzialmente diversa è la tesi di C. MAINARDIS, op. cit., in *Le Regioni*, 2001, n. 6, alla quale sia consentito rinviare.

²⁷ (11) Per un approfondimento della problematica si veda G. ROLLA, *Diritto regionale e degli enti locali*, Milano, Giuffrè, 2002; C. MAINARDIS, op. cit., in *Le Regioni*, 2001, n.6.

²⁸ (12) Con riferimento alla distinzione tra potere sostitutivo esercitato nei confronti delle Regioni e potere sostitutivo esercitato nei confronti delle Province e dei Comuni, si veda ampiamente G. ROLLA, op. ult. cit., Milano, Giuffrè, 2002.

²⁹ (13) In tal senso si veda anche T. GROPPi, M. OLIVETTI, op. cit. *La riforma del Titolo V – IV Parte* 741 nuovo art. 120, comma 2, Cost.

³⁰ (14) Su questa specifica problematica si veda, B. CARAVITA, op. cit.

Occorre immediatamente chiarire come le due succitate forme di inerzia regionale siano molto differenti l'una dall'altra: nel primo caso, infatti, si parla di una funzione strettamente giuridica, mentre nel secondo caso ci riferiamo ad una funzione latamente politica; ancora, nel primo caso ci riferiamo ad un potere statale che sfocia in un provvedimento amministrativo (quello omesso dalla Regione), la cui adozione è giuridicamente vincolata dalla legge, nel secondo caso, invece, ci riferiamo ad un intervento legislativo dello Stato che, in quanto tale, non è sottoposto a vincoli perché frutto di una scelta politica discrezionale (15)³¹.

Un primo dato da cui partire per una riflessione di ampio respiro su questo specifico punto, può essere l'individuazione della natura implicita od esplicita del fondamento di una potestà legislativa in via sostitutiva da parte dello Stato nei confronti della competenza legislativa (anche esclusiva) delle Regioni all'interno della Carta costituzionale.

È appena il caso, infatti, di rilevare che lo stesso legislatore costituente, pur eliminando la formula degli "interessi nazionali", ha sempre inserito sia nell'art. 120, comma 2, Cost., sia nell'art. 117 Cost., alcune ipotesi precise che legittimano l'intervento dello Stato a scapito dell'autonomia delle Regioni.

Tutte le suddette ipotesi, peraltro, fanno riferimento ad esigenze unitarie che devono essere tutelate e che corrispondono, di fatto, ad altrettante declinazioni dell'"interesse nazionale": in tal senso, conseguentemente, si potrebbe anche omettere una disposizione costituzionale che preveda un potere sostitutivo statale di tipo legislativo, trovando quest'ultimo il proprio fondamento nell'art. 5 Cost. (16)³².

Orbene, prescindendo dalla questione del fondamento costituzionale di una potestà sostitutiva statale di tipo legislativo, è comunque fuor di dubbio che tale potestà non possa trovare il proprio fondamento nell'art. 120, comma 2, Cost.: in realtà, infatti, anche ad ammettere che un intervento sostitutivo statale di tipo legislativo venga introdotto, lo stesso può essere riferito esclusivamente ad inadempienze regionali nell'attuazione e nell'esecuzione di accordi internazionali ed obblighi comunitari ex art. 117, comma 5, Cost..

³¹ (15) In particolare, su queste distinzioni, G. ROLLA, op. cit.

³² 16) Su questo punto, in particolare, si veda C. MAINARDIS, op. cit.

Il dato decisivo, con riferimento a quest'ultimo assunto, è dato anche dal fatto che l'art. 120, comma 2, Cost., assegna la titolarità del potere sostitutivo in capo al Governo (e non allo Stato genericamente): quindi, o si afferma che il Governo può adottare provvedimenti sostitutivi rispetto ad una legge regionale, oppure occorre riconoscere che il potere sostitutivo summenzionato non riguarda inerzie di tipo legislativo bensì solo di tipo amministrativo. Ancora, l'art. 120, comma 2, Cost., individua indistintamente i destinatari del potere sostitutivo statale nelle Regioni, nelle Città Metropolitane, nelle Province e nei Comuni (senza nessuna distinzione tra Regioni ed enti locali): in tal senso, quindi, risulta chiaro ancora una volta che, quantomeno nei confronti degli enti locali, è ipotizzabile solo ed esclusivamente una forma di sostituzione di tipo amministrativo, essendo quella di tipo legislativo una prerogativa riservata alle Regioni. Il fatto che il legislatore costituzionale abbia omesso una netta differenziazione tra Regioni ed enti locali, pare conseguentemente debba essere interpretato come una chiara volontà di comune sottoposizione ad un'unica funzione sostitutiva statale di tipo amministrativo.

Un ultimo argomento a sostegno della tesi suesposta, è quello in base al quale l'art. 117, comma 5, Cost., che si riferisce ai poteri sostitutivi statali in ipotesi di inadempimenti regionali nell'attuazione e nell'esecuzione di accordi internazionali ed obblighi comunitari, individua chiaramente nello Stato (e non certo nel Governo) il soggetto titolare del potere sostitutivo: ma ecco che allora, a differenza di quanto previsto dall'art. 120, comma 2, Cost., solo nella specifica ipotesi contemplata dall'art. 117, comma 5, Cost. (il quale, peraltro, non si richiama al principio di leale collaborazione avente rango costituzionale), si potrà ipotizzare la possibile introduzione di un potere sostitutivo di tipo legislativo.

In conclusione, quindi, anche sulla base dei suesposti argomenti, mi pare che la tesi più sostenibile e coerente sia quella che individua nell'art. 120, comma 2, Cost., un potere sostitutivo statale di tipo amministrativo nei confronti delle Regioni: rimane configurabile (a titolo di eccezione) una sola ipotesi di potere sostitutivo statale di tipo legislativo, e cioè quella che si riferisce agli obblighi internazionali e comunitari di cui all'art. 117, comma 5, Cost.. Se si volesse, invece, avallare l'ipotesi della natura legislativa del potere sostitutivo dello Stato nei confronti delle Regioni, occorrerebbe trovare un diverso fondamento costituzionale (esplicito o implicito) come già accennato in precedenza.

4. Il potere sostitutivo dello Stato inteso come intervento surrogatorio che prescinde dall'inadempimento regionale: l'urgenza a provvedere

Ritengo opportuno, ora, affrontare un'ulteriore questione concernente la natura del potere sostitutivo di cui al nuovo art. 120, comma 2, Cost.: chiarire essenzialmente, cioè, se si tratti di un potere sostitutivo in senso stretto, oppure se si tratti di un potere sostitutivo in senso generico il quale prescinde da eventuali inadempimenti delle autonomie locali .

Occorre, infatti, rilevare, in premessa, che nella nuova disposizione costituzionale (a differenza di quanto avvenuto per l'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 112 del 1998) non si parla espressamente di “inerzie” o “inadempimenti” da parte degli enti sostituiti come presupposto per l'esercizio del potere sostitutivo statale.

Su questo punto, la giurisprudenza costituzionale si è storicamente assestata su una posizione di tolleranza, secondo la quale situazioni di emergenza giustificano effettivamente eventuali compressioni dell'autonomia regionale, previa verifica della congruità e della proporzionalità dell'intervento statale e del rispetto del principio di leale collaborazione .

Venendo agli interventi statali sostitutivi dettati dall'urgenza a provvedere, intesa come necessità di perseguire immediatamente uno degli interessi sottesi alla sostituzione a prescindere dal verificarsi di un'inerzia regionale, occorre ricordare come il nuovo art. 120, comma 2, Cost., si inserisca in una fattispecie amministrativa ove, di fatto, esiste una legislazione ordinaria da tempo in vigore.

Partendo da queste premesse, occorre sottolineare come siano due le possibili interpretazioni dell'art. 120 comma 2, Cost., in merito alla fattispecie ad oggetto: da una parte si potrebbe affermare, infatti, che il nuovo art. 120, comma 2, Cost., non introduce nuovi poteri in capo allo Stato ma, al contrario, copre costituzionalmente dei poteri statali già introdotti con legge ordinaria compatibile con la stessa Costituzione (mi riferisco, ancora una volta, all'art. 5 del d.lgs. n. 112 del 1998, ed in particolare

al suo comma terzo), dall'altra, però, si potrebbe affermare che l'art. 120, comma 2, Cost., laddove demanda ad una legge ordinaria la disciplina delle procedure per l'esercizio dei poteri sostitutivi, impone l'adozione di una nuova legge statale che renda operativa la fattispecie concreta . La scelta per una delle due tesi summenzionate, si badi, non è scevra da implicazioni di grossa portata: nell'un caso, infatti, ci si potrebbe spingere a riconoscere in capo allo Stato un potere di enorme peso, che si concretizzerebbe in una forma di competenza alternativa in via d'urgenza rispetto ai poteri riconosciuti alle Regioni, nell'altro, al contrario, sarebbe possibile configurare solo una peculiare procedura per l'adozione di atti sostitutivi di particolare urgenza.

A prescindere, comunque, dalle diverse posizioni, è stato ampiamente argomentato come l'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 112 del 1998, potrebbe effettivamente individuare una fattispecie del tutto autonoma di potere sostitutivo dello Stato, con i suoi presupposti specifici e la sua procedura ad hoc: infatti, la disposizione riconosce al Consiglio dei ministri il potere di adottare direttamente l'atto senza bisogno di nominare previamente

un commissario ad acta (a differenza di quanto previsto per gli atti sostitutivi in senso proprio).

Peraltro, questa impostazione sarebbe comunque in linea con l'orientamento della giurisprudenza costituzionale anche sotto l'aspetto dei rapporti tra l'autonomia regionale e gli interventi statali dettati da ragioni d'urgenza.

Secondo la tesi opposta, invece, non sarebbe configurabile, sulla base del disposto dell'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 112 del 1998, un intervento statale il quale, sebbene supportato dall'urgenza a provvedere, non fosse sostitutivo in senso stretto (nemmeno alla luce dell'introduzione di una norma di rango costituzionale come l'art. 120, comma 2, cost). Occorre allora evidenziare un dato di estrema importanza rispetto alla problematica che si affronta: il riferimento al fondamento normativo dell'art. 5, d.lgs. n. 112 del 1998, contenuto nella legge statale di delega, e precisamente nell'art. 3, comma 1, lett. c), legge n. 59 del 1997, si riferisce espressamente ad esse contenuto (anche se poi le condizioni ed i criteri direttivi che tali leggi dovranno seguire sono diversi nei due casi). Un primo problema da affrontare concerne la possibilità o meno di raccordare tra loro le due norme costituzionali fino all'ottenimento di una sola tipologia di potere sostitutivo, il cui esercizio sia concretamente disciplinato "inadempimenti" delle Regioni e degli enti locali a fronte dei quali scattano gli interventi sostitutivi statali.

Ecco che allora, però, un dato diviene palese: un'interpretazione dell'art. 5, comma 3, che miri a legittimare interventi statali d'urgenza svincolati da inerzie regionali appare senz'altro in contrasto con la legge statale di delega, profilando quindi un possibile vizio di incostituzionalità.

L'art. 5, pertanto, parrebbe del tutto privo di un fondamento normativo nella legge statale di delega qualora lo si intendesse rivolto a disciplinare poteri statali di natura diversa. statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998 di attuazione della legge Bassanini n. 59 del 1997

In conclusione, se si accogliesse la tesi per cui l'art. 120, comma 2, Cost., potrebbe trovare immediata applicazione attraverso la legge ordinaria già in vigore, si dovrebbe comunque riconoscere che dai dati normativi esistenti non è comunque legittimo configurare un potere di intervento statale di natura surrogatoria del tutto sganciato da inerzie o inadempimenti regionali imposti dalla legge, nonostante il presupposto dell'urgenza a provvedere (anche se, ritengo opportuno chiarirlo quantomeno per "onestà interpretativa", la nuova – ed infelice – formulazione dell'art. 120 comma 2, Cost., si presta anche ad una possibile interpretazione in senso opposto). Si tenga comunque conto, infine, che sarebbe possibile (in un futuro non troppo lontano), che l'art. 120, comma 2, Cost., legittimasse di per sé interventi statali surrogatori sganciati da inerzie regionali tramite una legge ordinaria che ne disciplinasse le procedure. A complicare un quadro interpretativo già di per sé difficile, rimangono le posizioni contraddittorie della giurisprudenza costituzionale, che potrebbero consentire interpretazioni difformi da quella che ho appena esposto e che può essere così riassunta: mi pare preferibile la tesi secondo la quale l'art. 120, comma 2, Cost., laddove prevede di disciplinare i poteri sostitutivi dello Stato, deve

essere interpretato con riferimento ad ipotesi di sostituzione amministrativa in senso stretto, senza potere configurare un potere statale d'intervento surrogatorio rispetto alle competenze regionali e motivato, in particolare, dall'urgenza a provvedere. A questa riflessione, però, deve esserne affiancata un'altra: il tenore letterale dell'art. 120, comma 2, Cost. (così come visto nel paragrafo precedente), consentirebbe anche una possibile interpretazione in senso opposto, permettendo allo Stato di utilizzare poteri sostitutivi genericamente surrogatori di competenze regionali sulla falsariga dell'urgenza a provvedere.

Questo è un dato di enorme importanza che credo meriterebbe, ancora una volta, un'accurata riflessione anche da parte del nostro legislatore .

5. Differenze e problematiche applicative del potere sostitutivo contenuto nell'art. 117, comma 5, Cost., e nell'art. 120, comma 2, Cost.

Ritengo opportuno, a questo punto, effettuare una succinta analisi dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali contenuti nell'art. 117, comma 5, Cost., e nell'art. 120, comma 2, Cost., con una preliminare avvertenza: considerato l'oggetto della presente trattazione, l'analisi della relativa problematica avrà come riferimento primario l'art. 120, comma 2, Cost., e solo laddove necessario, verranno effettuati precisi richiami ad altre disposizioni costituzionali (27)³³.

In premessa, occorre ricordare come tanto i vincoli comunitari quanto gli obblighi internazionali, anche alla luce dell'intero complesso normativo, si pongano essenzialmente come due nuovi elementi di unificazione.

Questo concetto, è avallato, in primis, dal fatto che essi si posizionano su diversi piani: quello della partecipazione alla formazione degli atti normativi comunitari (art. 117, comma 5, Cost.); quello dell'attuazione e dell'esecuzione degli atti europei nonché degli accordi internazionali (ancora art. 117, comma 5, Cost.); ed, infine, quello del mancato rispetto di norme e trattati ovvero di normativa comunitaria (art. 120, comma 2, Cost.).

In secondo luogo, dal fatto che, quantomeno con riferimento al potere sostitutivo, questi problemi riguardano anche soggetti in parte diversi, sia con riferimento a coloro che possono adottare gli atti sia con riferimento a coloro che, rispetto a quegli atti, sono considerati i diretti destinatari. Occorre, infatti, ricordare che, con riferimento allo specifico ambito del potere sostitutivo previsto dall'art. 117, comma 5, Cost., i destinatari degli atti relativi (intesi come i soggetti che possono essere "effettivamente sostituiti") sono solo le Regioni, mentre il titolare del potere sostitutivo non è specificato. Al contrario, nell'ambito del potere sostitutivo disciplinato dall'art. 120, comma 2, Cost., i destinatari degli atti (e cioè, ancora una

³³ (27) In tal senso, per approfondire la differenza tra il potere sostitutivo derivante da inadempimento c.d. "fisiologico" di cui all'art. 120, comma 2, Cost., ed il potere sostitutivo derivante da inadempimento cd. "patologico" di cui all'art. 117, comma 5, Cost., si veda B. CARAVITA, op. cit.

volta, i soggetti che possono essere “effettivamente sostituiti”) sono gli organi delle Regioni ma anche dei Comuni, delle Province, delle Città metropolitane; inoltre, a differenza dell’art. 117, comma 5, Cost., il titolare del potere sostitutivo è esplicitamente individuato nel Governo.

Fatta questa doverosa premessa, vediamo ora più analiticamente sia il potere sostitutivo previsto dall’art. 117, comma 5, Cost., sia quello disciplinato dall’art. 120, comma 2, Cost.

Come ricordato precedentemente, le formulazioni adottate nelle due disposizioni presentano considerevoli differenze. L’art. 117, comma 5, Cost., fa riferimento ad un potere sostitutivo senza individuarne il titolare, mentre l’art. 120, comma 2, Cost., disciplina il potere sostitutivo con riferimento al Governo.

Ancora, l’art. 117, comma 5, Cost., fa riferimento ad un potere sostitutivo che deve essere esercitato in caso di inadempienza delle Regioni rispetto all’attuazione ed all’esecuzione di accordi internazionali o di atti comunitari; l’art. 120, comma 2, Cost., invece, fa riferimento ad un potere sostitutivo da esercitarsi nei confronti degli organi delle Regioni, delle Province, delle Città metropolitane e dei Comuni, nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria.

Ambedue le disposizioni, infine, fanno riferimento ad una legge statale che disciplinerà l’esercizio del potere sostitutivo in nello stesso modo. Con riferimento a questo primo interrogativo, il dibattito è stato piuttosto fumoso, nel senso che la maggioranza degli intervenuti, preso atto delle difficoltà di armonizzare fra loro due disposizioni considerevolmente differenti, ha (nonostante questo) genericamente concluso nel senso di considerare unico (o comunque unificabile) il potere sostitutivo previsto dalle due norme costituzionali.

Questa tesi potrebbe anche essere confortata da una futura legislazione statale che disciplinasse, con forme e modalità sostanzialmente identiche, il potere sostitutivo di cui all’art. 117, comma 5, Cost., e quello fondato invece sull’art. 120, comma 2, Cost.: tuttavia, ad avviso di chi scrive, tale soluzione non sarebbe probabilmente né la migliore né la più rispondente al vero contenuto delle due disposizioni.

L’art. 117, comma 5, Cost., infatti, sembra riguardare essenzialmente gli eventuali inadempimenti da parte del potere normativo regionale, mentre l’art. 120, comma 2, Cost. (sia per la sua collocazione sia per il suo contenuto normativo) parrebbe riferirsi agli atti ed alle attività degli organi delle Regioni e degli altri enti territoriali richiamati dalla stessa disposizione.

Rispetto a questa ricostruzione si potrebbe obiettare che l’art. 117, comma 5, Cost., riguarda genericamente le Regioni e le Province autonome, senza uno specifico riferimento alla loro attività normativa, e che, inoltre, il potere sostitutivo, anche in questa disposizione, è previsto per l’inadempimento riconducibile ad atti che sono qualificati come normativi solo quando ci si riferisce a quelli comunitari, ma non quando ci si richiama a quelli di carattere internazionale.

Per contro, però, si può rispondere che, rispetto alla suesposta tesi, non viene in rilievo la natura dell'atto rispetto al quale si determina l'inadempimento: ciò che conta, invece, è la natura dell'inattività che causa il verificarsi dell'inadempimento stesso.

Ciò che qui si sostiene, infatti, è che l'art. 117, comma 5, Cost., si riferisce solo agli atti normativi del legislatore regionale.

Questa disposizione, quindi, troverebbe la sua giustificazione proprio nel riferimento a quanto disposto dallo stesso art. 117, comma 1, Cost., e ribadito al comma 5.

Le due norme, infatti, indicano chiaramente il rapporto diretto che nel nuovo sistema si instaura tra fonti comunitarie (o accordi internazionali) ed attività legislativa delle Regioni.

Contrariamente a quanto detto sopra, invece, il potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost., riguarda ogni attività non legislativa che, indipendentemente dall'organo regionale o locale che la pone in essere, determini il mancato rispetto di norme comunitarie o internazionali.

Peraltro, mi pare che solo seguendo questa ricostruzione si possa dare un significato coerente all'esistenza delle due disposizioni, ed anche alle differenze che ne caratterizzano il contenuto:

solo in questo modo appare comprensibile, infatti, perché il potere sostitutivo sia intestato al Governo nell'ipotesi di cui all'art. 120, comma 2, Cost., e non in quella di cui all'art. 117, comma 5, Cost.

Se il Governo in quanto tale, infatti, non può sostituirsi all'inadempienza del legislatore, esso può, però, intervenire in sede di esercizio del potere sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost., rispetto ad atti degli organi regionali e territoriali che non abbiano carattere legislativo.

Esso, infatti, è certamente l'organo più adatto ad esercitare il potere sostitutivo quando sussista il mancato rispetto di norme comunitarie o internazionali conseguente all'attività non legislativa degli organi regionali e territoriali.

Parallelamente, inoltre, è solo con queste motivazioni che diventa comprensibile il motivo per cui il quinto comma dell'art. 117 Cost., non individua nominativamente tanto il soggetto quanto l'organo al quale spetta esercitare il potere sostitutivo (posto, infatti, che in questa ipotesi si tratterebbe essenzialmente di esercitare il potere sostitutivo nei confronti dell'inadempienza del legislatore, non sarebbe stato ammissibile, se non rischiando una grave rottura del sistema, individuare nel Governo l'organo costituzionalmente abilitato ad esercitare tale potere).

Lasciare innominato non solo l'organo, ma anche il soggetto che potrà esercitare tale potere, consente comunque alla legge statale di avere la massima libertà nell'individuare le soluzioni più opportune: soluzioni che, comunque, andranno cercate anche tenendo conto di quanto è stato detto con riferimento all'effetto unificante che i vincoli contenuti nell'art. 117, comma 1, Cost., e richiamati dall'art. 117, comma 5, Cost., determinano.

Con riferimento allo specifico contenuto di tali soluzioni, esse dovranno essere ricercate tenendo conto dell'estrema delicatezza richiesta nel sostituirsi al legislatore regionale: occorrerà, inoltre, la sicurezza che questa sostituzione sia organizzata in modo da non cozzare con il ruolo proprio della Corte costituzionale e del suo sindacato sulla legittimità delle leggi.

Concludendo, sarà necessario garantire, comunque e sempre, il massimo rispetto del ruolo delle Regioni e del legislatore regionale nel quadro di un ordinamento costituzionale che, sulla base dell'art. 114 Cost., equipara lo Stato e le Regioni (oltre che i Comuni, le Province e le Città metropolitane) quali elementi costitutivi della Repubblica.

6. Brevi note a margine dell'art. 5 del d.d.l. "La Loggia" recante "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3"

A completamento dell'analisi sull'art. 120, comma 2, Cost., ritengo opportuno un breve commento all'art. 5 ("Attuazione dell'art. 120 della Costituzione, sul potere sostitutivo") del d.d.l. "La Loggia" recante "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3".

Tale articolo, infatti, a fronte di alcuni possibili aspetti innovativi, presenta alcune parti di difficile interpretazione. In premessa, occorre ricordare (come dato generale) che il

Consiglio dei ministri del 19 aprile 2002 (n. 50), su proposta del Presidente del Consiglio e del Ministro per gli Affari regionali,

ha approvato, dopo una lunga fase di gestazione e di confronto con i rappresentanti delle autonomie locali, uno schema di disegno di legge con il quale si vorrebbe adeguare l'ordinamento della Repubblica alle modifiche introdotte al titolo V della Costituzione dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, dettando le norme necessarie per rendere operative le nuove funzioni delle Regioni e degli enti locali.

Il testo, trasmesso per il parere (ai sensi degli artt. 2, comma 3, e 9, comma 3, del d.lgs. n. 281 del 1997) alla Conferenza unificata, è stato sottoposto ad un primo esame nella seduta della Conferenza del 9 maggio 2002. Il disegno di legge predisposto dal Governo si compone di nove articoli che sotto vari aspetti prevedono le disposizioni per dare attuazione alla riforma, adeguando l'ordinamento repubblicano alle nuove norme costituzionali, salvo per quanto riguarda l'autonomia finanziaria degli enti locali, riservata ad altro provvedimento.

Venendo all'art. 5 in particolare, il suo comma 1, che ricalca interamente il contenuto dell'art. 5 del d.lgs. n. 112 del 1998, prevede che nei casi e per le finalità previsti dall'art. 120 della Costituzione, il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del ministro competente per materia, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, assegna all'ente interessato un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari.

Decorso inutilmente tale termine, il Consiglio dei ministri, sentito l'organo interessato, su proposta del ministro competente o del Presidente del Consiglio dei ministri, adotta il provvedimento ovvero nomina un apposito Commissario che provvede in via sostitutiva. Ove la situazione lo richieda, il Consiglio dei ministri può approvare un disegno di legge o un decreto legge per assicurare il conseguimento delle finalità suddette.

Tale formulazione, che riguarda in particolare (come detto sopra) il comma 1 dell'art. 5, non può essere esente da alcune osservazioni di merito.

In primo luogo, pare apprezzabile l'inserimento (non previsto nell'art. 5 del d.lgs. n. 112 del 1998) della dicitura "anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali", con riferimento alla fissazione di un congruo termine, a favore dell'ente interessato, per provvedere all'adozione degli atti dovuti o necessari.

Tale dicitura, infatti, riconosce a Regioni ed enti locali un potere equivalente a quello della "proposta del Ministro competente" nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri al fine della fissazione del congruo termine a provvedere per l'ente interessato. A ben vedere però, a fronte di una buona valorizzazione del ruolo di Regioni ed enti locali nell'utilizzo del potere sostitutivo, occorre rilevare come, in realtà, tale dicitura non sia del tutto nuova: il procedimento di coinvolgimento di Regioni ed enti locali, infatti, è riscontrabile, seppure con modalità indirette e sulla base della segnalazione alla Conferenza Unificata, nell'art. 7, commi 10 e 11 del d.lgs. n. 112 del 1998.

Del tutto nuova, invece, è la dicitura "adotta il provvedimento" inserita sempre nel comma 1 dell'art. 5: con essa, in sostanza, si consente direttamente al Consiglio dei ministri, senza bisogno, quindi, di nominare un apposito Commissario ad acta, di adottare il provvedimento in via sostitutiva. La norma, in effetti, desta più di una perplessità nella misura in cui palesa, con l'espressione "ovvero", la possibilità per il Consiglio dei ministri di agire del tutto autonomamente rispetto alla nomina del Commissario ad acta la quale, peraltro, era invece prevista quale ipotesi unica ed esclusiva dall'art. 5 del d.lgs. n. 112 del 1998.

Il comma 2 dell'art. 5, invece, non risulta essere del tutto nuovo rispetto al panorama legislativo preesistente: in esso si prevede che qualora l'esercizio dei poteri sostitutivi riguardi Comuni, Province o Città metropolitane, la nomina del Commissario deve tenere conto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione.

Ora, posta la chiara ispirazione di tale suddetta formulazione all'art. 4, comma 5, della legge n. 59 del 1997, il tenore letterale pare non aggiungere nulla di nuovo o di particolarmente rilevante rispetto a quanto già esistente sulla fattispecie del potere sostitutivo: ciò che intendo dire è che, a fronte di una formulazione formalmente inedita, non mi pare si aggiunga, in realtà, nulla di sostanzialmente rilevante.

In tal senso, infatti, occorre valutare la vera portata di espressioni di "intenzione" come quella ad oggetto: sussidiarietà e leale collaborazione sono, infatti, principi cui deve conformarsi tutta l'azione della pubblica amministrazione.

Il comma 3 dell'art. 5 prevede che nei casi di assoluta urgenza, qualora l'intervento sostitutivo non sia procrastinabile senza mettere in pericolo le finalità tutelate dall'art. 120 della Costituzione, il Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente, ovvero della Regione o dell'Ente locale, adotta i provvedimenti necessari, che sono immediatamente comunicati alla Conferenza Stato-Regioni o alla Conferenza Stato-Città e Autonomie locali allargata ai rappresentanti delle Comunità Montane, che possono chiederne il riesame.

Ora, fatta salva la ripetizione della dicitura "ovvero su iniziativa delle Regioni o degli enti locali", la quale riconferma l'apertura ad un maggior coinvolgimento di Regioni ed enti locali nell'utilizzo e nella gestione dei poteri sostitutivi, occorre rilevare come il comma ad oggetto riporti fedelmente il contenuto dell'art. 5 del d.lgs. n. 112 del 1998.

Un'importante differenza si impone, però, ad un'attenta lettura: mi riferisco alla sostituzione della lettera "e", riferita alla comunicazione dei provvedimenti sostitutivi necessari sia alla Conferenza Stato-Regioni sia alla Conferenza Stato-Città e Autonomie Locali, con la lettera "o", la quale rende incontestabilmente alternativa la suddetta comunicazione alle due Conferenze.

Ora, la speranza è che una tale sostituzione (pur apparentemente di poco conto) sia avvenuta sulla base di una mera svista: se così non fosse, infatti, si affermerebbe il principio secondo il quale la comunicazione dei provvedimenti sostitutivi necessari può essere effettuata ad una delle due Conferenze alternativamente, quasi a volere intendere che le stesse siano in qualche modo equivalenti tra loro o comunque che la comunicazione a favore di una di esse faccia venire meno l'onere della comunicazione all'altra.

Il comma 4 dell'art. 5, ancora, afferma che in tutti i casi suddetti, i provvedimenti sostitutivi devono essere proporzionati alle finalità perseguite; vengono comunque fatti salvi i provvedimenti di scioglimento dei Consigli comunali, provinciali e degli altri enti locali, previsti dal d.lgs. n. 267 del 2000. In tal senso, pare apprezzabile l'inserimento di un principio di proporzionalità nell'utilizzo dei provvedimenti sostitutivi: inserimento che, auspicato da più parti, non ha però ancora trovato un riconoscimento ufficiale nel dettato costituzionale.

L'ultimo comma dell'art. 5, infine, prevede che il Governo, anche per assicurare la tutela delle esigenze e finalità indicate dall'articolo 120 della Costituzione, può promuovere la stipulazione di intese in sede di Conferenza Stato-Regioni, e di Conferenza Unificata, diretta a favorire l'armonizzazione delle rispettive legislazioni o il raggiungimento di posizioni unitarie o il conseguimento di obiettivi comuni; in tal caso è esclusa l'applicazione dei commi 3 e 4 dell'art. 3 del d.lgs. n. 281 del 1997. Ancora una volta si conferma, quindi, la ricerca di una collaborazione con Regioni ed enti locali al fine di utilizzare al meglio i provvedimenti sostitutivi: la possibilità di

“stipulare intese per assicurare la tutela delle esigenze e delle finalità indicate nell’art. 120 della Costituzione”, infatti, pare essere chiaramente ispirata da questo principio. Difficile esprimere un giudizio conclusivo sull’articolo in commento: occorrerebbe, in effetti, verificare i risultati che in concreto esso potrebbe produrre; ma allo stato attuale una verifica di questo tipo risulta impossibile. Ciò che può essere embrionalmente

rilevato, in chiusura, è l’attenzione allo spirito che anima l’utilizzo di intese nel rapporto tra Stato, Regioni ed enti locali, il quale, peraltro, non deve certo essere trascurato, soprattutto in vista di una possibile modifica dell’art. 120 della Costituzione: ma questo è un argomento diverso che non ritengo possibile affrontare in questa sede.

7. Conclusioni

Al termine di questa breve disamina dei contenuti del nuovo art. 120, comma 2, Cost., si impongono alcune riflessioni conclusive, non senza, però, un’importante precisazione: la riforma del suddetto art. 120, comma 2, Cost., si inserisce chiaramente in più ampio disegno di riforma teso a modificare una parte dell’assetto costituzionale del nostro paese.

Per questo motivo ritengo opportuno riflettere, in sede conclusionale, non solo sull’art. 120, comma 2, Cost., (sforzo che risulterebbe, a mio avviso, troppo “asettico”), bensì sull’intero impianto della riforma costituzionale del Titolo V, in modo da offrirne una panoramica più completa e puntuale .

Come già anticipato in premessa, in questa sede ho cercato di esporre ciò che è costituzionalmente esistente per poi individuare, al fine, ciò che è costituzionalmente corretto.

Mi pare indubitabile che dalla riforma del Titolo V della Costituzione emerga una decisa opzione verso il modello c.d. “di amministrazione unica” (regionale - locale), tipico del federalismo alla tedesca, con in più il corollario del cd. “federalismo di esecuzione”.

Tal modello, chiaramente, non può intendersi come assoluto (penso, ad esempio, alla riserva allo Stato centrale delle funzioni di puissance), ma nel contempo, esso esprime chiaramente l’asse prescelto per il nuovo ordinamento.

Sulla base di questa prima considerazione, risulta forse più agevole capire quale sia il modello amministrativo a cui ci si è voluti ispirare nel nostro ordinamento. Sappiamo bene, infatti, che pur con tutti gli adattamenti che ogni realtà necessariamente richiede, in materia di relazioni tra centro e periferia (o meglio, tra Stato e autonomie territoriali) i possibili modelli riscontrabili nell’esperienza europea sono due:

- a) l’opzione federale, ed il connesso principio dell’amministrazione unica, con un possibile avvicinamento alla versione gradualistica dell’esperienza spagnola;
- b) il parallelismo “razionalizzato” (di cui alla legge francese del 1992), nel quale l’articolazione decentrata dello Stato rimane, ma è sottoposta a forti innovazioni

interne ed a principi largamente comuni e condivisi con l'amministrazione degli enti territoriali per quanto attiene alle sue funzioni, alle relazioni con gli apparati centrali ed al proprio ordinamento interno.

Se questi sono i modelli riscontrabili in una prospettiva comparata, può allora essere utile ripercorrere le direttrici praticate, almeno in via tendenziale, dalle riforme amministrative degli anni '90: in tal senso, mi pare innegabile la presenza di una certa molteplicità di linguaggi e di linee strategiche. Infatti, se per il riordino dei Ministeri il riferimento è all'esperienza britannica (ed, in parte, nord-americana), si è invece optato per il modello federale tedesco nel Capo I della legge n. 59 del 1997 e nel d.lgs. n. 112 del 1998, mentre nei confronti degli enti locali territoriali la strada praticata (si pensi, ad esempio, alla legge n. 265 del 1999) è quella della valorizzazione diretta, ma senza il parallelismo razionalizzato della legge francese del 1992.

Poste queste brevi considerazioni, mi pare si possano distinguere due piani di ragionamento, l'uno specifico e l'altro più generale e metodologico.

Sul primo piano, la revisione del Titolo V della Costituzione deve essere valutata, a mio avviso, positivamente per almeno tre ordini di motivi:

- a) le leggi di riforma amministrativa degli anni '96-2000 trovano finalmente una piena legittimazione costituzionale che prima mancava;
- b) l'amministrazione, pur con i limiti esposti, riceve uno statuto solo "potenzialmente" (sono, infatti, altre le parti della Costituzione in cui sono racchiusi principi generali e attori principali della materia) più avanzato e innovativo;
- c) emerge embrionalmente la possibilità di un regionalismo cd. "a geometria variabile", che può essere considerato la possibile chiave di volta rispetto alla realizzazione di un effettivo sistema decentrato nel nostro ordinamento.

Occorre comunque riconoscere come siano innegabili, a fronte delle suesposte considerazioni, alcuni dubbi, o vere e proprie perplessità, di non trascurabile importanza:

- a) non si risponde ai grandi quesiti sollevati dalle riforme amministrative degli anni '90, mancando, come già detto, un'opzione chiara in favore del principio dell'amministrazione unica (regionale-locale), o del parallelismo razionalizzato (legge francese del 1992);
- b) il sistema locale non viene collocato all'interno di quello regionale o, comunque, non viene progettato un sistema binario razionalizzato;
- c) non si prevede il riordino dei comuni minori.

Sul secondo piano, invece, si pongono due ulteriori questioni che meriterebbero un'attenta riflessione:

- a) gli interventi sul Titolo V della Costituzione hanno determinato, in modo chiaro, una trasformazione del ruolo e del significato di Costituzione: essa cessa di essere il "progetto da perseguire" e diviene il "metodo di registrazione" di riforme, già in parte varate con legge ordinaria, cui assicurare una protezione più solida;

b) il ricorso alla veste costituzionale, intesa come metodo di stabilizzazione di scelte operate in sede legislativa ordinaria, finisce (in parte) per consegnare a quest'ultima anche la legittimazione ed il consenso della revisione costituzionale (da qui deriva, credo, l'inedito sostegno al procedimento di revisione limitato alla sola maggioranza politica).

Come già anticipato in precedenza, mi paiono tutti aspetti sui quali sarebbe doveroso, prima ancora che necessario, invitare tutti alla più accurata ed approfondita riflessione. In questa sede, infatti, si è sostanzialmente cercato di illuminare alcuni aspetti di questa ampia problematica e di offrire alcune possibili ipotesi di applicazione della nuova norma costituzionale. Sull'art. 120, comma 2, Cost., poi, ritengo inerente un'ultima riflessione a margine: la sua nuova formulazione, la quale pone, peraltro, diversi dubbi interpretativi (29) che ho cercato di esemplificare con il presente contributo, potrà essere valutata oggettivamente solo alla prova dei fatti. Resta il rammarico (forse scontato) per la mancata costituzionalizzazione del potere sostitutivo anche in senso ascendente: probabilmente, una maggiore attenzione al contenuto dell'art. 7, commi 10 e 11, del d.lgs. n. 112 del 1998, avrebbe potuto colmare in tempo questa lacuna.

Per il resto, anche su questi problemi, così come sui tanti altri che la riforma costituzionale pone, sarà il futuro a dirci quali saranno veramente i caratteri del nuovo ordinamento italiano.