I rapporti di collaborazione tra enti pubblici ed ETS (II parte)

L’utilizzo e la valorizzazione dei beni pubblici. Il comodato e le procedure di assegnazione

Alceste Santuari, | 22 febbraio 2022

In un precedente contributo pubblicato su questo sito, si è analizzata la portata applicativa dell’art. 71, comma 1 del Codice del Terzo settore[note]È ora disponibile su welforum.it anche la terza parte di questo articolo[/note].

Il comma in parola, coerentemente con la ratio della Riforma del Terzo settore, che intende valorizzare l’azione e l’apporto degli Enti del Terzo settore (ETS), prevede una specifica tutela degli spazi utilizzati dagli stessi contro possibili scelte urbanistiche degli enti locali che potrebbero incidere negativamente sull’attività svolta dai medesimi ETS. In altri termini, il legislatore ha riconosciuto la “superiorità” del valore sociale dell’utilizzo degli spazi pubblici da parte degli enti non profit rispetto alle decisioni in merito alla destinazione urbanistica degli spazi medesimi.

Il secondo comma dell’art. 71, in linea con la *ratio legis* espressa nel primo comma, è finalizzato a regolare il rapporto giuridico che si può instaurare tra enti pubblici ed enti del terzo settore quando i primi intendono sostenere i secondi nello svolgimento delle loro attività istituzionali:

> *“2. Lo Stato, le Regioni e Province autonome e gli Enti locali possono concedere in comodato beni mobili ed immobili di loro proprietà, non utilizzati per fini istituzionali, agli enti del Terzo settore, ad eccezione delle imprese sociali, per lo svolgimento delle loro attività istituzionali. La cessione in comodato ha una durata massima di trent'anni, nel corso dei quali l'ente concessionario ha l'onere di effettuare sull'immobile, a proprie cura e spese, gli interventi di manutenzione e gli altri interventi necessari a mantenere la funzionalità dell'immobile.”*

La previsione rappresenta un’indubbia apertura nei confronti delle attività svolte dagli ETS: essa, tuttavia, merita di essere approfondita per comprendere quali procedure debbano essere seguite affinché l’azione degli ETS non risulti svilita o, quanto meno, depotenziata. Preliminarmente, occorre ricordare che, a seguito dell’approvazione della riforma del Titolo V della Costituzione e in forza dei successivi interventi legislativi che hanno delineato il cosiddetto “federalismo demaniale”, gli enti locali sono impegnati nel favorire la massima valorizzazione funzionale del proprio patrimonio immobiliare. Quest’ultimo è composto dalle seguenti tipologie di beni:

1. beni demaniali (art. 824 c.c.);
2. beni patrimoniali indisponibili (art. 826, commi 2 e 3, c.c.);
3. beni patrimoniali disponibili, categoria questa che ricomprende i beni non strettamente funzionali all’attività dell’ente, e da cui l’amministrazione deve auspicabilmente ottenere un beneficio economico.

L’ordinamento giuridico prevede diverse procedure a seconda della qualificazione del bene pubblico. Per i beni facenti parte del patrimonio disponibile, la pubblica amministrazione deve fare ricorso necessariamente agli istituti di diritto privato, segnatamente, il comodato e la locazione. Per i beni demaniali o del patrimonio indisponibile, la pubblica amministrazione deve invece ricorrere alla concessione amministrativa. In entrambi i casi, la pubblica amministrazione è comunque tenuta a rispettare i principi elementari e comuni del buon andamento (ex art. 97 della Costituzione e art. 1 della legge n. 241/1990), i principi dell’evidenza pubblica, della programmazione, della trasparenza[note]Al riguardo, è opportuno richiamare che l’art. 12 della Legge 241/1990, che disciplina i provvedimenti attributivi di vantaggi economici, stabilisce espressamente, al comma 1, che “La concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l’attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi».[/note] e della necessaria utilità (*rectius*: redditività) che dovrebbe percepire l’ente pubblico nell’assegnazione di una risorsa pubblica ad un terzo. Il requisito dell’utilità, nel corso degli anni, anche a causa della difficoltà di stabilire con precisione la redditività di beni che, spesso, si ritrovano in condizioni di degrado e di abbandono, è stato interpretato in senso

più esteso, giungendo a riconoscere che gli enti pubblici non possono avere come unico obiettivo e criterio discriminante quello dell'interesse economico in senso stretto, ma essi, in quanto enti a fini generali, orientano la loro azione a favore dello sviluppo delle comunità di riferimento. Da ciò discende che anche la concessione in comodato gratuito di beni di proprietà degli enti locali deve considerarsi legittima qualora l'ente dimostri il perseguimento dell'effettivo interesse pubblico, che risulti equivalente o addirittura superiore rispetto a quello meramente economico[note]In effetti, anche in base ad una fonte regolamentare, non sussiste un divieto di concessione in uso gratuito di immobili comunali (contratto comodato) privi di specifica destinazione, purché detta scelta sia adeguatamente motivata sotto il profilo dell'interesse pubblico e della compatibilità finanziaria dell'operazione, osservando le regole di trasparenza già richiamate.[/note]. La legittimazione di concessioni gratuite di beni pubblici è viepiù rafforzata dalla presenza della non lucratività dello scopo in capo al soggetto utilizzatore dei beni.

Delineato l'inquadramento giuridico dei beni pubblici, con riferimento a quanto disposto nel comma 2 dell'art. 71, in primo luogo, si deve sottolineare che i beni mobili e immobili di proprietà degli enti pubblici non devono risultare utilizzati da questi ultimi per i loro fini istituzionali. Da ciò discende che gli enti pubblici sono chiamati a compiere una attenta e necessaria ricognizione sui propri beni, spazi ed aree, finalizzata all'individuazione delle proprietà che non risultano funzionali alle loro attività istituzionali e che, pertanto, possono essere destinati all'utilizzo da parte degli ETS. Nella loro valutazione, le amministrazioni pubbliche potranno tenere in considerazione gli obiettivi sociali e socioeconomici che hanno individuato nei loro atti programmatori, le esigenze degli ETS[note]Queste ultime possono essere rappresentate nel processo di co-programmazione, atteso che esso è finalizzato ad individuare i bisogni cui l'intervento pubblico unitamente a quello degli ETS sono chiamati a rispondere. In quella sede, dunque, gli enti pubblici possono individuare i beni non utilizzati a fini istituzionali che meglio si adeguano per rispondere alle istanze che emergono dal territorio.[/note], i costi connessi all'utilizzo dei beni individuati, alle tipologie di attività che in essi possono essere svolti, nonché alle specifiche categorie di soggetti beneficiari degli interventi e delle azioni degli ETS[note]Si tratta di elementi e di requisiti di valutazione che possono essere versati in un apposito regolamento da approvarsi dal Consiglio comunale, nel caso di beni pubblici appartenenti ad un ente locale. Il regolamento in parola, pertanto, definisce le modalità di assegnazione delle utilità, e nel caso specifico la possibilità di concedere beni a titolo gratuito secondo parametri predefiniti e previo avviso pubblico; cosicché il mancato introito dei canoni locativi non può integrare un danno all'erario, avendo cura di trasferire o precisare i costi della manutenzione ordinaria dei beni da porre a carico del soggetto comodatario.[/note].

In secondo luogo, si deve rimarcare che nel novero degli ETS potenzialmente concessionari non rientrano le imprese sociali. Si tratta di una esclusione in linea con l'esclusione delle attività di tipo produttivo richiamate nel comma 1 dell'art. 71. Il legislatore della riforma del terzo settore sembra essere stato motivato in tal senso da una preoccupazione di utilizzo dei beni pubblici che risulti estranea alle logiche di mercato, che richiederebbero, tra l'altro, procedure competitive diverse rispetto a quelle oggetto dei commi in argomento. Si ritiene, tuttavia, che una simile esclusione risulti di difficile comprensione, in specie quando si ponga mente alla necessità di riqualificare beni pubblici che richiedono interventi economici anche significativi. In quest'ottica, tra gli ETS, proprio le imprese sociali, almeno in linea teorica, grazie alla loro dimensione e vocazione *naturaliter* economico-imprenditoriale, dovrebbero essere in grado di assicurare una maggiore capacità di intervento finanziario. A ciò si aggiunga che, avuto riguardo al requisito della non lucratività sopra richiamata, le imprese sociali, ai sensi del d. lgs. n. 112/2017, non soltanto sono caratterizzate da finalità sociali, ma possono essere anche definite dall'assoluto divieto di distribuzione degli utili alla stregua degli altri ETS. In terzo luogo, l'art. 71, comma 2 prevede il contratto di comodato quale istituto giuridico per regolare la concessione dei beni mobili e immobili di proprietà pubblica. Il comodato in oggetto impone ai soggetti non profit comodatari l'onere di effettuare gli interventi di manutenzione e quelli necessari alla funzionalità dell'immobile[note]. Il comodato è il contratto, essenzialmente gratuito, con il quale una parte consegna all'altra una cosa mobile o immobile, affinché se ne serva per un tempo o per un uso determinato, con l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta (art. 1.803 Codice Civile). Il comodatario è obbligato a restituire la cosa alla scadenza del termine convenuto o, in mancanza di termine, quando se ne è servito in conformità del contratto (art. 1809, comma 1, Codice Civile). Il comodatario, a seguito del contratto di comodato, acquista solo un diritto personale di godimento sul bene - ottenendone la mera detenzione - ma non acquisisce su di esso alcun diritto di proprietà (o altro diritto reale), che rimane in capo al comodante.[/note]. Sebbene il comma 2 testimoni il favor legis nei confronti degli enti non profit, chiamati ad accollarsi i soli oneri di manutenzione, nondimeno è necessario che i medesimi enti valutino con attenzione il loro impegno finanziario, specie considerando che il comodato d'uso potrebbe – secondo la previsione normativa – avere anche una durata di 30 anni. Per contro, proprio la durata oggetto della previsione può costituire un elemento positivo di valutazione, atteso che trattasi di un arco temporale in cui gli ETS possono progettare interventi e azioni ammortizzabili in un periodo lungo.

In quarto luogo, occorre esaminare due profili che impattano sul rapporto giuridico previsto dal comma 2, segnatamente, le procedure da adottare e il contenuto del rapporto medesimo. In ordine al primo profilo, il comma 2, a differenza di quanto si

applicherebbe in caso di selezione del soggetto concessionario[note]È quanto dispone l’art. 71, comma 3 del d. lgs. n. 117/2017.[/note], non richiama espressamente una procedura ad evidenza pubblica di natura competitiva[note] Per vero, si tratta di una deroga alla regola delle gare aperte già prevista dall’art. 11, comma 1, d.p.r. n. 296/2005, che ammette, in via di eccezione, l’affidamento in concessione ovvero in locazione a canone agevolato di beni immobili pubblici appartenenti allo Stato per finalità di pubblico interesse, connesse all’effettiva rilevanza degli scopi sociali, a favore di cooperative sociali, fondazioni, comitati, associazioni. Si segnala, altresì, l’art. 32, comma 1, della legge n. 383/2000 (Disciplina delle associazioni di promozione sociale), abrogata dal Codice del Terzo settore, che prevedeva la concessione in comodato di beni di proprietà dei comuni ad associazioni di promozione sociale e di volontariato per lo svolgimento delle loro attività istituzionali.[/note]. Tuttavia, anche in considerazione del numero di ETS che potrebbero risultare interessati dall’utilizzo e impiego dei beni di proprietà pubblica, è da ritenersi auspicabile una procedura selettiva di natura comparativa ispirata ai principi generali di pubblicità, trasparenza e di imparzialità, alla previsione di cui all’art. 12, della legge n. 241/1990, che contenga una valutazione motivata della scelta effettuata[note]Sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha ribadito che “anche per la semplice concessione dell’immobile,” il Comune deve “svolgere una procedura comparativa volta a verificare l’eventuale esistenza di soggetti interessati” e “disposti ad offrire all’amministrazione condizioni migliori o di soddisfare maggiormente l’interesse pubblico”. Cfr. Tar Liguria, sez. II, sentenza 10 gennaio 2014, n. 67.[/note]. Si può dunque affermare che gli enti pubblici non sono obbligati ad esperire procedure ad evidenza pubblica di natura competitiva, ancorché, in ossequio ai principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza dell’azione amministrativa, sia opportuno che l’affidamento venga preceduto da un avviso pubblico, dal quale far derivare una procedura comparativa. Comparazione che dovrebbe, pertanto, prendere in considerazione le proposte progettuali provenienti dagli ETS interessati, con i quali, successivamente, sottoscrivere il contratto di comodato. Le procedure, i requisiti, i soggetti potenzialmente beneficiari, le attività ammesse, nonché il rimborso delle spese potrebbero trovare una loro specifica disciplina all’interno di un apposito regolamento. Quanto sopra descritto avrebbe il pregio di fornire maggiore chiarezza all’azione amministrativa e un’adeguata trasparenza per gli ETS che intendano “prendersi in carico” un bene pubblico.